Paula Martins Salles

**Identidades, direitos e judicialização da
política no Brasil pós-88**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-
Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Luiz Jorge Werneck Vianna

Rio de Janeiro
Outubro de 2017

Paula Martins Salles

Identidades, direitos e judicialização da política no Brasil pós-88

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Departamento de Ciências Sociais do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Luiz Jorge Werneck Vianna

Orientador
Departamento de Ciências Sociais/PUC-Rio

Prof. Cassio Luis Casagrande

Ministério Público do Trabalho

Prof. Andre Luiz Videira de Figueiredo

UFRRJ

Profa. Maria Alice Rezende de Carvalho

Departamento de Ciências Sociais/PUC-Rio

Profa. Angela Maria de Randolpho Paiva

Departamento de Ciências Sociais/PUC-Rio

Prof. Augusto César Pinheiro da Silva

Coordenador Setorial do Centro
de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2017

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Paula Martins Salles

Possui graduação, mestrado e doutorado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2017).

Ficha Catalográfica

Salles, Paula Martins

Identidades, direitos e judicialização da política no Brasil pós-88 / Paula Martins Salles ; orientador: Luiz Jorge Werneck Vianna. – 2017.

216 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Sociais, 2017.

Inclui bibliografia

1. Ciências Sociais – Teses. 2. Identidade. 3. Judicialização. 4. Reconhecimento. 5. Direito responsivo. I. Vianna, Luiz Jorge Werneck. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Ciências Sociais. III. Título.

CDD: 300

Agradecimentos

Meu agradecimento especial vai para meu orientador, Luiz Werneck Vianna, para sempre meu mestre, pela paciência, confiança e generosidade. Desde o início, na acolhida no Centro de Estudos Direito e Sociedade/CEDES, lugar em que me constituí profissionalmente, até a concretização desse trabalho, pude contar sempre com seu incentivo e sua sabedoria.

À Maria Alice Rezende de Carvalho, amiga do coração, sempre disponível para o diálogo, acadêmico ou não. Espero poder contar sempre com a sua amizade.

Agradeço ao Departamento de Ciências Sociais da PUC-Rio, em especial as secretárias e secretário do departamento, que cuidam de todos nós com um carinho e uma dedicação que, acredito, nem sempre fazemos por merecer.

Agradeço à Capes pela bolsa obtida para a realização do meu doutorado.

À minha família, serei eternamente grata. À minha mãe, Tetê, pelo apoio incondicional em todas as horas. À minha avó, Myriam (in memoriam), que patrocinou o início dessa viagem. Ao meu primo, Zeca, meu grande amigo, sem ele eu não teria nem começado. Ao meu tio Toty, cujo *Kindle* me salvou na hora certa. E a minha irmã, Nanã, companheira de vida melhor não há.

Ao Humberto, por ter reaparecido exatamente quando precisei.

Finalmente, ao Zi, meu amor, pela leitura minuciosa de tudo que escrevo, pela paciência com todas as minhas “crises”, enfim, sem ele não teria chegado ao fim dessa jornada. Mas, principalmente, pelos filhos maravilhosos, Dante e Tobias, por ter cuidado deles tão bem, quando a tese parecia o filho mais exigente. Muito obrigada!

Resumo

Salles, Paula Martins; Vianna, Luiz Jorge Werneck. **Identidades, Direitos e Judicialização da Política no Brasil pós-88**. Rio de Janeiro, 2017. 216p. Tese de Doutorado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Essa tese explora as relações entre dois fenômenos independentes que, em sua interseção recente, têm marcado, de forma inédita, o mundo contemporâneo: a subjetivação e a judicialização da política. Têm sido cada vez mais frequente na esfera política as reivindicações identitárias de diferentes grupos sociais a demandar do Estado e da sociedade o reconhecimento de diferenças, igualdade de tratamento e de acesso a bens sociais, inclusão social. A agenda dos direitos apresentada por essas novas identidades é o fio condutor para a imbricação com a judicialização da política, fenômeno cada vez mais comum às democracias contemporâneas, em que cortes constitucionais têm tido grande protagonismo em decisões acerca de questões de grande alcance político e social, na implementação de políticas públicas e também em temas de controvérsia moral na sociedade. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) surge como o *locus* privilegiado de vocalização dessas demandas. A atuação do STF nesses casos pode ser melhor compreendida dentro do modelo de direito responsivo. É a partir desse modelo que a utilização da teoria do reconhecimento na argumentação jurídica é entendida como uma linguagem de mediação entre o direito e a sociedade, permitindo pensar nossa Corte Constitucional como um novo espaço público de debate e construção de sentido na ordem democrática. A interseção entre esses dois fenômenos é demonstrada pela análise das seguintes ações paradigmáticas: ADPF 186, sobre a política de cotas para negros no ensino superior; Adin 3239, sobre a demarcação de terras quilombolas, Adin 4277, sobre o reconhecimento legal das uniões homoafetivas e RE 845.779, sobre o tratamento social dos transgêneros.

Palavras-chave

Identidade; judicialização; reconhecimento; direito responsivo.

Abstract

Salles, Paula Martins; Vianna, Luiz Jorge Werneck (Advisor). **Identities, rights and judicialization of politics in Brazil post-88**. Rio de Janeiro, 2017. 216p. Tese de Doutorado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This work explores the relations between two independent phenomena that have recently intersected, marking the contemporary world: subjectivation and the judicialization of politics. In the political sphere, different social groups have progressively demanded the recognition of differences, equal treatment and access to social goods, and social inclusion. The inventory of rights put forth by these new identities is the guiding thread that weaves them with the judicialization of politics, a phenomenon increasingly common to contemporary democracies, wherein constitutional courts have played a major role regarding matters of great political and social importance, the implementation of public policies and issues of moral controversy in society. In Brazil, the Supreme Court (STF) emerges as the main locus of the expression of these demands. The response of the STF in these cases is better understood within the model of responsive law. It is from this perspective that the use of the theory of recognition in judicial argumentation can be seen as a language mediating between law and society, allowing our Constitutional Court to be apprehended as a new public space for debate and the construction of meaning in the democratic order. The intersection between these two phenomena is demonstrated by the analysis of the following paradigmatic cases: ADPF 186, on the quota policy for black people in higher education; Adin 3239, on the demarcation of quilombola lands, Adin 4277, on the legal recognition of same sex unions and RE 845779, on the social treatment of transgender people.

Keywords

Identity; judicialization; recognition; responsive law.

Sumário

Introdução	8
1. Identidades Políticas e Judicialização da Política	19
1.1. Subjetivação e Identidades	19
1.2. Políticas de Identidade	25
1.3. Judicialização da Política e a Política de Identidade	32
1.4. Judicialização da Política no Brasil	35
1.5. Judiciário e a criação de direitos: promessas e riscos	40
1.6. A perspectiva do direito responsivo.....	45
1.7. Constituição como debate constitucional	51
1.8. O STF como novo espaço público	58
2. Concepções de Reconhecimento: Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser ..	67
2.1. Breve introdução a teoria do reconhecimento	67
2.2. A política do reconhecimento de Charles Taylor	69
2.3. As dimensões do reconhecimento em Axel Honneth	75
2.4. Reconhecimento como justiça social: Nancy Fraser	82
2.5. Recepção da teoria do reconhecimento no Brasil	91
3. Estudos de Caso	96
3.1. Adin 4277 e ADPF 132.....	98
3.1.1. Breve histórico da luta do movimento LGBT no Brasil	98
3.1.2. Petições Iniciais	105
3.1.3. Parecer da Advocacia Geral da União	110
3.1.4. Voto do ministro relator Carlos Ayres Britto	114
3.1.5. Voto do ministro Luiz Fux.....	117
3.1.6. Reconhecimento e o princípio da dignidade humana na Adin 4277	121
3.2. Recurso Extraordinário 845.779.....	129
3.2.1. O Processo Judicial	129
3.2.2. Parecer da Procuradoria Geral da República.....	131
3.2.3. Voto do ministro relator Luís Roberto Barroso	137
3.3.4. O debate de Honneth e Fraser no RE 845.779.....	141
3.3. ADPF186.....	146
3.3.1. Breve histórico da luta do movimento negro no Brasil	146
3.3.2. Petição Inicial	152
3.3.3. Parecer da Procuradoria Geral da República.....	157
3.3.4. Voto do ministro relator Ricardo Lewandowski	161
3.3.5. Identidade e igualdade na ADPF 186	170
3.4. Adin 3239	174
3.4.1. Breve histórico da luta do movimento quilombola no Brasil	174
3.4.2. Petição Inicial	178
3.4.3. Parecer da Advocacia Geral da União	179
3.4.4. Voto do ministro relator Cezar Peluso	183
3.4.5. Voto da ministra Rosa Weber	187
3.4.6. Direito autônomo versus direito responsivo na Adin 3239	196
Considerações Finais	201
Referências bibliográficas	211

Introdução

Neste trabalho explorarei as relações entre dois fenômenos independentes que, em sua interseção recente, têm marcado, de forma inédita, o mundo contemporâneo: a subjetivação e a judicialização da política. O primeiro deles é a grande marcha das subjetividades e o sucesso dela no que diz respeito à agenda de direitos. As causas apontadas para esse fenômeno são múltiplas e complexas, como o declínio do *Welfare State* e a aceleração dos processos de globalização. Independentemente da sua origem, o certo é que a subjetivação é um fenômeno contemporâneo, em que a marcação de novas identidades e a luta por direitos ajudam a estabelecer o lugar desses sujeitos na vida social.

Entendo esse processo a partir da perspectiva de Touraine em que o processo de subjetivação é “a construção, por parte do indivíduo ou grupo, de si mesmo como sujeito” (TOURAINÉ, 2006: 166), como resistência à dominação na sociedade de consumo, à impessoalidade do mercado e à violência das guerras. A proposta do autor é de um sujeito crítico e engajado, que se constrói a partir de sua singularidade, desafiando a ordem e as instituições vigentes demandando maior liberdade e mais direitos.

Para entender esse processo, o autor defende que houve uma mudança de paradigma na sociedade, com o paradigma social sendo superado pelo paradigma cultural. As mudanças que vivemos significam uma decomposição da sociedade, as categorias sociais não dão conta de explicar os novos desafios. A esfera cultural ganha proeminência, principalmente nas novas formas de reivindicação de direitos pelos movimentos sociais, “é no campo cultural que se armam os principais conflitos e as reivindicações onde os interesses em jogo são mais pesados” (TOURAINÉ, 2006: 170).

A noção de conflito, portanto, é central para o processo de subjetivação. O engajamento na luta por direitos universais e específicos é indissociável da construção dos sujeitos.

“ser sujeito significa ter a vontade de ser ator, isto é, atuar e modificar seu meio social mais do que ser determinado por ele. Portanto a liberdade do sujeito será construída em sua relação com o outro, na alteridade, mas não na subjugação, não

na integração sistêmica acrítica, mas na busca do reconhecimento, na sua universalidade e na sua particularidade” (GADEA e WARREN, 2005: 42)

Têm sido cada vez mais frequentes na esfera política as reivindicações identitárias de diferentes grupos sociais a demandar do Estado e da sociedade o reconhecimento de diferenças, igualdade de tratamento e de acesso a bens sociais, e à inclusão social. Esse fenômeno contribuiu para tornar o tema da identidade uma das questões centrais do nosso tempo. Ele está presente na agenda política das sociedades contemporâneas ocidentais desde a segunda metade do século passado, mas hoje já é possível ver que essa questão também tem ganhado relevância no Oriente – o reconhecimento legal das uniões homoafetivas em Taiwan é o exemplo mais recente.

A agenda dos direitos apresentada por essas novas identidades é o fio condutor para a imbricação com a judicialização da política, fenômeno cada vez mais comum às democracias contemporâneas, em que cortes constitucionais têm tido grande protagonismo em decisões acerca de questões de grande alcance político e social, na implementação de políticas públicas e também em temas de controvérsia moral na sociedade. É preciso dizer que seu alcance e escopo vai muito além das políticas de identidade, porém é também inegável que ela tem sido um instrumento acionado com frequência num contexto de fortíssima organização de novas identidades.

No Brasil, a situação não é diferente e o Supremo Tribunal Federal (STF) surge como o *locus* privilegiado por essas demandas. A Constituição de 1988 instituiu novos mecanismos de acesso à Justiça, com a constitucionalização dos Juizados Especiais e das ações civis públicas, ampliou a comunidade de intérpretes apta a exercer o controle de constitucionalidade, assim como recriou o Ministério Público, incumbindo-o de atuar como defensor da ordem democrática e dos interesses individuais e sociais intransponíveis (WERNECK VIANNA ET ALII., 1999). Tudo isso contribuiu para que a sociedade visse no Poder Judiciário um novo lugar para expressar suas expectativas de concretização da cidadania pela aquisição de novos direitos.

“A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos”. (WERNECK VIANNA ET ALII., 2007: 41)

Desde a promulgação da Constituição de 1988, nossa Corte já foi chamada a se manifestar sobre questões como: descriminalização do aborto, demarcação de terras indígenas e quilombolas, reconhecimento legal de uniões homoafetivas, política de cotas raciais no ensino superior e tratamento social de transexuais. Todos esses exemplos trazem em seu cerne o tema da identidade.

Chama a atenção que a abordagem dessa agenda na esfera jurídica tem sido, de alguma forma, mediada pela teoria social contemporânea, mais especificamente, a teoria do reconhecimento. É através da análise do uso que os agentes do direito, principalmente os ministros da Suprema Corte, fazem desse arcabouço teórico que pretendo apontar o papel da teoria do reconhecimento na tradução das lutas sociais contemporâneas para a esfera jurídica, funcionando como uma linguagem que facilita a aproximação entre direito e sociedade.

Pode-se entender essa aproximação com a sociedade e a utilização de argumentos extrajurídicos na fundamentação da decisão dos ministros do Supremo como elementos que apontam para o modelo de direito responsivo. Assim, defendo que a atuação do STF, ao menos no que diz respeito às questões ligadas ao tema das identidades, é melhor compreendida na perspectiva do direito responsivo na concepção de Nonet e Selznick (2010), em que o direito aparece, principalmente, como um “facilitador do atendimento às necessidades e aspirações sociais” (NONET e SELZNICK, 2010: 55).

No primeiro capítulo, apresento os dois fenômenos entrelaçados nesse trabalho: a subjetivação e a judicialização da política. A partir das leituras de Zygmunt Bauman e Stuart Hall, faço uma incursão no fenômeno da identidade, que aparece como marca distinta da modernidade. Bauman problematiza essa questão para entender porque a identidade se tornou uma preocupação onipresente

na atualidade. Segundo ele, as fontes de estabilidade da modernidade não mais oferecem suporte para os sujeitos realizarem seus projetos de vida. Hall vai identificar, a partir dos processos de globalização, as mudanças desestabilizadoras do quadro de referências do sujeito levando a uma fragmentação das identidades.

Hall defende a importância da discussão sobre as identidades porque, num mundo globalizado, esse se tornou um conceito central para a articulação política dos sujeitos. A identidade é um processo de articulação entre os discursos que alocam a posição social do sujeito e a resposta que o sujeito é capaz de dar a ela, se constituindo também como sujeito de fala. Dessa maneira, a luta pela afirmação da identidade é política na medida em que traz para o debate público uma reflexão sobre a imposição de uma visão de mundo que se sobrepõe e marginaliza outras.

Na abordagem da identidade como projeto político, introduzo a noção de reconhecimento através de Craig Calhoun, para quem o conceito de reconhecimento é central na discussão sobre as políticas de identidade na atualidade, uma vez que demandas por reconhecimento têm sido tratadas como demandas de identidade. Nesse sentido, os novos movimentos sociais tiveram (e ainda têm) um papel importante, como veículos de difusão das questões identitárias na esfera pública. Alberto Melucci aponta os novos movimentos sociais como o motor das transformações sociais, porque são os porta-vozes das tensões da modernidade tardia, em que a dominação capitalista intervém diretamente no campo simbólico. A luta não é para tomar o poder, e sim expor as relações de poder que impingem sobre suas identidades.

Numa outra leitura, Iris Marion Young defende que as políticas de identidade são melhor compreendidas como políticas da diferença, privilegiando a noção de estrutura social sob a noção de cultura. Um debate realmente democrático deve levar em consideração as diferenças estruturais, com foco nas relações sociais que diferenciam os sujeitos e condicionam suas experiências e oportunidades. Desse modo, as diferenças são vistas como recursos que impedem que a perspectiva dominante defina os problemas e as soluções das questões em debate.

Essa é uma perspectiva particularmente proveitosa para pensar a situação brasileira, porque somos uma sociedade extremamente desigual e marcada por privilégios. Portanto, há um potencial democratizante considerável em demandas por políticas como: cotas raciais nas universidades, demarcação de terras para índios e quilombolas, reconhecimento das uniões homoafetivas e descriminalização do aborto. Todas essas questões encontraram alguma passagem pela via judicial.

Essa entrada das demandas por direitos de grupos organizados em torno de uma identidade na esfera jurídica é um dos aspectos do fenômeno da judicialização da política. Cada vez mais comum nas democracias contemporâneas, a judicialização da política tem conferido um protagonismo inédito às Cortes Constitucionais que se veem instadas a decidir sobre a implementação de políticas públicas e questões de grande relevância política e social.

Parto da definição de Luís Roberto Barroso em que a Constituição de 1988 aparece como marco inicial do processo de judicialização da política entre nós. A Carta de 1988 constitucionalizou um amplo leque de matérias que antes eram reguladas pela legislação infraconstitucional, além disso, inovou ao ampliar a comunidade de intérpretes do texto constitucional e introduzir diversos mecanismos que facilitaram o acesso à Justiça.

A concepção de Cittadino do Poder Judiciário como um novo espaço público vem a corroborar a percepção de que os atores sociais organizados em torno de uma identidade têm encontrado no STF uma poderosa via de vocalização e publicização de suas demandas. O constitucionalismo democrático no qual nossa Constituição se insere significa um rompimento com a nossa cultura jurídica tradicional. Temos uma Constituição comprometida ativamente com a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Por isso, os direitos fundamentais são o núcleo duro do texto constitucional, exercendo, de acordo com Cittadino, um duplo papel: de objetivos do Estado Democrático de Direito e como critério de interpretação.

Para abordar o tema da interpretação constitucional e da criação do direito trago as perspectivas de Mauro Cappelletti e Nonet e Selznick. Cappelletti pensa a criatividade jurisdicional como uma necessidade para dar concretude aos princípios constitucionais e salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder público. Em consonância com a visão de Cappelletti, Nonet e Selznick defendem o modelo de direito responsivo para lidar com a complexidade das questões postas ao Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

O modelo de direito responsivo é extremamente útil para pensar a utilização da teoria social contemporânea na argumentação que embasa as decisões dos ministros da nossa Corte. Porque esse modelo implica uma orientação para os fins, a necessidade de entender o contexto social e de levar em consideração os efeitos da decisão judicial. Ao priorizar a defesa de direitos, os juízes são instados a usar a criatividade jurisdicional para garantir que se alcance a justiça substantiva.

A partir dessa perspectiva responsiva, defendo ser possível pensar, alinhada com a visão de Cittadino, no STF como um novo espaço público. Para isso, introduzo o conceito habermasiano de modelo discursivo de espaço público na leitura de Leonardo Avritzer e Sérgio Costa, em que se privilegia os fluxos comunicativos de formação de opinião e vontade coletiva, que, de acordo com Habermas, chegam nas instâncias decisórias através de procedimentos institucionalizados.

É nessa perspectiva que situo os *amicus curiae* e as audiências públicas no STF, que conferem um espaço de vocalização e visibilização para uma pluralidade de discursos, externos ao mundo do direito. No caso de demandas identitárias, esses discursos podem ser associados com o que Fraser, em sua crítica à esfera pública habermasiana, chama de contrapúblicos. Fraser também questiona a necessidade de uma separação estrita entre Estado e sociedade. A autora defende uma relação mais adensada entre esses entes, de maneira a garantir a paridade de participação. Proponho que esse adensamento se deu na esfera judiciária.

Por fim, apresento uma pesquisa de Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira sobre as relações entre o STF e a sociedade, em que os autores defendem

que o principal *loci* de encontro é a interpretação constitucional, na disputa de produção de sentido do texto constitucional. A Constituição de 1988 seria assim convertida em espaço público, o que significa que a relação entre o STF e a sociedade é também comunicativa.

É sobre esse quadro teórico que é possível compreender o uso da teoria social contemporânea como um dos aspectos no qual o STF se torna um espaço público discursivo. Considerando a interpretação constitucional o lugar de encontro entre direito e sociedade, a teoria social, mais especificamente a teoria do reconhecimento, funciona como uma linguagem de mediação, que traduz as lutas sociais contemporâneas para o mundo do direito.

No segundo capítulo, faço uma breve introdução à teoria do reconhecimento, indicando as condições do surgimento do conceito de reconhecimento como categoria fundamental para se compreender os conflitos sociais contemporâneos. Em seguida, apresento a concepção de reconhecimento dos três autores mobilizados pelos atores do direito, Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, para fundamentar sua argumentação.

Charles Taylor, filósofo canadense, é considerado o precursor da teoria do reconhecimento por ter sido o primeiro a atribuir um papel central ao reconhecimento como categoria de análise da teoria política e social. A palestra que deu na Universidade de Princeton foi publicada com o título de “A Política do Reconhecimento” num livro que contou com a participação de diversos autores dialogando com a noção de reconhecimento de Taylor.

Nesse texto, Taylor apresenta sua proposta de política de reconhecimento, em que o caráter dialógico da construção da identidade e o reconhecimento, principalmente a partir da modernidade, servem de base de justificação para sua visão. Dando ênfase ao reconhecimento no plano social, Taylor aponta as tensões existentes entre a universalização do princípio da dignidade e a política da diferença, que o liberalismo clássico é incapaz de resolver. Sua proposta envolve uma concepção de liberalismo de tipo comunitarista, compatível com a política da diferença, pois permite ao Estado adotar metas coletivas que respeitem a diversidade e, ao mesmo tempo, garantam os direitos individuais fundamentais.

A ideia seria garantir a preservação cultural de grupos minoritários dentro de uma sociedade multicultural. Nesse sentido, Taylor fornece as bases morais e filosóficas para o questionamento dos valores etnocêntricos que impedem a abertura para o outro e a consequente construção do respeito mútuo.

Axel Honneth, filósofo e sociólogo alemão, desenvolve uma teoria crítica da sociedade a partir de uma atualização do conceito de reconhecimento em Hegel. A proposta de Honneth é construir uma teoria de interpretação da sociedade a partir da categoria do reconhecimento. Nessa leitura, todos os conflitos sociais podem ser entendidos como lutas por reconhecimento, sendo elas as responsáveis pelo processo de evolução moral da sociedade.

Apresento as três formas de reconhecimento que compõem o processo de construção da subjetividade na teoria sociológica de Honneth: dedicação emotiva, reconhecimento jurídico e assentimento solidário. Essas três dimensões estão relacionadas com a construção intersubjetiva da identidade do sujeito em busca de auto-realização, o que num processo bem-sucedido garante ao sujeito respectivamente, autoconfiança, auto-respeito e autoestima.

À essas três formas de reconhecimento, Honneth atribui três formas de desrespeito social, através das quais se torna possível medir as consequências negativas da falta de reconhecimento. Essas três formas de vivenciar o desrespeito são vivenciadas como experiências afetivas negativas, capazes de motivar os sujeitos a se engajarem em lutas por reconhecimento.

Nancy Fraser, filósofa norte-americana, entra nesse debate do reconhecimento pela crítica às concepções de Taylor e Honneth centradas numa lógica de identidade, o que obscurece os possíveis vínculos entre redistribuição e reconhecimento. Apresento, então, o dualismo perspectivo de Fraser em que redistribuição e reconhecimento se entrelaçam nas lutas sociais contemporâneas. Sem deixar de garantir a independência das esferas da economia e cultura, Fraser defende que também não se pode separá-las, é necessário expor as conexões ocultas entre reconhecimento e redistribuição que aprofundam as injustiças sociais.

Sua proposta é a de pensar o reconhecimento a partir do modelo de status social. Nesse modelo, o que se questiona são os padrões institucionalizados de valor cultural que impedem alguns de participarem plenamente da vida social. A luta por reconhecimento é a luta pela desinstitucionalização de valores que constituem uns como inferiores a outros, valores que implicam em exclusão e subordinação social. Mais tarde, Fraser introduziu a dimensão política à sua concepção de justiça como paridade de participação. Num mundo globalizado, as questões não são somente sobre o que é devido em termos de justiça aos membros da sociedade, mas também quem deve contar como membro. Nesse sentido, a dimensão política da representação ganha relevância.

Vale trazer ainda o debate travado entre Honneth e Fraser acerca do conceito de reconhecimento, em que ambos discutem as premissas filosóficas e políticas de suas concepções, assim como defendem suas respectivas perspectivas de reconhecimento para a compreensão das lutas sociais contemporâneas. Com o intuito de aproximar esse debate da realidade brasileira, apresento a análise que Celia Regina Jardim Pinto faz do debate com o intuito de discutir a aplicabilidade das propostas apresentadas, assim como sua utilidade como instrumento analítico no caso do Brasil.

E, finalmente, faço uma breve análise da recepção da teoria do reconhecimento no país, principalmente, a partir da incorporação da teoria do reconhecimento feita por Jessé Souza para dar sustentação ao seu conceito de subcidadania. Trago ainda dois trabalhos empíricos que se valem da teoria do reconhecimento para analisar a luta por direitos de grupos sociais específicos, o de Ricardo Fabrino Mendonça acerca da luta das pessoas atingidas pela hanseníase e o de André Figueiredo, que analisa a luta de uma comunidade quilombola do Rio de Janeiro para garantir o direito de posse da terra em que vivem.

No terceiro capítulo, faço a análise de um conjunto de ações paradigmáticas que tratam de questões relacionadas a grupos que se organizam em torno de uma identidade, em que a teoria do reconhecimento se mostra fundamental na argumentação das decisões em questão. As seguintes ações judiciais foram analisadas:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 foi ajuizada pelo partido Democratas (DEM) visando a declaração da inconstitucionalidade dos critérios de seleção da Universidade de Brasília (UnB) para a política de reserva de cotas étnico-raciais no ensino superior. O ministro relator foi Ricardo Lewandowski e o julgamento foi realizado nos dias 25 e 26 de abril de 2012. Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a ADPF 186.

A Ação de Declaração de Inconstitucionalidade (Adin) 3239 foi ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual DEM, para questionar a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que estabelece os procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras quilombolas. O ministro relator foi Cesar Peluso. O julgamento teve início no dia 18 de abril de 2012 com o voto do ministro relator pela procedência da ação. A ministra Rosa Weber pediu vista¹ do processo. O julgamento foi retomado no dia 25 de março de 2015 quando a ministra divergiu do ministro relator e votou pela improcedência da ação. Houve novo pedido de vista pelo ministro Dias Toffoli e o julgamento ainda não voltou à pauta do plenário do STF.

A Adin 4277 foi julgada em conjunto com a ADPF 132. As duas ações discutem a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, de acordo com o disposto no artigo 1723 do Código Civil (CC). A ADPF 132 foi ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro e a Adin 4277 (inicialmente ADPF 178) foi protocolada pela Procuradoria Geral da República.

As ações pediam a interpretação conforme à Constituição² do artigo 1723 do CC para que se reconheça sua incidência também sobre uniões de pessoas do

¹ O pedido de vista é um instrumento em que o ministro da Corte solicita mais tempo para estudar de forma mais aprofundada determinado tema antes de proferir seu voto. Pelo regimento interno da Corte, os ministros deveriam devolver os autos do processo em até vinte dias, mas, não sendo uma obrigação, não é isso o que acontece na prática.

² “À vista das dimensões diversas que a sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admitia. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um

mesmo sexo de natureza pública, contínua e duradoura. O ministro relator de ambas as ações foi Carlos Ayres Britto. O julgamento aconteceu nos dias 4 e 5 de maio de 2011. A ação foi considerada procedente por unanimidade.

O recurso extraordinário 845.779 trata da indenização por danos morais a transexual que foi impedida de utilizar o banheiro feminino por um funcionário de um shopping center, em Florianópolis. Luís Roberto Barroso foi o ministro relator, que defendeu o reconhecimento de repercussão geral³ da matéria, tendo sido seguido pela maioria. A jurisprudência do STF não prevê o reconhecimento de repercussão geral em ações que envolvam danos morais, porém o ministro Barroso defendeu que esse caso era diverso dos outros porque está diretamente ligado ao princípio da dignidade humana e aos direitos de personalidade.

A ação foi a plenário no dia 19 de novembro de 2015, votando o ministro relator e o ministro Edson Fachin pelo provimento da ação e manutenção da sentença de primeiro grau, que concedeu indenização de 15 mil reais ao transexual por danos morais. O ministro Luiz Fux pediu vista do processo e o julgamento ainda não voltou à pauta do plenário.

Por fim, concluo fazendo algumas considerações acerca da introdução da temática da identidade na esfera jurídica, num contexto em que as lutas sociais encontraram no Poder Judiciário, especialmente no STF, um novo fórum público para suas demandas; no qual esse poder encontrou na teoria do reconhecimento uma gramática que facilita a aproximação e o entendimento desse mundo público. Termina com uma necessária reflexão sobre a relação entre direito e política no momento atual do país.

mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal” (BARROSO, 2003 apud Petição Inicial ADPF 54, nota 44, pg.19)

³ A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo STF. A repercussão geral possibilita que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida.

1. Identidades Políticas e Judicialização da Política

1.1. Subjetivação e Identidade

É certo que não se pode dizer que o tema da identidade seja uma questão nova. Desde a antiguidade, questões relacionadas à formação da nossa estrutura subjetiva e à representação do “eu” têm sido objeto de investigação das mais diversas áreas do conhecimento, da filosofia à arte, da religião à ciência, em todas elas a busca por compreender quem somos nós, esteve presente. Mas ao mesmo tempo, o discurso da identidade aparece como uma marca distinta da modernidade (CALHOUN, 1994).

Isso não porque sejamos mais preocupados com a questão do que os antigos, mas principalmente pelas maneiras em que a modernidade tornou a questão da identidade problemática, uma vez que “é muito mais difícil para nós estabelecer quem somos e manter essa identidade satisfatoriamente durante nossas vidas e no reconhecimento dos outros” (CALHOUN, 1994: 10).

A modernidade se caracterizou pela emancipação do indivíduo face a determinação inata e herdada de seu caráter social da época anterior, por isso Bauman diz que “falar de individualização e de modernidade é falar da mesma condição social” (2008:184). Nesse contexto, seu lugar na sociedade não está mais definido *a priori*, os sujeitos têm que construir sua identidade, arcando com as consequências de todas as suas escolhas.

Bauman questiona por que, se essa é uma característica da modernidade desde seus primórdios, a identidade se tornou uma preocupação ubíqua da atualidade, estando agora no centro do debate acadêmico. “A identidade se tornou um prisma, através do qual outros aspectos tópicos da vida contemporânea são localizados, agarrados e examinados” (BAUMAN, 2008: 178).

A novidade em relação à questão da identidade diz respeito à precariedade dos fins que se desejam alcançar. Se antes era uma questão de como chegar, de que escolhas fazer para se tornar quem se quer, agora o próprio destino final

parece não se sustentar. Utilizando o conceito de racionalidade instrumental de Weber, Bauman explica que antes as ansiedades e incertezas do sujeito moderno diziam respeito à escolha dos melhores meios para atingir o fim desejado, enquanto hoje são os fins que geram esses sentimentos desestabilizadores do sujeito.

Isso porque estruturas – como classe, nacionalidade e mesmo gênero – que garantiam alguma estabilidade ao sujeito e que serviam de guia para que estes pudessem realizar seus projetos de vida, não têm mais como oferecer garantias.

Hall (2005) identifica as mudanças estruturais que levaram a um deslocamento do quadro de referência que dava suporte aos indivíduos sociais na modernidade e, por consequência, a um processo de fragmentação do sujeito moderno e ao surgimento de novas identidades. Essas mudanças estão conectadas aos processos de globalização.

Vale ressaltar que a globalização é (são) um processo(s) complexo(s), que aconteceu(e acontece ainda) de diferentes formas e intensidades e, por conseguinte, produz efeitos diversos em todos os países, sendo que as clivagens entre centro e periferia são bastante significativas. Porém, para os objetivos desse trabalho, é suficiente estabelecer que os processos de globalização desestabilizaram as bases identitárias do sujeito moderno, principalmente pelo enfraquecimento das identidades nacionais, uma vez que são processos “atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, interconectado” (HALL, 2005: 67)

A identidade nacional está intrinsecamente relacionada ao sujeito moderno. As nacionalidades são a forma distinta de identidade cultural da modernidade, e uma das principais fontes de estabilidade e sentido para os sujeitos. Sob a primazia do Estado-Nação, diferenças étnicas e regionais foram subsumidas à identidade nacional (HALL, 2005: 49). Culturas nacionais são sistemas de representação, funcionam como fonte de significados e produção de sentidos que constroem as identidades nacionais. Narrativas sobre o passado – a formação da nação, as tradições de um povo (reais ou inventadas) – forjam um

sentimento de pertencimento, de identidade e lealdade, que unifica os sujeitos numa cultura e identidade nacionais.

Hall questiona a capacidade dessa identidade nacional unificada de anular diferenças culturais internas. Isso porque uma cultura nacional também é uma estrutura de poder cultural. A formação dos estados nacionais foi feita, na maioria das vezes, em cima da dominação de outros povos, ou seja, outras culturas. A construção da identidade nacional também visou submeter diferenças de classe e gênero. Além disso, muitas nações centrais modernas atuaram como impérios, impondo sua hegemonia cultural sobre suas colônias. Por isso:

“Em vez de pensar as culturas nacionais como unificadas, deveríamos pensá-las como constituindo um dispositivo discursivo que representa a diferença como unidade ou identidade. Elas são atravessadas por profundas divisões e diferenças internas, sendo “unificadas” apenas através do exercício de diferentes formas de poder cultural”. (HALL, 2005: 61)

Os efeitos da globalização sobre as identidades culturais nacionais foram imensos. As transformações na relação espaço-tempo, a interconexão entre diferentes partes do mundo com um fluxo acelerado de informações e de bens de consumo, tudo isso provocou “um alargamento do campo das identidades e uma proliferação de novas posições-de-identidade, juntamente com um aumento da polarização entre elas” (HALL, 2005: 84).

Se por um lado há uma forte tendência à homogeneização cultural, uma vez que num mercado de consumo global – se não o padrão de consumo (que continua extremamente desigual) – unificam-se os desejos de consumo, a mesma moda e os mesmos estilos podem ser encontrados em qualquer lugar, por outro lado, há um reforço de identidades locais, não necessariamente de caráter nacional, tanto como estratégia de mercado – “com a mercantilização da etnia e da alteridade” –, como também como resistência a esse movimento global, em que os efeitos positivos e negativos desse processo são desigualmente distribuídos.

Como consequência não só das novas relações espaço-tempo e do atravessamento de fronteiras, mas também porque os efeitos negativos desses processos tiveram maior impacto nas nações periféricas – muitas delas que até há pouco viviam em situação de colônia –, esse período da modernidade tardia

também se caracteriza por uma forte onda de migração, principalmente na direção dos países centrais, ou seja, dos países colonizadores.

São pessoas em busca de melhores condições de vida e, muitas vezes, apenas de sobrevivência, fugindo de contextos de miséria, guerras, fome e perseguição política. Esse movimento significou que muitas cidades passaram a conviver com minorias étnicas, pluralizando as culturas e identidades nacionais no interior dos estados-nação.

Os processos da globalização também tiveram efeitos desagregadores sobre as identidades de classe, organizadas fortemente pela categoria do trabalho, que sofreu mudanças extremas em sua organização num mundo globalizado. Bauman (2004) aborda essa questão ao fazer uma reflexão sobre o esvaziamento do papel do proletariado como agente revolucionário.

O crescente processo de desregulamentação, terceirização e flexibilização do trabalho tornou o ambiente de tal forma instável que não há espaço para a união e a solidariedade social necessárias para forjar um projeto de mudança social.

“Com o espectro de uma revolução proletária capitulando e dissipando-se, os ressentimentos sociais estão órfãos. Perderam a base comum sobre a qual era possível negociar e desenvolver objetivos e estratégias comuns. Cada categoria em desvantagem está agora por sua própria conta, abandonada aos próprios recursos e à própria engenhosidade.

Muitas dessas categorias em desvantagem responderam ao desafio. Os anos 1980 foram uma década de inventividade frenética. Novas bandeiras foram costuradas e erguidas, novos manifestos elaborados, novos cartazes concebidos e impressos. Como a classe não mais oferecia um seguro para reivindicações discrepantes e difusas, o descontentamento social dissolveu-se num número indefinido de ressentimentos de grupos ou categorias, cada qual procurando sua ancora social. Gênero, raça e heranças coloniais comuns pareceram os mais seguros e promissores”. (BAUMAN, 2004: 41-42)

Essa instabilidade é uma das marcas da modernidade tardia – definida como modernidade líquida por Bauman - e o que torna o processo de formação de identidade bem mais problemático do que era na modernidade. Os lugares e as colocações que o indivíduo pode almejar alcançar e se estabelecer não oferecem mais nenhuma garantia de realização, de construção do futuro. Não é mais uma questão de conseguir uma identidade e tê-la reconhecida socialmente, mas de “quê

identidade escolher e como ficar alerta para que outra escolha possa ser feita em caso de a identidade antes escolhida ser retirada do mercado ou despida de seu poder de sedução” (BAUMAN, 2008:187).

Bauman (2008) se apoia na visão de Bourdieu para quem, num mundo globalizado, os pontos de referência que poderiam guiar as escolhas dos sujeitos são precários e cambiáveis, o que impede que se tenha uma crença e esperança num futuro melhor fortes o suficiente para mobilizar coletivamente os indivíduos em prol de um projeto revolucionário de transformação. As incertezas do presente esvaziam a imaginação social de sua capacidade de mudança. Nossas dependências são globais, enquanto nosso raio de ação permanece local.

Nesse sentido, a via da política parece esgotada. As agências e instituições da democracia não fornecem mais os meios para enfrentar os poderes que determinam nossas vidas. Assim, “tudo parece estar no lugar exato para promover tanto a globalização das condições de vida como o “fatiamiento”, a atomização e a privatização das lutas da vida, auto-impulsionadas e autoperpetuadas” (BAUMAN, 2008: 190). Esse é o pano de fundo em que a questão da identidade no mundo atual deve ser entendida.

Para Bauman, a atividade incessante de construção de identidades nas sociedades contemporâneas tem a ver com uma busca por segurança, uma tentativa de resgatar o sentimento de comunidade, de pertencimento, que anteriormente conferia sentido à vida. Mas, paradoxalmente, para que esse processo tenha efeito, ele precisa negar sua origem substitutiva, ao mesmo tempo que precisa reativar o “espírito” das comunidades passadas.

Bauman se mostra bastante crítico dessa busca pela construção de identidades, por esse ser um processo contínuo de criação de fronteiras, de separação e diferenças. Por isso, ele defende que o conceito de identificação – que toma de Hall – expressa melhor essa questão, por se referir a uma atividade incessante, permanentemente incompleta, sem fim e no qual, de uma forma ou de outra, estamos todos engajados. Esse processo é um efeito direto dos processos de globalização, por isso longe de combatê-los, ele alimenta sua progressão (BAUMAN, 2008: 193).

Para Hall (2000), a importância de realizar a discussão sobre a identidade se dá porque esse é um conceito central para se entender a questão da agência e da política no mundo contemporâneo. Num contexto de globalização, com intenso fluxo migratório, o caráter estabilizador de muitas culturas e populações tem sido contestado e, no limite, ameaçado.

A invocação da identidade como uma conexão com uma origem, um passado histórico, se dá, não para produzir aquilo que os sujeitos são, mas aquilo que se tornaram. A mobilização de recursos como a história, a língua e a cultura não é para buscar respostas sobre quem somos e de onde viemos, mas sim, sobre como temos sido representados e como essa representação afeta a forma de nos representarmos e, por fim, quem podemos nos tornar (HALL, 2000: 109).

Dessa maneira, Hall privilegia o conceito de identificação sobre o de identidade, porque o primeiro, apesar de também apresentar dificuldades, deixa mais evidente o caráter de sua formação na prática discursiva, evitando assim uma leitura essencialista do conceito de identidade. Para ele, identidade é “um conceito estratégico e posicional” (2000: 108), incluído aí o caráter fragmentado, plural e instável que a modernidade tardia confere.

“É precisamente porque as identidades são construídas dentro e não fora do discurso que nós precisamos compreendê-las como produzidas em locais históricos e institucionais específicos, no interior de formações e práticas discursivas específicas, por estratégias e iniciativas específicas. Além disso, elas emergem no interior do jogo de modalidades específicas de poder, e são, assim, mais o produto da marcação da diferença e da exclusão do que o signo de uma unidade idêntica, naturalmente constituída, de uma “identidade” em seu significado tradicional” (HALL, 2000: 109)

Portanto, longe de se fundarem na unidade, as identidades se constituem na diferença. É na relação com o Outro, com aquilo que ele não é, com o que fica de fora, que a identidade se forma. Desse modo, “a constituição de uma identidade social é um ato de poder” (LACLAU apud HALL, 2000: 110), em que a parte excluída exerce uma força desestabilizadora constante na identidade construída.

A partir desse quadro, Hall define sua concepção de identidade como o ponto de encontro entre, de um lado, os discursos que nos falam e nos impelem a ocupar o lugar designado para nós enquanto sujeitos sociais e, do outro lado, os

processos que nos constroem subjetivamente como sujeitos de fala. A identidade seria, portanto, “pontos de apego temporário às posições-de-sujeito que as práticas discursivas constroem para nós” (HALL, 2000: 112). A partir disso, Hall faz um percurso teórico em que passa pelos conceitos de ideologia de Althusser, de poder disciplinar em Foucault e a noção de materialização em Judith Butler para compreender a identidade como um processo de articulação entre as posições que a sociedade estabelece para o sujeito, ou seja, a identidade que lhe é atribuída e a resposta que o indivíduo é capaz de dar a essa convocação, seja investindo nessa posição, seja em resistência a ela.

Hall defende que não é suficiente entender como os sujeitos são convocados a ocupar seus lugares por meio de práticas discursivas, também é necessário pensar como eles se constituem no processo. Importa que essa constituição se dá nos limites de um discurso normativo que possibilita algumas identificações e interdita outras. Nesse sentido, a luta pela afirmação da identidade de diversos grupos sociais é política na medida em que traz para o debate público uma reflexão sobre a imposição de uma visão de mundo que se sobrepõe e marginaliza outras. Assim, para Hall, “a questão e a teorização da identidade é um tema de considerável importância política” (2000: 130).

É nessa mesma direção que Calhoun vê o potencial da identidade como um projeto político:

“Nossas identidades estão sempre enraizadas, em parte, em ideais e aspirações morais que não podemos realizar completamente. Existe, portanto, uma tensão dentro de nós que pode ser tanto o *locus* de um conflito pessoal, como a fonte de uma política de identidade que visa, não a legitimação de falsas categorias de identidade essencializadas, mas a vivência de valores sociais e morais mais profundos”⁴ (CALHOUN, 1994: 29).

1.2. Políticas de Identidade

Em sua discussão sobre as políticas de identidade, Calhoun (1994) atribui centralidade ao conceito de reconhecimento, o que é particularmente relevante

⁴ Do original: “Our identities are always rooted in part in ideals and moral aspirations that we cannot realize fully. There is, therefore, a tensions within us which can be both the locus of personal struggle and the source of na identity politics that aims not simply at the legitimation of falsely categorical identities but at living up to deeper social and moral values”. (tradução nossa)

para os objetivos desse trabalho. Isso porque, no acolhimento de boa parte das demandas ligadas a grupos identitários na esfera jurídica, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm utilizado a teoria social do reconhecimento para justificar suas decisões. No próximo capítulo, aprofundarei essa questão e abordarei as principais concepções de reconhecimento, focalizando justamente nos autores citados nos votos proferidos pelos ministros da nossa Corte. Por ora, o foco é entender o papel do reconhecimento nas políticas de identidade.

A subjetividade é sempre um projeto em construção, um processo que pode ser mais ou menos árduo para os sujeitos, porém nunca automático. A construção da identidade depende da capacidade do sujeito de se reconhecer e ser reconhecido por outros. O reconhecimento é um componente vital para o desenvolvimento da capacidade de reflexão do sujeito, tornando-o apto a fazer suas escolhas, aceitar as responsabilidades decorrentes e aspirar continuamente o seu desenvolvimento. Para Calhoun, as mudanças sociais da modernidade tornaram o reconhecimento um aspecto problemático da identidade.

“com estados nacionais enormes, diásporas internacionais, amplas possibilidades de escolha pessoal, redes de relações sociais heterogêneas e instáveis, meios massificados de proliferação de transmissões culturais e uma multiplicidade de discursos buscando nomear e constituir as pessoas, a base social para o reconhecimento se encontra sob forte contestação. O escopo e a complexidade de identidades reconhecíveis e de esquemas de identidade concorrentes tornam o reconhecimento problemático e precisando de estabelecimento específico em diversos contextos institucionais e interacionais”⁵ (CALHOUN, 1994: 20).

As demandas por reconhecimento de grupos que se aglutinam em torno de uma identidade específica têm sido tratadas na literatura especializada como demandas por políticas de identidade.

Hall (2005) destaca o papel fundamental do movimento feminista na politização das identidades. Primeiro, porque esse movimento questionou profundamente as fronteiras entre público e privado, como bem demonstra o slogan do movimento: “o pessoal é político”. Isso levou para o debate político

⁵ Do original: “But with the enormous nation states, international diasporas, wide realms of personal choice, unstable and heterogeneous networks of social relations, mass media for the proliferation of cultural transmission and the sheer multiplicity of discourses attempting to name or constitute persons, the social basis for recognition has come under particular challenge. The sheer scope and complexity of recognizable identities and competing identity schemes makes recognition problematic and in need of specific establishment in various institutional and interactional settings” (tradução nossa)

temas da vida social, até então circunscritos ao campo das relações privadas, como família, sexualidade, trabalho doméstico, cuidado com as crianças.

Melucci (2001) aponta o movimento das mulheres como paradigmático na luta pelo reconhecimento de diferenças sem renúncia ao projeto coletivo de sociedade como um todo.

“O movimento das mulheres transforma-se em ator dos conflitos que tocam num dilema central da complexidade: a possibilidade de ser por si mesmo, sem romper o círculo da comunicação com o outro e do reconhecimento deste, é o problema que o movimento das mulheres levanta e indica à sociedade como campo de ação. O tema da identidade e da diferença, o direito a ser antes do direito a fazer, a reivindicação de um espaço de existência livre do controle e da determinação social estão destinados a não desaparecer do campo dos conflitos sociais. O movimento das mulheres mostrou à consciência coletiva a radicalidade das necessidades que nenhuma “política” pode mais ignorar. E com isso tem indicado as vias de uma nova política”. (MELUCCI, 2001: 109)

O movimento feminista colocou a formação das subjetividades como questão política e social. Dessa maneira, não surpreende que diversos movimentos identitários tenham seguido na esteira do feminismo, como o movimento negro e o movimento gay, por exemplo (HALL, 2005).

É nesse contexto que cabe trazer aqui, ainda que de forma breve, o tema dos chamados novos movimentos sociais, uma vez que estes são importantes veículos de difusão das questões identitárias na esfera pública. Os novos movimentos sociais são a expressão das contradições da modernidade tardia, intérpretes e porta-vozes de suas tensões e, mais ainda, funcionam como motores das transformações profundas da sociedade (MELUCCI, 1989, 2001).

Eles surgem num contexto em que a dominação capitalista extravasa o campo tradicional do controle da força do trabalho e da transformação dos recursos naturais em mercadoria. Há a necessidade de intervenção crescente no campo simbólico, na produção de sentido, na identidade e nas necessidades individuais. A integração social nas sociedades complexas não está baseada primordialmente na economia, mas sim na crescente conexão entre economia, política e cultura. Abre-se, assim, uma nova arena de conflitos que não se resume mais à esfera econômica. Os conflitos invadem a esfera cultural da sociedade, afetando as relações sociais, a organização da vida cotidiana, as motivações

individuais e os processos de subjetivação do indivíduo. Nesse sentido, pode-se dizer que eles estão em toda parte (MELUCCI, 1989, 2001).

Esses conflitos sociais manifestam as novas contradições que surgem dessa dominação cada vez mais ampla. Pois, se de um lado, os sistemas contemporâneos altamente diferenciados, baseados na informação, colocam à disposição do indivíduo recursos simbólicos que estendem os processos de individualização, autonomia e auto-realização, porque necessitam que esses indivíduos tenham capacidade autônoma de produção e recepção de informações, do outro lado, para manter sua própria integração, esses sistemas necessitam de maior controle sobre a ordem simbólica que confere sentido à ação individual, exigem uma maior identificação e conformação do indivíduo com suas orientações.

É nesse contexto que Melucci (2001) localiza a luta dos novos movimentos sociais. Uma luta, não pela tomada do poder, mas para expor as relações de poder e controle vigentes e, dessa forma, reagir às imposições externas de identidade, reapropriando-se da produção de sentidos, construindo novos projetos simbólicos e significados para a ação social.

“Os movimentos contemporâneos tendem a acentuar o caráter de mobilizações no plano cultural, conduzidas de maneira pontual por atores mutáveis. O que os caracteriza é a vontade de tornar presente o possível, de operar para a mudança no hoje. A mobilização radicada numa identidade particular, numa diferença, que se torna ponto de apoio para um apelo mais geral, instrumento para tornar visíveis problemas e lugares em jogo que ultrapassam o grupo e sua especificidade” (MELUCCI, 2001: 123)

Muitas críticas aos novos movimentos sociais têm sido feitas no sentido de questionar essa capacidade (e até mesmo vontade) dos movimentos de ultrapassarem às suas especificidades e se mobilizarem em torno de questões comuns da sociedade como um todo. Apesar das diferenças de perspectiva política de seus autores, as críticas em relação às demandas de grupos específicos da sociedade tendem, de um modo geral, a girar em torno das mesmas ideias, quais sejam, a de que elas são uma ameaça à democracia por cindirem o debate político em questões circunscritas aos interesses de grupos particulares.

As democracias ocidentais se baseiam numa concepção de espírito público dos cidadãos que os mobilizam a trabalhar juntos pelo bem comum. Os processos democráticos de tomada de decisão requerem uma comunicação em que as diferenças sejam deixadas de lado em prol do bem comum. Nesse sentido, as demandas de identidade interditarão o diálogo na medida em que as diferenças se tornem cada vez mais exclusivas. Outra crítica relevante, vinda principalmente do campo socialista, diz respeito ao esvaziamento do potencial emancipatório da política, minando a solidariedade de classe. Essas demandas separam ao invés de unir todos na luta contra a dominação capitalista (YOUNG, 2000).

Young (2000) rebate essas críticas ao defender que as políticas de identidade são melhor compreendidas se pensadas a partir de uma noção das estruturas sociais do grupo, em vez da noção de cultura. Assim, seria mais adequado falar em políticas da diferença no lugar de políticas de identidade. Isso porque a noção de identidade, apesar de importante sob alguns aspectos para certos grupos e relacionada a alguns dos problemas vocalizados por estes, não dá conta das demandas por justiça desses grupos.

“As principais demandas desses movimentos, (...), principalmente aqueles que merecem ser levados mais seriamente, têm sido demandas por igualdade política, inclusão e apelos por justiça dirigidos a um público mais amplo, que deveriam aceitá-las. Esses movimentos reivindicam que instituições políticas, sociais e econômicas dominantes deveriam levar em melhor consideração seus interesses, necessidades e pontos de vista nos processos de tomada de decisão e construção de políticas públicas”⁶ (YOUNG, 2000: 86)

Entender esses grupos pela lógica da identidade desvirtua o seu potencial. Para evitar isso, Young propõe uma concepção da diferença que dá origem a esses grupos baseada numa lógica relacional, em detrimento de uma lógica substantiva, geralmente utilizada para compreender a identidade de grupo. Além disso, diferenças estruturais tendem a ser o fator principal de mobilização desses grupos, podendo ser decorrentes de diferenças culturais, mas não podendo ser reduzidas a estas.

⁶ Do original: “The primary claims of these movements, (...), and those that deserve to be taken more seriously, have been claims for political equality, inclusion, and appeals to justice directed at a wider public which they claim that public ought to accept. These movements have made claims upon dominant political, social, and economic institutions that their interests, needs, and particular points of view should be better taken into account in decision making processes and policies”. (tradução nossa)

Pela lógica substantiva, há uma tendência a essencializar as características que compõem a identidade do grupo. Essa foi uma estratégia utilizada por alguns grupos e movimentos, principalmente para forjar a solidariedade de grupo, o que delimitava claras fronteiras entre dentro e fora do grupo, mas, segundo Young, os próprios movimentos fizeram essa crítica interna. Mais ainda, dentro dessa lógica, as diferenças intra e entre grupos são ignoradas, o que termina por normalizar a experiência de alguns membros e marginalizar a de outros.

Entender as diferenças de grupo pela lógica relacional significa priorizar as relações dos membros do grupo entre si e com os outros. Importa definir que a noção de grupo utilizada aqui diz respeito “a um coletivo de pessoas, que se diferem de outras por formas culturais, práticas, necessidades ou capacidades especiais e estruturas de poder e privilégio”⁷ (YOUNG, 2000: 90). Esses grupos emergem da interação entre as pessoas. Classificar as pessoas com características similares como do mesmo grupo só é possível em comparação com pessoas que diferem dessas características. Sob essa lógica, indivíduos do mesmo grupo podem diferir de várias maneiras, assim como as fronteiras entre dentro e fora do grupo são mais fluidas.

Young ainda destaca que mesmo quando há conflito entre grupos culturais, esse não necessariamente é um conflito cultural, pelo contrário, na maioria das vezes a disputa é por recursos, território e trabalho. A autora distingue entre grupo estrutural e grupo cultural para defender que as relações sociais que constituem raça, gênero, classe, sexualidade, são melhor compreendidas como estruturais. Um grupo estrutural é um conjunto de pessoas que ocupam posições similares nas relações institucionais e interativas que condicionam suas oportunidades de vida.

“o lugar social do indivíduo em estruturas diferenciadas por classe, gênero, idade, habilidade, raça ou casta geralmente prevê seu status na lei, suas possibilidades educacionais, sua ocupação e seu acesso a recursos, poder político e prestígio. Não só esses fatores permitem ou constroem a auto-determinação e o desenvolvimento pessoal, como tendem a se reforçar mutuamente”.⁸ (YOUNG, 2000: 95)

⁷ Do original: “a collective of persons differentiated from others by cultural forms, practices, special needs or capacities, structure of power or privilege”. (tradução nossa)

⁸ Do original: “a person’s social location in structures differentiated by class, gender, age, ability, race, or caste often implies predictable status in law, educational possibility, occupation, access to

Mesmo quando as diferenças estão mais relacionadas à cultura do que à estrutura, as demandas por reconhecimento cultural, geralmente, são meios de combater a discriminação, a marginalização e a falta de oportunidades.

A questão central para Young é de que um debate realmente democrático deve levar em consideração as diferenças estruturais, o que significa que não basta a inclusão formal que iguala a todos, mas a atenção às relações sociais que diferenciam os sujeitos e condicionam suas experiências e oportunidades. Assim, as diferenças são vistas como recursos que impedem que a perspectiva dominante defina os problemas e as soluções das questões em debate.

Quando grupos que lutam por direitos das mulheres, dos negros, dos índios, gays, criticam as instituições e políticas vigentes demandando, justificadamente, inclusão e reconhecimento, o que acontece não é uma separação, mas sim um engajamento político desses grupos com a sociedade como um todo.

Acredito que a perspectiva de Young é particularmente adequada para a realidade brasileira, por sermos uma sociedade marcada por privilégios e por uma extrema desigualdade na distribuição de recursos e de poder. Apesar das garantias constitucionais formais, a cidadania e a igualdade nunca de fato se universalizaram por aqui. Não é de surpreender, então, que as demandas dos grupos organizados em torno de uma identidade reivindiquem direitos de cidadania, inclusão social e igual respeito. Há, por isso, um enorme potencial democratizante nessas demandas. O acesso de negros ao ensino superior, a garantia da posse de terras a índios e quilombolas, o reconhecimento da união homoafetiva, a descriminalização do aborto, são todas demandas que questionam o status quo e os privilégios institucionalizados na nossa ordem social. No Brasil, a via judicial tem se mostrado um caminho auspicioso para a vocalização dessas demandas.

A perspectiva de Minow (1990) sobre o tratamento da questão das diferenças na esfera judicial permite a compreensão de aspectos promissores nessa via. A autora apresenta diversos casos concretos das cortes americanas, para

resources, political power and prestige. Not only do each of these factors enable or constrain self-determination and self-development, they also tend to reinforce the others". (tradução nossa)

defender a importância, ainda que limitada, da esfera judicial. Apesar de na maior parte das vezes, as cortes atenderem apenas a uma parte do problema e não à toda sua complexidade, a alternativa seria provavelmente a indiferença legislativa, uma vez que esses grupos não oferecem grandes vantagens em termos eleitorais. Esse ponto se apresenta como uma das explicações plausíveis para o fato de que movimentos como o de mulheres, de crianças e de deficientes tenham enxergado as cortes como a principal via de acesso ao governo – vale ressaltar que esse tipo de conclusão é sempre dependente do contexto histórico específico.

Portanto, mesmo as soluções parciais das cortes oferecem a oportunidade de trazer a questão para o debate público. A judicialização de questões relacionadas ao reconhecimento de diferenças dá visibilidade às perspectivas que desafiam a visão majoritária da sociedade. Mesmo se o tribunal negar procedimento à ação, ainda assim a atenção judicial dada pode mobilizar a questão em outras arenas.

“O caso judicial pode ser visto como um meio para enredar clichês e atitudes iniciais em uma compreensão mais profunda e para ampliar uma simpatia imaginativa para aqueles que estão em situação de diferença em relação a nós mesmos; finalmente, como um modo de abrir um espaço de coerência num processo de mudança cultural. O litígio dá a oportunidade de desafiar a suposição de que as diferenças residem nas pessoas “diferentes” e não nas relações sociais que expressam os desequilíbrios de poder”.⁹ (MINOW, 1990: 365)

Além disso, a ação judicial exige uma justificação para o estado em que as coisas se encontram, portanto, é uma maneira de tornar o Estado mais responsivo, porque o Poder Judiciário está em constante relacionamento com as outras esferas de poder.

1.3. Judicialização da Política e a Política de Identidade

Muitas das críticas à atuação dos tribunais nessas questões dizem respeito a uma violação do princípio da separação de poderes, com o Judiciário invadindo a arena política. Esse fenômeno ficou conhecido como judicialização da política.

⁹ Do original: “The judicial case can be seen as a means for complicating clichés and first attitudes into deeper understanding and for extending imaginative sympathy to those differently situated from ourselves; and finally, as a way of making a place of coherence in a process of cultural change. Litigation provides the opportunities to challenge the assumption that differences reside in the “diferente” persons rather than in social relationships that may express imbalances of power”. (tradução nossa)

Para Minow (1990), a separação de Poderes envolve relações contínuas entre as diferentes esferas, em vez de cada uma delas ficar confinada às suas distintas competências. Faz-se necessário que os juízes se mantenham atentos a essas relações e ao equilíbrio de poder em cada situação particular. Tanto a ação quanto a inação judicial podem prejudicar essas relações e a obrigação dos governos em relação às pessoas. É imperativo que a Corte, ao decidir pela inação, se justifique para além da deferência entre os Poderes, mais ainda quando o sujeito da ação não dispuser de poder político suficiente para ser considerado pelos poderes eleitos pelo voto.

Para José Rodrigo Rodriguez (2013), uma das características fundamentais do direito no século XX é a regulação de diferenças sociais, por meio de legislação especial, a partir das demandas por novos direitos. Essa situação confere maior complexidade às leis e torna necessário um judiciário mais ativo para atribuir sentido ao direito. Essas duas características – complexidade das leis e ativismo judicial – são sinais do caráter democrático das sociedades contemporâneas.

O autor parte da premissa de que não se pode buscar o sentido do direito no mundo contemporâneo separado do contexto das lutas sociais, para responder aqueles que veem o ativismo judicial como uma invasão da competência do poder legislativo, promovendo assim um desequilíbrio entre os Poderes, ‘pecado’ que o STF estaria cometendo toda vez que interpreta uma lei para além de seu sentido literal.

É no diálogo com Montesquieu que o autor fundamenta essa concepção. A defesa que Montesquieu fez de uma república baseada na separação dos Poderes, no juiz que se atém ao texto da lei e na simplicidade dessa lei, se deu em oposição a um contexto em que o direito servia predominantemente aos interesses do poder político dominante. Nas repúblicas, em oposição à monarquias, as leis não incorporaram distinções, pois todos devem ser tratados iguais (RODRIGUEZ, 2013: 53)

As mudanças ocorridas no direito ao longo do século passado, com a introdução de leis especiais para determinados grupos sociais ou destinadas à

peessoas com condições específicas, complicam a utilização das ideias de Montesquieu sem nenhuma atualização. Sem isso, corre-se o risco de fazer uso dessas ideias em prol de concepções conservadoras e autoritárias de poder político. Isso porque:

“a pressão dos movimentos sociais, ao longo de todo o século, resultou na criação de cada vez mais distinções reguladas por lei com a finalidade de conferir direitos especiais aos pobres, às crianças, aos doentes, aos velhos, aos inválidos, aos deficientes, a empregados e empregadas, a funcionários e funcionárias públicos, a trabalhadores e trabalhadoras do campo e, mais recentemente, às mulheres em geral, aos indígenas, aos negros, às travestis, às transex, aos transgêneros e a tantos outros grupos sociais que se organizaram para lutar por melhores condições de vida” (RODRIGUEZ, 2013: 54)

A incorporação de diferenças ao direito é um dos fatores fundamentais da crescente complexidade das leis e a demanda por novos direitos é um processo social que não parece estar perto de cessar. Rodriguez destaca que, ao contrário da leitura de Montesquieu, as diferenças reconhecidas por lei não significam privilégios como nas monarquias (RODRIGUEZ, 2013: 54). Pelo contrário, na sua visão “a democracia tem como corolário a crescente complexidade das leis” (RODRIGUEZ, 2013: 55), como demonstra a nossa Constituição, um texto que contém diversas normas especiais fruto de intensa participação da sociedade civil na sua elaboração.

Nesse sentido, defender a interpretação constitucional atrelada ao texto da lei, como o faz Montesquieu, no contexto das sociedades complexas e plurais da contemporaneidade, é se opor à legislação especial que garante direitos a diferentes segmentos da sociedade, como velhos, pobres, crianças e jovens, e aos problemas de interpretação constitucional que daí decorrem:

“Em uma sociedade realmente marcada pela diferença, ou seja, em que as diferenças possam ser objeto de demandas de direitos, a defesa radical da simplificação das leis acaba por se constituir em um obstáculo intransponível para o avanço de reivindicações sociais”. (RODRIGUEZ, 2013: 56)

Aí estaria o potencial democrático do direito. Baseando-se no jurista alemão Franz Neumann, o autor defende que a realização da democracia se dá na medida em que o direito reconhece e lida com as desigualdades sociais (RODRIGUEZ, 2013: 58). A busca pela igualdade prometida pelo direito (e que

jamais poderá ser cumprida) mobiliza os grupos sociais que se sentem injustiçados a demandar novos direitos, esse movimento é o motor da democracia. A questão levantada pelo autor é a de que esse processo de criação de legislação especial gera problemas jurídicos, que exigem novas maneiras de interpretar a lei

“é razoável afirmar que miríade de regras, restrições, extensões, que multiplicam os casos particulares conquistadas pela luta social tende a transformar o pensamento jurídico em algo mais próximo de uma arte do que de uma simples operação lógico-formal. (...). O pensamento jurídico será mais parecido com o raciocínio ético-moral, com uma forma de pensar relativamente indeterminada e dinâmica, que encara a imprecisão como um fato da vida, uma consequência necessária da liberdade da sociedade, que se traduz na possibilidade de reivindicar direitos e de lutar pela melhor interpretação das leis, tendo em vista a indeterminação de seu sentido. Em uma democracia, portanto, os juristas devem se preocupar menos com o sentido preciso do texto das leis do que com a dinâmica da luta social” (RODRIGUEZ, 2013: 63)

É nesse cenário de intensa reivindicação de direitos, por grupos organizados em torno de identidades específicas, na esfera judicial, que o tema da judicialização da política se impõe. Na seção a seguir, apresento o desenvolvimento dessa questão, especialmente no contexto brasileiro.

1.4. Judicialização da Política no Brasil

A judicialização da política é um fenômeno cada vez mais comum às democracias contemporâneas, em que cortes constitucionais têm tido grande protagonismo em decisões acerca de questões de grande alcance político e social, na implementação de políticas públicas e também em temas de controvérsia moral na sociedade.

Há uma vasta bibliografia sobre o tema, tanto a nível internacional quanto tratando especificamente do caso brasileiro. É possível dizer que há alguma convergência de diagnósticos para as causas do fenômeno e também para as particularidades do caso brasileiro (BARROSO, 2012b; WERNECK VIANNA, 1999; CITTADINO, 2002; VIEIRA, 2008)

A Constituição de 1988 aparece como o marco inicial do processo de judicialização da política por diversas razões. Foi por meio dela que o Poder Judiciário deixou de ser um departamento técnico e se tornou um verdadeiro

poder político. A abrangência temática da nossa Carta também favoreceu esse processo, uma vez que matérias antes deixadas para a legislação ordinária foram constitucionalizadas. Isso não aconteceu somente no Brasil, tendo sido uma tendência em países que vinham de um contexto autoritário e de abusos do poder político, que levaram a uma profunda desconfiança da capacidade dos Poderes Legislativo e Executivo de responderem aos anseios da sociedade (BARROSO, 2012b).

A constitucionalização de determinados temas acabou ampliando as possibilidades de ação propriamente política do Judiciário. Isso abriu espaço para que o debate sobre a efetivação de direitos se desse também no STF. Ao abordar as constituições surgidas no contexto do pós-guerra e, mais tarde, da queda do Muro de Berlim, Vilhena Vieira afirma que – além de deixar evidentes as diferenças entre os regimes que estavam superando e aquele que buscavam implantar – essas constituições foram incumbidas “de liderar o processo de mudança social” (VIEIRA, 2008: 444).

Mas a principal inovação da Carta de 1988 a favorecer, entre nós, o fenômeno da judicialização foi a expansão da comunidade de intérpretes da Constituição, ou seja, aquela que está autorizada a participar do nosso sistema de controle de constitucionalidade. Até 1988, esse controle era prerrogativa do procurador-geral da República. A partir de então, houve uma considerável expansão da comunidade de intérpretes da Constituição, incluindo governadores, procuradores, partidos políticos e entidades de classe de âmbito nacional.

É essa heterogeneidade da comunidade de intérpretes, legitimada pela apropriação das inovações propostas na Carta de 1988 pela sociedade civil e por agentes institucionais, que garante um amplo escopo de motivações na proposição de ações de controle de constitucionalidade, indo dos interesses mais circunscritos até os mais universalistas. Ao analisar o universo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), Werneck Vianna et alli.(1999) constata que estas fazem parte das “novas vias abertas pela Constituição para uma democracia participativa” (WERNECK VIANNA ET ALLI., 1999: 42), que funcionam como “cenário complementar” (WERNECK VIANNA ET ALLI., 1999: 43) nas lutas das minorias parlamentares e das organizações sindicais.

Considerado o histórico brasileiro de autoritarismo político, a criação de mecanismos que permitem o questionamento das normas criadas por maiorias parlamentares não pode ser vista apenas como delegação de poder para a nossa alta corte de magistrados, com a Justiça assumindo cada vez mais um caráter providencial e assistencialista. É exatamente esse contexto, pouco favorável à mobilização social, que faz com que esses instrumentos criados pela Carta de 88 tornem-se um recurso fundamental na luta por direitos e pela ampliação da democracia.

“importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda de uma alta corte de justiça, que pode ser provocada pela sociedade a se manifestar. Importa também que a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à República”. (WERNECK VIANNA et alli., 1999: 44)

É nessa mesma direção que vai Gisele Cittadino (2002) ao entender o protagonismo do Poder Judiciário como inauguração de “um tipo inédito de espaço público” (CITTADINO, 2002: 17), que estaria desvinculado das instituições político-representativas clássicas. Para ilustrar a pertinência dessa perspectiva, valho-me da resposta dada pelo jurista Oscar Vilhena Vieira em uma entrevista¹⁰:

“... as decisões de natureza política mais importantes tomadas pelo presidente com apoio de sua base no Congresso prescindem do debate público, da mobilização da população. A decisão simplesmente sai. E aí o STF vira o *lócus* onde os derrotados vão questioná-la. Não é que o Supremo faça o debate público, mas ele é organizado a partir de uma decisão judicial. Note que nos engajamos na discussão sobre o aborto dos fetos anencéfalos ou sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo a partir do momento em que tais temas chegaram ao STF. Lá se manifestaram grupos e movimentos sociais, talvez porque já não se sintam representados no Congresso ou não encontrem ali a polarização adequada ao debate. Nesse sentido, o STF faz uma substituição quase que simbólica do Legislativo, como articulador do debate público”.

Cittadino (2002: 26) defende que mais do que a reconstrução da ordem democrática e do Estado de Direito pós ditadura militar, o que se pretendia era "reencantar o mundo" através do Direito no Brasil. Para isso, buscou-se romper com a tradição positivista e privatista da cultura jurídica brasileira. Ancorada num

¹⁰ Entrevista publicada no jornal O Estado de São Paulo, no dia 05 de agosto de 2012. Disponível em: <http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,supremos-poderes-imp-,911434>, acessada em 20 de março de 2015.

sistema voltado para a defesa dos direitos civis e políticos, fundamentalmente comprometida com a garantia da autonomia privada dos indivíduos, nossa cultura jurídica foi bastante resistente à implementação dos direitos econômicos e sociais (CITTADINO, 2002: 27). A Constituição de 1988 rompeu com essa tradição:

"O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição-garantia(...). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura (...)" (SILVA apud CITTADINO, 2002: 28)

O caráter positivista e privatista de nossa cultura jurídica tradicional não é compatível com a centralidade conferida aos direitos fundamentais na Carta de 1988. Como explicitado na citação acima, a Constituição vigente está comprometida com a construção de uma sociedade mais justa, nela estão colocados os princípios e valores que vão guiar esse processo. Não mais apenas a proteção do indivíduo e de sua esfera privada frente ao poder do Estado, mas a valorização do coletivo e da comunidade, acima da esfera individual.

A Constituição de 1988, ao colocar os direitos fundamentais como o núcleo duro de seu ordenamento, se ergue sobre novas bases, alheias às que até então sustentaram nossa tradição jurídica.

Os artigos 1º e 3º evidenciam isso ao definir a cidadania e a dignidade humana como fundamentos do Estado brasileiro; e como seus objetivos, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito e discriminação. É a primeira vez na história brasileira que uma constituição define os objetivos primordiais do Estado e ao fazê-lo coloca a dignidade humana como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal (CITTADINO, 2002: 26).

Dessa maneira, os direitos fundamentais estão na base do nosso constitucionalismo democrático. Convertidos em normas constitucionais, os direitos fundamentais exercem um duplo papel: como direitos positivados são

considerados objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito e, por sua centralidade no nosso ordenamento constitucional, funcionam também como critério de interpretação. Vale ressaltar que no constitucionalismo democrático, os direitos fundamentais não estão referidos a uma ordem de valores abstratos e, sim, à “consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica” (CITTADINO, 2002: 31).

Por isso, Cittadino defende que a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição democratiza o processo interpretativo, funcionando como uma nova via de participação político-jurídica “que processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa” (CITTADINO, 2002: 31). Nesse sentido, é a concretização da Constituição, uma vez que a ampliação da comunidade de intérpretes significa também a abertura e publicização do processo interpretativo na busca pela efetividade dos direitos constitucionais. Cittadino ressalta que o caráter vago, sem regulamentação perfeita, dos direitos fundamentais exige uma atividade interpretativa mais intensa, efetiva e democrática. Essa necessidade está intrinsecamente conectada à introdução do ideário do pós-positivismo no Brasil.

O pós-positivismo surgiu no contexto do pós-guerra, a partir da realização de que as barbaridades cometidas durante a guerra estavam balizadas pela ordem legal vigente. Nesse sentido, o pós-positivismo promoveu o reencontro do Direito com a ética, com valores e ideais de justiça e legitimidade. Nossa Constituição é um reflexo desse processo (BARROSO, 2012a).

No modelo de interpretação tradicional, a resposta está inteiramente contida na norma jurídica e a interpretação do juiz é uma atividade primordialmente técnica, de identificação da norma a ser aplicada e divulgação de seus efeitos sobre o caso concreto. Esse modelo, porém, não foi capaz de acompanhar os processos de complexificação da sociedade, se mostrando incapaz de dar respostas satisfatórias para os chamados casos difíceis. Torna-se necessário buscar a resposta em outro lugar:

“Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela” (BARROSO, 2012a: 12).

É importante ressaltar que o modelo de interpretação tradicional ainda é utilizado na solução da maioria das questões que chegam ao Judiciário. Mas também ganha espaço um novo modelo de interpretação constitucional que surge para lidar com “as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural” (BARROSO, 2012a: 12).

Barroso aponta uma série de novas categorias incorporadas pelo novo modelo de interpretação: a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica, que criam “um novo ambiente”, com mudanças nos papéis da norma, dos fatos e do intérprete (BARROSO, 2012a: 13). Não me aprofundarei aqui em nenhuma dessas novas categorias. O que importa destacar é que nos casos em que não é possível encontrar no direito positivo uma solução adequada, essa solução deverá “ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito” (BARROSO, 2012a: 13). Importante frisar que essa argumentação deve ser elaborada de tal modo a justificar e legitimar a criatividade do intérprete na construção dessa solução.

1.5. Judiciário e criação do direito: promessas e riscos

Para Mauro Cappelletti (1999), a criatividade jurisdicional, apesar de ter sempre existido, é um fenômeno do nosso século. A causa mais geral seria o que o autor chama de “revolta contra o formalismo”, que ocorreu em diversos países, apesar das diferenças de seus ordenamentos jurídicos. Todos, de maneiras diversas, questionavam o ideal do juiz como “boca inanimada da lei”, aplicando e declarando o direito estritamente a partir de uma lógica mecânica do processo jurisdicional, sem lugar para qualquer criatividade. Essa revolta levou à descoberta de que:

“o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade, significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”. (CAPPELLETTI, 1999: 33)

Mas essa revolta tem como causa um fenômeno que alterou de forma profunda o papel do direito e do estado na sociedade moderna, o *Welfare State*. A legislação social instituída pelo *Welfare State* conferiu nova dimensão aos Poderes Legislativo e Executivo, e, por conseguinte, ao Poder Judiciário, que diante do gigantismo das esferas de poder propriamente políticos, viu um aumento de suas funções e responsabilidades. Cappelletti chama esse Poder Judiciário nas sociedades modernas de terceiro gigante.

Isso porque a legislação social implantada no *Welfare State* passou a exigir uma atuação ativa do Estado. Direitos como saúde, trabalho, segurança social, implicam numa ação mais intervencionista do Poder Legislativo, por meio da criação de leis e políticas públicas que garantam esses direitos, e também do Poder Executivo, encarregado da implementação e administração dessas políticas. Esse processo, claramente, se refletiu no Poder Judiciário, que se viu instado a participar dessa transformação, seja contribuindo para a efetivação de políticas públicas de cunho social, seja dando concretude aos direitos sociais concebidos no Legislativo, muitas vezes de forma vaga, apontando apenas os princípios gerais e os fins a serem alcançados. Nesse sentido, a criatividade dos juízes, apesar de sempre presente em alguma medida, ganhou um espaço e uma relevância até então desconhecidos.

Com o desenvolvimento do *Welfare State*, o Poder Legislativo tornou-se onipotente em sua pretensão de garantir o progresso social, produzindo uma profusão de leis, muitas vezes inadequadas e ineficientes. O Poder Executivo, por sua vez, ficou com uma estrutura cada vez mais inchada, exercendo um controle administrativo burocrático e de difícil acesso aos cidadãos comuns. Nesse sentido, outro aspecto fundamental para o crescimento e fortalecimento do Poder

Judiciário foi a necessidade de se impor mecanismos de controle aos poderes políticos.

Cappelletti aponta, como consequência, as mudanças internas ocorridas no Poder Judiciário, com o aumento de suas funções e responsabilidades, e principalmente o surgimento das cortes constitucionais e o controle de constitucionalidade das leis. O autor defende que “apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um Legislativo forte, um Executivo forte e um Judiciário forte” (CAPPELLETTI, 1999: 54).

Como desdobramento dessas mudanças, Cappelletti ressalta, ainda, a entrada no Judiciário dos conflitos coletivos e de classe a partir dos processos de massificação social, conferindo a esse poder o papel de defensor dos direitos coletivos e difusos. Junta-se a isso a constitucionalização dos direitos fundamentais e a centralidade destes nas constituições de vários países ocidentais. Toda essa legislação tende a ser vaga, programática e principiológica, exigindo ainda mais criatividade e ativismo por parte da magistratura. Nas palavras de Cappelletti:

“Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa) ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público” (CAPPELLETTI, 1999: 68).

Os riscos dessa evolução do Poder Judiciário – autoritarismo, inacessibilidade, totalitarismo – não são ignorados por Cappelletti, porém o autor defende que, se respeitados os limites que impedem a perigosa conversão do Judiciário em outro poder político, há como se diferenciar a criatividade do processo legislativo da criatividade do processo jurisdicional, de maneira a fortalecer a democracia.

As diferenças aparecem principalmente no plano processual, com os limites impostos pelas regras que conduzem o devido processo legal. O juiz deve ser imparcial e não ter qualquer relação de participação com as partes do caso em julgamento, estando, dessa forma, livre de qualquer pressão. O processo judicial

impõe que todas as partes sejam ouvidas de maneira a terem plena oportunidade de defenderem sua posição perante o juiz. E, por fim, ao Poder Judiciário é imposto uma atitude passiva, ele só pode agir se provocado.

A principal crítica à criação do direito pelo Judiciário diz respeito à falta de legitimidade democrática desse direito. Cappelletti utiliza diversos argumentos para rebater essa crítica. Primeiro, ele questiona o nível de representatividade dos poderes estritamente políticos, isso porque na realidade, no jogo político, esses poderes estão sujeitos às pressões e negociações com grupos de poder, que comprometem a noção clássica de vontade popular e voz da maioria. Em complemento a essa ideia, Cappelletti aponta que o Judiciário, principalmente seus tribunais superiores, não é desprovido de representatividade, uma vez que seus integrantes são nomeados e confirmados pelos Poderes Executivo e Legislativo. No caso do Brasil, os onze ministros do STF são nomeados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado Federal.

Além disso, o fato de que os tribunais superiores publicam o seu voto escrito, caso do Brasil, é uma forma de buscar a legitimidade das decisões proferidas, de convencer a sociedade de que os magistrados conservam “seu empenho em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade” (CAPPELLETTI, 1999: 98).

Outro argumento eficaz é o de que o Judiciário se mostra mais acessível a grupos marginalizados do que o Poder Legislativo. Sem ignorar que o caminho judicial também tem suas dificuldades e interdições, os procedimentos judiciais garantem que as partes sejam ouvidas de forma igualitária, o que permite aos grupos desfavorecidos serem ouvidos de uma forma que não acontece no processo legislativo, que termina sendo mais opaco e de difícil compreensão para o cidadão comum. Como coloca o autor:

“a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país” (CAPPELLETTI, 1999: 100).

Indo mais fundo nessa argumentação, juntamente com a noção de que quanto maior o sentimento de participação mais democrático é o governo, Cappelletti defende que por suas características, em que a análise do caso só se inicia pela ação das partes interessadas, que determinam seu conteúdo e têm o direito de serem amplamente ouvidas, o processo jurisdicional promove mais participação do que o processo legislativo, em boa parte das vezes.

O risco, sempre existente, de o juiz se tornar um burocrata distanciado da sociedade – risco esse que o parlamentar eleito também corre – é atenuado pelas regras processuais do processo jurídico, já mencionadas. Ao depender do pedido das partes interessadas e da garantia do contraditório para exercer sua função, o magistrado está lidando com casos concretos que o aproximam da sociedade.

Apesar da formação e da carreira de um juiz envolver um grau de distanciamento da realidade da vida social, o exercício de sua função também o obriga “a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida” (CAPPELLETTI, 1999: 105). Cappelletti enxerga aí, pelo menos em potencialidade, o caráter altamente democrático do direito jurisprudencial. Porém, essa potencialidade só pode se realizar em contextos em que haja um acesso razoável da população ao sistema jurídico, tanto à educação necessária para participar do processo de seleção de juízes, como também de acesso aos tribunais.

E, por fim, uma democracia necessita de um sistema de proteção aos direitos fundamentais, sem os quais não pode existir. Por isso:

“Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder(não governativos ou quase-governativos), tão típicos de nossa sociedade contemporânea” (CAPPELLETTI, 1999: 107)

É a partir desse quadro que faz sentido pensar as competências responsivas que Strapazzon (2009) atribui à nossa Corte Constitucional.

“...as expectativas quanto à efetivação de direitos no campo dos novos direitos sociais e dos direitos de dignidade, antes vistas como meras expectativas políticas, portanto, como temas que deveriam compor a agenda dos partidos e dos parlamentos, tendem a se converter, agora, em *expectativas jurídicas vinculantes*, isto é, em verdadeiros direitos subjetivos que, por ações judiciais próprias, podem vincular a atuação dos outros dois poderes na linha da efetivação desses direitos fundamentais. Essas Cortes Constitucionais, assim, são mais que *veto players*, são *positive political players*” (STRAPPAZZON, 2009: 193).

1.6.

A perspectiva do Direito Responsivo

Importa aqui se aprofundar na concepção de direito responsivo, desenvolvida por Nonet e Selznick (2010), para analisar a apropriação da teoria social contemporânea pelos operadores do direito como uma possível chave de leitura dos conflitos sociais, que facilita uma aproximação entre direito e sociedade. O objetivo dos autores é, a partir de uma perspectiva sociológica, dar conta das mudanças ocorridas no campo do direito com o avanço da democratização social.

Partindo da premissa de que o direito se define pela sua relação com o poder político, os autores apresentam os seguintes estágios de evolução dessa relação: o direito repressivo, o direito autônomo e o direito responsivo. Num sistema de direito repressivo, o direito está subordinado ao poder político, legitimando e servindo aos propósitos dos politicamente poderosos, menos sujeitos às restrições da lei. Já no sistema autônomo, base do Estado de Direito, este é independente da política e funciona como um limitador do poder político. No contexto em que surgiu, a criação do direito autônomo não foi um feito menor.

Em busca de legitimação e de legitimidade, a separação entre política e direito se deu pelo que os autores classificam de “barganha histórica”, em que as instituições de direito garantiram sua autonomia de procedimentos em troca de uma subordinação substantiva. Em outras palavras, a autoridade dos juristas não poderia ser tolhida por interferências políticas, desde que estes se afastassem da formulação de políticas públicas. (NONET e SELZNICK, 2010: 105)

Para garantir sua autonomia institucional, os ideais de justiça e equidade no direito autônomo se centraram, fundamentalmente, nas regras e na integridade dos procedimentos. Definindo regra como “norma de determinado escopo e

aplicação” (NONET e SELZNICK, 2010: 107), os autores afirmam a centralidade das regras no direito autônomo por sua capacidade de legitimar o poder, fixando de forma precisa o alcance e o limite da autoridade oficial, uma vez que “regras precisas apuram o controle da lei, mas se concentram nas formas e nos detalhes, deixando intacta a substância e o padrão mais geral da política pública” (NONET e SELZNICK, 2010: 109).

A busca é por limitar a criatividade da jurisprudência, evitando, assim, qualquer ‘invasão’ do campo da política. O juiz é o especialista capaz de traduzir essas regras, sem ambiguidades, garantindo que sua aplicação se estenda a todos, independentemente de aspectos econômicos e sociais. A imagem da justiça cega às consequências da decisão judicial é perfeitamente adequada à concepção de justiça no direito autônomo.

Os autores defendem que esse compromisso estrito com as normas termina por apartar a esfera jurídica da realidade social, resultando no que eles chamam de legalismo,

“O legalismo custa caro, em parte pelas rigidezes que impõe, mas também porque regras interpretadas *in abstracto* são muito facilmente satisfeitas por uma observância formal que pode ocultar importantes omissões substantivas em matéria de política pública”. (NONET e SELZNICK, 2010: 112)

Esse compromisso do Judiciário com a aplicação uniforme das leis, desconsiderando as desvantagens de renda, de educação, de capacidade de custear processos, bem como as consequências da decisão judicial, está na raiz do terceiro modelo de Nonet e Selznick, o direito responsivo.

Se a ênfase nos procedimentos e na racionalidade jurídica garantiu a autonomia institucional de que o direito tanto necessitava num cenário dominado pelo modelo repressivo, também foi responsável pelo “hiato existente entre a justiça como aplicação da lei e a justiça como equidade” (NONET e SELZNICK, 2010: 24). Foi esse ‘hiato’ que terminou por fomentar a crítica jurídica que levou à busca de um direito que tornasse a lei mais responsiva às necessidades e

aspirações sociais, ou seja, um direito mais comprometido com a busca pela justiça substantiva.

No direito responsivo, a jurisprudência está pautada por essa busca, diferentemente do direito autônomo, onde a jurisprudência visa principalmente a regularidade jurídica. O juiz interpreta e reformula as normas à luz de suas consequências reais, guiado pelos princípios gerais do direito, da justiça e da política pública. É também sensível às desvantagens práticas que os excluídos enfrentam e busca igualar o jogo no campo jurídico.

É importante destacar que essa não é uma transição sem riscos. Pelo contrário, os autores deixam evidente que a opção pelo direito responsivo é “uma estratégia de alto risco” (NONET e SELZNICK, 2010: 127). Isso porque exerce pressão no dilema – inerente a qualquer instituição – entre abertura e integridade. Se o direito repressivo é percebido como abertura desmedida, que na prática significou subserviência e favorecimento dos detentores do poder; e em oposição a esse modelo, o direito autônomo enfatizou a integridade, se fechando às influências externas para garantir sua autonomia e legitimidade institucional, o direito responsivo se apresenta, então, como uma possibilidade de solução para este conflito:

“Uma instituição responsiva conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. Para isso, ela se baseia nas formas pelas quais a integridade e a abertura se sustentam mutuamente, mesmo quando conflitantes. Percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidade de autocorreção” (NONET e SELZNICK, 2010: 125).

Para que isso aconteça, o Direito precisa operar com um propósito, uma finalidade. E é aí que se encontra um dos grandes riscos, uma vez que a ideia de propósito aponta na direção do futuro e a identidade do campo jurídico está fortemente ancorada no passado (NONET e SELZNICK, 2010: 126).

É importante ressaltar que na tipologia dos autores, a passagem do direito autônomo para o direito responsivo não significou uma grande ruptura, uma vez que, mesmo com a supremacia das normas, os fins já faziam parte da argumentação na decisão judicial, com o intuito de coibir arbitrariedades na interpretação. Além disso, o modelo responsivo surge como uma resposta às

críticas e aos questionamentos feitos pelos próprios operadores do Direito no modelo autônomo. É a partir do exercício da função paradigmática do direito autônomo de limitar a autoridade que se consolida uma jurisprudência centrada nos direitos.

“A defesa de direitos não aceita a lei como fato consumado. Ela se vale de todos os recursos da análise jurídica para defender a aplicação de uma regra de preferência a outra, para justificar uma interpretação especial, para invocar proteções, para reconstituir fatos de modo a favorecer sua causa. Assim fazendo, incentiva a afirmação dos próprios direitos e a crítica minuciosa da autoridade existente. A longo prazo, isso acaba por instilar na ordem jurídica uma dinâmica de mudança e a criar expectativas de que o Direito possa responder de maneira flexível a novos problemas e novas demandas”. (NONET e SELZNICK, 2010: 120)

Essa concepção da capacidade do Direito de responder a novos problemas e a novas demandas está diretamente ligada à questão central desse trabalho, qual seja, a de que o Poder Judiciário, em especial o STF, tem demonstrado capacidade de acolher e responder aos pleitos por reconhecimento de identidades, inclusão social e ampliação de direitos. E para isso, tem recorrido à teoria social contemporânea, mais especificamente a teoria do reconhecimento, para embasar suas decisões.

Em seu voto na ADPF 186¹¹, o ministro Ricardo Lewandowski afirma a importância das políticas de reconhecimento:

“(…), há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais”(p.27).

Na mesma direção, o ministro Luiz Fux, em seu voto na Adin 4277¹², que trata das uniões homoafetivas, afirma que:

“(…) numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente – daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas –, que não é senão o princípio do reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas em suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável”(p.689).

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>

¹² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

Essa abertura para outros saberes, externos ao mundo do direito, está em consonância com essa concepção de direito responsivo mais comprometido com os fins. Nesse modelo, a racionalidade jurídica inclui a compreensão dos contextos sociais e as consequências da decisão judicial (NONET e SELZNICK, 2010: 121).

A ênfase nas finalidades leva o direito responsivo à “procura de valores implícitos nas normas e nas políticas (públicas)” (NONET e SELZNICK, 2010: 128). O que se reflete na valorização dos princípios sobre as regras,

“Quando um direito dá ênfase aos princípios e fins, introduz um recurso proveitoso para criticar a autoridade de normas específicas. (...). Embora a regra traga o selo da autoridade oficial – isto é, seja aprovada no “teste de *pedigree*” da validade jurídica – ela permanece aberta à reavaliação à luz de suas consequências para os valores em jogo”. (NONET e SELZNICK, 2010: 132)

Há um enfraquecimento da autoridade das regras, que vai significar uma ampliação do exercício da discricionariedade dos magistrados na decisão. Os juízes não podem mais se “esconder” atrás das regras, nesse sentido sua responsabilidade fica mais evidente. Esse processo traz mudanças consideráveis na racionalidade e na argumentação jurídica

“A sofisticação jurídica alimenta a eliminação gradual da linguagem hermética, da classificação ficcional e das analogias distorcidas. Livre do formalismo e do ritual, a investigação jurídica pode ser mais sistemática e mais empírica. Esta evolução oferece a promessa de um direito mais eficaz”. (NONET e SELZNICK, 2010: 133)

Vale ressaltar que a manutenção da autoridade jurídica se dá tanto pela generalização dos fins quanto pela capacidade de traduzi-los em objetivos específicos, o que os autores chamam de missões legais. Além disso, um direito consequencialista não significa que seja menos comprometido com a aplicação imparcial do direito nos casos concretos (NONET e SELZNICK, 2010: 134).

Uma outra característica do direito responsivo, que os autores descrevem como um ideal maior, é a ideia de que ele carrega uma promessa de civilidade, concebida como um atributo da vida política. Os autores partem do princípio da cidadania, em que nenhum membro da sociedade ficará desprotegido, num contexto político de diversidade e individualidade, e que, portanto, compreende o

conflito. “O respeito é a virtude que sobressai (...). Há um empenho em ampliar o senso de pertencimento e evitar atitudes e posições que expulsam as pessoas da comunidade” (NONET e SELZNICK, 2010: 142).

São duas as maneiras que o direito responsivo contribui para a civilidade: pela superação do paroquialismo comunal e pelo estímulo de uma abordagem centrada no problema e socialmente integradora das crises da ordem pública. No direito orientado para os fins, há uma atenuação de seus aspectos prescritivos e simbólicos, pois se exige que o costume e a moral, ancorados na lei, se legitimem numa avaliação racional de custos e benefícios, gerando um movimento de descriminalização de delitos contra o código moral vigente. Dessa maneira, a ordem legal se abre à diversidade cultural e se torna menos propensa a punir o que é considerado comportamento desviante e excêntrico.

“Isso não implica necessariamente dizer que o direito se divorcie do consenso moral da comunidade. Ao contrário, o direito encontra consenso nas aspirações gerais, e não em normas específicas de conduta; ele busca esclarecer os valores da ordem moral que estão em jogo, expurgando a cultura de seus elementos paroquiais”. (NONET e SELZNICK, 2010: 144)

Em relação à abordagem das crises da ordem pública, o que se destaca é o entendimento no direito responsivo da ordem como negociada e não imposta pela força. Assim, em situações de dissenso e tumulto, um direito aberto às críticas da norma se encontra mais bem preparado para lidar com os conflitos e ameaças à autoridade. O direito responsivo busca soluções integradoras da sociedade, levando em consideração nessa negociação todos os interesses sociais em jogo (NONET e SELZNICK, 2010: 145)

Além disso, o direito responsivo também traz ideias pluralistas, pela multiplicidade e dispersão das fontes do direito. Os autores citam o exemplo da *social advocacy* nos Estados Unidos como um exemplo “de fazer do processo legal uma forma alternativa de participação política” (NONET e SELZNICK, 2010: 149), que vai de encontro ao papel do Judiciário de proteção das minorias, num regime político de decisões majoritárias.

E, por fim, importa destacar as advertências dos autores em relação aos riscos do modelo responsivo. Nonet e Selznick defender que o direito responsivo

é uma etapa superior na evolução do direito, porém sem desprezar a importância dos direitos repressivo e autônomo ainda hoje em dia. Não à toa, os autores afirmam que

“o direito responsivo é um ideal precário cuja concretização e desejabilidade são historicamente contingentes e dependem, sobretudo, das necessidades imperiosas a atender e dos recursos captados para esse fim. (...). Mesmo quando as oportunidades existem, a aspiração por um direito responsivo pode depender de quanto uma sociedade ou uma instituição estão dispostas a sacrificar outros valores, tais quais a sofisticação da cultura jurídica no esforço para obter justiça” (NONET e SELZNICK, 2010: 172).

Os autores apontam para os riscos de uma “morte do direito”, ou seja, sua perda de identidade. Isso porque historicamente a ideia de direito está associada a concepção do direito autônomo, com uma ordem jurídica basicamente apartada da sociedade e da política, com racionalidade própria, técnica especializada, garantindo a integridade do direito como um mundo à parte. O que acontece no direito responsivo – e também no repressivo, porém por diferentes razões e com consequências bem diversas – é um enfraquecimento dessa racionalidade jurídica e da autoridade das normas, tornando as fronteiras entre direito e política mais permeáveis, o que tende a deixar mais vulneráveis as instituições do judiciário.

“Há muitos riscos nessa empreitada, pois o direito não pode avançar sobre o terreno da política sem abrir mão de algumas de suas defesas institucionais anteriores já testadas com êxito. Mas também há a possibilidade de a ordem jurídica compensar essa perda com a absorção mais eficiente de recursos da ordem social” (NONET e SELZNICK, 2010: 174)

Pensando as possibilidades do modelo responsivo para a democracia no Brasil, Werneck Vianna e Eisenberg afirmam

“O modelo da responsividade não pode ser, como advertem seus autores, um caminho para a “morte do direito”, mas sim para uma ordem democrática que, demonstrando permeabilidade a demandas sociais, antigas e novas, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do Direito feita com a participação de todos” (WERNECK VIANNA e EISENBERG, 2010: 9)

1.7. Constituição como debate constitucional

Nobre e Rodriguez (2011) questionam as limitações da concepção formalista de direito que alicerça as noções de judicialização da política e ativismo judicial, que impedem de entendê-las enquanto parte do processo de

desenvolvimento de nossas instituições democráticas. Essas noções estão baseadas numa concepção de estado democrático de direito, em que o Legislativo é o centro vital da política.

Os autores consideram essa uma visão normativista que não corresponde à realidade, e termina por limitar o poder transformador do direito, impedindo a compreensão do direito como fenômeno social – “um processo aberto de disputa do sentido da norma, algo que de maneira alguma pode ser reduzido à fixação institucional ou (...) como perda de especificidade do direito” (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 8) – e o entendimento do aprofundamento do processo democrático das últimas décadas.

“Se o movimento operário obrigou o Parlamento a se abrir à democracia de massas, os chamados “novos movimentos sociais” obrigaram o próprio Estado a se abrir à participação e à negociação de políticas públicas antes apresentadas como “técnicas” e, portanto, “neutras”. Não é de espantar, portanto, que esse movimento chegue agora ao Judiciário e que esse poder esteja agora sob pressão da sociedade civil organizada para se abrir à participação e à deliberação da cidadania”. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 7)

Nesse sentido, os autores defendem a noção de “gramáticas do direito” que permite pensar a existência de diferentes desenhos institucionais em que o código do direito esteja configurado. Essa ideia serve de base para se entender como os conflitos sociais podem modificar esses desenhos institucionais e, no limite, alterar o código do direito. Uma das razões porque a visão normativista não dá conta do direito é o fato de ignorar a possibilidade de desenhos institucionais alternativos, naturalizando a gramática do direito vigente. Além disso, restringe o sentido do que é jurídico, impedindo “o acesso às disputas contemporâneas pela pluralização no interior do próprio código do direito” (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 8). Dessa maneira, a categoria de esfera pública é excluída da análise, o que dificulta a apreensão do potencial transformador do direito.

É nesse sentido que os autores defendem a necessidade de se considerar o papel social do direito sob dupla perspectiva,

“De um lado, o direito formata de maneira decisiva demandas sociais de transformação, obrigando os diferentes indivíduos, grupos e movimentos sociais a traduzir suas aspirações em termos jurídicos, o que pode resultar na renovação da gramática institucional e, até mesmo, na transformação do código do direito. De outro lado, essa lógica estruturante do direito exclui de fato opções, alternativas e demandas que não se veem respaldadas na tradução para o código jurídico vigente”. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 16)

Essa abordagem necessita da colaboração de outras ciências sociais. Como exemplo, a luta, no final do século XIX e início do século XX, pelo direito de greve e de organização sindical, que então eram considerados fatos ilícitos e passíveis de punição pelo direito penal. A questão social só aparecia no código de direito como crime. Para que ela aparecesse de outra forma foi preciso outra abordagem, como a história. Os autores citam a obra de Engels sobre a classe operária inglesa como uma contribuição fundamental para que a questão social fosse tratada de outra maneira pela sociedade. A longa e árdua luta social do movimento operário também se travou na arena jurídica, o que resultou na criação do direito do trabalho e do Estado Social (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 17).

Guardadas as devidas proporções, esse exemplo utilizado pelos autores pode iluminar o potencial que o uso da teoria do reconhecimento pelos operadores do direito pode alcançar. Acredito que a introdução da teoria do reconhecimento na argumentação jurídica facilita a compreensão de um dos principais objetivos das políticas de reconhecimento, uma atualização do princípio da igualdade de modo a adequá-lo às exigências legítimas de justiça nas sociedades contemporâneas.

O ponto dos autores é de que a concepção de direito em que se baseiam os analistas da judicialização da política interdita o acesso a esse potencial, “de tal maneira que a própria possibilidade de pensar a regulação jurídica de conflitos sob novas formas sociais, legais e institucionais desaparece do horizonte dos atores” (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011: 17). A proposta de Nobre e Rodriguez é de um entendimento do direito que permita recolocar a questão da judicialização da política sob novos termos.

É nesse mesmo sentido que Avritzer e Marona (2014) fazem uso da teoria do reconhecimento para pensar o processo de judicialização da política no Brasil de maneira a “aproximar o fenômeno das lutas de cidadania, especialmente em

contextos de desigualdade social e diversidade cultural, tal qual o brasileiro” (AVRITZER e MARONA, 2014: 70).

Em sua análise, os autores partem de duas vertentes de constitucionalismo, o constitucionalismo clássico e o neoconstitucionalismo latino-americano. No primeiro caso, desenhado o quadro do desenvolvimento histórico do constitucionalismo clássico, o ponto central é de que, mesmo após a expansão do constitucionalismo decorrente dos efeitos da Segunda Guerra – fortalecendo um controle de constitucionalidade das leis no campo dos direitos com ênfase nos direitos fundamentais –, permaneceu a concepção de cidadania universalista e individualista da tradição liberal (AVRITZER e MARONA, 2014: 77).

O neoconstitucionalismo latino-americano se refere às novas constituições dos estados latino-americanos promulgadas a partir do fim do século passado – Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Sem ignorar a grande diversidade entre estas, são constituições que trazem no bojo questões como reconhecimento de direitos de minorias, de identidades multiculturais, pluralismo social, político e jurídico até o conceito de Estado Plurinacional (AVRITZER e MARONA, 2014: 78). Todas essas experiências “impulsionaram um esforço comum de redefinição crítica da teoria constitucional, em especial em face de sua tendência de uniformização sociocultural” (AVRITZER e MARONA, 2014: 79).

A premissa dos autores é de que o neoconstitucionalismo se aproxima do cerne das discussões contemporâneas sobre cidadania, em que os parâmetros da cidadania moderna – universalidade e igualdade – são confrontados com questões de particularidades e diferenças, embasando o reconhecimento de novos direitos e a realização de políticas públicas de discriminação positiva.

A teoria do reconhecimento evidencia a natureza contingente da Justiça, em que seus critérios e parâmetros são socialmente construídos e se transformam historicamente. Portanto, esse processo de permanente reconstrução do conceito de justiça “demanda a participação dos atores sociais e o desenvolvimento de gramáticas morais capazes de considerar os outros como interlocutores” (AVRITZER e MARONA, 2014: 79). É nesse sentido que os autores defendem

uma visão da Constituição “em termos de um debate constitucional, atravessado por lutas sociais”, privilegiando aí a dimensão discursiva da justiça nos moldes propostos por Tully, apresentada a seguir.

Essa ideia de Constituição vai de encontro aos ideais estabilizadores do constitucionalismo clássico, porque este se assenta num conceito moderno de cidadania que é extremamente excludente. O debate constitucional proposto se refere à possibilidade de uma ampla e constante revisão constitucional, que permitiria inclusive a reconstrução das fronteiras da comunidade política.

O desafio é garantir direitos de cidadania que compatibilizem universalidade e particularidade. Para isso, Avritzer e Marona apontam as condições para esses debates, que:

“(a) expressem a diversidade sociocultural da comunidade política, desprendido de uma hierarquia única, universal e abstrata entre os saberes, dando preferência às formas de conhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controle e na fruição da intervenção que proporcionam no mundo real; (b) provoquem o diálogo entre as diversas formas de conhecimento e o seu enriquecimento mútuo, o que demanda um esforço de tradução intersocial e intercultural capaz de tornar possível a identificação de preocupações comuns, aproximações complementares e também contradições intransponíveis” (AVRITZER e MARONA, 2014: 80).

Essa concepção da Constituição como debate constitucional pode ser melhor entendida sob a perspectiva de valorização da dimensão discursiva da justiça de Tully (2000), em que reconhecimento e redistribuição são aspectos entrelaçados nas lutas políticas contemporâneas.

Qualquer luta para alterar as normas sob as quais cidadãos reconhecem a si e aos outros terá efeitos nas relações de poder entre eles. Uma luta por reconhecimento bem-sucedida não só fornece a base para a autoestima e auto-respeito necessário para a paridade de participação social, como redistribui as oportunidades de acesso aos poderes político e econômico.

“Ao desafiar normas de reconhecimento racistas, sexistas e xenofóbicas profundamente sedimentadas, elas também redistribuem o acesso às universidades, o emprego, promoções, e as relações de poder econômico correspondentes”¹³ (TULLY, 2000: 470)

Da mesma forma, uma luta por redistribuição geralmente envolve algum tipo de mudança nas normas de reconhecimento vigentes. Tully defende que não se pode chegar a uma solução definitiva sobre redistribuição e reconhecimento numa democracia. Sua proposta é de que o reconhecimento, tanto na prática quanto na teoria, seja visto não como um fim, mas como parte de processos contínuos da atividade democrática. Em vez do consenso, a meta deveria ser a liberdade tanto para questionar quanto para defender as normas vigentes de reconhecimento e distribuição, uma vez que

“Como afirma o Supremo Tribunal do Canadá, uma sociedade livre e democrática não se baseia em um conjunto de regras imunes às críticas, mas em um “processo contínuo de discussão” envolvendo o direito de dissidência, o dever de reconhecer vozes dissidentes e as correspondentes alterações das regras da democracia ao longo do tempo”.¹⁴ (TULLY, 2000: 474)

Isso porque as lutas por reconhecimento são questões complexas que podem acarretar desdobramentos imprevisíveis. Tully aponta quatro dimensões do contexto legal em que conflitos de reconhecimento surgem nas democracias constitucionais. A primeira dimensão é a de que uma constituição reconhece seus membros e enumera seus direitos, deveres e poderes. A segunda diz respeito ao fato de que uma Constituição estipula as relações de governança entre seus membros, isto é, as leis e procedimentos guiando a conduta de seus membros para a cooperação social. Na terceira dimensão, a Constituição cria procedimentos e instituições que facilitam a discussão e a reforma democrática, incluindo aí debates, assembleias, greves, desobediência civil, legislaturas e procedimentos de reforma constitucional. E finalmente, a quarta dimensão, em que a Constituição e suas tradições de interpretação incluem princípios, valores e bens que impingem sobre as outras dimensões, sem, contudo, contar com a adesão total dos membros o tempo todo. Isso porque eles (princípios) são muitos e são mobilizados a partir

¹³ Do original: “By challenging deeply sedimented racist, sexist, and xenophobic social norms of recognition, they also redistribute access to universities, jobs, promotions, and the corresponding relations of economic power”. (tradução nossa)

¹⁴ Do original: “As the Supreme Court of Canada puts it, a free and democratic society rests not on a set of rules immune from criticism but on a “continuous process of discussion” involving the right to dissent, the duty to acknowledge dissenting voices, and the corresponding amendments of the rules of democracy over time”. (tradução nossa)

da sua relevância nos casos concretos, o que sempre pode gerar discordâncias e contestação.

A exigência de reconhecimento por parte de alguns membros afeta também a identidade de outros, e, por consequência, as relações de governança e cooperação existentes, afetando, em última instância, toda a distribuição do poder. Além disso, baseado no princípio da reciprocidade, uma demanda por reconhecimento sempre pode gerar outras demandas que devem ser levadas em consideração, tanto dentro do próprio grupo demandante quanto por outros membros da sociedade que podem vir a ser afetados pelo resultado da demanda, envolvendo assim uma negociação complexa que deve se legitimar nos princípios e valores que, em algum grau, são compartilhados por todos. O que o autor busca demonstrar é que essas discussões democráticas superam a ideia de diálogo das teorias deliberativas mais tradicionais, para se tornarem multidialogos (“*multilogues*”) complexos (TULLY, 2000).

Porém, essa reciprocidade, essa capacidade de ouvir a todos os envolvidos e chegar a um acordo com ampla adesão, é praticamente impossível de ser alcançada. Primeiro, porque existem assimetrias, tanto de reconhecimento quanto de poder, entre as partes em negociação. Depois, porque a solução sempre será uma concessão e não um consenso. Além disso, a necessidade de uma resolução levará a negociação a algum tipo de árbitro, seja uma corte, o parlamento ou até um referendo. A solução alcançada e sua implementação sempre podem gerar desacordos, questionamentos e novas demandas.

Essa concepção processual das lutas por reconhecimento, em que identidades e demandas se transformam ao longo do embate, colocando ênfase na dimensão discursiva da justiça e da prática democrática, associada à visão de constitucionalismo de Avritzer e Marona (2014), com o desafio de compatibilizar os aspectos universais e particulares da cidadania e com capacidade de mediar a pluralidade de discursos, facilitando as aproximações e reconhecendo as contradições, oferecem um quadro conceitual que permite pensar o Supremo Tribunal Federal como um novo espaço público de debate e construção de sentido na ordem democrática.

1.8.

STF como Arena Política, um novo Espaço Público

É a partir desse quadro, que proponho que essa concepção das lutas por reconhecimento como parte contínua de processos democráticos complementa a colocação de Cittadino acerca do Judiciário como “um tipo inédito de espaço público” (CITTADINO, 2002: 17), uma vez que, no Brasil, o caminho das demandas por reconhecimento tem terminado no plenário do STF. Como demonstram Werneck Vianna e José Eisenberg:

“...a democracia, se renovou as instituições políticas, não tem sido capaz de legitimar os pleitos emergentes das maiorias silenciosas. O resultado dessa falta tem contribuído para que, nesses mais de vinte anos de vigência da Constituição, essas maiorias, por ensaio e erro, terem descoberto o judiciário como uma nova arena política, procurando nele atendimento de muitas de suas expectativas por direitos” (WERNECK VIANNA e EISENBERG, 2010: 8).

A fala de Frei Davi, diretor executivo da Educafro, confirma a afirmação acima:

“Descobrimos que deputados e senadores estão absurdamente omissos nas pautas do povo. Descobrimos isso em 2004, que grandes temas do povo iam ser decididos não por deputados e senadores, mas pelo Supremo. Decidimos, então, fazer um contato direto com o Supremo”. (RADOMYSLER, 2013: 34)

Vale lembrar, mais uma vez, duas inovações da Constituição de 1988 que dão sustentação à essa percepção do STF como espaço público. A primeira, a ampliação do rol de legitimados para exercer o controle de constitucionalidade, significou a entrada de novas vozes na arena jurídica. A segunda, a extensa constitucionalização de matérias de grande relevância política, social e econômica, ampliou consideravelmente os temas do debate constitucional. Essa configuração deu grande visibilidade ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que os discursos proferidos naquele espaço alcançassem uma reverberação inédita na sociedade.

Além disso, o próprio Poder Legislativo contribuiu nesse processo ao facilitar o acesso da sociedade civil ao STF na figura do *amicus curiae* e na participação em audiências públicas, instituídos por lei, em 1999. A figura do *amicus curiae*, de inspiração norte-americana, introduz a participação de atores sociais nas ações de controle de constitucionalidade através da apresentação de

pareceres, documentos e memoriais, com o intuito de influenciar as decisões dos juízes com os argumentos levantados. Importa destacar que os proponentes do *amicus curiae* têm que demonstrar possuir representatividade e a relevância de seu interesse na matéria discutida na ação. O ministro Celso de Mello reflete sobre a importância do *amicus curiae*:

“...o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo –(...) – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.” (MELLO apud ALMEIDA, 2006: 28)

Já as audiências públicas foram instituídas com o objetivo de possibilitar que o ministro relator, se considerar necessário, requirite informações adicionais, designe perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão em pauta, ou ainda, fixe data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei 9.882/99).

Esses dois instrumentos processuais foram fundamentais para a pluralização dos discursos dentro do Supremo Tribunal Federal¹⁵. Como demonstra Vilhena Vieira

“...novas vozes passaram a ecoar no tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política. Enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. (...), em casos de grande relevância, que trazem ao tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim, técnico-políticos, agregando enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal” (VIEIRA, 2008: 448).

Essa abertura da Corte Constitucional para uma pluralidade de discursos permite pensar o STF a partir do modelo discursivo de espaço público, como proposto por Avritzer e Costa (2004), diretamente influenciados por Habermas, em que a esfera pública se refere a

¹⁵ Ainda há um longo caminho para que o potencial democrático do *amicus curiae* e das audiências públicas se realize de fato, como atestam as pesquisas empíricas de Marona e Rocha (2017) e de Sombra (2017: 267): “o Supremo Tribunal Federal ainda necessita aprimorar a dimensão política da representação que desempenha. E o desafio envolve exatamente a maximização da qualidade e da legitimidade de seu processo decisório, algo que as audiências públicas teriam um relevante papel a executar se melhor conduzidas e instrumentalmente aproveitadas”.

“um contexto de relações difuso no qual se concretizam e condensam intercâmbios comunicativos gerados em diferentes campos da vida social. Tal contexto comunicativo constitui uma arena privilegiada para a observação da maneira como as transformações sociais se processam, o poder político se reconfigura e os novos atores sociais conquistam relevância na política contemporânea” (AVRITZER e COSTA, 2004: 722).

Avritzer e Costa assinalam os desdobramentos da revisão analítica realizada por Habermas do seu conceito de esfera pública, ao mesmo tempo em que mantém a posição central desta na mediação entre a sociedade civil e o Estado. Os autores organizam essa revisão em três momentos distintos.

O primeiro em que o autor descarta a tese inicial de que os cidadãos se tornariam consumidores de entretenimento na sociedade de massas, apontando para a capacidade dos sujeitos de resistirem às pressões homogeneizadoras da mídia e, assim, preservarem seu potencial crítico e sua pluralidade. O segundo, partindo de seu modelo de sociedade dividido entre mundo da vida e sistema, a esfera pública é o lugar em que os processos comunicativos de formação da opinião e da vontade coletiva, que garantem a legitimidade política, se desenvolvem e se comunicam com as instâncias de poder decisório. Nesse sentido, a esfera pública é o espaço em que se opera a mediação entre o mundo da vida e o sistema.

E, por fim, existe uma ambivalência constitutiva da esfera pública, pois ela recebe os fluxos comunicativos do mundo da vida voltados para o entendimento, e o fluxo da mídia com o intuito de influenciar preferências de consumo e lealdades políticas. São as associações voluntárias da sociedade civil, independentes tanto de Estado quanto de mercado, que conduzem esse fluxo, sua capacidade de influenciar as decisões operadas no sistema só pode ser verificada empiricamente.

Para Habermas, são os procedimentos políticos e legais institucionalizados, numa ordem democrática, que permitem que o fluxo comunicativo do mundo da vida chegue até às instâncias decisórias. Aos atores da sociedade civil cabem tanto a preservação e ampliação da comunicação no mundo da vida, quanto a possibilidade de sua tematização na esfera pública. Como Habermas explica, a sociedade civil deve:

“(...) apresentar novas contribuições para a solução de problemas, de oferecer novas informações e de corroborar os bons motivos, denunciando os maus, de forma a introduzir um impulso nos ânimos capaz de alterar os parâmetros constitucionais da formação da vontade política e de pressionar os parlamentos, os judiciários, e os governos em favor de determinadas políticas” (HABERMAS apud AVRITZER e COSTA, 2004: 710)

Nessa perspectiva, o STF, especialmente através do *amicus curiae* e das audiências públicas, oferece não só um espaço de vocalização, mas também de visibilização dos discursos, uma vez que essas sessões contam com a cobertura da imprensa, o que potencialmente leva o debate para a sociedade como um todo. Como deixa claro a fala de Aline Lopes, representante da Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola, que participou como *amicus curiae* na Adin 3239, sobre demarcação de terras quilombolas:

“Estar no STF acaba gerando mais visibilidade para a demanda. A gente consegue fazer debates em setores maiores e ir articulando uma linguagem de direitos humanos. Esse movimento vai dando legitimidade às populações vulneráveis, que conseguem algumas vitórias, a partir dessa maior publicidade”. (RADOSMYSLER, 2013: 35)

Vale incorporar, ainda, as contribuições de Nancy Fraser (1997) a partir de sua crítica ao conceito de esfera pública habermasiano. Sem desconsiderar a importância do conceito de Habermas para a teoria social crítica e para a prática democrática, a autora defende que este não é mais suficiente para pensar os limites da democracia nas sociedades capitalistas atualmente.

O fato de essa esfera pública habermasiana ser essencialmente burguesa significa que ela nunca foi realmente acessível a todos. Processos de exclusão de gênero, raça e classe estão na base de formação dessa esfera. Fraser aponta ainda a existência de outras esferas públicas – formadas por mulheres, negros, trabalhadores –, que ela chama de contrapúblicos, em competição com a esfera burguesa.

A autora defende a necessidade de equidade social para a plena participação na esfera pública. A ideia de uma igualdade formal que permite a todos participar nessa esfera não é suficiente para que isso realmente aconteça. Por isso, Fraser aposta numa multiplicidade de públicos – o que permite a criação de arenas de discurso paralelas, que podem de alguma forma competir com o

discurso dominante – como um contexto mais favorável à participação equitativa, seja em sociedades estratificadas, igualitárias ou multiculturais (FRASER, 1997).

São esses contrapúblicos que podem, na divulgação de discursos alternativos e contestatórios, ampliar as demandas levadas à esfera pública. Para uma democracia participativa de fato, as definições do que é público e o que é privado devem estar sempre abertas a um processo de redefinição a partir do que é vocalizado pelas diferentes camadas sociais.

A participação em audiências públicas ou como *amicus curiae* nas ações em julgamento no STF pode ser percebida, especialmente por aqueles que falam, como possibilidade de divulgar um discurso alternativo, como proposto por Fraser. Radosmysler (2013) concluiu, a partir de uma pesquisa empírica com entidades ligadas ao movimento negro, que participaram como *amicus curiae* nas ações sobre cotas raciais e demarcação de terras quilombolas no STF, que essas entidades têm como estratégia extrapolar, em sua argumentação, os limites do caso concreto, para denunciarem violações de direitos e discriminação e questionarem o *status quo* no país. Como a fala de um membro da Fundação Cultural Palmares, participante como *amicus curiae* na ADPF 186 sobre as cotas raciais, evidencia:

“É isso que a gente luta para tentar mudar, esse ideário nacional racista de que a população negra é algoz de si mesma, e que os reais percalços dessa população não são por discriminação, mas por incompetência dela própria. Esse é o lugar comum, o pensamento comum da sociedade brasileira, e é contra isso que a gente está lutando e tentando argumentar ao máximo no STF, para que os ministros possam, no momento de julgar, ter o máximo de informação possível para mudar esse status quo da sociedade”. (RADOSMYSLER, 2013: 36)

Por fim, Fraser questiona a necessidade de uma separação estrita entre Estado e sociedade para a constituição da esfera pública. A equidade necessária para a plena participação não pode se realizar sem algum tipo de intervenção do Estado. Ela defende uma relação mais adensada entre o que chama de públicos fracos (*weak publics*) – associações da sociedade civil – e públicos fortes (*strong publics*), aqueles que constituem a representação política da sociedade. Se a representação política é a via de participação da sociedade civil nos processos decisórios, é importante pensar como se opera a prestação de contas entre estes, como evidenciado na pergunta da autora:

“Que arranjos institucionais melhor garantem a responsabilização (*accountability*) dos poderes democráticos decisórios (públicos fortes) para seus (externo, fraco ou, se possível híbridos, mais fracos) públicos?”¹⁶ (FRASER, 1997: 91)

Longe de defender que o Judiciário seja a melhor resposta para a questão acima, acredito que o adensamento dessa relação entre públicos fortes e fracos no Brasil se deu na esfera desse poder. Processos como a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição, assim como a possibilidade do uso das audiências públicas e do *amicus curiae* nos julgamentos do STF, contribuíram para que o Judiciário, especialmente o STF, seja percebido como um espaço público em que a sociedade civil pode questionar decisões políticas que vão de encontro aos seus interesses.

Matthew Taylor (2007) corrobora com essa visão ao destacar a necessidade de a ciência política considerar o papel do Poder Judiciário tanto na formação quanto na adoção de políticas públicas. Dentre as razões apontadas pelo autor, estão o fato de que o Judiciário amplia “o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois delas serem aprovadas por ampla maioria legislativa” (TAYLOR, 2007: 234). Além disso, o Judiciário tornou-se um dos principais locais a que grupos de interesse recorrem para contestar políticas públicas. Vale ressaltar que mesmo diante da postura cautelosa, principalmente do STF, a fim de evitar conflitos com os demais Poderes, o Judiciário “tem tido, e provavelmente continuará tendo, um impacto nas políticas públicas adotadas pelo governo federal, permitindo que algumas vozes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas” (TAYLOR, 2007: 235).

Em um estudo sobre as relações entre o STF e a sociedade, Falcão e Oliveira (2013) defendem que um dos principais *loci* desse encontro é a interpretação constitucional, na disputa e na produção do sentido do texto constitucional. Nesse sentido, a Constituição é convertida “em espaço público e arena decisória” (FALCÃO e OLIVEIRA, 2013: 430).

¹⁶ Do original: “What institutional arrangements best ensure the accountability of democratic decision-making bodies (strong publics) to their (external, weak or, given the possibility hybrid cases, weaker) publics?” (tradução nossa)

Os autores apontam que, para além da comunidade de intérpretes da Constituição reconhecida por lei, todos os cidadãos estão, em diferentes graus e de maneiras diversas, envolvidos com a tarefa de dar sentido à Constituição. Esse processo diz respeito à necessária expansão da nossa democracia. A participação no processo de interpretação constitucional é considerada tão importante quanto a participação nos processos estritamente políticos, como eleições e plebiscitos.

“de uma maneira ou de outra, conscientemente ou não, nas democracias contemporâneas deliberativas, os cidadãos participam cada vez mais da interpretação constitucional. Eles não detêm o poder coercitivo, mas detêm outros dois poderes: (a) de influenciar, provocar, informar e criticar a produção da interpretação coercitiva pelo STF, isto é, o poder da influência difusa e (b) de aplicar sua própria interpretação constitucional em seu dia a dia até ser essa interpretação confirmada ou revertida pelo STF, isto é, o poder da interpretação rotineira”. (FALCÃO e OLIVEIRA, 2013: 431)

A relação entre o STF e a sociedade, além de jurídica e política, é também comunicativa e a disputa de sentido na interpretação constitucional se dá numa arena comunicativa. Segundo Falcão e Oliveira, três fatores explicariam o adensamento dessa relação comunicativa entre o STF e a sociedade: a TV Justiça, a implantação da agenda temática e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A transmissão, pela TV Justiça, das sessões do plenário do Tribunal, assim como a realização de programas voltados para temas da esfera judicial, incluindo aulas de direito, estreitou as relações do Poder Judiciário com a mídia e a opinião pública. Com a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição apta a ajuizar as ações diretas de inconstitucionalidade, os ministros do Supremo se viram instados a se aproximar da realidade cotidiana do país. Segundo Falcão e Oliveira (2013), a partir da presidência do ministro Nelson Jobim, a organização da agenda e a definição da pauta das sessões do STF passou a ser organizada em maior sintonia com o momento político e jurídico do país, de maneira a corresponder às demandas da opinião pública. Vale ressaltar que o Judiciário é um poder reativo, só se manifestando a respeito de qualquer assunto se provocado por uma das partes.

Já a implementação do CNJ permitiu que se questionasse a administração judicial enquanto política pública, o que facilitou a chegada dessas questões ao STF. Essa mudança ampliou o interesse da opinião pública sobre o STF, uma vez

que assuntos como aumento salarial dos magistrados e a proibição do nepotismo atraem cada vez mais a atenção da sociedade, devido a seus impactos políticos e orçamentários. Não cabe aqui uma análise aprofundada desses fatores, o que importa destacar é que, intencionalmente ou não, as relações entre o STF e a sociedade se ampliaram e adensaram significativamente.

O próprio STF tem se mostrado receptivo à essa aproximação com a sociedade, como demonstra a fala do ministro Luís Roberto Barroso:

“Fiz um voto para a sociedade, tentando expor quais as razões pragmáticas e jurídicas eram importantes para descriminalizar a maconha. A linguagem que você se dirige à sociedade é diferente da linguagem interna. Não sou um sujeito que fala juridiquês, a linguagem deve ser simples, clara e direta. Tento fazer que, no âmbito do direito, a linguagem não seja instrumento de poder. A linguagem codificada, empolada, é uma forma de excluir do debate quem não tem essa chave de conhecimento”.¹⁷

A ênfase dada à questão da comunicação na fala de Barroso, ancorada num quadro teórico que privilegia o modelo discursivo de espaço público, em que a ampliação da comunidade de intérpretes, a participação dos *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, significam que a esfera jurídica se tornou consideravelmente permeável à diversidade de discursos que se expressam, muitas vezes, numa linguagem externa à linguagem jurídica.

Desse modo, é possível pensar a utilização da teoria do reconhecimento na argumentação, tanto dos pareceres da Procuradoria Geral da República (PGR) e da Advocacia Geral da União (AGU) como das decisões dos ministros do STF, como uma das formas em que o Supremo se revela como espaço público discursivo. Mais ainda se, como defendem Falcão e Oliveira (2012), a interpretação constitucional é o lugar de encontro entre a sociedade e o Judiciário. Pode-se dizer que essa aproximação é mediada pela teoria social. Isso porque, nesse sentido, a teoria do reconhecimento faz uma espécie de tradução dos conflitos sociais contemporâneos para o mundo do direito.

¹⁷ Entrevista publicada no Correio Brasiliense, no dia 25 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/10/25/internas_polbraeco,503781/abalar-instituicoes-e-como-perder-a-alma-diz-ministro-do-stf.shtml, acessada no dia 22 de janeiro de 2016.

Como veremos na análise dos casos concretos apresentados nesse trabalho, a teoria do reconhecimento, independente dos autores mobilizados, opera uma atualização do princípio da igualdade. O tema das diferenças se impõe como uma questão política, social e cultural que não pode mais ser ignorada na esfera jurídica.

A teoria do reconhecimento se mostra, hoje, fundamental para a compreensão conceitual da dinâmica das lutas sociais contemporâneas. É uma teoria que tem seu foco na dimensão moral dos conflitos sociais, porém, sem deixar de considerar suas dimensões materiais, simbólicas e legais (MENDONÇA, 2009). Importa dizer que não existe uma única teoria do reconhecimento, existem diversas abordagens em torno do conceito. No próximo capítulo, faço uma incursão pelas distintas abordagens de seus principais teóricos, privilegiando aqueles citados nas ações judiciais analisadas.

2.

Concepções de Reconhecimento: Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser

2.1.

Breve Introdução para a Teoria do Reconhecimento

O tema do reconhecimento surge como noção fundamental para a reflexão sobre as novas contradições que permeiam as sociedades contemporâneas. Mudanças como a globalização, com a abertura dos mercados e o enfraquecimento dos estados nacionais, e a queda do socialismo impulsionaram as demandas por reconhecimento de identidades, abrindo espaço para esse tema na agenda política dos países do hemisfério norte.

Paiva (2006) destaca as lutas por reconhecimento como “sinônimo da história das demandas por inclusão social na esfera pública” (PAIVA, 2006: 11). Num contexto de quebra de hierarquias e de relações sociais desiguais, a constituição das sociedades modernas se deu através das lutas por reconhecimento, quando novos atores sociais organizados a partir de identidades antes invisíveis, passaram a demandar seus direitos. É nessa chave que as lutas pela garantia dos direitos individuais, pelo sufrágio universal, assim como a luta do movimento operário devem ser entendidas (PAIVA, 2006).

A hegemonia alcançada pelo conceito de reconhecimento para a compreensão das demandas políticas na atualidade está conectada à perda da centralidade da luta de classes como categoria chave para explicar os conflitos sociais. Safatle (2015) aponta três mudanças que contribuíram para esse quadro. A primeira diz respeito ao esvaziamento do proletariado como ator histórico revolucionário, principalmente pela integração desses sujeitos, através de políticas compensatórias e de proteção, ao Estado de bem-estar social. Enquanto o proletariado sustentou a posição de sujeito universal capaz de realizar a transformação social, a noção de reconhecimento não se enraizou na esfera política. Foi só quando essa universalização do sujeito proletário se desfez que houve a necessidade de se reconhecer a multiplicidade de atores nos conflitos sociais.

Junto a isso, e de forma complementar, há uma mudança nas expectativas em relação ao mundo do trabalho. Safatle localiza no movimento de maio de 1968 o início do questionamento dos valores ligados ao trabalho – estabilidade, segurança, respeito à hierarquia funcional – e a sua incapacidade de ser fonte de realização pessoal. Como consequência, surge um novo *ethos* do trabalho, em que valores como maleabilidade, flexibilização, facilitariam a busca por uma vida mais autêntica, menos limitada pela rigidez da organização do trabalho. Essa é uma mudança ideológica que desloca o conceito de classe, abrindo espaço para a questão do reconhecimento como um problema central (SAFATLE, 2015).

Por fim, essas mudanças se associaram às demandas trazidas pelos novos movimentos sociais a partir da década de 1970, demandas por direitos, pelo reconhecimento de identidades, pela valorização cultural de grupos subalternizados como negros, gays e mulheres. Isso possibilitou que essas lutas fossem vistas, para além da busca de ampliação de direitos a grupos excluídos, como um questionamento dos valores que, pretensamente universais, sustentam os modos de vida dos grupos culturais hegemônicos. É nesse sentido que se desenvolveu o tema do multiculturalismo, surgido como política de Estado no Canadá, na tentativa de acomodar as tensões entre anglófonos e francófonos, no início dos anos 1970. O país passou a se reconhecer como uma sociedade multicultural, com políticas voltadas para grupos específicos com a intenção de preservar a multiplicidade (SAFATLE, 2015).

Foi a partir dos debates em torno do multiculturalismo que a teoria do reconhecimento emergiu como teoria social e política. Não à toa, foi o filósofo canadense Charles Taylor quem introduziu o conceito de reconhecimento no interior desse debate. A palestra de Charles Taylor na *Princeton University*, em 1990, foi um marco nesse sentido, tendo sido publicada no livro *Multiculturalism*, editado por Amy Gutmann em 1994, que contou com artigos de diversos autores – como Habermas, Walzer e Appiah – dialogando com a noção de reconhecimento de Taylor (MENDONÇA, 2009).

Em 1992, Axel Honneth publica sua tese de livre docência, *A Luta por Reconhecimento*, em que desenvolve o reconhecimento como a categoria central de sua teoria social. Mais tarde, a filósofa e feminista americana Nancy Fraser

entra no debate resgatando as demandas por redistribuição. Nos anos 2000, duas edições do *European Journal of Political Theory* foram dedicadas ao conceito de reconhecimento com a contribuição de diversos autores de diferentes correntes teóricas. O certo é que o conceito se tem mostrado profícuo

“Embora também atravessada por divergências internas, perspectivas centradas na ideia de reconhecimento têm indicado um caminho interessante para a compreensão de conflitos em que atores sociais buscam rever padrões naturalizados de relação social. Seja para abordar os dilemas das sociedades multiculturais, para refletir sobre a construção da cidadania, para compreender os efeitos de políticas públicas ou para diagnosticar práticas desrespeitosas, o conceito vem se mostrando um instrumento heurístico promissor”. (MENDONÇA, 2009: 58)

Vale ainda destacar a exploração que Alain Caillé (2008) faz acerca das contribuições do conceito de reconhecimento para uma redefinição da sociologia, partindo de uma das grandes divergências internas à tradição sociológica, no que diz respeito ao status da ação social, expressa na oposição entre agência e estrutura. Caillé afirma:

“Uma das razões do sucesso contemporâneo das teorias da luta pelo reconhecimento, iniciadas sob sua forma atual por Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, é que certamente elas estão em consonância com os novos tempos (seria necessário perguntar o porquê), mas também que elas parecem indicar o caminho para uma ultrapassagem efetiva da oposição entre individualismo e holismo” (CAILLÉ, 2008:152).

Não é surpresa, então, que os três autores mencionados por Caillé sejam também os autores mobilizados na argumentação jurídica dos atores do mundo do direito. O presente capítulo, portanto, será dedicado à apresentação da teoria do reconhecimento de acordo com a visão de cada um desses autores. Além disso, será feita uma breve incursão acerca da incorporação da teoria do reconhecimento no Brasil.

2.2.

A Política do Reconhecimento de Charles Taylor

Charles Taylor é considerado o precursor da teoria do reconhecimento por colocar essa categoria no centro das lutas políticas da modernidade. Isso porque a ideia de reconhecimento está intrinsecamente ligada à noção de identidade, que é a compreensão que temos de nós mesmos, aquilo que nos define enquanto seres humanos. Nas palavras de Taylor;

“A tese é de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida, redutora”. (TAYLOR, 2000: 241)

Portanto, o reconhecimento não é uma cortesia, mas “uma necessidade humana vital” (TAYLOR, 2000: 242). Para entender a gênese desse processo em que o discurso do reconhecimento e da identidade se familiarizou, tornando-se crucial para se entender as lutas sociais contemporâneas, Taylor faz uma reconstrução histórica e, sobretudo, filosófica dos valores que guiaram a constituição da sociedade moderna como a vivenciamos na atualidade. Essa reconstrução parte da premissa de que a identidade é uma construção dialógica, em que:

“Tornamo-nos agentes humanos plenos, capazes de nos compreender a nós mesmos e, por conseguinte, de definir nossa identidade, mediante a aquisição de ricas linguagens de expressão. (...) aprendemos esses modos de expressão por meio de intercâmbios com outras pessoas” (TAYLOR, 2000: 246)

Embora a noção moderna de identidade esteja fortemente calcada na individualização do *self*, a contribuição fundamental de Taylor é exatamente a de que esse *self* só existe dentro de uma comunidade, de um contexto comum e mais amplo do que ele. O esforço de Taylor é o de reconstruir o que ele chama de “pano de fundo” moral, o horizonte de valores, sentidos e bens que fundamentam nossa concepção de vida moderna (TAYLOR, 1997).

Não há neutralidade nesse pano de fundo moral, há sempre uma hierarquia de valores que compõe o que Taylor chama de configuração, “um conjunto crucial de distinções qualitativas. Pensar, sentir, julgar no âmbito de tal configuração é funcionar com a sensação de que alguma ação ou modo de vida ou modo de sentir é incomparavelmente superior aos outros que estão mais imediatamente ao nosso alcance” (TAYLOR, 1997: 35). Essa configuração informa (e forma) o sujeito sobre as escolhas morais possíveis para uma vida digna de ser vivida.

Taylor destaca dois valores centrais no pano de fundo moral que ensejaram a constituição da identidade moderna: a noção de dignidade e de autenticidade. A

noção de dignidade substituiu, nas sociedades modernas, a noção de honra das sociedades tradicionais. O fim do Antigo Regime e o subsequente colapso das hierarquias sociais destituiu a ideia de honra, baseada na valorização da posição dos sujeitos na estrutura social, sendo esta fundada na desigualdade e no privilégio de poucos. À essa noção de honra contrapôs-se a ideia moderna de dignidade, de caráter universalista e igualitário. A dignidade é para todos, independentemente da posição social. “O conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática” (TAYLOR, 2000: 243)

Na visão de Taylor, a busca pelo reconhecimento ganha força quando a identidade se individualiza, se particulariza. É no olhar para o seu interior que o sujeito vai descobrir quem realmente é. A busca é pela realização do seu Eu, por ser fiel a si mesmo, que Taylor chama de ideal de autenticidade.

Taylor associa esse ideal à virada subjetiva da cultura moderna, quando “passamos a pensar-nos a nós mesmos como seres dotados de profundidades interiores” (TAYLOR, 2000: 244). O embrião desse processo estaria em Santo Agostinho e no caminho para Deus no interior de cada um.

Rousseau foi fundamental para o aprofundamento dessa mudança, ao rejeitar a razão iluminista, com escolhas baseadas no cálculo racional, a valorização das aparências e a crescente dependência uns dos outros. Para o filósofo, a moralidade só é possível ao escutar a voz da natureza dentro de nós. Nossa salvação moral depende de nossa capacidade de escutarmos a nossa voz interior, a única capaz de definir o bem para nós.

Esse sentimento rousseauiano, Taylor associou a Herder e sua ideia de que “cada um de nós tem um modo original de ser humano: cada pessoa tem sua própria medida” (TAYLOR, 2000: 244). Esse é um novo ideal moral da era moderna que potencializa a ideia de voz interior, porque introduz o princípio da originalidade: há algo dentro de mim que somente eu tenho. Não se deve imitar a vida de ninguém, devo ser fiel a mim mesmo, minha forma de viver está dentro de mim. Herder não se restringiu ao nível individual, aplicando esse conceito também à sociedade. Os povos também devem ser fiéis à sua cultura.

Essa nova conformação para a produção da identidade, que é sempre construída de forma dialógica, confere importância inédita à ideia de reconhecimento.

“O reconhecimento geral estava embutido na identidade socialmente derivada em virtude do próprio fato de se basear em categorias sociais que todos tinham como certas. Mas a identidade interiormente derivada, pessoal, original, não goza a priori desse reconhecimento. (...). O que surgiu com a era moderna não foi a necessidade de reconhecimento, mas as condições em que a tentativa de ser reconhecido pode malograr” (TAYLOR, 2000: 248)

Taylor aponta a importância do reconhecimento em dois planos: o íntimo e o social. Sua atenção se volta para a esfera social para compreender os significados da política do reconhecimento. As duas mudanças apontadas por Taylor, e já mencionadas acima, que deram origem às noções de dignidade e de autenticidade, serviram de plataforma para a política da universalização da dignidade e a política das diferenças, respectivamente.

Com a passagem da honra à dignidade, iniciou-se a universalização do princípio da dignidade, em que todos os cidadãos são merecedores de igual respeito e portadores dos mesmos direitos. Taylor reconhece que essa equalização não atingiu a todos da mesma maneira. Desigualdades sócio-econômicas que não foram superadas tendem a restringir o acesso aos direitos de cidadania, gerando diferenças entre cidadãos de primeira classe e cidadãos de segunda classe. Mesmo assim, ele defende que o princípio da igualdade se universalizou, porque mesmo a defesa da posição mais reacionária é feita sob essa bandeira (TAYLOR, 2000).

O ideal de autenticidade deu origem à política da diferença. Ainda que também sob uma base universalista por defender o direito de todos a ter reconhecida sua identidade particular, a política da diferença diverge da política da igual dignidade. Isso porque enquanto a política da dignidade defende os mesmos direitos a todos, a política da diferença significa o reconhecimento daquilo que é particular ao indivíduo ou ao grupo, o(s) elemento(s) de distinção entre as pessoas e grupos, aquilo que não é universalmente compartilhado. “A ideia é de que é precisamente esse elemento distintivo que foi ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária. E essa

assimilação é o pecado capital contra o ideal de autenticidade” (TAYLOR, 2000: 250-251).

Taylor compara as mudanças ocorridas na concepção de cidadania, quando se passou a considerar o legado da condição socioeconômica na compreensão da cidadania de segunda classe – o que, na prática, significou a criação de programas sociais de redistribuição –, com o momento, mais recente, em que se considera o caráter dialógico da construção da identidade – o que muitas vezes leva à uma distorção e má-formação desta – fundamentando políticas de discriminação positiva, que têm como objetivo ampliar as oportunidades de minorias sociais desfavorecidas e discriminadas. No entanto, uma premissa central dessas políticas de discriminação positiva é de que se trata de uma medida temporária. Uma vez corrigidas as distorções, retorna-se a um ordenamento social e político cego às diferenças.

Muitas das demandas relacionadas à política das diferenças visam a manutenção e reprodução do diferente, daquilo que distingue as pessoas e grupos. Nesse sentido, a política da dignidade e a política da diferença divergem sobremaneira. Na primeira, o que define a ideia de igual dignidade é a noção kantiana de nossa capacidade de agentes racionais que nos torna humanos, o nosso potencial humano universal. A ênfase é no potencial – que todos partilham – e não no que é feito desse potencial.

Na política da diferença, por mais que esta compartilhe de uma base universalista, em que todos têm o potencial de desenvolver sua própria identidade, há uma exigência que vai além dessa premissa, a de que se dê igual respeito às diferentes formas de realização desse potencial. Em termos culturais, isso significa o questionamento de todo juízo moral que avalia uma cultura como superior às outras, o que em si já é uma negação do princípio da igualdade humana universal. A divergência se aprofunda quando:

“Afirma-se que o conjunto supostamente neutro de princípios cegos às diferenças é na verdade o reflexo de uma cultura hegemônica. Da maneira como a tese se apresenta, portanto, só as culturas minoritárias ou suprimidas são forçadas a assumir uma forma que lhes é alheia. Assim, a sociedade supostamente justa e cega às diferenças é não só inumana (porque suprime identidades) mas também, de modo sutil e inconsciente, altamente discriminatória” (TAYLOR, 2000: 254)

A partir disso, Taylor faz uma crítica contundente ao liberalismo, principalmente na sua vertente procedimentalista, com a supremacia dos direitos individuais, impossibilitando que este se comprometa com qualquer concepção de boa vida, sob o risco de violar o princípio da igualdade universal. A ideia de metas coletivas é vista com desconfiança, porque significa um compromisso com uma concepção substantiva de bem comum, o que implicaria em discriminação com aqueles que não partilham dessa concepção.

A principal crítica da política da diferença a esse liberalismo é de que ele é homogeneizante. Taylor usa como exemplo o caso do Quebec, que abriga a maioria francófona da população canadense. Para que se preserve a cultura dessa população e, mais ainda, se crie condições de assegurar a sua sobrevivência no futuro, é necessário que se criem políticas públicas voltadas para a valorização da identidade francófona. Esse é o tipo de meta coletiva que necessita de outro modelo de liberalismo para se viabilizar.

Esse outro modelo, o liberalismo comunitarista, defendido por Taylor, se coaduna com a política da diferença, uma vez que o Estado pode adotar metas coletivas, desde que respeite a diversidade e garanta a preservação de direitos fundamentais inegociáveis para uma sociedade liberal, tais como: direito à vida, à liberdade, à liberdade de expressão e liberdade religiosa, ao devido processo legal (TAYLOR, 2000: 264).

As sociedades contemporâneas são cada vez mais multiculturais, isto é, são compostas por diferentes comunidades culturais, o que, na prática, tem trazido a questão do reconhecimento de forma mais explícita para o debate político. Segundo Taylor, uma das razões disso é a disseminação da ideia de que a formação da identidade depende do reconhecimento do(s) outro(s). A falta de reconhecimento e o reconhecimento errôneo podem gerar distorções, oprimir e discriminar indivíduos e grupos.

Taylor atribui a dificuldade de lidar com as diferenças e com o outro ao papel de colonizador e ao discurso etnocêntrico das sociedades ocidentais europeias. “Os grupos dominantes tendem a consolidar sua hegemonia ao inculcar no subjugado uma imagem de inferioridade” (TAYLOR, 2000: 269). Faz-se

necessário questionar as maneiras como esse sentimento de superioridade ainda se faz presente nessas sociedades. E o ponto de partida deve ser o pressuposto do igual valor de todas as culturas.

Esse pressuposto seria a hipótese inicial para se estudar outra cultura. A validade dessa alegação só pode ser inferida no estudo concreto da cultura, o que para acontecer, necessita do que Gadamer chamou de fusão de horizontes:

“Aprendemos a nos movimentar num horizonte mais amplo em que aquilo que antes tínhamos por certo como a base da valoração pode ser situado como uma possibilidade ao lado da base diferente da cultura desconhecida. A fusão de horizontes opera por meio do desenvolvimento de novos vocabulários de comparação voltados para articular esses novos contrastes. Assim, se e quando terminarmos por encontrar apoio substantivo para nossa suposição inicial, isso depende de uma avaliação do valor que possivelmente não teríamos condição de fazer no começo. Chegamos ao juízo em parte por meio da transformação de nossos padrões” (TAYLOR, 2000: 270)

O que Taylor defende não é uma valorização generalizada e apriorística de outras culturas, o que só demonstraria condescendência e etnocentrismo, na medida em que os julgamentos seriam feitos a partir de nossos velhos padrões familiares, mas que haja uma real abertura ao estudo cultural comparativo, o que requer a capacidade de deslocar nossa base de valores para compreender a do outro. Só assim pode-se construir o respeito mútuo.

2.3. As Dimensões do Reconhecimento em Axel Honneth

Axel Honneth se insere no debate da Teoria Crítica, vertente intelectual que se funda na chamada Escola de Frankfurt, mas que abarca um campo teórico mais amplo que o compreendido nessa designação. Escola de Frankfurt é uma denominação retrospectiva ligada à geração de intelectuais, coordenados por Max Horkheimer e Theodor Adorno, que fundou o Instituto de Pesquisa Social, ligado à Universidade de Frankfurt, e se refere, principalmente, às intervenções deste grupo no debate público, na Alemanha, nas décadas de 1950 e 1960 (NOBRE, 2003).

Teoria Crítica, inicialmente referida ao programa de pesquisa, ancorado na obra de Marx, inaugurado pelo Instituto de Pesquisa Social, com o objetivo de compreender a sociedade “à luz de uma emancipação ao mesmo tempo possível e

bloqueada pela lógica própria da organização social vigente” (NOBRE, 2003: 9), designa atualmente toda a tradição de pensamento que se fundamenta sobre os princípios norteadores desse programa de pesquisa. Dessa maneira, mesmo ocupando a posição de diretor do Instituto de Pesquisa Social, Honneth sem pertencer à Escola de Frankfurt, se insere na tradição da Teoria Crítica.

A concepção de reconhecimento de Honneth (2003a) guarda semelhanças com a visão de Taylor, uma vez que ambos destacam a importância do contexto normativo que alicerça as práticas sociais e as relações intersubjetivas de reconhecimento para a construção da identidade dos sujeitos. Porém, os dois autores têm pontos de partida distintos, com Taylor se dedicando à “tarefa de fundamentação filosófica e histórico-filosófica da tese de reconhecimento social como vínculo mais básico e fundamental entre os indivíduos”, e Honneth procurando “*sociologizar* a teoria hegeliana original destituindo-a de sua ganga metafísica por posturas abertas à investigação empírica” (MATTOS, 2006: 16).

A tese central do argumento de Honneth é a de que os conflitos sociais são fundamentalmente lutas por reconhecimento social, funcionando como “motor das mudanças sociais e, conseqüentemente, do processo de evolução da sociedade” (MATTOS, 2006: 87). Nesse sentido, o conflito está intrinsecamente conectado à formação dos sujeitos e da sociedade.

Honneth esclarece que o conflito não se limita à uma luta por autoconservação como na visão de Maquiavel e Hobbes. Partindo do conceito de luta por reconhecimento desenvolvido por Hegel em seus escritos do período de Jena (HONNETH, 2003: 23), Honneth aborda o conflito como uma luta moral, em que os indivíduos “constroem uma imagem de si mesmos e possibilitam a instauração de um processo em que as relações éticas da sociedade se libertariam de particularismos” (MENDONÇA, 2009b: 63).

Em sua busca por desenvolver uma sociologia do reconhecimento, Honneth dá uma inflexão empírica à teoria hegeliana através da psicologia social de G.H. Mead. Para Honneth, as convergências entre as ideias de Hegel e a psicologia social de Mead se encontram no que seria o objetivo maior de sua pesquisa, “fazer da luta pelo reconhecimento o ponto referencial de uma

construção teórica que deve explicar a evolução moral da sociedade” (HONNETH, 2003a: 125).

A partir da ideia de que o sujeito só tem consciência de si mesmo na posição de objeto, Mead desenvolve os conceitos de “Me” e “Eu”. O “Eu” se refere à “instância na personalidade humana responsável pela resposta criativa aos problemas práticos, sem poder jamais entrar como tal, porém, no campo de visão” (HONNETH, 2003a: 130); o “Me” é a imagem cognitiva de si mesmo a partir da perspectiva do outro. Há, no interior do sujeito, um diálogo contínuo entre o “Eu” e o “Me”. Em sua investigação sobre a importância das normas morais nas relações humanas, Mead avalia que “ao se colocar na perspectiva normativa de seu parceiro de interação, o outro sujeito assume suas referências axiológicas morais, aplicando-as na relação prática consigo mesmo” (HONNETH, 2003a: 133).

Para compreender o processo de socialização mais amplo, Mead introduz a categoria do “outro generalizado”, que se relaciona à generalização de expectativas de comportamento de todos os membros da sociedade. É na interação com esse “outro generalizado” que o indivíduo interioriza as normas sociais, que o tornam capaz de se sentir parte da sua comunidade, sabendo quais as obrigações a serem observadas e quais as expectativas legítimas que pode dirigir aos outros. São os conflitos entre o “Eu”, o “Me” e o “outro generalizado” que devem “explicar o desenvolvimento moral tanto dos indivíduos quanto da sociedade” (HONNETH, 2003a: 141).

Honneth se baseia nesses *insights* de Hegel e G. H. Mead para estabelecer uma tipologia das três formas de reconhecimento que compõem a construção da subjetividade: a dedicação emotiva, o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário. Essas três dimensões estão relacionadas com a construção intersubjetiva da identidade do sujeito em busca de auto-realização.

A primeira delas diz respeito às relações afetivas, ao círculo familiar. Através da teoria psicanalítica de Winnicott, Honneth explora principalmente os laços entre mãe e filho, e seu percurso da simbiose profunda até o reconhecimento da autonomia do outro. Essa dimensão está relacionada à

conquista da autoconfiança, necessária para o desenvolvimento saudável da personalidade. A autoconfiança está na base das relações sociais entre adultos (SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008) e “constitui o pressuposto psíquico de todas as outras atitudes de auto-respeito” (HONNETH, 2003a: 177)

A segunda forma de reconhecimento diz respeito às relações jurídicas, ou seja, às relações do sujeito autônomo com os outros membros da sociedade como um todo, com o “outro generalizado” da teoria de Mead. Honneth traça o percurso histórico do surgimento do direito moderno e, conseqüentemente, da universalização do princípio da igualdade, para encontrar uma nova forma de reconhecimento (SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008).

O reconhecimento do sujeito de direito nas sociedades tradicionais estava baseado numa concepção de status, em que o sujeito é reconhecido de acordo com a posição que ocupa na sociedade. Desse modo, “o reconhecimento jurídico é classificado ainda por graus, conforme a respectiva estima que o indivíduo goza como portador de um papel” (HONNETH, 2003a: 183). A transição para a modernidade significou uma mudança tal na estrutura da sociedade que, conseqüentemente, mudou as relações de reconhecimento, com o sistema jurídico reconhecendo a todos como sujeitos de direito na mesma medida. O que significou, inclusive, que esse sistema deveria combater todos os privilégios e exceções (HONNETH, 2003a e SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008)

Desse desenvolvimento decorreu uma necessária separação entre reconhecimento jurídico e estima social, que deu origem a duas formas distintas de respeito, que devem ser analisadas separadamente. Apoiado na teoria de Ihering e na pesquisa de Darwall, Honneth conclui sobre a comparação entre reconhecimento jurídico e estima social:

“um homem é respeitado em virtude de determinadas propriedades, mas no primeiro caso se trata daquela propriedade universal que faz dele uma pessoa; no segundo caso, pelo contrário, trata-se das propriedades particulares que o caracterizam, diferentemente de outras pessoas. Daí ser central para o reconhecimento jurídico a questão de como se determina aquela propriedade constitutiva das pessoas como tais, enquanto para a estima social se coloca a questão de como se constitui o sistema referencial valorativo no interior do qual se pode medir o “valor” das propriedades características” (HONNETH, 2003a: 187)

Uma condição para os sujeitos se respeitarem e se reconhecerem mutuamente como sujeitos de direito é a autonomia individual de decidir racionalmente acerca de questões morais (HONNETH, 2003a: 188). Aqui, Honneth traz a análise de T. H. Marshall sobre a construção dos direitos civis, políticos e sociais, sob a perspectiva de lutas por reconhecimento recíproco, para mostrar a história do direito moderno como um “processo direcionado à ampliação dos direitos fundamentais” (SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008: 12).

Assim, seguindo o modelo de Marshall, pode-se dizer que a partir da conquista dos direitos de liberdade individual inaugurou-se, através da luta social, um processo de ampliação das capacidades e propriedades que caracterizam a pessoa como sujeito de direito, com a incorporação dos direitos de participação política e das concretas condições de vida para participar da vida social. A luta por reconhecimento deve ser entendida como uma pressão permanente por novos pressupostos de participação na formação pública da vontade. À essa dimensão está associada a conquista do auto-respeito:

“...um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de auto-respeito”. (HONNETH, 2003a: 197)

Por fim, existe a forma do reconhecimento relacionada à outra dimensão de respeito decorrida da separação entre reconhecimento jurídico e estima social. Trata-se aqui da dimensão da solidariedade, em que a valorização dos sujeitos diz respeito às suas singularidades, diferenças e suas contribuições para a sociedade. Para além da autoconfiança e do auto-respeito, os sujeitos também necessitam “de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas” (HONNETH, 2003a: 198). O reconhecimento nessa dimensão só é possível “quando a existência de um horizonte de valores intersubjetivamente partilhado é introduzido como seu pressuposto” (HONNETH, 2003a: 199), o que significa que

“No nível de integração social encontram-se valores e objetivos que funcionam como um sistema de referência para a avaliação moral das propriedades pessoais dos seres humanos e cuja totalidade constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade. A avaliação social de valores estaria permanentemente determinada

pelo sistema moral dado por esta autocompreensão social” (SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008: 13).

Assim como na dimensão jurídica, Honneth aborda a esfera da solidariedade, a partir da transição das sociedades tradicionais para as sociedades modernas, pela passagem da estima baseada na honra para a estima vinculada à reputação e ao prestígio social. Nas sociedades tradicionais, organizadas de forma hierárquica e estamental, a valorização social está diretamente ligada à capacidade do sujeito de cumprir as expectativas sociais do estamento ao qual pertence, o valor que lhe é atribuído já está previamente determinado e se vincula às propriedades e capacidades de todo o seu grupo social, portanto, a estima social assume sempre uma forma coletiva.

Assim como aconteceu na ordem jurídica, a modernidade trouxe mudanças estruturais também na ordem de valores da estima social. Honneth associa esse processo à uma mudança cognitiva, em que esses valores não podem mais se ancorar em tradições religiosas e metafísicas. Privadas dessa base de evidências transcendentais, essa ordem social não podia mais ser considerada um sistema referencial objetivo, em que estava definido o comportamento designado para garantir a honra de cada estamento social. Só com isso, o sujeito pode entrar na disputa pela estima social de forma individualizada (HONNETH, 2003a: 204).

“A individualização das realizações é também necessariamente concomitante com a abertura das concepções axiológicas sociais para distintos modos de auto-realização pessoal; doravante é um certo pluralismo axiológico, mas agora específico à classe e ao sexo, o que forma o quadro cultural de orientações, no qual se determina a medida das realizações do indivíduo e, com isso, seu valor social”. (HONNETH, 2003a: 205)

Essa individualização significa uma mudança na relação do sujeito consigo mesmo, na medida em que ele não necessita mais atribuir a todo o grupo o respeito que recebe por suas realizações, pode referi-lo somente a si próprio. Esse tipo de reconhecimento gera autoestima, um sentimento de valor em si mesmo. É, sob essas condições, em que todos os membros da sociedade têm a possibilidade de estimarem-se a si mesmos, que Honneth pode falar de um estado pós-tradicional de solidariedade.

“a solidariedade está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar “solidárias” porque elas não despertam somente tolerância para com a particularidade individual de outra pessoa, mas também interesse afetivo por essa particularidade: só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis” (HONNETH, 2003a: 205).

Para atingir seu objetivo de construir uma teoria crítica do reconhecimento para pensar possibilidades de emancipação a partir da experiência do não-reconhecimento, Honneth apresenta uma tipologia das formas de não-reconhecimento, das experiências de desrespeito e vergonha social, correspondente à tipologia das experiências positivas do reconhecimento social (MATTOS, 2006).

Na primeira dimensão, a da dedicação emotiva, estaria a violação à integridade física do indivíduo, em que há uma violação do corpo físico, dos maus tratos até a tortura, e uma sujeição da autonomia individual, que gera humilhação e destrói sua capacidade de confiar em si mesmo e no mundo à sua volta.

Na dimensão jurídica, em que os direitos são entendidos como as pretensões individuais cujo reconhecimento e satisfação o sujeito pode esperar legitimamente, por se considerar membro de igual valor da comunidade, a privação de direitos significa que ao sujeito não é concedida a responsabilidade moral na mesma medida que aos outros. Essa situação de privação e exclusão social acarreta a perda do auto-respeito, da capacidade de se perceber como “parceiro em pé de igualdade na interação social com todos os próximos” (HONNETH, 2003a: 217).

Por último, na dimensão da solidariedade, o desrespeito se refere à depreciação do valor social, dos modos de vida individuais ou coletivos, o que abala a autoestima, levando a sentimentos de vergonha e inferioridade. Se o horizonte social de valores é constituído de maneira que inferioriza e degrada algumas formas de vida, ele retira dos sujeitos atingidos a possibilidade de valorizar socialmente suas capacidades (HONNETH, 2003a).

Para Honneth, esses sentimentos têm o potencial de desencadear lutas por reconhecimento, mas para isso acontecer é necessária a articulação em movimentos sociais. Por isso, o autor valoriza o contexto político e cultural dos grupos oprimidos para a constituição de lutas por reconhecimento:

“... saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende sobretudo de como está constituído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos – somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se fonte de motivação para ações de resistência política” (HONNETH, 2003a: 224).

Honneth busca demonstrar que toda luta social é fundamentalmente uma luta por reconhecimento. Contudo, ele deixa claro que nem todo tipo de vergonha ou sentimento de rebaixamento leva a conflitos sociais, somente aqueles que são passíveis de generalização. São as experiências individuais de desrespeito, interpretadas como experiências cruciais de um grupo inteiro, que podem funcionar como motor da ação coletiva na busca por reconhecimento social. O autor ressalta que nem sempre esse processo acontece, é necessário que o sentimento de injustiça se traduza em termos cognitivos para que o sujeito seja motivado à luta política.

Finalmente, Honneth defende que a própria participação num movimento social já transforma o sentimento de rebaixamento do sujeito, uma vez que a ação coletiva e a solidariedade interna do grupo retiram o sujeito de um estado de passividade, lhe proporcionando uma experiência nova e positiva de autoestima mútua.

2.4.

Reconhecimento como Justiça Social: Nancy Fraser

Nancy Fraser (2002) afirma que pensar as lutas por reconhecimento é fundamental. Seu argumento parte da suposição de que as demandas por reconhecimento e redistribuição se entrelaçam na prática das lutas na sociedade contemporânea. Fraser critica a noção de reconhecimento centrada no modelo de identidade, defendida por Taylor e Honneth, por crer que eles terminam por essencializar e reificar as identidades dos grupos – o que ao extremo pode levar a

separatismo e segregação – e, mais ainda, por obscurecer os vínculos entre redistribuição e reconhecimento, impedindo a sua integração (FRASER, 2002).

Para Fraser, as demandas por reconhecimento são “uma questão de status social”. O modelo de status utilizado por Fraser não se relaciona com a ideia mais difundida de status como equivalente a certa quantidade de prestígio social, como algo que pode ser mensurado por diferentes indicadores, como renda, por exemplo. O modelo a que ela se refere diz respeito aos padrões de valor cultural institucionalizados, que vão garantir, ou não, a paridade entre os membros de uma sociedade, possibilitando a participação plena na vida social. Quando esses valores, em vez de estabelecerem a igualdade entre os atores, constituem alguns como inferiores ou excluídos, pode-se dizer que há subordinação social. Nessa concepção, a luta por reconhecimento é a luta pela desinstitucionalização desses valores constituídos, para que todos possam participar plenamente da vida social.

Porém, o esforço teórico de Fraser é a integração das questões da redistribuição e do reconhecimento em uma estrutura única. Através da análise das relações entre as categorias de classe e de status nas sociedades contemporâneas de capitalismo globalizado, Fraser demonstra ao mesmo tempo “a mútua irredutibilidade de distribuição e reconhecimento e o seu entrelaçamento na prática” (2002:12). O entendimento de classe e status utilizado:

“Dizer que uma sociedade tem uma estrutura de classes é dizer que ela institucionaliza mecanismos econômicos que sistematicamente negam a alguns de seus membros os meios e as oportunidades de que precisam para participar na vida social em condições de igualdade com outros. Da mesma forma, dizer que uma sociedade tem uma hierarquia de status é dizer que ela institucionaliza padrões de valor cultural que negam generalizadamente a alguns membros a posição social de que precisam para participar como parceiros plenos na interação social” (FRASER, 2012: 12)

A abordagem necessária para dar conta da complexidade social e teorizar as relações entre subordinação de status e estrutura de classe é a que Fraser chama de dualismo perspectivo. Não se pode separar as esferas da cultura e economia, pelo contrário, é preciso revelar as conexões entre elas de maneira a expor as ligações ocultas entre reconhecimento e distribuição, sem, contudo, associá-los diretamente a uma ou outra esfera. Dessa maneira, reconhecimento e distribuição

“constituem duas perspectivas analíticas que podem ser assumidas com respeito a qualquer domínio. (...). Assim, com o dualismo perspectivo, pode-se avaliar a justiça de qualquer prática social, independentemente de onde ela esteja institucionalmente localizada, de dois pontos de vista normativos analiticamente distintos” (FRASER, 2002: 24)

Mais tarde, Fraser (2005) acrescentou mais uma dimensão ao seu conceito de justiça como paridade de participação. Num cenário de globalização do mundo capitalista, torna-se necessário pensar a dimensão política da justiça. Isso porque, até então, as teorias de justiça se inscreviam dentro de um enquadramento dado pelas fronteiras dos estados nacionais, fronteiras essas que num mundo globalizado perderam muito de sua relevância. Como aponta Fraser:

“Diante do aquecimento global, da propagação da Aids, do terrorismo internacional, e de superpotências unilaterais, muitos acreditam que suas chances de viver uma vida boa dependem tanto de processos que ultrapassam as fronteiras dos estados territoriais, quanto daqueles que estão contidos neles”¹⁸ (FRASER, 2005:3).

Tanto as demandas por redistribuição quanto por reconhecimento são afetadas por essa nova dinâmica, as disputas não se limitam mais a questões sobre o que é devido, em termos de justiça, aos membros de uma comunidade. Atualmente, questões sobre quem deve contar como membro e qual a comunidade relevante ganha cada vez mais espaço nessas disputas (FRASER, 2005: 4)

Portanto, sem ignorar que tanto redistribuição quanto reconhecimento são questões políticas em si, Fraser defende a incorporação da dimensão política às duas dimensões defendidas por ela anteriormente, distribuição e reconhecimento. A dimensão política define não só quem está apto a reivindicar por redistribuição e reconhecimento, mas também como essas reivindicações devem ser propostas. Nesse sentido, a dimensão política é o “palco” em que as lutas por redistribuição e reconhecimento se desenrolam. É nessa dimensão que se definem as regras e procedimentos das decisões que definem quem são os membros aptos a demandar redistribuição e reconhecimento, assim como a forma como essas demandas são debatidas e judicializadas (FRASER, 2005: 6).

¹⁸ Do original: “Faced with global warming, the spread of Aids, international terrorism, and superpower unilateralism, many believe that their chances for living good lives depend at least as much on processes that trespass the borders of territorial states as on those contained within them”

Essa dimensão está diretamente ligada às questões de representação (ou falta de), nas quais Fraser distingue duas formas de injustiça. A primeira diz respeito à representação política em si e à exclusão de determinados grupos dos processos decisórios e de formulação de políticas que afetam suas vidas. A segunda forma de injustiça, relacionada ao que Fraser chama de *metainjustiça*, está ligada ao modo como as fronteiras políticas são definidas, excluindo alguns da possibilidade de participar e contestar injustiças. A dimensão política foi relegada a um segundo plano nas teorias de justiça, porque as fronteiras dos estados nacionais forneciam o enquadramento apropriado para as demandas por justiça redistributiva ou por reconhecimento, uma vez que os demandantes faziam parte da comunidade política.

No contexto das sociedades capitalistas globalizadas, a questão do enquadramento ganha relevância, porque pensar a justiça em termos de estados nacionais “é, agora, considerado por muitos como um importante veículo de injustiça, ao dividir o espaço político de forma a impedir os que são pobres e desprezados de desafiar as forças que os oprimem”¹⁹ (FRASER, 2005: 9). No limite, Fraser equipara essa situação à perda do que Hannah Arendt definiu como o direito a ter direitos. Esses excluídos da comunidade política seriam invisíveis em relação à justiça.

Fraser e Honneth travaram um debate público acerca de suas concepções de reconhecimento que culminou na publicação do livro “*Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*” (2003).

Fraser defende sua concepção de reconhecimento como uma questão de justiça e não de auto-realização, como defendido por Taylor e Honneth. Uma das diferenças é a base filosófica de sustentação dessas duas visões. Questões de justiça são entendidas a partir das categorias do certo e do errado, ligadas à moral kantiana, já questões de auto-realização estão relacionadas às concepções de bem, portanto, pertencem ao âmbito da ética. Isso significa que questões de justiça são passíveis de universalização por se sustentarem independentemente da estrutura

¹⁹ Do original: “is now considered by many to be a major vehicle of injustice, as it partitions political space in ways that block many who are poor and despised from challenging the forces that oppress them”

de valores a que os sujeitos tenham aderido. Concepções de bem estão diretamente ligadas a horizontes de valor historicamente determinados, portanto, não universalizáveis (FRASER, 2003: 28).

O modelo de reconhecimento de Fraser está baseado na ideia de status social, em que a igualdade de status significa paridade de participação na vida social. Nesse sentido, o não reconhecimento é subordinação social, em que padrões institucionalizados de valor cultural impedem alguns indivíduos ou grupos de participarem plenamente da vida social.

Fraser elenca quatro vantagens que o seu modelo de reconhecimento teria em relação ao modelo de Honneth. A primeira delas é que as demandas por reconhecimento nesse modelo são compatíveis com sociedades modernas que conjugam uma pluralidade de valores, evitando assim o risco, presente no modelo de auto-realização, de sectarismo (FRASER, 2003: 30).

A segunda vantagem é que o não reconhecimento fica localizado nas relações sociais, e não internalizado no indivíduo, o que poderia levar a uma culpabilização da vítima e ao policiamento dos valores das pessoas, prática iliberal e autoritária. Fraser reconhece que o não reconhecimento pode levar aos danos psicológicos apontados por Taylor e Honneth, mas o seu modelo evita uma psicologização que esvazia a força normativa do reconhecimento (FRASER, 2003: 31).

A terceira vantagem do modelo é evitar a visão de que todos têm igual direito a estima social, uma visão que termina por esvaziar a noção de estima. O que o modelo defende é que todos têm o igual direito de buscar a estima social sob condições justas de igualdade de oportunidades (FRASER, 2003: 32).

Por fim, o entendimento do não reconhecimento como uma violação da justiça facilita a integração de demandas de reconhecimento e demandas de distribuição. Isso porque essa concepção de reconhecimento deve ser atribuída ao domínio da moralidade deontológica, em que a justiça distributiva também se inscreve. Assim, essas categorias compartilham o mesmo universo normativo, o

que as torna compatíveis. Reconhecimento como auto-realização é uma questão moral de difícil integração com questões de redistribuição (FRASER, 2003: 33).

Honneth, por sua vez, afirma que a visão de Fraser é reducionista por desconsiderar outras dimensões de justiça e pela centralidade conferida às demandas por reconhecimento dos novos movimentos sociais na vida política e social das sociedades de capitalismo avançado. Primeiro, seu diagnóstico envolve uma generalização da experiência norte-americana, que não pode ser estendida da mesma maneira aos países da Europa (HONNETH, 2003b). Mas, mais fundamentalmente, Honneth elenca três abstrações reducionistas que permitem a Fraser focar somente nos novos movimentos sociais.

Na primeira delas, Honneth destaca que, ao concentrar seus esforços analíticos nos novos movimentos sociais, Fraser privilegia as demandas que já ganharam visibilidade na esfera pública, negligenciando as experiências de desrespeito e injustiça que ainda não receberam a devida atenção nessa esfera.

Honneth afirma ainda que Fraser abstrai uma parcela considerável das demandas por políticas de identidade, ao não tratar daquelas demandas que, geralmente de forma agressiva, exigem a exclusão daqueles que não partilham a mesma identidade²⁰. Haveria um idealismo normativo da noção de política de identidade na visão adotada por Fraser (HONNETH, 2003b: 121).

Por fim, Honneth acusa Fraser de, fortemente influenciada por Taylor, historicizar a mudança da economia para a cultura. Dessa maneira, ela retira todos os aspectos do reconhecimento já presentes nos movimentos sociais do início do século passado, assim como todos os aspectos distributivos das demandas por reconhecimento de identidades. Para Honneth, não se pode resumir os movimentos da atualidade aos seus objetivos culturais, nem os movimentos de ontem aos seus objetivos materiais e legais.

Honneth descarta essa limitação histórica. Sua proposta é estabelecer o reconhecimento como um paradigma conceitual suficientemente diferenciado para

²⁰ Mendonça considera essa crítica de Honneth injusta: “Fraser busca, claramente, negar a legitimidade de identidade agressivas ao declarar que somente reivindicações que promovam a paridade de participação são justificáveis” (2007: 177).

desvendar as fontes motivacionais do descontentamento social e da resistência. Nesse sentido, mesmo as questões de justiça redistributiva são melhor compreendidas a partir das categorias normativas da teoria do reconhecimento (HONNETH, 2003b: 126).

Honneth fundamenta a centralidade que a teoria do reconhecimento tem no seu modelo através dos achados de diferentes pesquisas empíricas²¹, que já apontavam demandas por reconhecimento nos movimentos de trabalhadores do início do século XX, questionando o economicismo de grande parte da literatura sobre o tema. O que essas pesquisas demonstraram é que a força motora da resistência desses movimentos, mais do que a privação material, foi a experiência de violação de honra e a falta de reconhecimento de seus modos de vida e suas conquistas pelo resto da sociedade.

Mas a generalização dessas reflexões só foi possível quando associadas, num contexto mais amplo, com a resistência de povos colonizados e do movimento de mulheres, tornando possível analisar um padrão em que os sujeitos percebem procedimentos institucionalizados como injustiça social quando sentem que aspectos de sua personalidade, que acreditam merecedores de reconhecimento, são desrespeitados sistematicamente. (HONNETH, 2003b: 132)

Junta-se a esse padrão encontrado na empiria, a teoria social e a filosofia política que, a partir de diferentes métodos e objetivos, desenvolveram a teoria do reconhecimento de Hegel, e se torna possível pensar uma teoria social em que o reconhecimento é a categoria central para entender como os sujeitos vivenciam a injustiça social. Nas palavras de Honneth:

“o quadro conceitual do reconhecimento é de importância central hoje, não porque ele expressa os objetivos de um novo tipo de movimento social, mas porque se mostrou uma ferramenta apropriada para desbloquear categorialmente as experiências sociais de injustiça como um todo. Não é ideia central específica, muito menos nova, de coletivos oprimidos – sejam eles categorizados em termos de diferença ou de reconhecimento cultural – que agora é a base para o quadro normativo de uma teoria do reconhecimento. Em vez disso, o que dá origem – na verdade exige – tal revisão categorial são as descobertas compiladas sobre as fontes morais da experiência do descontentamento social”.²² (HONNETH, 2003b: 133)

²¹ Honneth cita especialmente os trabalhos de E. P. Thompson e Barrington Moore.

²² Do original: “the conceptual framework of recognition is of central importance today not because it expresses the objectives of a new type of social movement, but because it has proven to

Dessa forma, Honneth defende a premissa normativa de sua teoria, que situa a ausência de reconhecimento social no centro de toda experiência de injustiça, nos fenômenos da humilhação e do desrespeito. Assim, as desigualdades materiais devem ser interpretadas como uma expressão da violação do reconhecimento social.

Celi Pinto (2008) faz um exame do debate de Honneth e Fraser para pensar as possíveis aplicações das propostas dos dois autores no contexto brasileiro, que é bastante relevante para os objetivos desse trabalho, por conferir um papel de destaque ao Estado – tanto como responsável por injustiças sociais como quanto agente de políticas públicas socialmente justas. Essa é uma questão fundamental porque “não há possibilidade de justiça social ou paridade participativa sem uma instância que possa intervir, a partir de um regramento universal” (PINTO, 2008: 50).

Sua hipótese central é de que há complementaridade entre as propostas de Fraser e Honneth para avaliar o caso brasileiro e, mais além, a escolha de uma sobre a outra empobrece “as qualidades heurísticas e normativas que podem ser encontradas na combinação das duas” (PINTO, 2008: 57). Uma das distinções fundamentais na concepção de reconhecimento dos dois autores, na visão de Pinto, é a ação dos sujeitos. No centro da visão de Honneth está a ação do ator e sua capacidade de se auto-definir como objeto de reconhecimento. Já em Fraser, sua concepção se baseia em princípios de justiça e nas políticas públicas, que ela apresenta como remédios, que podem combater o não-reconhecimento.

Há grandes diferenças entre o contexto social das sociedades do hemisfério norte a que esses autores se referem e o contexto brasileiro, por isso a autora destaca dois aspectos importantes dessas diferenças. O primeiro é a condição do Estado de bem-estar social a que ambos os autores se referem ao discutir as noções de distribuição e reconhecimento. Nas sociedades americana e europeia, com um Estado de bem-estar social robusto, a maioria da população se encontra a

be the appropriate tool for categorially unlocking social experiences of injustice as a whole. It is not the particular, let alone new, central idea of oppressed collectives – whether they are characterized in terms of “difference” or “cultural recognition” – that is now to provide the basis for the normative framework of a theory of recognition. Rather, what gives rise to – indeed compels – such a categorial revision are the findings that have been compiles concerning the moral sources of the expirience of social discontent”. (tradução nossa)

salvo da miséria e da pobreza, portanto, questões de distribuição têm caráter residual. Questões relacionadas ao reconhecimento de identidades surgiram, principalmente, com os novos movimentos sociais e ganharam cada vez mais espaço na esfera pública.

No Brasil, onde nunca realmente tivemos um amplo sistema de proteção social, Pinto defende que grande parte da população não tem condições de se constituir como sujeitos capazes de lutar, seja por redistribuição ou reconhecimento – em qualquer das suas acepções. Essa situação leva ao segundo aspecto considerado pela autora, o de que sempre haverá (ou não) uma política de redistribuição ou reconhecimento que independe dos indivíduos ou grupo social. A questão da distribuição, por exemplo, em contexto de pobreza extrema não necessita do auto-reconhecimento dos sujeitos necessitados.

Isso envolve uma certa limitação à noção de reconhecimento, já que nesse cenário o reconhecimento se restringe muitas vezes ao reconhecimento externo. Nesses casos, o Estado tende a ser o principal agente, que reconhece e age através de políticas públicas.

Pinto defende que tanto as sociedades centrais, para as quais essas teorias foram pensadas, quanto as periféricas, como o caso do Brasil, têm estados nacionais enraizados e campos políticos definidos, o que pressupõe uma história de luta por direitos que envolve, em diferentes níveis, tanto questões de distribuição quanto de reconhecimento. Há grandes variações na capacidade de resposta (ou não-resposta) a essas demandas por parte dos estados, mas pode-se afirmar que estas questões estão presentes nos discursos políticos em embate com o poder público.

O Brasil é um país em que coexistem questões exclusivamente distributivas e questões em que distribuição e reconhecimento estão intrinsecamente conectadas, o que confere o caráter complementar das teses de Fraser e Honneth.

Se o Estado tem grande responsabilidade pelas injustiças sociais vigentes, também é ele o agente capaz de executar políticas públicas que promovam a justiça social e as condições para a paridade de participação.

2.5.

Recepção da Teoria do Reconhecimento no Brasil

No Brasil, a teoria do reconhecimento tem sido utilizada na análise dos mais variados temas ligados à luta pela ampliação de direitos de diversos grupos sociais. Vale destacar a apropriação da teoria do reconhecimento por Jessé Souza (2003, 2006) para dar conta da realidade social do país.

Souza busca criar um novo paradigma teórico para explicar as raízes da desigualdade social brasileira, um fenômeno que é consequência “não de uma suposta herança pré-moderna e personalista, mas (...), como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções” (SOUZA, 2006: 23). Essa desigualdade e sua naturalização produzem, de forma massificada, o que o autor chama de subcidadania.

O fenômeno da subcidadania não se deve à permanência de valores pré-modernos e tradicionais na nossa sociedade, pelo contrário, ele está diretamente relacionado à maneira como valores e instituições modernos foram apropriados aqui. Segundo o autor, é exatamente a impessoalidade embutida nesses valores e instituições que torna tão difícil a percepção desse fenômeno no nosso cotidiano.

E para explicar como se opera esse processo, Souza se sustenta fundamentalmente em dois autores: Charles Taylor e Pierre Bourdieu. Para fins deste trabalho, me concentrarei apenas em sua apropriação dos conceitos de Taylor, por este ser um dos principais teóricos do reconhecimento.

É através de Taylor que Souza mantém a ênfase nos aspectos culturais e simbólicos da nossa realidade, ao mesmo tempo em que recusa explicações culturalistas centradas no nosso passado pré-moderno. Taylor vai dissecar os valores e ideias que perpassam, de forma opaca e intransparente, as duas instituições centrais do mundo moderno, Estado e mercado. Seu interesse não é

fazer uma história das ideias, mas entender como e porque estas ideias foram eficazes em “tomar o coração e mentes das pessoas comuns” (SOUZA, 2006: 28).

Assim como em Weber, Taylor localiza na Reforma o ponto de inflexão em que uma nova hierarquia social e uma nova configuração moral ganharam eficácia prática ao tomar a dimensão da vida cotidiana. O sujeito que surge desse contexto tem “a noção de calculabilidade, raciocínio prospectivo, autocontrole e trabalho produtivo como os fundamentos implícitos tanto da sua autoestima quanto do seu reconhecimento social” (SOUZA, 2006: 30)

Essa estrutura psicossocial está na base da consolidação das instituições do Estado e do mercado. É a generalização dessa estrutura que permite a construção de uma cidadania com direitos e deveres universalizáveis, baseada no princípio da dignidade – em substituição à noção de honra das sociedades tradicionais – que pressupõe a universalização do princípio da igualdade. Desse modo, o reconhecimento social nas sociedades modernas se fundamenta no compartilhamento dessa estrutura psicossocial e na internalização da igualdade na vida cotidiana. (SOUZA, 2006: 31)

O ponto central da tese de Souza é de que, no Brasil, principalmente a partir de 1930, houve uma importação das instituições modernas sem que, ao mesmo tempo, se empreendesse a difusão do *ethos* necessário para a generalização do cidadão moderno. Mesmo sem isso, é a hierarquia valorativa que subjaz a essas instituições modernas que confirma, de forma pré-reflexiva, a valoração dos sujeitos e, dessa forma, legitima desigualdades.

Como consequência, ocorre o aprofundamento da divisão entre aqueles capazes de se adaptar às novas demandas e assim, tornarem-se cidadãos, e os segmentos sociais excluídos desse processo, cuja crescente marginalização dá ensejo ao fenômeno (no caso do Brasil, de massa) da subcidadania. O paradigma alternativo proposto por Souza visa iluminar a ideologia implícita que não só legitima, como perpetua nossa desigualdade.

Penso ser proveitoso considerar a possibilidade de que, à luz dessa perspectiva, e ainda que de forma limitada, a abertura do STF para a teoria social

contemporânea cumpra algum papel nesse sentido. Há um predomínio (como se verá adiante), ao menos no que se refere à argumentação dos ministros (menor no caso dos procuradores), da concepção do reconhecimento na chave de Fraser, ligada às condições necessárias para a paridade de participação. Em termos de reconhecimento, isso significa o questionamento de padrões de valor cultural institucionalizados que inferiorizam uns em relação a outros. Portanto, ao trazer esses argumentos para embasar suas decisões, os ministros do STF estão, de alguma forma, problematizando publicamente essa hierarquia de valores, que, como mostra Souza, subjuga grande parte da nossa população.

Vale mencionar, ainda, dois trabalhos que se apropriam da teoria do reconhecimento para analisar e compreender a luta por direitos de grupos sociais específicos.

O primeiro deles trata da luta das pessoas atingidas pela hanseníase. A tese de doutorado de Ricardo Fabrino Mendonça (2009) busca entender como se dá a luta dessas pessoas contra o estigma, o preconceito e a marginalização que a doença carrega. O foco do autor são os processos comunicacionais que permitem a construção das reivindicações dessas pessoas e o questionamento de práticas sociais desrespeitosas e excludentes.

A teoria do reconhecimento, e principalmente a leitura de Honneth, serve de base para o autor pensar a busca por auto-realização, a construção de identidades políticas e o que seria o cerne desse processo, a intersubjetividade, conceito central não só ao caráter dialógico das construções sociais e de identidade, mas também aos processos comunicacionais dos conflitos sociais.

A ênfase na intersubjetividade permite a Mendonça rebater as críticas que apontam a luta por reconhecimento em Honneth como luta pela valorização de identidades coletivas, o que tornaria inviável a utilização de sua teoria para compreender a luta dos portadores de hanseníase. Como coloca o autor:

“Ainda que a enfermidade perca seu caráter estigmatizante, ela não é motivo de orgulho. Até porque ela não pode ser pensada como contribuindo para a realização de objetivos sociais. Não se trata de uma luta pela marcação da diferença. A ideia é de uma desconstrução dos parâmetros diferenciadores, de modo a viabilizar que as pessoas acometidas pela enfermidade possam vir a ser estimadas como outras quaisquer”. (MENDONÇA, 2009: 69)

O conceito de auto-realização defendido por Honneth não significa que há um fim a ser alcançado. Assim como a identidade do sujeito se constrói de forma dialógica, a ideia de auto-realização também se forma na relação com o outro, por isso pode-se dizer que ela é sempre um processo inacabado, que depende de reconhecimento mútuo. A luta é “pela construção de gramáticas morais que viabilizem a auto-realização dessas pessoas” (MENDONÇA, 2009: 83).

Esse é o ponto em que a tese de Mendonça ajuda a pensar as possibilidades abertas quando nossa mais alta Corte faz uso da teoria do reconhecimento em suas decisões, para além da valorização das diferenças ou da inclusão de identidades coletivas subalternizadas, como demonstrado no voto do ministro Luiz Fux na Adin 4277²³, que trata do reconhecimento legal das uniões homoafetivas:

“Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira” (p.20).

O questionamento dos efeitos perversos da estrutura de valores dominante em nossa sociedade contribui para a qualificação de um debate contínuo sobre a construção de uma ordem social mais justa e democrática no nosso país.

Já no campo da sociologia jurídica, a tese de André Figueiredo (2011) trata da luta dos quilombolas pelo reconhecimento do direito de posse do território em que vivem. O autor faz uma análise do processo de interpretação do artigo 68 do ADCT²⁴, através de um estudo de caso de uma comunidade do Rio de Janeiro, em que parte de dois pressupostos que corroboram a visão esboçada neste trabalho. O

²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>

²⁴ Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

primeiro deles, a tese de que no mundo contemporâneo o direito extrapolou “o espaço restrito das instituições judiciárias, contaminando e sendo contaminado pelo mundo da política” (FIGUEIREDO, 2011: 19); e o segundo pressuposto, o de que a Carta de 1988 “constitui marco de fundação de um novo modelo de democracia, cuja expressão jurídica é o chamado neoconstitucionalismo” (FIGUEIREDO, 2011: 35).

Para Figueiredo, a Constituição de 1988 “consagra os princípios da teoria do reconhecimento” (FIGUEIREDO, 2011: 38). As evidências neste sentido já estariam no preâmbulo da nossa Carta ao definir a sociedade brasileira como pluralista. Como exemplo ainda, a garantia da dignidade da pessoa humana baseada numa concepção de igualdade que pressupõe a diferença, fundamentada nos dispositivos que combatem qualquer forma de preconceito (artigo 3º); e a proteção do Estado às coletividades vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, indígenas e presidiários. A perspectiva multiculturalista está presente no que se refere à garantia dos direitos culturais, tanto no que diz respeito ao povo brasileiro e à cultura nacional em sua diversidade, quanto a grupos etnicamente diferenciados, mais especificamente, indígenas e quilombolas. Além disso, Figueiredo destaca as inovações processuais com a introdução de instrumentos como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública, permitindo que determinadas entidades, como partidos políticos e o Ministério Público, atuem na defesa de interesses coletivos, o que daria ensejo ao que o autor chama de democracia judicializada. (FIGUEIREDO, 2011: 37)

Ao realçar o caráter comunitarista da Constituição de 1988, Figueiredo aponta a Carta Magna como o ponto de partida para uma política de reconhecimento de viés étnico que, ao reconhecer direitos territoriais, cria também novos sujeitos coletivos. É na construção da identidade quilombola que “comunidades negras rurais concretas irão acumular condições para tornar-se objeto de uma efetiva política de reconhecimento” (FIGUEIREDO, 2011: 30).

Nesse sentido, a análise do autor ratifica minha percepção da esfera do direito como nova arena política para as minorias, ao confirmar que é nesse espaço que os quilombolas têm encontrado maior capacidade de vocalização de suas demandas.

3. Estudos de Caso

Antes de iniciar a análise dos casos selecionados para ilustrar a contribuição da teoria social contemporânea para a fundamentação da decisão dos ministros da Corte em ações que tratam da defesa de minorias relacionadas ao reconhecimento de novas identidades, à garantia de igualdade de direitos, inclusão social e valorização cultural, convém esclarecer algumas questões.

Primeiro, importa destacar que, independente da questão em julgamento, a decisão dos ministros estará sempre fundamentada em bases jurídicas. Porém, como já apontado anteriormente, há aqueles casos complexos que não encontram uma resposta direta no nosso ordenamento jurídico. Nessas situações, os juízes, para além da fundamentação jurídica, se valem de argumentos extrajurídicos para fundamentar sua decisão.

Rezende (2010) apresenta o STF como elite política, e não somente jurídica, porque diante da complexidade dos casos que se apresentam à nossa Corte, os ministros têm se valido de argumentos extrajurídicos para fundamentar suas decisões. O autor propõe que a utilização desses argumentos permite pensar “um compromisso entre estrutura e agência no âmbito da decisão judicial” (REZENDE, 2010: 282), em que a estrutura é o sistema jurídico, que prevê apenas decisões fundamentadas nos códigos internos ao mundo do direito, e a agência é a liberdade do juiz de buscar argumentos em contextos externos ao sistema jurídico.

Dessa maneira, “as decisões do STF nos hard cases nos fornece elementos para compreender até que ponto os sistemas sociais se comunicam sem perderem suas características” (REZENDE, 2010: 282). A análise que se segue tem a intenção de iluminar essa comunicação. Acredito que a entrada da teoria social contemporânea, e mais especificamente, a teoria do reconhecimento, no universo jurídico é uma forma de comunicação entre sociedade e direito.

Há muitas possibilidades de leitura e interpretação da argumentação utilizada nas ações analisadas, muito além do escopo da pesquisa aqui empreendida. Para os fins desse trabalho, o que importa destacar é a penetração do tema das identidades e, mais especificamente, as ideias e conceitos pertinentes à

teoria do reconhecimento. Essa aproximação do universo jurídico e de seus operadores com a teoria social contemporânea é um aspecto relevante da aproximação entre direito e sociedade nos moldes da concepção de direito responsivo proposto por Nonet e Selznick (2010), e de que o Judiciário se mostra atento ao seu papel de defensor das minorias ao incorporar a linguagem da teoria social, o que contribui para uma maior compreensão das lutas sociais contemporâneas.

Os casos selecionados são: a ADPF 186, que trata da política de reserva de vagas para negros no ensino superior; a Adin 4277, que diz respeito ao reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável; a Adin 3239, que trata da constitucionalidade do decreto 4.887/2003, que regula a demarcação de terras quilombolas; o recurso extraordinário 845779, que trata do direito do transexual a ser tratado socialmente de acordo com sua identidade sexual.

Na ADPF 186 serão analisados: a petição inicial, o parecer da procuradoria geral da República e o voto do ministro relator Ricardo Lewandowski.

Na Adin 3239 serão analisados: a petição inicial, o parecer da Advocacia Geral da União, o voto do ministro relator Cesar Peluso e o voto da ministra Rosa Weber.

Na Adin 4277, que na realidade trata de duas ações que foram apensadas, serão analisados: as duas petições iniciais, o parecer da advocacia geral da União, o voto do ministro relator Carlos Ayres Britto e o voto do ministro Luiz Fux.

No recurso extraordinário 845779, serão analisados: o parecer da procuradoria geral da República e o voto do ministro relator Luís Roberto Barroso.

A escolha do material analisado tem como critério, primeiro, a disponibilidade dos documentos na rede, vale ressaltar que nem todos os votos são disponibilizados na íntegra e, mais importante, selecionei, quando tive a opção, os votos que fizeram um uso explícito da teoria social contemporânea. Nos casos em que o ministro que fez uso da teoria social não era o relator, optei, ainda assim, por trazer o voto do ministro relator para a análise.

3.1. Adin 4277 e ADPF 132

3.1.1. Breve histórico da luta do movimento LGBT no Brasil

O movimento homossexual se iniciou, no Brasil, a partir da segunda metade dos anos 70, no contexto da distensão política que antecedeu o fim da ditadura militar. Parto aqui da definição e caracterização da trajetória do movimento utilizada por Regina Facchini (2003), que entende o movimento homossexual

“como o conjunto das associações e entidades, mais ou menos institucionalizadas, constituídas com o objetivo de defender e garantir direitos relacionados à livre orientação sexual e/ou reunir, com finalidades não exclusivamente, mas necessariamente políticas, indivíduos que se reconheçam a partir de qualquer uma das identidades sexuais tomadas como sujeito desse movimento” (FACCHINI, 2003: 84)

Facchini (2011) divide a trajetória do movimento em três fases: a primeira vai de 1978 a 1983; a segunda, de 1984 a 1992; e a terceira, de 1992 aos dias de hoje.

Na primeira fase, a formação do grupo Somos, em 1978 na cidade de São Paulo, marca a politização da questão homossexual, com a ideia de romper com a lógica de “gueto” que prevalecia nos poucos grupos de homossexuais que existiam, mais voltados para questões de sociabilidade. A luta do movimento, consoante com os movimentos feminista e negro também surgidos na mesma época, é contra o autoritarismo e por uma transformação da sociedade como um todo, abolindo hierarquias sociais, principalmente as relacionadas a gênero e à sexualidade.

O forte caráter antiautoritário dos grupos dessa primeira fase repercutia na sua organização, eram grupos não institucionalizados, com uma rotação constante na coordenação para evitar qualquer concentração de poder (FACCHINI, 2011). O discurso era de manter a autonomia em relação aos partidos políticos e ao Estado, mas a grande heterogeneidade significava que havia importantes divergências internas que terminaram por rachar o grupo. Uma primeira causa foi a demanda por maior representação das lésbicas, que as levou a formarem seu

próprio grupo. Em relação aos rumos e atividades do grupo, houve uma polarização entre aqueles que defendiam a autonomia total do grupo e aqueles que defendiam uma militância de esquerda e uma integração com outros movimentos sociais de minorias e de trabalhadores, lutando por uma transformação total da sociedade. (FACCHINI, 2011 e SANTOS, 2011)

O Somos se desfaz em 1983, ano considerado o início da epidemia da AIDS no país. Inicialmente, a AIDS foi divulgada como ‘doença de homossexual’ e até ‘peste gay’, o que criou um ambiente extremamente desfavorável à causa homossexual. Nesse contexto de desmobilização, a militância, como em boa parte do mundo, passou a se organizar para combater a epidemia – tanto prestando assistência solidária quanto levando as demandas ao poder público. Foi dessa organização que saiu o primeiro programa de combate à AIDS em São Paulo.

É nesse contexto que se inicia a segunda fase do movimento com uma mudança de eixo, saindo de uma concentração do movimento entre Rio e São Paulo para o eixo Rio-Nordeste, com o protagonismo do Grupo Gay da Bahia (GGB). Enquanto a militância paulista concentrou seus esforços na luta contra a AIDS, os grupos Triângulo Rosa, do Rio de Janeiro, e O GGB assumiam o protagonismo na luta pelos direitos dos homossexuais. O movimento homossexual, nessa fase, já num contexto de democracia, deixa de lado a luta pela transformação da sociedade e se concentra na luta pelos direitos civis dos homossexuais e no combate à discriminação e à violência. Assim como buscam se estruturar mais formalmente, esses dois grupos são os primeiros a se legalizar como associações da sociedade civil. (FACCHINI, 2011)

Dentre as ações do movimento nesse período estão:

“a) mobilização pela mudança do código de classificação de doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps) em 1982, que descrevia a homossexualidade como “desvio ou transtorno sexual”; b) campanha pela mudança do Código de Ética dos Jornalistas, em 1987, incluindo o termo “orientação sexual” nas proibições de práticas discriminatórias, a fim de minimizar os preconceitos contra os homossexuais na imprensa e c) participação nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, com vistas a incluir o termo “orientação sexual” nas proibições de discriminação enumeradas no artigo 5 da Constituição, reivindicação que acabou não sendo contemplada no texto final”. (SANTOS, 2011: 80)

Importa tratar aqui em mais detalhe as reivindicações do movimento homossexual na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), porque ali se forjaram os argumentos da oposição ao movimento, que foram utilizados desde então para impedir a concretização de direitos LGBT via processo legislativo (SANTOS, 2011), fator que dá grande relevância à utilização da via judicial para aquisição de direitos por parte dessa minoria.

O líder do grupo Triângulo Rosa, João Antônio Mascarenhas, participou de uma audiência pública na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias para defender a inclusão do termo “orientação sexual”²⁵ no inventário de razões para a não discriminação, com o argumento de que “a lei seria uma ferramenta para esta minoria demandar o respeito do resto da sociedade” (SANTOS: 94).

A análise de Santos sobre os discursos durante a ANC a respeito da inclusão do termo “orientação sexual” na Constituição demonstra que mesmo entre os defensores da medida não havia a associação entre homossexualidade e a identidade do indivíduo, o que corroborava a ideia de que a orientação sexual é uma opção do indivíduo. Alguns dos parlamentares que eram a favor da inclusão a associavam à necessidade de um comportamento de respeitabilidade pública, defendendo que eles deveriam conter seus instintos e ser mais recatados. (SANTOS, 2011)

Se os que defendiam o faziam de maneira reticente, os opositores da inclusão o fizeram de forma ostensiva e contundente, alegando que a inclusão do termo significaria legalizar práticas sexuais perversas e criminosas. Setores conservadores, principalmente a bancada religiosa, utilizaram o argumento de que em breve os homossexuais estariam pleiteando o reconhecimento legal da união de pessoas do mesmo sexo, demanda que naquela altura não constava da pauta de luta do movimento. Esse argumento visava atrair a opinião pública para a oposição, uma vez que colocava os homossexuais como um perigo para as instituições da família e do casamento. Essa linha de argumentação foi utilizada

²⁵ O termo foi amplamente debatido entre acadêmicos e ativistas, que o consideraram mais neutro, uma vez que termos como “preferência” ou “opção” sexual remetem à ideia de uma escolha pessoal passível de ser revertida. Outra vantagem do termo seria a de não se aprofundar no debate sobre as possíveis causas da homossexualidade. (SANTOS, 2011)

no debate legislativo em relação aos projetos de lei que tratavam da parceria civil e do Estatuto da Família (SANTOS, 2011). O fato de não terem obtido sucesso na ANC não significou que o movimento desistiu da reivindicação²⁶, e posteriormente o termo foi incluído na legislação de alguns estados e municípios.

No encontro nacional de 1989, a luta contra a AIDS se torna o foco principal do movimento, que concentra seus esforços para se organizar em torno dessa demanda e pressionar o poder estatal a fornecer alguma resposta no combate à doença. Nesse período, o movimento acumulou bastante experiência e, com o acesso privilegiado à comunidade gay, teve papel fundamental na coordenação dos programas de prevenção financiados pelo Estado. Segundo Facchini:

“A entrada das pautas do movimento nas políticas públicas não se deu, portanto, pelo reconhecimento das demandas de cidadania de LGBT ou pela criação de conselhos de direitos, mas pela política de saúde e, mais especificamente, a política de combate às DSTs e à AIDS” (FACCHINI, 2011: 11).

Esse protagonismo significou não só um aumento no número de grupos, mas também uma diversificação das formas de organização, com grupos comunitários, ONGs, setores de partidos políticos etc. É nesse momento que começa a terceira fase do movimento.

Umas das principais características dessa fase é a segmentação interna das identidades dos atores ligados ao movimento: lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, todos se organizando em torno de suas demandas específicas. As lésbicas estavam no movimento desde o início, mas a partir dos anos 90 ganham maior visibilidade com a organização dos Seminários Nacionais de Lésbicas. Os travestis se organizam no início dos anos 90, preocupados com o impacto da AIDS na sua comunidade e com o combate à violência, tendo sido sempre o segmento mais exposto a esta entre os LGBT. Já os transexuais se organizam na segunda metade dos anos 90 em torno da demanda pelo acesso às cirurgias de transgenitalização. (FACCHINI, 2011)

Em 1995, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT) foi criada com 31 grupos fundadores e hoje possui 308 organizações associadas,

²⁶ Na revisão constitucional de 1993-1994, foram apresentadas emendas para incluir o termo “orientação sexual” no rol das razões para não discriminação na Constituição Federal, mas, novamente, foram rejeitadas a partir da mesma argumentação anterior. (SANTOS, 2011)

sendo considerada a maior rede LGBT da América Latina, com a missão de promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos da comunidade LGBT²⁷. Além de uma forte mobilização junto à comunidade e aos órgãos públicos no combate à AIDS, a ABGLT promoveu campanhas de sensibilização da sociedade e de parlamentares para a aprovação dos projetos de lei 1151/95, que trata das parcerias civis entre homossexuais, e 122/2006, que criminaliza a homofobia (FACCHINI, 2011)

A tramitação do PL 1151/95 foi cercada de intensos debates e polêmicas, principalmente por aqueles que achavam que o projeto legalizava o casamento gay. O termo união civil entre pessoas do mesmo sexo, utilizado no projeto – mesmo a autora do projeto, a deputada Marta Suplicy (PT-SP), deixando claro que se tratava de situação jurídica – fazia alusão à união estável entre homem e mulher, situação que ganhou status legal na Constituição de 1988. Questões relacionadas às causas da homossexualidade e à adoção por casais homossexuais também suscitaram polêmica na tramitação do projeto.

A oposição utilizou a mesma estratégia usada na ANC de desqualificar a proposta por esta representar a legalização do casamento gay e um ataque à entidade da família. Foi apresentado um substituto ao projeto inicial, passando a se chamar Parceria Civil Registrada, que basicamente restringia a parceria aos direitos patrimoniais, já que vetava expressamente a adoção e a mudança de status civil. Aprovado o substituto, o projeto poderia ir à plenário, o que nunca aconteceu, tendo sido retirado da pauta em duas ocasiões, devido à barganha entre a bancada evangélica e o governo (SANTOS, 2011)

Porém, o debate do projeto ganhou um espaço relevante na mídia, juntamente com a reação conservadora, o que possibilitou que se abrisse um debate nacional sobre o tema e que a comunidade LGBT aparecesse como sujeito de direitos.

O projeto de lei que criminaliza a homofobia (PLC 122/2006 no Senado) foi proposto em 2001 pela deputada Iara Bernardi (PT-SP), para incluir o termo

²⁷ Dados obtidos no portal da associação: <http://www.abglt.org.br/port/index.php>, acessado em 10 de janeiro de 2017.

“orientação sexual e identidade de gênero” nas razões para a não discriminação na Lei 7716/89, que criminaliza a discriminação racial. Com as dificuldades encontradas no PL 1151/95, o movimento homossexual optou por concentrar seus esforços para a aprovação desse projeto, que passou na Câmara dos Deputados em 2005, mas encontrou forte resistência no Senado, onde terminou sendo arquivado.

É importante ressaltar o papel das paradas de Orgulho Gay como estratégia de visibilização desse segmento. Para além do seu caráter festivo e de diversão, as paradas são um instrumento de luta do movimento, como demonstra os objetivos propostos na cartilha ABC das Paradas Gays:

“para cumprirem plenamente sua missão e não se tornarem meramente mais um carnaval fora de época, devem cumprir rigorosamente os seguintes objetivos:

1. Promover a visibilidade massiva de GLT a fim de mostrar à sociedade global o poder de arregimentação deste segmento populacional enquanto cidadãos e massa potencial de eleitores e consumidores
2. Reforçar a auto-estima individual dos participantes enquanto homossexuais que devem ter seus direitos de cidadania plenamente respeitados
3. Funcionar como ritual de iniciação para que novos homossexuais se assumam, estimulando aos enrustidos “sair da gaveta”
4. Mostrar à sociedade global a existência da diversidade sexual da comunidade homossexual e estimular o respeito à livre orientação sexual, papel de gênero e estilo de vida
5. Selar a solidariedade do movimento homossexual organizado e da comunidade homossexual com outras minorias sociais, entidades de classe e representantes de diferentes setores do poder, fazendo das paradas vitrine e espaço de visibilidade para futuros candidatos GLS a cargos políticos previamente apoiados pelos grupos locais do movimento homossexual e comprometidos com suas bandeiras de luta
6. Arregimentar novos militantes para se associarem aos diversos grupos do movimento homossexual organizado
7. Denunciar à população em geral e à mídia as diferentes manifestações de homofobia que pesam sobre a comunidade homossexual, transmitindo aos participantes da parada informações sobre auto-defesa contra discriminações e como enfrentar e se proteger da violência anti-homossexual
8. Transmitir informações e reforçar junto aos participantes da parada a necessidade da prevenção da Aids e DST” (MOTT, 2004).

Atualmente, acontecem mais de 300 paradas em todo o país, sendo a de São Paulo considerada uma das maiores do mundo. Vale ressaltar que muitas dessas paradas contam com o apoio de diferentes instâncias do poder público, como prefeituras, governos estaduais e também apoio federal, através do Ministério da Cultura e de programas nacionais de direitos humanos e de combate à Aids e DSTs (FACCHINI, 2011).

Em 2003, foi criada, no Legislativo federal, a Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual – mais tarde rebatizada de Frente Parlamentar pela Cidadania LGBT – com o objetivo de articular deputados e senadores favoráveis à causa LGBT. A experiência foi replicada em âmbito estadual em algumas unidades da Federação. Em 2004, o governo federal criou o programa Brasil sem Homofobia, ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), com a intenção de articular diversos ministérios na promoção de políticas ligadas à questão homossexual. Em 2008, foi realizada a I Conferência Nacional GLBT²⁸, que contou com a participação do então presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, o que significou um marco no reconhecimento do Estado em relação à população LGBT. A pauta de reivindicações elaborada durante a Conferência foi incorporada ao Plano Nacional de Direitos Humanos de 2010, da SEDH, incluindo a não discriminação por orientação sexual e o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. (SANTOS, 2011)

Apesar dos avanços e da conquista de um espaço considerável na pauta dos Poderes Legislativo e Executivo, isso não se reverteu concretamente numa legislação que garantisse direitos à comunidade LGBT. Nesse sentido, a via judicial terminou sendo um caminho mais receptivo para as demandas dessa população

“O fenômeno da judicialização dos direitos homossexuais, se de um lado inequivocamente está relacionado a uma mudança de atitude da minoria discriminada que decidiu enfrentar o preconceito através do Judiciário, de outro revela não só a maior aceitação da minoria pela maioria, como também a possibilidade de uma aplicação menos dogmática e mais principiológica do direito diante de mudanças nos costumes. A esse propósito, é interessante observar que as primeiras controvérsias jurídicas na justiça brasileira envolvendo a minoria homossexual diziam respeito a casos de indenização por dano moral decorrente de conduta discriminatória. Nos últimos quinze anos, porém, os tribunais brasileiros têm apreciado inúmeros processos em que se discutem os efeitos jurídicos decorrentes das uniões homoafetivas, o que demonstra que os homossexuais não se têm resignado apenas a uma atitude defensiva perante as cortes, buscando sobretudo o reconhecimento e a legitimação de sua condição, através da construção de um direito que lhes é próprio”. (CASAGRANDE, 2008: 191)

²⁸ Uma das decisões da Conferência foi a mudança da sigla de GLBT para LGBT com o intuito de dar maior visibilidade ao segmento lésbico do movimento (SANTOS, 2011)

A justiça brasileira tem sido instada a se pronunciar sobre diversos temas como, direitos previdenciários, direitos patrimoniais, adoção e uniões estáveis. A maior vitória, porém, foi a Adin 4277, objeto de estudo deste trabalho, que estendeu às uniões estáveis homoafetivas os mesmos direitos das uniões estáveis heterossexuais reconhecidos na Constituição Federal.

3.1.2. Petições Iniciais

Em 2008, o governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, apresentou ao STF a ADPF 132²⁹, sob a alegação de que se os artigos 19º II e V e 33º, I a X e parágrafo único do Decreto-Lei 220 de 18/07/1975, conhecido como Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, fossem interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais, estariam violando preceitos fundamentais, contidos na nossa Constituição Federal.

O artigo 19 trata da concessão de licença em caso de enfermidade de membro da família ou para acompanhar o cônjuge que por vínculo empregatício seja transferido para trabalhar em outra localidade. Já o artigo 33 se refere à concessão de benefícios previdenciários e de assistência social para o servidor e sua família. A ADPF também questiona decisões dos tribunais judiciais estaduais, especialmente do estado do Rio de Janeiro, que tenham interpretado esses dispositivos de maneira discriminatória. Esse tipo de interpretação fere frontalmente os preceitos fundamentais da nossa Constituição, tais como: o direito à igualdade (art. 5º, caput), o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art.5º, II), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV) e o princípio da segurança jurídica (art.5º, caput).

A ação pedia que o Supremo Tribunal Federal garantisse que os dispositivos do Estatuto dos Servidores Civis do Rio de Janeiro, apresentados acima, juntamente com o artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, que dispõe sobre o regime jurídico da união estável, fossem interpretados conforme a Constituição, impedindo, assim, que estes artigos venham a gerar consequências discriminatórias incompatíveis com nossa Carta. A ação também pedia que se o

²⁹ Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/312_Peticao%20inicial%20ADPF%20132.pdf

entendimento da Corte fosse pelo seu descabimento, que fosse considerada como ação direta de inconstitucionalidade.

Como introdução, a petição da ação apresenta uma síntese das ideias na base da ação fazendo uma breve descrição (e generalização) da situação de boa parte dos homossexuais nas sociedades democráticas contemporâneas. De acordo com o texto, nas últimas décadas “inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente a sua relação homoafetiva” (p.2), vivendo “em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum” (p.3). Como essa situação de maior aceitação social e reconhecimento jurídico é ainda bastante recente, existem incertezas em relação a como o Direito deveria lidar com esse tema. Por isso a premência em se definir o regime jurídico das relações homoafetivas.

Pois, mesmo sendo fato de que essas relações continuarão a existir independente do reconhecimento jurídico por parte do Estado, a falta de posicionamento claro do Direito gera insegurança e, mais ainda, “revela, na verdade, um juízo de desvalor”. Não estender às uniões homoafetivas o mesmo reconhecimento jurídico – já concedido – às relações afetivas informais entre heterossexuais é não dar a mesma consideração a essas pessoas, o que resultaria em uma desequiparação, que é inconstitucional.

A fundamentação da ação se baseia em dois pilares: o filosófico e o jurídico. No primeiro, são dois fundamentos: o de que o homossexualismo é fato da vida, independente da causa, não é uma escolha livre, além do que, não viola nenhuma norma jurídica nem afeta a terceiros; e o de que o papel do Estado e do Direito em sociedades democráticas é garantir o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos para que estes realizem seus projetos pessoais lícitos. Nesse sentido, é papel do Estado enfrentar preconceitos, apoiando e dando segurança aos vulneráveis.

A fundamentação jurídica se baseia em duas teses centrais: a primeira, de que os princípios constitucionais impõem “a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao

gênero” (p.4). A segunda, defende a equiparação de regimes jurídicos baseada numa regra de hermenêutica, em que mediante a lacuna da lei, integra-se a ordem jurídica por analogia. Uma vez que as características das uniões estáveis entre homem e mulher presentes no Código Civil são as mesmas para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, o mesmo regime jurídico deve ser aplicado.

O mais importante, porém, para os fins deste trabalho, diz respeito aos argumentos utilizados no mérito da ação. Isso porque ao tratar da violação do princípio da dignidade humana, o conceito central utilizado é o do reconhecimento, a partir do texto, citado na petição, “A Política do Reconhecimento”, de Charles Taylor, presente no livro “Argumentos Filosóficos”, do mesmo autor.

Nessa ação, o conceito de reconhecimento confere sentido à noção de dignidade que os autores da ação buscam destacar. “Todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual reconhecimento” (p.24).

O não-reconhecimento viola o princípio da dignidade humana em duas dimensões fundamentais. Na primeira delas, a exclusão levaria à submissão das relações afetivas a um determinado projeto de sociedade, que mesmo sendo majoritário, não é obrigatório. O indivíduo é tratado como meio para a consecução desse projeto, geralmente vinculado a determinadas concepções morais e/ou religiosas, só sendo reconhecido quando se adequa ao papel social exigido por estas, no caso, membro de uma família heterossexual voltada para a sua reprodução.

Em segundo lugar, o não-reconhecimento das uniões homoafetivas significa a desconsideração e o não-respeito à parte importante da identidade individual dos sujeitos, o que pode levar ao sofrimento e à negação da própria identidade. Ao fim e ao cabo, o não reconhecimento das uniões homoafetivas por parte do Poder Público pode ser entendido como “política oficial de discriminação” (p.26).

Essa ADPF ficou sob a relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. À ela se juntou a ADPF 178, que foi convertida na ADIN 4277³⁰.

Em 2009, a Procuradoria Geral da República (PGR) propôs a ADPF 178 com o objetivo de que o STF declarasse obrigatório o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atingidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher, estendendo os mesmos direitos e deveres dessas uniões estáveis aos companheiros das uniões homoafetivas. A ação pedia para ser distribuída para a mesma relatoria da ADPF 132 por dependência temática.

À época, a Procuradoria Geral da República estava sob o comando de Deborah Duprat, primeira mulher a comandar a PGR, tendo ocupado este posto interinamente por vinte e dois dias. Deborah Duprat nasceu em 1959, no Rio de Janeiro, tendo se formado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Vale destacar que, neste curto espaço de tempo, a procuradora desengavetou uma série de ações importantes, além desta tratada aqui, Deborah ajuizou junto ao STF ações que tratavam de assuntos de grande repercussão social, como a Marcha da Maconha, grilagem na Amazônia e o direito dos transexuais à troca do nome independente de cirurgia de redesignação sexual. Além disso, contrariando a posição de ex-procuradores, como Claudio Fonteles e Antonio Fernando de Souza, Deborah emitiu parecer favorável à interrupção da gestação em caso de feto anencefálico³¹.

Assim como na ADPF 132, já apresentada, a Procuradoria Geral da República faz um uso ainda mais contundente da teoria do reconhecimento para fundamentar seu argumento em relação à violação do princípio da dignidade humana.

O não-reconhecimento das uniões homoafetivas tem consequências em dois planos distintos, que se interpenetram, e em ambos, essas consequências ofendem o princípio da dignidade. O primeiro diz respeito às condições materiais de vida, em que parceiros homossexuais não têm acesso a direitos importantes

³⁰ Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/140499043/PETICAO-INICIAL-ADI-4277#>

³¹ Informações disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-23/22-dias-duprat-colocou-pgr-favor-gays-aborto-marcha-maconha>

como: direitos previdenciários, direitos sucessórios, direitos tributários etc.. O outro plano se refere aos efeitos do não-reconhecimento em si mesmo, uma vez que a desvalorização da afetividade homossexual gera estigmatização e falta de respeito social, o que significa rebaixar esses indivíduos “à condição de cidadão de 2ª classe” (p.20).

Assim como na ADPF 132, a PGR também utiliza “A Política do Reconhecimento” de Charles Taylor, para defender o reconhecimento como uma dimensão essencial do princípio da dignidade humana, uma vez que somos seres sociais, inseridos numa cultura, e precisamos do reconhecimento do nosso valor para desenvolvermos livremente nossa personalidade. Sem isso, o indivíduo perde a auto-estima, que é definida, nessa petição, citando John Rawls³², como “o mais importante bem primário existente na sociedade” (p.21).

A PGR vai se valer textualmente de Axel Honneth em seu livro “A Luta por Reconhecimento” para explicitar os efeitos devastadores que a falta de reconhecimento pode causar:

“A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com uma experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características” (p.21)

Depois disso, a PGR ainda vai buscar na visão de Nancy Fraser sobre o reconhecimento as bases para sua defesa de que a proteção de grupos que sofrem preconceito deve ser feita tanto no campo da distribuição como no do reconhecimento. Num campo, luta-se contra a partilha desigual dos recursos materiais existentes, e no outro, luta-se contra injustiças culturais que estigmatizam determinados grupos. Porém, a PGR ressalta que, no caso dos homossexuais, a luta é fundamentalmente no campo do reconhecimento, uma vez que a homossexualidade está presente em todos os estratos sociais. A má distribuição de recursos, então, seria consequência da falta de reconhecimento,

³² Rawls, J. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

como, por exemplo, quando o homossexual sofre preconceito que obstaculiza seu acesso ao mercado de trabalho.

O julgamento dessas duas ações contou com ampla participação da sociedade civil organizada na figura do *amicus curiae*. Nessa condição, participaram do julgamento as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays Lésbicas Bissexuais Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG; Centro de Referência de Gays Lésbicas Bissexuais Travestis Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT TT; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual-CELLOS e Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais-ASSTRAV; ANIS - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks.

3.1.3.

Parecer da Advocacia Geral da União

A Advocacia Geral da União (AGU) produziu pareceres sobre as duas ações apresentadas. No caso da ADPF 132³³, a AGU considerou que, por ausência de pertinência temática, não cabia ao governador do estado do Rio de Janeiro questionar violação de direitos fundamentais por atos do Poder Público referentes a outras unidades federativas, devendo, portanto, se ater somente ao estado do Rio de Janeiro e às decisões judiciais do Tribunal de Justiça deste estado. Também considerou haver falta de interesse processual, uma vez que o ordenamento jurídico estadual já conta com uma lei que inclui o companheiro homossexual como dependente previdenciário de servidor público do estado do Rio de Janeiro.

O advogado geral da União, à época, era José Antonio Dias Toffoli. O parecer da ADPF 132 foi elaborado por Toffoli, já o da Adin 4277, foi encaminhado por Toffoli ao STF, com uma nota onde ele subscreve o parecer

³³ Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf

elaborado pelo advogado da União Rogério Marcos de Jesus Santos. Toffoli nasceu em 1967, em São Paulo, tendo se formado em direito pela Faculdade de Direito da USP. Foi professor de direito constitucional e direito da família no Centro de Ensino Unificado de Brasília.

Foi consultor jurídico da Central Única dos Trabalhadores de 1993 a 1994, assessor parlamentar na Assembleia Legislativa de São Paulo em 1994 e assessor jurídico do líder do PT na Câmara dos Deputados de 1995 a 2000. Participou como advogado de três campanhas eleitorais para a Presidência da República de Luiz Inácio Lula da Silva. Em 2007, foi nomeado advogado geral da União pelo presidente Lula e, em 2009, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, cargo que ocupa atualmente.

Apesar de desconhecer parcialmente da ação, a AGU defendeu ser procedente o seu mérito, defendendo assim que o STF dê interpretação conforme à Constituição ao artigo 19º, II e V, do Decreto-Lei 220/75, para que os conceitos de cônjuge e família incluam os companheiros de uniões homoafetivas, bem como seja declarado a nulidade de decisões judiciais do estado do Rio de Janeiro que sejam contrárias à essa posição, em flagrante violação de preceitos fundamentais.

Já o parecer da AGU referente à Adin 4277 considera procedente o pedido da PGR para que o artigo 1723 do Código Civil seja interpretado conforme à Constituição para conferir reconhecimento de união estável às pessoas do mesmo sexo.

O advogado geral da União inicia a análise do mérito da ação por uma ponderação entre moral e direito, pois se não pode separá-los totalmente, também não se pode equiparar normas jurídicas e normas morais. Principalmente porque no caso em questão, o argumento da imoralidade é frequentemente mobilizado pelos que são contrários aos direitos dos homoafetivos. A AGU traz o argumento do filósofo americano, James Rachels³⁴, em que este questiona os limites do relativismo cultural. Devemos considerar sobre qualquer prática social, se ela promove ou impede o bem-estar das pessoas, caso impeça é inadequada.

³⁴ Rachels, J. Os Elementos da Filosofia Moral. São Paulo: Manole, 2006

No caso das pessoas homossexuais, a resposta seria que a homossexualidade promove o bem-estar delas, por ser manifestação da liberdade de orientação sexual. O que impede o bem-estar dos homossexuais é o preconceito e a discriminação social. O argumento de que a homossexualidade não é natural não se sustenta racionalmente.

Ao afirmar o caráter histórico dos valores morais e, portanto, aberto à mudança, a AGU defende que a interpretação jurídica deva refletir as mudanças sociais dos últimos anos, quando a tolerância com as pessoas homossexuais cresceu significativamente. Nesse sentido, o parecer traz, através das autoras Maria Lucia Aranha e Maria Helena Martins³⁵, a ética discursiva de Habermas, em que o consenso é construído intersubjetivamente pela razão comunicativa. É esse o modelo do debate a ser travado no tribunal, em que os argumentos preconceituosos, devem ser respeitados, mas não servem de parâmetro para a razão pública.

Em seguida, a AGU exorta o papel superior da Constituição no nosso ordenamento jurídico, afirmando que são as leis que se movem na quadra dos direitos fundamentais (axioma de Kruger) (p.11). São os direitos fundamentais dos homossexuais que estão em jogo, de aplicabilidade imediata e eficácia plena, portanto não há que se esperar ação do legislador ordinário. O que está a se pedir não é o reconhecimento de uma omissão legislativa e sim a declaração da força normativa autônoma dos princípios constitucionais.

Para a AGU, a causa em debate se confunde com a história dos direitos fundamentais. A proteção das minorias, verdadeira função da jurisdição constitucional, portanto “são justamente nessas questões delicadas, nessas que envolvem um profundo debate sobre a separação Igreja e Estado, de reconhecimento e preconceito, que se mostra necessária à atuação da jurisdição constitucional no sentido de fazer valer as normas constitucionais fundamentais” (p.22).

³⁵ Aranha, M. L.; Martins, M. H. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1993

A AGU procede então para a descrição dos direitos fundamentais violados. O primeiro, o direito à privacidade engloba as escolhas centrais para a dignidade e autonomia da pessoa e a capacidade de definir seu próprio conceito de existência.

O direito da igualdade é apresentado a partir da doutrina de Flavia Piovesan, que defende que, principalmente em casos de intolerância, a violação é também ao direito à diferença

“Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direito exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário, as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, entre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e particularidades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito a diferença e a diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”³⁶ (p.26)

A AGU apresenta ainda a leitura que Piovesan faz de Nancy Fraser estabelecendo a igualdade sobre dois pilares: reconhecimento e redistribuição; e ainda Boaventura de Souza Santos, sobre a necessidade de uma igualdade que reconheça diferenças.

O advogado geral da União recorre também ao jurista Inocêncio Mártires Coelho para quem o pluralismo a que se refere a Constituição não é só político, mas também social, “ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da vida humana”³⁷ (p.28).

Em seguida, a AGU apresenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Por fim, como resposta à indagação sobre a Constituição ser discriminatória, o parecer exorta que a interpretação constitucional privilegie os conteúdos presentes nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação e do direito à privacidade. Princípios de valor da mais alta importância para a sociedade, regras de convivência basilares, construídas ao longo dos tempos” (p.36).

³⁶ Piovesan, F. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. In: Sarlet, I. W.; Leite, G.S. (orgs.) Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. São Paulo: RT, 2009

³⁷ Coelho, I. M. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009

O julgamento da ADPF 132 e da Adin 4277 se deu em conjunto nos dias 4 e 5 de maio de 2011, o resultado foi unânime a favor do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

3.1.4.

Voto do ministro relator Carlos Ayres Britto

Carlos Ayres Britto nasceu em 1942, no Sergipe. Formou-se bacharel em direito pela Universidade Federal do Sergipe, onde lecionou até 2003. Tem mestrado e doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. No Sergipe, ocupou os cargos de consultor geral do estado de 1975 a 1979, de procurador geral de Justiça em 1983 e 1984 e de procurador do Tribunal de Contas do Estado de 1978 a 1990. Em 1990, foi candidato a deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores, mas não se elegeu. Em 2003, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Ocupou o cargo até 2012, quando se aposentou por ter completado 70 anos, idade limite, de acordo com regulação vigente à época, para a aposentadoria compulsória.

O ministro relator iniciou seu voto³⁸ pela ADPF 132 para declarar a perda de objeto de parte da ação, uma vez que a legislação do Rio de Janeiro já equiparava as uniões homoafetivas às uniões heterossexuais em relação aos direitos previdenciários dos servidores públicos do estado. Em sequência, atendeu ao pedido subsidiário e transformou-a em Adin subsumindo os pleitos desta à Adin 4277 e julgando-as em conjunto no que diz respeito à interpretação conforme a Constituição do artigo 1723 do Código Civil (CC).

O ministro já deixa evidente desde o início sua posição ao defender que o pedido, constante nas duas ações, de que o artigo 1723 do Código Civil deve ser interpretado conforme à Constituição, merece guarida porque é na própria que se encontram as respostas em relação ao tratamento jurídico que deve ser dado aos relacionamentos homoafetivos que se caracterizam pela durabilidade, publicidade, continuidade e desejo de constituir uma família.

³⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

Ayres Britto aponta que a palavra sexo já aparece no inciso IV do artigo 3º da Constituição, que define os objetivos fundamentais da nossa República: *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. O termo sexo utilizado aqui como “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher” (p.631). Isso para dizer que o dispositivo constitucional veda expressamente o preconceito em razão do sexo das pessoas, e que qualquer tratamento discriminatório por esse motivo atenta frontalmente contra os objetivos fundamentais da Constituição.

O objetivo de promover o bem de todos se insere dentro do que o ministro chama de constitucionalismo fraternal:

“que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para “inclusão social”) a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental, e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome “homoafetivos. Isso de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**”. (grifo do autor, p.8)

Vale destacar que Ayres Britto concebe esse pluralismo como elemento central da democracia material, que necessariamente inclui “a respeitosa convivência dos contrários” (p.632). O ministro cita Rawls para definir essa convivência como “uma superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa” (p.632).

Porém, o argumento central do ministro é que a orientação sexual de cada um faz parte intrínseca do ser e não deve ser regulada. Ele usa o conceito de “norma geral negativa de Kelsen, segundo a qual “o que não é juridicamente proibido ou obrigado, está juridicamente permitido” (p.634), para justificar o silêncio do texto constitucional a respeito do tema.

Fazendo farto uso de uma literatura não-jurídica – como de Nietzsche, Fernando Pessoa, Descartes, Sartre e Jung – o ministro defende a liberdade de sexualidade como direito intrínseco de personalidade.

Como direito de personalidade, a liberdade de orientação sexual está diretamente vinculada ao princípio da dignidade humana e é, assim, fator fundamental no desenvolvimento da autoestima dos indivíduos. Como coloca o ministro:

“se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente” (p.638).

Nesse sentido, a vedação ao preconceito em razão do sexo das pessoas se estende igualmente ao uso que este faz de sua sexualidade. A liberdade de sexualidade do sujeito está vinculada aos direitos de intimidade e privacidade no rol dos direitos individuais, e aos direitos de personalidade e autonomia da vontade, emanações diretas do princípio da dignidade humana. Portanto:

“...todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia da vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, ônus e interesses também juridicamente positivados” (p.643).

Tendo estabelecido que a Constituição Federal veda a discriminação por orientação sexual, o ministro passa a responder se às uniões homoafetivas também cabem os mesmos direitos garantidos às uniões estáveis entre homem e mulher caracterizadas pela estabilidade.

Segundo o ministro, a resposta está contida no caput do artigo 226 da nossa Carta Magna, que diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A conclusão a que este chega, depois de analisar todos os incisos do artigo 226 – mesmo aquele que expressamente fala da união estável entre homem e mulher –, é de que nossa Constituição não faz diferença entre os diferentes tipos de família: seja constituída por união estável, seja constituída formalmente, ou seja monoparental. Tampouco importa se estas são integradas por indivíduos hetero ou homossexuais.

A menção à união estável entre homem e mulher no parágrafo 3º do artigo 226 não pode se sobrepor ao caput do artigo. Mais ainda, o espírito do legislador constituinte ao conceber este inciso foi o do combate ao preconceito e discriminação contra a mulher que vivia com seu companheiro sem vínculo

formalizado. Uma das evidências disso é a de que o inciso que trata do casamento civil não faz nenhuma menção ao sexo dos cônjuges. A referência ao homem e a mulher no parágrafo 3º é para marcar a igualdade entre estes, e não a diferença. Portanto, utilizar agora esse inciso para negar os mesmos direitos às uniões homoafetivas seria, nas palavras do ministro, “o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz” (p.653).

Termina o ministro por julgar procedente as duas ações no que concerne a interpretação do artigo 1723 do Código Civil conforme a Constituição, de modo a afastar qualquer entendimento “que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família”.

3.1.5. Voto do ministro Luiz Fux

Luiz Fux nasceu em 1953, no Rio de Janeiro. Formou-se bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde também obteve o título de doutor em Direito Processual Civil. Leciona direito processual civil na UERJ desde 1995. Foi promotor de justiça do Rio de Janeiro de 1979 a 1982, ano em que ingressou na magistratura. Foi juiz eleitoral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 1983 a 1997, ano que se tornou desembargador pelo mesmo tribunal. Em 2001, foi nomeado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso para o cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde ficou até 2011, quando foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal pela então presidente da República, Dilma Rousseff.

Após o relator, foi a vez de Fux votar³⁹. Ele acompanhou Ayres Britto e fundamentou seu voto a partir de quatro premissas. A primeira é de que “a homossexualidade é um fato da vida”. A segunda é de que “a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual”, portanto, é uma característica da personalidade do indivíduo. A única escolha seria viver essa orientação publicamente ou não. A terceira decorre das duas primeiras: a homossexualidade não é ideologia nem crença. E, finalmente, a quarta e última: “os homossexuais

³⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>

constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”.

O ministro aponta ainda uma premissa jurídica: a de que não existe vedação às relações homoafetivas no nosso direito, não há inconstitucionalidade nem ilegalidade nestas. A questão, portanto, não é saber se essas uniões encontram amparo no direito, isso é certo, mas sim qual o tratamento jurídico a ser conferido a elas.

Para responder a essa questão, o ministro se apoia em dois conceitos fundamentais: família e reconhecimento. Em relação ao conceito de família, o ministro aponta que a Carta de 1988, principalmente a partir de seu artigo 226, “funcionalizou o conceito jurídico de família” (p.11). A centralidade que a família assume no texto constitucional está intrinsecamente ligada à sua condição de meio de fomentar, garantir e preservar o desenvolvimento da personalidade dos filhos e a dignidade de seus membros.

O que Fux defende é que, uma vez que a Constituição despiu o conceito de família de materialidade, a importância desta é como instrumento de garantia de direitos fundamentais aos seus integrantes, independente da forma que a família tenha. Para ele, o que define a família é o amor familiar, a existência de um projeto comum de vida e a identidade, definida nas palavras do magistrado como “um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade” (p.13).

Nesse sentido ontológico, não há nenhuma hierarquia de distinção entre casamentos e uniões estáveis heterossexuais. E sob esse mesmo prisma, não há nada que distinga entre uniões estáveis heterossexuais e homossexuais. Portanto, a união homoafetiva se inclui na concepção constitucional de família, devendo a ela ser estendida a mesma proteção do Estado.

O que impede o tratamento jurídico igualitário entre uniões estáveis homossexuais e heterossexuais são o preconceito e a intolerância, ambos prontamente rechaçados já no preâmbulo da nossa Constituição. Fux defende que o único argumento moral que pode ser considerado é de que todos os indivíduos

devem ser tratados com igual respeito e consideração. O ministro mobiliza o argumento de Dworkin⁴⁰ em que este defende, como princípios para a consideração igualitária, que o governo deve, se possível, adotar leis e políticas que garantam o destino de seus cidadãos independente de quem sejam e, indo mais além, que o governo se empenhe para que este destino seja sensível às escolhas feitas por cada um de seus cidadãos.

Nesse sentido, o silêncio normativo diante das uniões homoafetivas coloca em desvantagem os homossexuais, uma vez entendido como papel do Estado promover a igualdade de oportunidades. O ministro vincula essa questão principalmente ao princípio da dignidade humana, à garantia da autonomia privada dos indivíduos (art. 1º, III) e aos direitos de personalidade – como o direito à sua própria identidade e à identificação. Permitir aos homossexuais construir sua própria família e viver publicamente seus laços afetivos mais próximos é garantir a dignidade da pessoa humana. Porém, para Fux a questão não se esgota na garantia do igual respeito e consideração. Por isso, ele mobiliza a teoria do reconhecimento a partir da leitura de Nancy Fraser⁴¹ e sua visão da política do reconhecimento, nas palavras da autora: “(...) o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito (...)” (p.17).

O ministro cita diretamente a autora para descrever a injustiça que atinge os homossexuais;

“(...) Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de

⁴⁰ Dworkin, R. *Freedom's Law: the moral Reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

⁴¹ Fraser, N. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça*. In: Sarmiento, D.; Ikawa, D.; Piovesan, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios, exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação, direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. (...)” (p.17-18)

Nesse sentido, o argumento da igualdade é insuficiente porque pode levar a conclusão de que a ausência de normas impeditivas seria suficiente para garantir a igualdade material e o igual respeito. Mas nenhum dos dois se viabiliza sem a possibilidade de se constituir uma família que seja afinada com um aspecto tão fundamental da personalidade do indivíduo como a sua orientação sexual. Por isso, o silêncio normativo sobre o assunto não é neutro, e sim carregado de reprovação.

Fux defende a política de reconhecimento como “imperiosa” no caso em questão, por esta “admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra”. Faz-se necessário acolher as diferentes orientações sexuais, assim como as aspirações legítimas de que suas relações familiares recebam o mesmo tratamento jurídico conferido às uniões estáveis heterossexuais. O ministro ressalta que as uniões homoafetivas não lesam ninguém, o que torna injustificável qualquer restrição de acesso à mesma proteção jurídica.

Por fim, o ministro vincula a política do reconhecimento à questão da segurança jurídica. A falta de regulação das uniões homoafetivas gera insegurança aos parceiros homossexuais, porque não há garantias de direitos sucessórios, acesso à proteção de planos de assistência de saúde etc.. O reconhecimento das uniões homoafetivas as retira do limbo, gerando, portanto, certeza e previsibilidade, uma vez que os casais homoafetivos poderão planejar e realizar projetos de vida comum de acordo com as normas jurídicas vigentes dentro de um estado de direito comprometido com a proteção dos direitos fundamentais.

Os outros ministros do Supremo também acompanharam o entendimento do ministro relator e votaram pela procedência das ações.

3.1.6.

Reconhecimento e o princípio da dignidade humana na Adin 4277

A argumentação das petições iniciais das duas ações, ADPF 132 e Adin 4277, pelo reconhecimento legal das uniões homoafetivas, está fortemente alicerçada na teoria do reconhecimento, mobilizando a obra de seus principais teóricos, Taylor, Honneth e Fraser.

Ambas as ações acusam o Estado de violar os princípios da igualdade, da dignidade humana, da segurança jurídica e o direito à liberdade. Porém, é especificamente a violação do princípio da dignidade humana que está ancorada no conceito de reconhecimento.

Na ADPF 132, são atribuídos dois sentidos à dignidade, o de que o indivíduo não pode ser tratado como meio, e o de que todos os projetos de vida razoáveis, individuais e coletivos, são dignos de igual respeito e consideração. O não reconhecimento das uniões homoafetivas viola o princípio da dignidade humana nesses dois sentidos. A leitura que a petição inicial da ADPF 132 traz das consequências desse não reconhecimento remete tanto à concepção de Fraser, relacionada à paridade de participação social, quanto à chave da identidade, como na concepção de Taylor e Honneth.

A concepção de reconhecimento de Fraser se baseia num modelo de status, que possibilita analisar os padrões de valor cultural institucionalizados na sociedade que garantem (ou não) a paridade de participação social. Quando esses valores, ao invés de promover a igualdade, constituem alguns indivíduos como inferiores e excluídos, pode-se dizer que há subordinação social.

A ADPF 132, ao afirmar que a exclusão das uniões homoafetivas significa que as relações afetivas são instrumentalizadas em prol de um determinado projeto de sociedade – que pode ser o da maioria, mas não é juridicamente obrigatório –, está informada pelo modelo de status de Fraser. O não reconhecimento das uniões homoafetivas submete os homossexuais a valores culturais que os colocam numa posição inferiorizada perante os heterossexuais. O indivíduo é visto como meio para a realização de um modelo de sociedade que é heteronormativo, só podendo ser reconhecido na medida em que cumpre o papel

social designado, o de membro de uma família heterossexual. Esse padrão heteronormativo impede os homossexuais de participarem da vida social em condições de igualdade.

Já quando a petição trata da violação da dignidade humana no sentido de igual respeito e consideração aos projetos de vida de cada um, o que está em jogo é a identidade dos sujeitos e sua capacidade de auto-realização. O conceito de reconhecimento utilizado se refere a conceder igual respeito às identidades individuais. O sentido atribuído à dignidade humana aqui se alinha com a concepção de reconhecimento de Taylor e de Honneth, em que o não reconhecimento significa a depreciação de uma identidade cultural, o que gera danos no sentido de *self* dos que partilham dessa identidade.

Nessa concepção, a identidade é construída intersubjetivamente. É no diálogo e no olhar do outro que adquirimos a linguagem necessária para o desenvolvimento de nossa identidade. A discriminação das uniões homoafetivas significa que determinados estilos de vida não merecem ser tratados com a mesma dignidade e consideração que os demais. A ausência de reconhecimento gera sofrimento pessoal e, no limite, leva os sujeitos a negarem sua própria identidade. Dessa maneira, a petição defende que a distinção entre uniões heterossexuais e homossexuais contribui para a estigmatização dos indivíduos homossexuais, se convertendo em política de discriminação do Estado.

A Adin 4277 faz uma leitura semelhante, mas de maior complexidade, da violação do princípio da dignidade humana. De início, a PGR distingue as consequências do não reconhecimento das uniões homoafetivas em dois planos que se interpenetram, o que remete à imbricação entre redistribuição e reconhecimento nos moldes de Fraser. O primeiro está associado às questões materiais, como direitos previdenciários, sucessórios, tributários etc.. O segundo, diz respeito à estigmatização e desvalorização do modo de vida, o que colocaria os homossexuais como cidadãos de segunda classe. Assim, a PGR coloca o direito ao reconhecimento como dimensão constitutiva do princípio da dignidade humana.

A preocupação que a PGR demonstra com os efeitos do não reconhecimento legal das uniões homoafetivas sobre as condições materiais de vida dos homossexuais se alinha à perspectiva de Fraser, em que demandas por redistribuição e por reconhecimento se entrelaçam nas lutas por reconhecimento. Por isso, a negação aos homossexuais de direitos que são garantidos aos heterossexuais em relações afetivas estáveis atenta contra a dignidade dos homossexuais por submetê-los injustificadamente a riscos que comprometem sua subsistência.

Porém, apesar da argumentação inicial da Procuradoria Geral estar estruturada de maneira semelhante ao argumento central de Fraser sobre as lutas por reconhecimento, o modelo de status de Fraser aparece somente em segundo plano. O modelo de Honneth, centrado na identidade, é a base fundamental do argumento da PGR.

Nesse sentido, ser considerado cidadão de segunda classe, mais do que impedir a participação social em condições de igualdade, fere a constituição da identidade do sujeito homossexual. O argumento da identidade é articulado a partir da premissa da construção intersubjetiva da identidade, base da concepção de reconhecimento de Taylor e Honneth. O reconhecimento é apresentado como condição necessária para o desenvolvimento da personalidade e da autoestima. A identidade sexual é um componente essencial da personalidade do sujeito. Ao negar o status jurídico de união estável aos relacionamentos homossexuais duradouros, o Estado atenta contra a identidade dos homossexuais.

Com o intuito de fortalecer a conexão estabelecida entre reconhecimento e identidade, a PGR traz uma passagem do livro de Honneth, “A Luta por Reconhecimento”, em que o autor aborda o sofrimento psíquico e social que o não reconhecimento causa ao indivíduo, comprometendo sua própria identidade.

Ao final da argumentação acerca da violação do princípio da identidade, a PGR retorna à perspectiva de Fraser, questionando, de forma similar à apresentada na ADPF 132, os padrões institucionalizados de valor cultural que inferiorizam os sujeitos homossexuais na ordem social vigente.

O voto do ministro Ayres Britto pode ser compreendido se lido a partir do principal objetivo do direito responsivo, o de levar em consideração as necessidades e aspirações sociais, assim como os efeitos da decisão judicial, em busca da justiça substantiva. Apesar do voto do ministro relator Ayres Britto não recorrer à teoria do reconhecimento de forma explícita, já que em sua argumentação o ministro recorre mais à filosofia do que à sociologia, ainda assim é possível encontrar em sua decisão elementos que remetem à problemática do reconhecimento na acepção de seus principais autores.

De início, ao tratar da conversão da ADPF em Adin, no quesito em que esta questiona a incompatibilidade entre preceitos constitucionais e decisões judiciais acerca do tema em questão, Ayres Britto afirma que esse dissenso judicial “reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade” (p.627). Nessa frase, o ministro põe a questão do tratamento dado aos homossexuais nos termos do que, no modelo de status de Fraser, se refere aos padrões de valor cultural institucionalizados.

É nessa mesma direção que o ministro interpreta o surgimento do termo homoafetividade, em que a ênfase do relacionamento está no vínculo afetivo e solidário entre parceiros do mesmo sexo. O ministro cita a jurista Maria Berenice Dias, que cunhou o termo, quando esta defende a necessidade dele, porque homossexualidade, que substituiu homossexualismo, termo associado à doença, “não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais”. Nesse sentido, pode-se compreender a incorporação do termo aos dicionários, assim como a sua utilização na ação, como um desafio a esse padrão social da heterossexualidade, que inferioriza os homossexuais.

Baseado no seu próprio conceito de constitucionalismo fraternal, o ministro defende uma postura ativa da jurisdição constitucional ao postular a necessidade de se viabilizar a adoção de políticas públicas afirmativas que promovam a igualdade civil-moral dos estratos sociais subalternizados. A meu ver, a igualdade de que o ministro trata aqui se coaduna com a ideia de uma atualização do princípio da igualdade com a incorporação das diferenças, ou seja, não mais uma igualdade cujo preço seja a subordinação aos padrões culturais

dominantes. É nesse sentido que o ministro vê como fim último desse tipo de política pública “a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural” (p.632). Mais ainda, dentro da perspectiva do direito responsivo, Ayres Britto concebe esse pluralismo como elemento essencial da democracia substantiva.

O preconceito é visto como algo apartado da realidade, mas que é amplamente compartilhado. Numa definição afinada com o modelo de status de Fraser, Ayres Britto define o preconceito como uma “espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada” (p.633).

O tema da identidade aparece no voto do ministro, primeiramente, quando ele defende – na perspectiva de Kelsen, em que tudo que não está juridicamente vedado, está juridicamente permitido – que o silêncio normativo da Constituição sobre o uso empírico do aparelho sexual é um ato de respeito à subjetividade das pessoas. A sexualidade, incluindo a sua orientação, é do âmbito dos instintos, da natureza das pessoas, portanto parte indivisível do ser.

Ayres Britto persiste nessa direção ao situar a liberdade sexual como direito de personalidade. O argumento do ministro, nesse sentido, se fundamenta principalmente na filosofia, recorrendo a Nietzsche, “torna-te quem és” (p.636), e a Hegel, “a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar em direção a si mesmo” (p.637). A citação que o ministro traz de Jung é definitiva na sua associação entre orientação sexual e identidade: “a homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação” (p.637).

Sem utilizar o conceito de auto-realização, a alocação da sexualidade como emanção do princípio da dignidade humana e, portanto, “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”, que gera autoestima, torna possível a associação do argumento do ministro com o conceito de Honneth. De forma análoga a Honneth, que propõe a aquisição da autoestima como necessária para a auto-

realização do indivíduo, Ayres Britto enxerga a autoestima como condição para “aplainer o mais abrangente caminho da felicidade” (p.638).

A concepção de família apresentada na argumentação do ministro também guarda afinidades com a primeira dimensão do reconhecimento na visão de Honneth, a da dedicação emotiva. O ministro define família como:

“mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável, e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade”. (p.645) (grifo do autor)

A ênfase do ministro está na família como *locus* de construção da subjetividade e os laços afetivos são fundamentais para a relação do indivíduo com a sociedade, que pode ser entendida como o “outro generalizado”, conceito de Mead apropriado por Honneth.

Toda a argumentação do ministro se funda nesse conceito de família, o que permite a Ayres Britto postular que a proteção jurídico-constitucional expressa no caput do artigo 226 – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – não impõe limite nem em relação a formalidade nem quanto à orientação sexual dos casais que integram a entidade familiar. Segundo o ministro, o próprio texto constitucional é responsivo em sua concepção de família:

“a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou a realidade do mundo do ser” (p.648) (grifo do autor)

Por fim, importa ressaltar que apesar da farta utilização de argumentos extrajurídicos, com o intuito de ampliar ao máximo o alcance da norma impugnada – no caso, o artigo 1273 do Código Civil –, o ministro Ayres Britto termina seu voto expondo sua fundamentação jurídica para decidir pela interpretação conforme à Constituição do artigo 1273 do Código Civil.

Assim como o relator, o ministro Luiz Fux opta por uma decisão nos moldes do direito responsivo. Sua argumentação está fortemente ancorada na sociologia e na filosofia política, trazendo para dentro da esfera jurídica a realidade social e incitando o Estado a tomar uma postura ativa no combate ao preconceito. Já no início da análise do mérito, o ministro enquadra a decisão a ser tomada na Corte como uma resposta do direito à sociedade:

“Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente nesse caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito”. (p.10)

Ainda sob a perspectiva do direito responsivo e em consonância com as palavras de Nonet e Selznick:

“O direito responsivo não faz milagres no campo da justiça. Suas conquistas dependem da vontade e dos recursos da comunidade política. Sua grande contribuição é promover um sentido de bem público e inserir no processo de governar um espírito de autocorreção” (2010: 170).

Fux afirma:

“Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate extensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas”. (p.10-11)

As premissas que ele expõe como ponto de partida de seu argumento – a homossexualidade como fato da vida; como característica da personalidade do indivíduo; sem relação com ideologia ou religião; as relações de afeto duradouras entre pessoas do mesmo sexo já acontecem; a inexistência de vedação jurídica às uniões homoafetivas – têm como objetivo ancorar sua decisão na realidade social e demonstrar que há espaço para o acolhimento dos direitos dos homossexuais no ordenamento jurídico.

O ministro alicerça seu argumento pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas sobre dois conceitos: família e reconhecimento. A concepção

de Fux para ambos os conceitos tem a teoria do reconhecimento de Fraser em sua base.

Fux faz uma leitura instrumental do conceito de família, em que esta serve como meio para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, especialmente, o princípio da dignidade humana, independentemente da forma – quantitativa ou qualitativa – que essa tenha. Ontologicamente, o que constitui uma família são o amor, a comunhão e a identidade. Assim como Ayres Britto, Fux enfatiza as relações afetivas e o papel da família na constituição da identidade do indivíduo e de suas relações com a sociedade.

Ao apontar o preconceito e a intolerância como os fatores de distinção entre uniões heterossexuais e homossexuais, Fux faz uma denúncia dos padrões de valor cultural da nossa sociedade que impedem os homossexuais de participar plenamente da vida social. Não à toa, o ministro faz uma crítica contundente do silêncio normativo acerca do tema, pois ele não só põe os homossexuais em situação de desvantagem em relação aos heterossexuais, como, mais ainda, representa um juízo moral por parte do Estado que, ao fim e ao cabo, significa a reprovação da homossexualidade. Portanto, o ministro defende que:

“Permitir indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição” (p. 17)

Porém, nesse caso, igual respeito e consideração não esgotam a questão. Por isso, Fux defende a necessidade de uma política de reconhecimento nos moldes propostos por Nancy Fraser, autora amplamente citada pelo magistrado.

Com base no argumento de Fraser, o ministro defende que o Estado tome uma posição ativa no combate ao preconceito. Nesse sentido, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas contribui para combater padrões institucionalizados de valor que consideram a heterossexualidade natural e normativa, enquanto a homossexualidade é desviante e perversa.

O alinhamento do ministro com o conceito de reconhecimento de Fraser permite que Fux entenda reconhecimento também como garantia de segurança jurídica. O que está em jogo são as condições materiais de vida dos homossexuais. Nesse sentido, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas atende questões distributivas.

Pode-se dizer, então, que o uso que Fux faz do conceito de reconhecimento demonstra que um dos sentidos da apropriação deste conceito pela esfera jurídica tem como consequência uma atualização do princípio da igualdade, como a colocação do ministro evidencia:

“A aplicação da política do reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer à luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de dano às partes envolvidas ou a terceiros”. (p.19)

3.2. Recurso Extraordinário 845.779

3.2.1. O Processo Judicial

André dos Santos Filho, conhecido com Amma, narrou que ao entrar em banheiro feminino de *shopping center*, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do *shopping* que o obrigou a se retirar do recinto e utilizar o banheiro masculino, sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local.

A requerente, então, procurou o banheiro em uma das lojas do *shopping* e descobriu que as lojas não possuíam banheiro privado. Sem poder utilizar o banheiro e estando em situação de *stress* emocional, defecou em suas roupas na presença de outros clientes do estabelecimento, numa clara situação vexatória, e ainda teve que usar o transporte coletivo para retornar à sua residência nessas condições.

A sentença de primeiro grau condenou a ré, Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., a pagar uma indenização de quinze mil reais por dano moral. A ré apelou e a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) reverteu a decisão, declarando que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”, não tendo havido dano moral e sim “mero dissabor”⁴².

A defesa da requerente opôs embargos declaratórios que foram rejeitados pelo TJSC. A requerente, então, recorreu ao STF, pela interposição de recurso extraordinário, alegando violação dos artigos 1º, III, 5º, V, X, XXXII, LIV, LV e 93 da Constituição Federal.

O relator do recurso foi o ministro Luís Roberto Barroso, que se manifestou pela repercussão geral do recurso extraordinário, alegando que o caso difere de outros casos que pediam indenização por danos morais⁴³, porque a projeção social da identidade sexual do indivíduo envolve diretamente a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, garantidos nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988. E, mais ainda, “as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípua das cortes constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias”.

Além disso, o ministro aponta que esse não é um caso isolado, tendo ocorrido algo semelhante em outros estados da Federação. Por fim, o STF reconheceu o caráter de repercussão geral da ação que trata do conteúdo jurídico da autodeterminação sexual, questão diretamente ligada aos direitos de transexuais, uma vez que se refere a mudança da identidade de gênero em registro civil. A Suprema Corte, por maioria, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada.

⁴² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=845779&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁴³ Nessa ação, o ministro contrariou jurisprudência do STF que nega reconhecimento de repercussão geral em casos que envolvam indenização por dano moral.

As seguintes entidades participaram como *amicus curiae* da ação: ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais, CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e o LIDIS – Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direito.

3.2.2.

Parecer da Procuradoria Geral da República

O procurador geral da República Rodrigo Janot nasceu em 1956, em Minas Gerais, tendo se formado em direito na Universidade Federal de Minas Gerais, instituição onde também concluiu o mestrado. Fez uma especialização na Scuola Superiori di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna, na Itália. Em 1984, ingressou no Ministério Público Federal. Em 2013, foi nomeado procurador geral da República pela então presidente da República Dilma Rousseff, cargo que exerceu até 2017.

O parecer da Procuradoria Geral da República⁴⁴ (PGR), após um resumo do caso em questão e a reafirmação dos direitos fundamentais como o núcleo ético-jurídico da nossa atual Carta Maior, traça um quadro da situação atual de proteção normativa dos direitos da minoria em que o recorrente da ação se insere.

A PGR elenca alguns dos avanços alcançados nos últimos anos, com vários estados brasileiros já tendo legislação que garante direito à igualdade e a vedação à qualquer discriminação por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Nossa Constituição Federal não aborda textualmente o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero, mas o Brasil aderiu à Declaração dos Direitos Humanos e ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que tratam da questão expressamente.

Os exemplos citados pela PGR como avanços na garantia de direitos da comunidade LGBTT são: o reconhecimento das uniões homoafetivas, garantido pelo STF, diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que permitiram

⁴⁴ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>

a alteração de nome em registro civil, adoção por casais homoafetivos, o acesso às forças armadas, o reconhecimento da repercussão geral do RE 670422, que trata do conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, resolução do Conselho Nacional do Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais que estabelece parâmetros para a garantia de acesso de travestis e transexuais em diferentes espaços sociais.

Porém, a violação de direitos e a discriminação ainda persistem, podendo mesmo ser consideradas como o padrão na experiência cotidiana desse grupo de pessoas, como no caso aqui abordado. A PGR defende que isso não pode mais ser ignorado pelo Poder Judiciário no Brasil.

Para compreender os efeitos da discriminação para esse grupo, a PGR recorre ao filósofo e cientista social Axel Honneth, para quem o desrespeito à identidade individual dos sujeitos – experiência cotidiana para gays, lésbicas, travestis e transexuais – leva não só à limitação violenta da autonomia pessoal, mas ao sentimento de exclusão do convívio social, jurídico e moral. Essa experiência de desrespeito leva à mobilização não apenas por reparação, mas por reconhecimento de direitos, nas palavras de Honneth citadas pelo procurador geral da República, Rodrigo Janot:

“Pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa; mas que essa práxis reaberta seja capaz de assumir a forma de uma resistência política resulta das possibilidades do discernimento moral que de maneira inquebrantável estão embutidas naqueles sentimentos negativos, na qualidade de conteúdo cognitivo”.⁴⁵

O caso em questão trata do uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero do indivíduo, situação que dentro da lógica binária utilizada, pode se tornar uma questão sensível para a população trans. Ser impedido de usar o banheiro que se adequa a sua identidade de gênero é constranger essas pessoas. É só imaginar uma “transmulher” obrigada a entrar num banheiro masculino e o mesmo para o “transhomem” num banheiro feminino.

⁴⁵ Honneth, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

A PGR defende que, à falta de políticas públicas do Estado para proteger e garantir a dignidade dos transgêneros, cabe ao Poder Judiciário garantir que as práticas discriminatórias causadoras de danos morais e violações físicas e psíquicas a essa minoria não fiquem impunes. Não reconhecer o direito da recorrente à reparação judicial nesse caso é negar qualquer proteção do Estado, vulnerabilizando toda essa população, o que é incompatível com os princípios que regem a Carta de 1988.

A atuação do Poder Judiciário nesse caso equivaleria a uma política pública afirmativa, uma vez que estas são concebidas para combater a discriminação e concretizar o ideal de igual acesso a bens fundamentais. A questão em juízo deve ser enquadrada como proteção das minorias – função constitucional do STF -, garantia do princípio da igualdade e do princípio da dignidade humana.

A PGR fundamenta a necessidade de reconhecimento da ação pelo STF no “direito à identidade, direito ao reconhecimento, direito à igualdade e à não discriminação, direito à segurança e direito a recursos jurídicos e medidas corretivas”.

Toda a argumentação da PGR em relação a esses direitos está fundamentada nos Princípios de Yogyakarta, legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero⁴⁶. No que diz respeito aos direitos de identidade, é importante ressaltar que orientação sexual e identidade de gênero são elementos fundamentais na construção da identidade do sujeito e não devem ser alvo de discriminação. Orientação sexual se refere à atração emocional, afetiva e sexual que o indivíduo pode ter por outra pessoa, seja de gênero diferente do seu, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, e a capacidade de ter relações íntimas e sexuais com estes. O caso aqui em questão

⁴⁶ “Os Princípios de Yogyakarta são normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. Suas normas jurídicas internacionais são vetores interpretativos, devendo ser observadas por todos os Estados. O documento foi elaborado a pedido de Louise Arbour, ex-alta comissária da ONU para Direitos Humanos em novembro de 2006, na cidade indonésia de Yogyakarta, por um grupo de 29 especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos de vários países. Foi apresentado, em 26 de março de 2007, no Conselho de Direitos Humanos da ONU e posteriormente ratificado pela Comissão Internacional de Juristas”. (p.20-21)

diz respeito à questão da identidade de gênero, definida assim pelos Princípios de Yogyakarta:

“na experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos” (p.21)

O procurador geral Rodrigo Janot cita uma entrevista com a transmulher americana Caitlyn Jenner em que esta afirma que “a sexualidade é quem você é por fora, mas identidade de gênero tem a ver com sua alma” (p.22) para demonstrar como a proibição da utilização de banheiro de acordo com sua identidade de gênero é uma ofensa à dignidade da pessoa trans. Para que uma pessoa trans possa ter uma vida digna, ela precisa que sua identidade de gênero seja reconhecida socialmente, pois isso significa que ela pode ver refletida externamente sua verdade interna. Por isso, a interdição do uso do banheiro é uma violação de seu direito a uma vida digna.

Os Princípios de Yogyakarta abordam a questão do policiamento da sexualidade como uma força poderosa que subjaz à persistente violência e desigualdade de gênero. De acordo com a PGR, o Estado, se não impõe ativamente, ao menos respalda normas de gênero e de orientação sexual, seja por costumes, legislação ou até força, que exercem um controle sobre o modo como as pessoas se identificam e vivenciam suas relações. O caso em questão é um caso claro de policiamento da sexualidade, não permitir o uso do banheiro feminino por alguém que se identifica como mulher é uma violência. Não reconhecer isto é perpetuar essa violência, o que não condiz com um Estado e um Judiciário que visam garantir os direitos fundamentais de todos, especialmente das minorias em situação de vulnerabilidade.

O direito ao reconhecimento diz respeito ao “direito à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos a ela inerentes”. Os Princípios de Yogyakarta defendem que o Estado tem o dever de tomar todas as medidas cabíveis que sejam necessárias para reconhecer plenamente e legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa, uma vez que esta é parte

essencial da personalidade e, portanto, de sua dignidade, liberdade e autodeterminação. Eles definem ainda que nenhuma pessoa pode ser obrigada a se submeter a qualquer tipo de procedimento médico para ter sua identidade de gênero reconhecida.

Se, nesse sentido, não se faz necessário que o sujeito tenha concluído o processo transexualizador, tenha alterado o registro civil ou mesmo seja inconfundível com alguém do sexo oposto ao seu sexo biológico, a PGR afirma que também é necessário que haja o mínimo de externalização da vontade de se identificar individual e socialmente com o sexo oposto. Mais ainda, a partir de distinção exposta nos Princípios de Yogyakarta, faz-se necessário a vivência do transgênero como identidade e não apenas como funcionalidade – caso de *crossdressers*, *dragqueens* e transformistas, por exemplo.

No caso em análise, a recorrente não só se autodeclara mulher, mas se identifica individual e socialmente como tal, portanto a proibição do acesso ao banheiro feminino é uma violação do direito ao reconhecimento. Para ilustrar o tipo de violência sofrido nesse caso, a PGR se vale mais uma vez da teoria do reconhecimento de Honneth.

“Segundo Axel Honneth, a negativa do reconhecimento gera uma violência ou abuso físico, que consiste no impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física. Uma das formas de violência não física citada por Honneth, (...), é exatamente a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando-lhe autonomia social e possibilidade de interação. A isso o autor denomina ostracismo social. A segunda forma de violência não física é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de viver, exatamente como aconteceu no caso em apreço.

Ao ser impedida de usar o banheiro feminino, a recorrente sofreu as duas formas de violência citada por Honneth. Foram-lhe negadas a autonomia social, a possibilidade de interação e a vivência de sua identidade”. (p.29-30)

Mesmo que indiretamente, à recorrente foi negado o direito de ser quem é. O direito por reconhecimento, ao afirmar-se como um direito, necessitará “de esforços públicos – estatais e não-estatais – que retirem ou, ao menos, minimizem as consequências jurídicas de um estigma social sofrido pelo indivíduo estigmatizado”. A reparação da injustiça, nesse caso, tem caráter social, uma vez

que a luta que busca o reconhecimento da dignidade de uma pessoa discriminada é uma luta pela dignidade de um grupo inteiro.

Para tratar do direito à igualdade e à não discriminação, a PGR faz um inventário da legislação vigente que versa sobre a igualdade entre os sexos, em que o respeito pela identidade de gênero é parte essencial, para demonstrar que a interdição do uso do banheiro por transexual feminino é discriminação de gênero e violação do direito à igualdade.

A produção normativa citada é a seguinte: art. 5º, I, da Constituição Federal; ar. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 1, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Em relação ao direito à não discriminação, são citados: mais uma vez o art. 1, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e arts. 2, 4, 24 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A PGR destaca ainda o art. 1.1 da Convenção Interamericana contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância, que estabelece o sexo, a orientação sexual, a identidade e expressão de gênero como fator de discriminação, foi assinada, mas ainda não ratificada pelo Brasil. Mais uma vez, os Princípios de Yogyakarta têm destaque na argumentação da PGR, uma vez que tratam especificamente da questão de gênero e também apontam medidas a serem tomadas pelos Estados para combater a discriminação.

Ao exigir que o indivíduo utilize o banheiro de acordo com a identidade de gênero com a qual se identifica socialmente, o Estado está garantindo os direitos à igualdade, à não discriminação e à dignidade da pessoa humana.

O direito à segurança afeta diretamente a população trans. Os avanços obtidos até agora na esfera política e judiciária no combate à discriminação não foram suficientes para mudar o quadro de violência a que está sujeita à população LGBT. Em seu parecer, a PGR traz os números relacionados à essa violência e também a produção normativa acerca do tema.

Obrigar uma mulher trans a utilizar o banheiro masculino é, além de uma negação da sua identidade social, expô-la ao risco de violência contra sua integridade física. Infelizmente, não é incomum para essa população que a sua condenação moral venha acompanhada de violência física para subjugar-la à ordem moral dominante. Por fim, a PGR lembra ainda da instabilidade que a presença de um transgênero num banheiro que não esteja de acordo com sua identidade de gênero pode causar nos outros usuários.

A PGR defende, baseada nos Princípios de Yogyakarta, que seja reconhecido o dano decorrente da interdição do banheiro à recorrente, assim como o dever de indenizar por parte do estabelecimento responsável. O Poder Judiciário deve assegurar que a recorrente tenha acesso a medidas corretivas pela violação de seus direitos fundamentais motivados por sua identidade de gênero, e que o recorrido seja responsabilizado civilmente por seus atos.

Por fim, em relação à indenização por dano moral no caso concreto, a PGR pede que seja restabelecido o valor fixado na sentença de primeiro grau.

3.2.3.

Voto do ministro relator Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso nasceu em 1958, no Rio de Janeiro. Formou-se em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Em 1989, fez mestrado na Yale Law School nos Estados Unidos e obteve o título de doutor pela UERJ em 2008. É ministro do STF desde 2013. É professor de direito constitucional na UERJ desde 1982, onde foi um dos criadores do programa da pós-graduação em direito público. Além disso, também é professor visitante da UnB desde 2009. Foi professor visitante na Universidade da Breslávia na Polônia em 2009 e na Universidade de Poitiers na França, em 2010.

Atuou como advogado em julgamentos que tiveram grande visibilidade como o do Cesare Batisti, e os casos sobre pesquisas com célula tronco e o das uniões homoafetivas, analisado nesse trabalho. Participou das comissões legislativas que elaboraram as leis que dispõem sobre as ações diretas de inconstitucionalidade, as ações declaratórias de constitucionalidade e mandado de

segurança. Em 2013, foi nomeado pela presidente Dilma Rousseff para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto⁴⁷, após breve apresentação do caso em exame, o ministro relator Luís Roberto Barroso aponta três premissas filosóficas que, segundo ele, inspiram sua relação com o mundo jurídico e com a vida de modo geral.

- a) “tudo que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito;
- b) o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, é assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade;
- c) a condição humana faz de nós parte de uma grande unidade. Toda a vida desperdiçada, toda violação à dignidade de alguém, é uma perda para toda a humanidade.”

Para Barroso, o projeto civilizatório significa “estender a mão a quem precisa”. O ministro aborda o princípio da igualdade a partir de suas três dimensões: a formal, que protege contra privilégios e discriminação; a material, que diz respeito à redistribuição de poder, riquezas e bem-estar social; e como reconhecimento, que trata do respeito às minorias, suas identidades e diferenças, sejam elas raciais, religiosas, sexuais ou outras.

Para tratar da igualdade como reconhecimento, Barroso recorre a teoria do reconhecimento de Nancy Fraser⁴⁸, em que a ênfase na injustiça a ser combatida é cultural e simbólica. São modelos sociais que excluem o diferente, produzem dominação cultural e marginalizam grupos em razão de sua identidade, origem, religião, orientação sexual, gênero etc.. Assim o ministro interpreta as palavras Fraser:

“O remédio contra a discriminação e o preconceito envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença (“*a difference friendly world*”), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito. Estas são palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas do tema. A luta pelo reconhecimento não pretende dar

⁴⁷ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf>

⁴⁸ Os textos da autora citados por Barroso são:

Fraser, Nancy. *Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice*. *World Culture Report 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism*. Unesco Publishing, 2000.

Fraser, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation*. *The Tanner Lectures on Human Values*, 1996.

a todos o mesmo *status* por meio da eliminação dos fatores de distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença” (p.3).

O ministro cita ainda o sociólogo Boaventura de Sousa Santos: “As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”⁴⁹ (p.3).

A fim de esclarecer qualquer dúvida – segundo o ministro, o desconhecimento é o início da discriminação –, Barroso explica as distinções entre os conceitos de sexo, gênero e orientação sexual. O primeiro diz respeito às características orgânico-biológicas que diferenciam as pessoas entre homens e mulheres; o segundo significa a diferenciação cultural entre os sexos; e, por fim, orientação sexual diz respeito à atração afetiva e sexual de uma pessoa por determinado gênero, podendo ser heterossexual, homossexual, bissexual etc..

Pessoas transgênero são “aquelas que não se identificam plenamente com o gênero culturalmente atribuído ao seu sexo biológico” (p.4), podendo se sentir identificadas com o gênero oposto, com ambos ou nenhum deles. Os transexuais estão nesse grupo e são aqueles que gostariam de adequar seu corpo e sua forma ao gênero com o qual se identificam. Cisgênero é aquela pessoa que se enquadra plenamente no modelo social construído de sexo e gênero. O presente caso trata do direito que os transexuais têm de serem tratados de acordo com o gênero com o qual se identificam, mais especificamente da utilização do banheiro, mas, para Barroso, a questão de fundo é bem mais ampla, abrangendo todo o tratamento social dado aos transexuais, incluindo o uso dos pronomes masculinos e femininos e o nome social.

O ministro afirma que “os transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade” (p.4). Para ilustrar essa questão, além de trazer números alarmantes sobre a violência contra os transexuais no nosso país, como o de que 40% dos homicídios de pessoas trans em todo o mundo, entre 2008 e 2014, aconteceram aqui, o ministro relata, como exemplo da intolerância e incompreensão, o caso de uma criança assassinada pelo próprio pai por apresentar características de transgênero. O preconceito afeta diretamente essa

⁴⁹ Santos, Boaventura de Souza. *As Tensões da Modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

população, interditando o acesso ao mercado de trabalho de tal maneira que, segundo o ministro, estima-se que 90% dos travestis e transexuais se prostituam.

Se o reconhecimento da condição transexual como patologia⁵⁰, num primeiro momento, significou um avanço, abrindo caminho para as cirurgias de redesignação de sexo e alteração no registro civil, atualmente essa patologização gera mais preconceito. Sob a perspectiva do direito ao reconhecimento, há que se compreender que o transexualismo não é uma doença, a ideia de cura é totalmente equivocada. Discriminar um transexual, portanto, equivale a destratar alguém por sua religião ou sua cor de pele.

Na defesa do direito do transexual de ser tratado socialmente de acordo com gênero com o qual se identifica, Barroso apresenta três fundamentos jurídicos: a dignidade como valor intrínseco, a dignidade como autonomia e o princípio democrático e de proteção de minorias.

No plano filosófico, o valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, a concepção da “pessoa como um fim em si mesma, e não um meio para realização de metas coletivas ou projetos de outros” (p.7). Na esfera jurídica, e no que diz respeito ao caso concreto, o valor intrínseco está na base do princípio da igualdade, todos têm igual valor e merecem igual respeito e consideração.

Na perspectiva da igualdade como reconhecimento, a busca é pelo reconhecimento do valor intrínseco dos transexuais, combatendo práticas culturais e sociais que estigmatizam e renegam esse grupo. Negar o tratamento social adequado a um transexual afeta não só a ele, mas a todo o grupo, pela perpetuação do preconceito e de práticas discriminatórias. Isto é, portanto, incompatível com os valores e princípios que alicerçam a nossa Constituição.

A dignidade como autonomia é o que assegura a liberdade de escolha dos sujeitos, de desenvolver sua personalidade e de viver a sua vida da maneira que achar melhor. O ministro ressalta, porém que, em questões de gênero e orientação

⁵⁰ “Na atual versão do Código Internacional de Doenças (CID-10), o transexualismo é catalogado como doença. O mesmo se verifica no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, produzido pela Associação Americana de Psiquiatria, seguido pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina brasileiros”.

sexual, não se pode realmente falar em escolha e sim em “desígnios da vida” (p.9), destino e um fato da natureza. Portanto, o não reconhecimento do direito do transexual de ser tratado socialmente de acordo com o gênero com o qual este se identifica é negar seu direito a uma das dimensões que conferem sentido à vida.

O limite à essa autonomia das pessoas é o respeito que se deve ter às liberdades e direitos fundamentais das outras pessoas. A recusa ao tratamento social em consonância com a identidade de gênero não restringe a liberdade nem direitos fundamentais de outros. O exemplo dado pelo ministro é do uso do pronome de acordo com o gênero escolhido, isso não fere (pelo menos não significativamente) a ninguém, mas a recusa significa rejeitar o transexual no seu modo de vida. Em relação à utilização do banheiro, o constrangimento que possa causar às mulheres que estejam no recinto não se compara ao que o transexual passa ao ser obrigado a usar o banheiro masculino. Em casos como este, em que não há restrição de direitos de terceiros, o Estado deve atuar para combater o preconceito e proteger as escolhas de cada um.

Por fim, o ministro reafirma que a democracia não é só o governo da maioria, também envolvendo garantia dos direitos fundamentais de todos, sobretudo, das minorias. É papel do Poder Judiciário, especialmente do STF, como guardião da Constituição, a garantia dos direitos e da proteção das minorias.

O ministro dá provimento ao recurso e pede o restabelecimento da sentença de primeira instância, inclusive da indenização por danos morais.

3.2.4.

O debate de Honneth e Fraser no RE 845.779

O recurso extraordinário 845.779 pode ser lido à luz do debate entre Axel Honneth e Nancy Fraser em seu livro “*Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*”. Isso porque o parecer da Procuradoria Geral da República, em sua argumentação pelo provimento do recurso e manutenção da sentença de primeira instância, está fundamentado no conceito de reconhecimento como auto-realização de Honneth, e o voto do ministro relator, apesar de concordar com o parecer da PGR, está fundamentado no conceito de reconhecimento como paridade de participação social, de Nancy Fraser.

A PGR constrói sua argumentação sob dois eixos complementares. No primeiro, faz um chamamento ao Poder Judiciário para agir diante da violação de direitos fundamentais a que os transgêneros são submetidos diuturnamente. No segundo, a PGR discorre sobre os efeitos que o não reconhecimento da identidade de gênero têm sobre os direitos fundamentais dos transgêneros, sendo possível fazer uma analogia com as formas de desrespeito nas três dimensões do reconhecimento no modelo de Honneth.

Em seu parecer, a PGR pede ao STF que aja responsivamente. Mediante a ausência do Estado, e de acordo com o princípio jurisdicional, o Poder Judiciário deve atuar em defesa de um segmento minoritário e vulnerável da população. Ao compreender a atuação jurisdicional como ação afirmativa, a PGR pede ao STF que se oriente pelos fins, o que, no caso em questão, significa combater o preconceito e a discriminação, não deixando impunes aqueles que violam os direitos fundamentais dos transgêneros.

Ainda em consonância com o modelo responsivo, a PGR incita o Poder Judiciário, e o direito como um todo, a necessariamente se abrir para acompanhar as mudanças sociais. Sem isso, corre-se o risco de excluir uma parte da população do Estado Democrático de Direito.

O argumento que a PGR usa para exigir uma postura ativa do STF no combate à discriminação pela identidade de gênero se alicerça sobre a violação sistemática dos direitos fundamentais dos transgêneros. A PGR apresenta os direitos fundamentais violados principalmente a partir dos efeitos perversos sobre a identidade dos sujeitos transgêneros, numa evidente conformação ao modelo de Honneth.

Assim, impedir o transexual de usar o banheiro designado para o gênero com o qual se identifica é uma violação do seu direito de identidade, parte intrínseca do princípio da dignidade humana, no que tange à expressão de seus atributos e características. Essa violação está relacionada à segunda dimensão do reconhecimento em Honneth, em que a privação de direitos impede que o sujeito se reconheça como igual perante os outros membros da sociedade. Não à toa, a PGR afirma que impedir a recorrente de fazer uso do banheiro feminino

“enfraquece seu senso de autoestima e de pertencimento à comunidade, podendo levá-la a reprimir sua identidade, e a ter a vida marcada pelo medo e pela invisibilidade” (p.24).

O direito ao reconhecimento é o direito à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos inerentes a ela. Por isso, a PGR faz uma diferenciação entre os que vivem o gênero como funcionalidade e os que o vivem como identidade, somente aos últimos é necessário reconhecer o direito do uso do banheiro de acordo com a identidade de gênero. Isso porque, segundo a PGR, é a busca pela identidade que gera a demanda por reconhecimento.

Aqui a referência à dimensão jurídica do reconhecimento é explícita. É no próprio Honneth que a PGR vai buscar as formas de desrespeito que a violação desse direito acarreta, como perda de autonomia social, da possibilidade de interação e da vivência de sua identidade.

A violação do direito à segurança diz respeito à violência e ao abuso físico a que os transgêneros são frequentemente submetidos. Nesse sentido, no caso concreto, obrigar a recorrente a utilizar um banheiro masculino é pôr em risco sua integridade física e moral. Honneth situa esse tipo de violência na esfera do reconhecimento da dedicação emotiva, em que a violação do corpo físico gera humilhação e destrói sua capacidade de confiar em si mesmo e no mundo à sua volta.

O fato de que o ministro Barroso reconheceu a presença da repercussão geral na questão tratada nesse recurso extraordinário já demonstra uma clara opção por uma atuação dentro dos moldes do direito responsivo. Alegando a violação do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade, o ministro generalizou os fins. Nesse sentido, a ação deixou de tratar apenas da utilização do banheiro feminino pela recorrente para tratar do direito ao tratamento social de acordo com a identidade de gênero em todas as situações, inclusive o uso do banheiro.

O enquadramento filosófico em que o ministro Barroso situa sua concepção de direito (e da vida) está afinado com a perspectiva do direito

responsivo, pois, ao afirmar que tudo o que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no direito, o ministro demonstra que sua prática no direito está orientada por uma preocupação com os efeitos de suas decisões. Se o papel do Estado (e da sociedade) democrático é garantir a máxima igualdade dentro de um regime de liberdade, esse é um fim que o direito têm o dever de perseguir.

Nonet e Selznick (2010) afirmam a civilidade como um ideal do direito responsivo e uma das maneiras com a qual o direito contribui para a civilidade é superando o paroquialismo da comunidade moral. Esse é um dos objetivos centrais do voto de Barroso. Há um empenho do ministro em fazer ver que o impedimento do uso do banheiro de acordo com a identidade de gênero dos sujeitos significa, ao fim e ao cabo, a exclusão dos transgêneros da vida social. Superar o paroquialismo, no caso concreto, significa confrontar os padrões culturais enraizados que colocam os transexuais em situação de inferioridade social.

A igualdade de que Barroso fala em suas premissas do direito, e que ele defende no caso em questão, é a igualdade como reconhecimento. Sua visão de reconhecimento se baseia no modelo de Nancy Fraser, em que as injustiças simbólicas decorrem de um modelo social excludente, em que aqueles que não se adequam aos padrões de valor cultural institucionalizados são discriminados, desprezados e marginalizados.

O remédio que Barroso propõe é diretamente influenciado pela teoria de Fraser, em que combater a discriminação passa por uma transformação cultural que inclui a não submissão e adequação aos padrões culturais majoritários e o respeito às diferenças.

O quadro que o ministro apresenta da situação dos transgêneros no país remete às consequências nefastas que a atual ordem simbólica do Brasil impõe à essa população, com um nível de violência física inaceitável, incluindo a morte nas mãos de familiares, a ausência de qualquer chance no mercado de trabalho, o que na maioria das vezes coloca essas pessoas no caminho da ilegalidade, e a patologização da condição que só reforça o preconceito.

A argumentação jurídica do ministro se funda em três princípios: dignidade como igualdade, dignidade como autonomia, e proteção de minorias. No que diz respeito à dignidade como igualdade, fortemente influenciado por Fraser, Barroso defende que se trata de “combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem ou negam, às pessoas que o integram, seu valor intrínseco como ser humano” (p.7). A interpretação da Constituição deve ser feita com o intuito de neutralizar ao máximo essa situação, o que significa assegurar ao transexual o tratamento social adequado, ou seja, de acordo com sua identidade de gênero.

A dignidade como autonomia se refere ao direito de ser quem se é, direito de viver de acordo com sua própria concepção de vida boa, seus interesses e seus desejos. O não reconhecimento da identidade de gênero dos indivíduos significa privação de uma dimensão existencial do sujeito.

Na ponderação de valores, no caso da utilização do banheiro feminino, o ministro afirma que o constrangimento da recorrente num banheiro masculino é muito maior do que o das mulheres cisgêneros na presença de uma transexual feminina.

Por fim, o ministro invoca a função constitucional do STF de dar proteção às minorias, que é uma dimensão substantiva da democracia, portanto, uma finalidade que deve orientar a ação judicial sempre que os direitos das minorias estiverem em jogo.

Seguindo a proposta de Pinto (2008) de que há complementaridade entre os modelos de Honneth e de Fraser, pode-se afirmar que as perspectivas da PGR e do ministro relator se complementam. A PGR centrou seu parecer na defesa do direito dos transgêneros de constituírem sua identidade e sua autoestima, livres de constrangimentos sociais e situações que causam humilhação e sofrimento pessoal. Já o ministro ressaltou a necessidade de reconhecer os transgêneros como iguais e, para isso, combater padrões culturais institucionalizados que inferiorizam uns diante de outros. Tanto a autoestima quanto a igualdade de tratamento são condições essenciais para uma vida digna e uma sociedade saudável.

3.3. ADPF 186

3.3.1. Breve histórico da luta do movimento negro no Brasil

Pode-se dizer que o movimento negro se iniciou logo após a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República, uma vez que a libertação e a mudança no regime político não significaram ganhos materiais e/ou simbólicos para a população negra do país. No início do século XX, surgiram várias organizações – grêmios, clubes e associações – mobilizadas em torno da identidade negra, de cunho assistencialista, recreativo e cultural. Simultaneamente, aparece a imprensa negra com vários periódicos em diversas cidades, produzidos por negros com o objetivo de tratar de suas questões. Apesar de denunciar o racismo e a segregação racial, o movimento negro nessa época ainda não possuía um caráter político, com uma ideologia e um programa definidos (DOMINGUES, 2007).

Foi a partir da década de 30, com a formação da Frente Negra Brasileira (FNB) em São Paulo, que o movimento ganha contornos políticos mais definidos. A FNB teve filiais em diversos estados do país, conseguindo arregimentar milhares de associados, conferindo ao movimento negro o caráter de movimento de massa. A FNB atingiu um alto grau de organização, oferecendo serviços como atendimento médico e odontológico, assistência jurídica, grupos de música e teatro, assim como um jornal próprio. Em 1936, a FNB tornou-se um partido político, com um programa autoritário e ultranacionalista, alinhado com o fascismo europeu. Com a instalação do Estado Novo, no ano seguinte, a FNB foi extinta (DOMINGUES, 2007).

Inviabilizado pelo recrudescimento da repressão política durante o Estado Novo, o movimento negro organizado ressurgiu após o fim do regime. Entre os grupos de maior alcance da época estava a União dos Homens de Cor (UHC), surgida em Porto Alegre, e que teve representações em 10 estados da federação com o objetivo de “elevar o nível econômico, e intelectual das pessoas de cor em todo o território nacional, para torná-las aptas a ingressarem na vida social e administrativa do país, em todos os setores de suas atividades” (DOMINGUES, 2007:108). Outro grupo de destaque foi o Teatro Experimental do Negro (TEN),

no Rio de Janeiro. Sob a liderança de Abdias do Nascimento, o que seria um grupo exclusivamente de atores negros passou a oferecer cursos de alfabetização, de formação profissional, a produzir um jornal, organizou o I Congresso do Negro Brasileiro, fundou o Instituto Nacional do Negro e o Museu do Negro. O TEN defendia os direitos civis e humanos da população negra e propunha uma legislação contra a discriminação racial no país. Domingues descreve o cenário após o golpe militar:

“O golpe militar de 1964 representou uma derrota, ainda que temporária, para a luta política dos negros. Ele desarticulou uma coalizão de forças que palmilhava no enfrentamento do ‘preconceito de cor’ no país. Como consequência, o movimento negro organizado entrou em refluxo. Seus militantes eram estigmatizados e acusados pelos militares de criar um problema que supostamente não existia, o racismo no Brasil”. (DOMINGUES, 2007:111)

Somente no final da década de 70, juntamente com a ascensão dos movimentos estudantil e sindical na luta pela redemocratização, é que o movimento negro pode se reorganizar politicamente, com a fundação, em 1978, do Movimento Negro Unificado contra a Discriminação Racial (MNUCDR), depois rebatizado de Movimento Negro Unificado (MNU), com o objetivo de unificar a luta contra o racismo no país. A primeira manifestação do movimento ocorreu em 1978, nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, para protestar contra a discriminação sofrida por quatro jovens impedidos de entrar no Clube de Regatas Tietê e pela morte de um trabalhador negro torturado até a morte pela polícia. Esse evento contou com a adesão e suporte de diversos intelectuais e associações negras de outros estados, tendo sido considerado um marco na luta antirracista no Brasil.

Em 1982, o MNU apresentou um programa com as seguintes reivindicações:

“desmistificação da democracia racial brasileira; organização política da população negra; transformação do Movimento Negro em movimento de massas; formação de um amplo leque de alianças na luta contra o racismo e a exploração do trabalhador; organização para enfrentar a violência policial; organização nos sindicatos e partidos políticos; luta pela introdução da história da África e do Negro no Brasil nos currículos escolares; bem como a busca pelo apoio internacional contra o racismo no país” (DOMINGUES, 2007:114)

O objetivo central era unificar a luta contra o racismo e fortalecer o poder político do movimento. A estratégia adotada foi a de questionar a ordem social vigente com a denúncia pública do racismo e a revalorização da identidade étnica negra. O dia 13 de maio passou a ser o Dia Nacional da Denúncia contra o Racismo e o dia 20 de novembro, o Dia Nacional da Consciência Negra. O MNU ressignificou o termo negro, antes pejorativo, passando a designar todos os pretos descendentes de africanos escravizados, passando a ser usado com orgulho pelos militantes do movimento.

O movimento se africanizou. Houve uma revalorização da identidade étnica dos negros através do resgate da ancestralidade em todas as áreas – na moda, na estética, na culinária. Houve ainda o incentivo para que a militância adotasse as religiões de base africana e, mais à frente, para que os negros casassem entre si, combatendo assim o discurso da mestiçagem, que significaria um “genocídio do negro no país” (DOMINGUES, 2007: 117).

No contexto da Assembleia Constituinte, o movimento negro teve importante participação. Em 1986, aconteceu a Convenção Nacional do Negro com o tema “Negro e a Constituinte”. Esse encontro contou com a participação de 63 entidades da sociedade civil ligadas ao movimento e nele foram destacadas as principais propostas a serem levadas para a Assembleia Nacional Constituinte (GAY e QUINTANS, 2014). Transcrevo abaixo as propostas incluídas no documento final:

1. No âmbito dos direitos e garantias individuais: proteção do direito à igualdade; transformação do racismo em crime inafiançável e sujeito à pena de reclusão; proibição da pena de morte; respeito à integridade física e moral do detento do sistema prisional; criação de Tribunal Especial para julgamento de crimes de discriminação racial; tortura tratada como crime contra a humanidade;
2. Sobre a atividade policial: unificação das polícias civil e militar; capacitada regularmente ao exercício da função com respeito à integridade física e moral do cidadão, independentemente de sua raça ou cor;
3. Condições de vida e saúde: extensão da licença maternidade para seis meses; estatização, socialização e unificação do sistema de saúde; assistência ao idoso, independentemente de contribuição previdenciária; estatização dos transportes públicos; garantia do direito à moradia;
4. Direitos da mulher: igualdade de direitos entre homem e mulher; proibição de imposição estatal de qualquer programa de controle da natalidade; bem como a descriminalização do aborto;
5. Direitos do menor: responsabilidade estatal pela educação da criança carente; proibição de Casas de Detenção de menores;

6. Educação: ensino obrigatório de História da África e da História do negro no Brasil; educação gratuita em todos os níveis; ocupação da direção e coordenação das escolas públicas mediante eleição com a participação dos professores, alunos e pais de alunos;
7. Cultura: seja decretado feriado nacional no dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; liberdade de culto religioso e manifestação cultural; reconhecimento expresso do caráter multi-racial da cultura brasileira;
8. Trabalho: jornada diária de seis horas; estabilidade no emprego; reconhecimento da profissão de empregada doméstica e diarista de acordo com a CLT; aposentadoria por tempo de serviço com salário integral; licença paternidade; direito de sindicalização para funcionários públicos; criação do 'juizado de pequenas causas' na área trabalhista;
9. Acesso à terra: garantia do direito de propriedade do solo urbano às populações pobres; garantia do título de propriedade da terra às Comunidades Negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural; desapropriação de imóveis improdutivos;
10. Relações Internacionais: rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com Estados que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população. (PIRES, 2013: 109)

Esse documento foi apresentado no âmbito da Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias⁵¹. As propostas desta comissão foram substancialmente mantidas no anteprojeto da Comissão da Ordem Social, etapa seguinte do processo constituinte. A etapa seguinte, a Comissão de Sistematização, se mostrou mais problemática e houve retrocessos em relação à proposta inicial, entre os quais o mais significativo foi a retirada do dispositivo que impedia o Brasil de manter laços diplomáticos e comerciais com países em que a segregação racial estivesse institucionalizada.

A Comissão de sistematização apresentou dois substitutivos ao Projeto de Constituição, conhecidos como Cabral I e Cabral II⁵², em que alguns dispositivos foram suprimidos e outros alterados. A votação do Projeto e das emendas propostas a ele foi um momento de intensa disputa política e partidária, em que, apesar das vitórias conseguidas pelos segmentos conservadores e do chamado 'centro', as inovações em relação à questão racial conseguiram ser acolhidas, principalmente no campo da cultura e do combate ao racismo (GAY e QUINTANS, 2014).

⁵¹ Essa foi uma das 24 subcomissões temáticas criadas pelo Regimento Interno que estabelecia as normas de funcionamento da Assembleia Constituinte, com o intuito de elaborar anteprojetos que dariam origem ao texto constitucional. Esses 24 anteprojetos seriam reagrupados em 8 anteprojetos por 8 comissões temáticas, cada uma agrupando 3 subcomissões. Caberia à Comissão de Sistematização organizar e propor ao plenário da ANC o projeto que seria votado em dois turnos. (GAY e QUINTANS, 2014)

⁵² O Relator da Comissão de Substituição foi o deputado Bernardo Cabral

“Depois de passar pela Comissão de Redação, que tinha como função apenas adequar o texto às determinações de técnica legislativa e produzir as alterações linguísticas pertinentes, o projeto de Constituição ‘D’, tratou a questão racial nos seguintes enunciados normativos: Preâmbulo, art. 1º III, art. 3º I e IV, art. 4º II e VIII, art. 5º *caput* e incisos VI, VII, VIII, XLI, XLII, XLIX, §§ 1º e 2º, art. 7º XXX, art. 206 I, art. 215 *caput* e §§ 1º e 2º, art. 216 *caput* e § 5º, art. 227 *caput*, art. 242 1º e art. 68 do ADCT.

Em 5 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição que de acordo com os dispositivos acima citados enfrenta o racismo a partir de três frentes: a primeira, que protege as relações raciais a partir das ideias de dignidade humana, liberdade, igualdade e propriedade; a segunda, no âmbito dos direitos sociais ao trabalho e à educação; por fim, a partir do direito fundamental à cultura” (PIRES, 2013: 129)

Pires (2013: 132) subdivide em três categorias as medidas propostas na ANC: afirmativas, aquelas que buscam agir concretamente na sociedade visando assegurar a igualdade de oportunidades e o pleno exercício dos direitos fundamentais de grupos sociais historicamente oprimidos; transformativas, que visam alterar os padrões culturais, morais e sociais que legitimam as relações de dominação; e repressivas, que criminalizam o preconceito, instituindo sanções, inclusive à liberdade, para quem pratica a discriminação. Segundo a autora, as normas que foram aprovadas na Constituição Federal foram, principalmente, de caráter transformativo – redefinindo o papel do negro na formação do país, principalmente nas normas sobre educação e cultura – e repressivo – com a transformação do racismo em crime inafiançável. Sobre a retirada dos dispositivos que tratavam de políticas afirmativas, a autora diz:

“Critica-se e lamenta-se a retirada do texto final de dispositivos fundamentais para auxiliar a construção de uma sociedade efetivamente livre e igual, mas, por outro lado, deve-se apontar para o potencial de transformação que pode derivar do processo constituinte. Por seu intermédio nova pauta de luta foi institucionalizada e o que ficou de fora passou a ser objeto de debates frequentes nos espaços públicos e privados de interação” (PIRES, 2013: 133)

A introdução de políticas de viés afirmativo na Constituição Federal, como a proteção ao mercado de trabalho da mulher e a reserva de vagas no setor público para portadores de deficiência, foi considerada um sinal de algum reconhecimento, por parte do Poder Público, da existência no país de um problema de discriminação racial, étnica, de gênero, etc.

Em 1995, o movimento negro organizou, para comemorar os 300 anos da morte de Zumbi, a Marcha Zumbi contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, que

reuniu trinta mil ativistas do movimento vindo de todas as partes do país. Nesse dia, uma comissão da executiva nacional que organizou a marcha foi recebida pelo então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, para lhe entregar um documento com as principais reivindicações do movimento negro. Essas incluíam:

“incorporar o quesito cor em diversos sistemas de informação; estabelecer incentivos fiscais às empresas que adotarem programas de promoção da igualdade racial; instalar, no âmbito do Ministério do Trabalho, a Câmara Permanente de Promoção de Igualdade, que deverá se ocupar de diagnósticos e promoção de políticas da igualdade no trabalho; regulamentar o artigo da Constituição que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; implementar a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial no Ensino; conceder bolsas remuneradas para adolescentes negros de baixa renda, para o acesso e conclusão do primeiro e segundo graus; desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta; assegurar a representação proporcional dos grupos étnicos raciais nas campanhas de comunicação do governo e de entidades que com ele mantenham relações econômicas e políticas” (MOEHLECKE, 2002: 205 e 206)

Nesse mesmo dia, o presidente da República instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra, ligado ao Ministério da Justiça. Esse grupo realizou dois seminários sobre o tema das ações afirmativas, e a partir deles elaborou 46 propostas de ação afirmativa em diversos campos, como educação, cultura, comunicação e saúde. O alcance desse trabalho, porém, foi limitado e sem grande impacto.

Em 1996, o governo lançou o Plano Nacional de Direitos Humanos com o objetivo de promover políticas públicas que combatessem a discriminação e facilitassem o acesso à justiça. Entre as propostas do plano, estava o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso dos negros ao ensino superior.

Porém, foi somente com o envolvimento do país na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, em 2001, que as primeiras políticas de ação afirmativa direcionadas à população negra foram implementadas. Ainda em 2001, o Ministério do Desenvolvimento Agrário criou cota de 20% para negros na estrutura do Ministério e do Incra, e a mesma condição para as empresas

terceirizadas contratadas pelos dois órgãos. O Ministério da Justiça, também em 2001, determinou a contratação de 20% de mulheres, 20% de negros e 5% de portadores de deficiência para os cargos de assessoria do Ministério. E, em 2002, o Ministério das Relações Exteriores passou a conceder vinte bolsas de estudo para afrodescendentes que se preparam para o concurso do Instituto Rio Branco (MOEHLECKE, 2002).

Em 2002, o governo instituiu o Programa Diversidade na Universidade por meio da Medida Provisória 63/2002, convertida na Lei 10.558/2002, conhecida como ‘Lei de Cotas’, com a finalidade, no art. 1º da lei, de “implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros”. A Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira universidade federal a implantar o programa em 2004.

3.3.2. Petição Inicial

Em 2009, o Partido Democratas (DEM) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵³ (ADPF) visando declarar a inconstitucionalidade dos seguintes atos do Poder Público que resultaram na política de cotas raciais da Universidade de Brasília (UnB):

- 1) Ata da reunião extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia de 06 de junho de 2003;
- 2) Resolução nº 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE);
- 3) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília – UnB, especificamente os pontos I (“Objetivo”), II (“Ações para alcançar o objetivo”), item 1 (Acesso), alínea “a”, II (“Permanência”) itens, “1”, “2” e “3, a, b, c”, e III (“Caminhos para a implementação”), itens “1”, “2”, “3”;

⁵³ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>

4) Item “2”, subitens “2.2”, “2.2.1”, “2.3”, item “3”, subitem “3.9.8” e item “7” e subitens do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do Cespe – Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à UnB.

O Democratas sustenta que a reserva de 20% das vagas para candidatos negros viola os seguintes preceitos fundamentais da Constituição de 1988:

- 1) Art. 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana);
- 2) Art. 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação);
- 3) Art. 4º, inciso VIII (repúdio ao racismo);
- 4) Art. 5º, inciso I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo), LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade);
- 5) Art. 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano);
- 6) Art. 205 (direito universal à educação);
- 7) Art. 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino);
- 8) Art. 207, *caput* (autonomia universitária);
- 9) Art. 208, inciso V (princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um).

A ação também apresentava um pedido de liminar visando a suspensão imediata das matrículas dos candidatos que haviam passado no vestibular pelo sistema universal e pelo sistema de cotas, que estava programada para acontecer alguns dias após a data do ingresso dessa ação no tribunal. Uma nova listagem dos aprovados deveria ser apresentada levando em conta apenas os critérios do sistema universal de aprovação. Além disso, a liminar também pedia a suspensão imediata de todos os processos que envolvessem a aplicação do tema das cotas raciais em universidades, até que a ação fosse julgada em definitivo.

Após sustentar o cabimento da ação e a pertinência temática, o partido Democratas apresenta as justificativas do mérito da ação. A primeira colocação é a de que o partido não está questionando a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa em geral. Pelo contrário, defende que estas são necessárias para a construção de uma sociedade justa, livre, solidária e plural. Também não negam que o Brasil seja um Estado Social e de que existam o racismo, o preconceito e a discriminação na sociedade brasileira.

O que se questiona é a inconstitucionalidade de políticas de ação afirmativa de cunho racialista (sic), como a adotada pela UnB. A questão principal que guia a ação é se a raça pode ser considerada, no Brasil, como critério legítimo e constitucional para a diferenciação entre seus cidadãos, ou seja, se aqui há restrição no acesso aos direitos fundamentais exclusivamente por causa da cor da pele.

Para o DEM essa não é a realidade no Brasil. A raça não é um fator de exclusão no Brasil, como acontece nos Estados Unidos e África do Sul, mas sim a desigualdade econômica. A dificuldade de acesso à educação e de mobilidade social decorre da situação de precariedade econômica que resulta em uma qualificação deficiente que dificulta o acesso ao ensino superior, independentemente da cor da pele. Mesmo os negros sendo as maiores vítimas da desigualdade econômica e social, eles não estão sozinhos. A instituição de cotas raciais nas universidades não só não resolveria o problema, como criaria outro com a discriminação reversa, excluindo os brancos pobres e favorecendo negros de classe média.

O principal argumento utilizado para questionar o uso da raça como critério é o fato de que cientificamente o conceito de raça não existe. Baseando-se na pesquisa do professor geneticista Sergio Pena, que mapeou o genoma dos brasileiros, o DEM defende que, por ser o Brasil altamente miscigenado, é inviável a utilização do critério racial na promoção de políticas de ação afirmativa.

Segundo os autores da ação, a teoria da justiça compensatória é a base de justificação para as políticas de ação afirmativa racialistas. Nesse sentido, as cotas raciais nas universidades serviriam para retificar injustiças cometidas no passado

contra a população negra, especialmente em relação à escravidão. O que seria basicamente inadmissível, uma vez que não se pode atribuir aos brancos de hoje a obrigação de sanar as lesões cometidas por seus ancestrais. Além do mais, num país miscigenado como o nosso é impossível determinar quem seriam os beneficiários dessa política compensatória.

Outra alegação do partido Democratas é de que a política de cotas raciais foi importada dos Estados Unidos sem que fossem levadas em consideração as enormes diferenças históricas e sociais existentes entre os dois países. Os apoiadores das políticas de ação afirmativa no Brasil defenderiam a simples importação do modelo americano, independente do contexto histórico de cada país.

Segue-se, então, uma incursão histórica comparada desde o processo de colonização dos dois países, para evidenciar que, diferentemente do Brasil, nos EUA o problema de integração do negro na sociedade tem viés exclusivamente racial. Desde a colonização, a miscigenação sempre foi combatida e a separação entre brancos e negros estimulada pela sociedade e pelos poderes públicos. À abolição da escravatura – decorrente de uma guerra sangrenta – se seguiu uma política institucionalizada de segregação racial nos estados do Sul do país que perdurou até os anos 60. A introdução de políticas de ação afirmativa de corte racial teve o objetivo de evitar que se conflagrasse uma nova guerra civil. O viés racial já estava presente na sociedade, só que desta vez foi utilizado para a inclusão social do negro.

Outra diferença marcante, apontada na ação, é o sistema de classificação racial utilizado nos dois países. Nos EUA, a fim de garantir a separação de brancos e negros, foi criado um sistema de classificação birracial baseado na ancestralidade do indivíduo, em que qualquer ascendência africana, mesmo que longínqua, classifica o sujeito como negro na sociedade americana. Não há, como no Brasil, categorias intermediárias como pardo e mulato, por exemplo. Segundo a ação, isso facilitaria a identificação dos sujeitos beneficiários dos programas afirmativos, processo que, no Brasil, é considerado impossível pelos proponentes da ação.

Os dados estatísticos apresentados pelo partido para demonstrar que o Brasil não é um país racista foram retirados do livro “Não Somos Racistas” de Ali Kamel. Kamel faz tabulações a partir de dados brutos da PNAD de 2004 para provar que não existem diferenças significativas em relação à renda e escolaridade entre brancos, pretos e pardos pobres. Portanto o critério racial para ingresso no ensino superior não faz sentido e, mais ainda, leva à criação de conflitos entre grupos que antes conviviam harmoniosamente.

Para o DEM, até a instituição do que eles chamam de “Tribunal Racial” da UnB nunca houve qualquer tentativa de limitar o acesso das pessoas a qualquer atividade pelo critério da raça ou mesmo classificar os sujeitos por critérios raciais objetivos. O conceito de raça utilizado nos censos, quando a população foi questionada a esse respeito, sempre foi pela adoção do sistema autotransclassificatório e teve somente o objetivo de traçar um mapa das cores que compõem o país. Outro ponto levantado é de que a ancestralidade não é o mais relevante na autotransclassificação e sim o fenótipo e o status social.

Os autores se baseiam em Roberto DaMatta e sua explicação da “Fábula das Três Raças” em que negro, branco e índio se articulam em uma lógica hierárquica e complementar, em que todo brasileiro pode se identificar com essas raças a partir do aspecto de identidade cultural que queiram ressaltar ou ocultar. Há uma valorização da miscigenação aqui – em oposição ao que acontece nos EUA – que impede a implementação de políticas afirmativas de cunho racial, uma vez que é impossível determinar quem é negro no Brasil.

O mito da democracia racial tem uma função importante na constituição da identidade nacional e no próprio combate ao racismo, já que é parte dele o repúdio a qualquer manifestação de discriminação racial. A instituição de políticas de viés racial coloca em risco esse mito, podendo estimular a divisão e o ódio racial, o que abalaria profundamente a identidade nacional.

Em seguida, a ação questiona os atos administrativos da UnB em confronto com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro deles, refere-se à adequação do critério racial para alcançar o objetivo da política de ação afirmativa, qual seja, a construção de uma sociedade mais justa, plural e igualitária. A partir desse subprincípio, o DEM também questiona se a instituição do que eles chamam de “Tribunal Racial” – uma comissão de pessoas escolhidas pela universidade que, através de entrevistas, homologa a inscrição do candidato pelo sistema de cotas – seria a melhor maneira de identificar os beneficiários do programa.

O segundo subprincípio é o da necessidade, ou seja, que o critério racial adotado seja estritamente necessário e o menos gravoso para atingir o objetivo proposto. De acordo com os autores da ação, aí reside mais um aspecto da inconstitucionalidade dos atos impugnados, pois “as cotas raciais são excessivas” (p.75), uma política assistencialista que abarcasse os pobres, sem distinção de cor, seria menos lesiva aos direitos fundamentais e terminaria por atingir o mesmo objetivo.

O terceiro subprincípio é o da proporcionalidade estrito senso, em que se avalia se o benefício da política afirmativa seria proporcional à intervenção acarretada nos direitos fundamentais dos indivíduos. O que o DEM afirma é que na sociedade brasileira, “em que a pobreza se confunde com a negritude”, os resultados de uma política de cotas raciais não só não seriam eficazes como terminariam por racializar a nossa sociedade, incitando um antagonismo racial até então inexistente entre nós.

3.3.3. Parecer da Procuradoria Geral da República

À época, o procurador geral da República era Roberto Gurgel. Porém, o parecer da PGR foi produzido pela vice-procuradora geral da República, Deborah Duprat, tendo sido aprovado por Gurgel.

O parecer do Ministério Público Federal⁵⁴ sobre a ADPF 186 inicia por reconhecer o cabimento da ação e recomendar o indeferimento da liminar. Na discussão de mérito, a Procuradoria Geral da República apresenta uma

⁵⁴ Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1000_Parecer_MPF.pdf

interpretação da Constituição de 1988 que se opõe abertamente aos argumentos do Democratas na petição inicial.

Para a PGR, o princípio da igualdade defendido no texto constitucional, em algumas situações, demanda políticas públicas afirmativas que enfrentem a enorme desigualdade enraizada em nossa sociedade. O modelo de constitucionalismo adotado pela Constituição de 1988 não se limita à uma ideia de igualdade alcançada apenas pela ausência de discriminação e privilégios na atuação do Poder Público. O texto constitucional expressa a intenção do constituinte de combater a desigualdade com ações. A PGR cita a ministra Carmem Lucia em passagem que esta ressalta que os verbos utilizados no preâmbulo da nossa Carta – como construir, erradicar, reduzir, promover – demandam um comportamento ativo por parte do Estado na realização do princípio da igualdade. A própria Constituição consagrou políticas de ação afirmativa em favor de segmentos sociais vulneráveis, como as mulheres (art. 7º, XX) e os deficientes (art. 37, VIII).

Mais ainda, a ideia de igualdade defendida pela Constituição não se reduz a uma visão econômica da desigualdade. A partir da leitura do texto “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça” de Nancy Fraser⁵⁵, a PGR aponta no seu parecer:

“O constituinte sabia que a opressão e a injustiça também são produzidas e reproduzidas no âmbito cultural, e que, portanto, para perseguir a igualdade, é necessário atuar não apenas no campo da distribuição de bens escassos, como também na esfera do reconhecimento e valorização das identidades dos grupos não hegemônicos no processo social” (p.8).

É nesse sentido que deve ser lido o artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, que veda o preconceito de cor, raça, sexo, idade e qualquer forma de discriminação. A ideia, constante na petição inicial, de que este artigo impediria a introdução de políticas afirmativas que favorecem grupos historicamente discriminados não se sustenta.

⁵⁵ In: Sarmento, D., Ikawa, D., Piovesan, F. (coords.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 167-190.

Em relação ao argumento do DEM de que o Brasil seria uma democracia racial, a PGR contrapõe o fato de que, mesmo sem uma política oficial de segregação racial, o Brasil nunca teve qualquer política de inclusão dos negros após a abolição da escravatura. E as consequências desse passado escravocrata ainda estão presentes na nossa sociedade, basta ver os números dos indicadores sociais em relação à população negra, que se encontra em situação de inferioridade em todos eles: renda, escolarização, taxa de mortalidade, acesso à saneamento, etc.. Assim como tem baixa representatividade nas profissões de maior relevância social, que exigem um maior grau de escolaridade, e estão sobrerrepresentados no sistema penitenciário e nas estatísticas de violência policial.

A ideia de democracia racial, defendida pelo DEM, surgiu na obra de Gilberto Freyre, em que este defendia que, no Brasil, a miscigenação e a aproximação cultural das raças impediram que se criasse aqui um sistema de segregação como aconteceu em outros países de passado escravocrata. O seu argumento fez contraponto importante contra as teorias racistas evocadas por diversos pensadores da época. Porém, o mito da democracia racial foi apropriado pelo Estado e pelas classes dominantes para garantir a manutenção do status quo.

A PGR também refuta o argumento de que políticas de viés raciais são inconstitucionais porque o conceito de raças não existe biologicamente. Desde a Constituição da Unesco de 1945 e de diversos outros documentos internacionais aos quais o Brasil subscreve, defende-se a raça humana como uma só espécie e da mesma origem. Porém, a inexistência biológica das raças não impede que seja usada como uma construção histórico-social pertinente para explicar a desigualdade, como demonstra o entendimento do STF no julgamento do caso Ellwanger⁵⁶.

A argumentação da petição inicial acerca da justiça compensatória como a principal motivação para a política de cotas raciais é prontamente desqualificada

⁵⁶ Habeas Corpus nº82424/RS, em que se julgava a possibilidade de um editor de livros anti-semitas ser punido pelo crime de racismo. O argumento da defesa era de que os judeus não constituem uma raça. O entendimento do STF, porém, foi de que os judeus, mesmo que não biologicamente, constituem uma raça em sentido histórico-cultural que os identifica, tornando-os vítimas de preconceito e discriminação. O julgamento foi concluído em 19 de setembro de 2003.

pela PGR. Primeiro porque esta não figuraria entre as principais razões em favor da política; a justiça distributiva, o pluralismo nas instituições de ensino e a superação dos estereótipos negativos com o consequente aumento da autoestima da população negra, são motivações muito mais consistentes. Porém, a ideia de compensação ainda faz sentido se se pensar que os efeitos econômicos, sociais e culturais da escravidão perduram até hoje em nossa sociedade.

Já em relação à crítica de que a política de cotas raciais é mera importação de um modelo americano que não se enquadra na realidade brasileira, a PGR demonstra como políticas afirmativas de viés racial já foram utilizadas em diversos países – como Índia, Canadá, Nova Zelândia, China, Rússia, Nigéria – inclusive algumas anteriores à experiência americana. Além do mais, o Brasil ratificou acordos internacionais⁵⁷ que reconhecem e apoiam a introdução de políticas afirmativas no combate ao preconceito e à discriminação racial.

A afronta à meritocracia garantida na Carta que prevê o acesso aos níveis superiores de ensino de acordo com a capacidade de cada um, defendida pelo DEM, perde sentido quando confrontada com os níveis de desigualdade existentes em nossa sociedade. Outro argumento insustentável é o de que essas políticas afirmativas trariam desarmonia social, uma vez que há mais de uma década temos políticas afirmativas de critério racial sem que nenhuma ocorrência nesse sentido tenha sido reportada.

A PGR defende os procedimentos adotados pela UnB para a seleção de candidatos no programa de cotas como razoáveis. Ao contrário do que consta na petição inicial, a auto-declaração do candidato deve ser levada em consideração, pois não fazê-lo seria uma afronta ao direito à identidade, conforme o princípio da dignidade humana, além de constar na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil.

E, por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, o Ministério Público Federal lembra que um dos mais relevantes papéis da nossa Corte Constitucional é a defesa das minorias contra as maiorias formadas nos

⁵⁷ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e Declaração de Durban.

poderes políticos. Contra essas, as minorias pouco podem fazer, daí a importância do STF na proteção dos grupos mais desfavorecidos. Decorre disto que a Corte ir contra a instauração de medidas que visam justamente favorecer esses grupos, seria legitimar as desigualdades, tornando-se protetor do status quo.

3.3.4.

Voto do ministro relator Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski nasceu em 1948, em São Paulo. Formou-se bacharel em ciências políticas e sociais pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo em 1971 e em direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em 1973. Obteve os títulos de mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Também tem mestrado em relações internacionais pela Fletcher School of Law and Diplomacy, nos Estados Unidos. Leciona direito na USP desde 1978, tendo se tornado professor titular do Departamento de Direito do Estado, em 2003.

Foi secretário de governo e de assuntos jurídicos de São Bernardo do campo de 1984 a 1988. Tornou-se juiz pelo quinto constitucional, ingressando na magistratura por indicação de Orestes Quercia, então governador de São Paulo, para o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Em 1997, tornou-se desembargador do Tribunal de justiça de São Paulo. Em 2006, foi indicado para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente Lula.

O julgamento da ADPF 186 ocorreu no dia 25 de abril de 2012. O relator da ação foi o ministro Ricardo Lewandowski. Em seu voto⁵⁸, a teoria social contemporânea, e mais especificamente a teoria do reconhecimento, aparece como um dos principais pilares de sustentação da sua decisão.

Lewandowski inicia a discussão do mérito da ação por uma articulação entre os conceitos de igualdade formal e igualdade material, em que o magistrado reafirma as intenções do constituinte de não se limitar apenas a declaração da igualdade de todos perante a lei. A Constituição de 1988 foi além para buscar concretizar a igualdade material entre todos os brasileiros, seja através da promoção de políticas universalistas que atinjam um grande contingente de

⁵⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>

peessoas, seja através de políticas afirmativas, que atendam grupos específicos em situação desfavorável em relação ao resto da sociedade.

Para evidenciar esse ponto, o ministro recorre à tese de doutorado em Direito de Daniela Ikawa, que versa sobre o tema das ações afirmativas:

“O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade.

(...)

Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.

(...)

O Princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo, deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas.

(...)

As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”⁵⁹(p.5-6)

A adoção de políticas afirmativas, que levam à superação do princípio da igualdade formal, integra o cerne da democracia. Para esclarecer a que conceito de democracia ele se refere, o ministro recorre a Boaventura de Sousa Santos para afirmar que se trata de um regime em que:

“(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁶⁰ (p.6).

⁵⁹ Ikawa, D. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2008.

⁶⁰ Santos, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Lewandowski recorda a definição de ação afirmativa presente no artigo 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, da ONU, que foi ratificada pelo Brasil em 1968, em que estas são apresentadas como “medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais (...) com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (p.9). O ministro ressalta ainda o caráter obrigatoriamente transitório dessas políticas.

Depois de discorrer sobre a origem dessas políticas na Índia, país marcado por uma desigualdade social avassaladora, o ministro relembra a jurisprudência do STF que, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

Lewandowski destaca que o questionamento central da ação se refere aos critérios da metodologia utilizada, e seus fundamentos, para a reserva de vagas na universidade com o objetivo de mitigar a desigualdade racial e social existente no nosso país.

Políticas que buscam reverter o quadro histórico de desigualdade no Brasil não podem ser questionadas a partir do confronto com preceitos constitucionais analisados isoladamente. Faz-se necessário analisá-las “à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate” (p.15).

É nesse sentido que o ministro invoca o artigo 206 nos incisos I, III e IV, que definem os preceitos para o acesso ao ensino – igualdade de condições para acesso e permanência na escola, pluralismo de ideias e gestão democrática do ensino público, respectivamente – juntamente com o artigo 208, V, mobilizado na petição inicial, que garante que o acesso ao ensino superior será “segundo a capacidade de cada um”. Pois, não se pode avaliar políticas que visam combater a desigualdade racial existente a partir de preceitos constitucionais examinados isoladamente.

Segundo o ministro, a discussão na petição inicial se concentra nos critérios objetivos de seleção, desconsiderando que, numa sociedade desigual como a nossa, esses critérios podem gerar e acirrar distorções já existentes. Dessa maneira, espaços importantes de poder político e social, como a universidade, ficam praticamente inacessíveis para grupos marginalizados, mais grave ainda quando se está falando de universidades geridas com recursos públicos.

Portanto, Lewandowski defende que os critérios de acesso às universidades públicas devem se pautar pelos objetivos gerais do Estado presentes no preâmbulo de nossa Constituição:

“(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)” (p.16).

Também devem ser consideradas as diretrizes constitucionais para o ensino público, quais sejam, a colaboração da sociedade para o desenvolvimento do indivíduo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho (art. 205) e a garantia da autonomia da universidade assentada no tripé ensino, pesquisa e extensão (art. 207).

O ministro se baseia em livro de Oscar Vilhena Vieira⁶¹ sobre direitos fundamentais, em que este expõe os efeitos perversos e excludentes do processo de seleção do vestibular, para defender que se utilizem critérios diferenciados de seleção – sejam de viés étnico-racial ou socioeconômico – para a concretização dos objetivos constitucionais.

Especificamente no que diz respeito à constitucionalidade do conceito de raça como critério de seleção, Lewandowski relembra a jurisprudência do STF que em outras ocasiões validou o uso do conceito de raça como construção histórico-social, ao mesmo tempo em que negou seu sentido biológico. De acordo com o ministro, se o constituinte fez uso do conceito de raça para qualificar o crime de racismo com a intenção de impedir a discriminação negativa de certos grupos sociais, também é válido que este seja utilizado em processos de

⁶¹ Vieira, O. V. Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006.

discriminação positiva, com o intuito de incluir socialmente grupos tradicionalmente discriminados.

A finalidade última das políticas de ação afirmativa de cunho racial é eliminar a consciência de raça existente na sociedade, colocar um fim no que foi o ponto de partida desta, ou seja, “o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la” (p.21). Em sociedades como a brasileira, que passaram pela experiência da escravidão, as marcas da discriminação racial perduram por gerações. Portanto, somente a garantia jurídica da igualdade formal, que ignora as desigualdades existentes, termina por perpetuá-las, ao invés de combatê-las. A ausência de negros em posições de destaque na sociedade é uma evidência desse processo. O ministro ressalta, ainda, a postura omissa do Estado em relação à essa situação.

Lewandowski cita outro ministro da Corte, Marco Aurélio Mello, em artigo que este defende a busca por políticas afirmativas no lugar de uma neutralidade estatal que se demonstrou um grande fracasso, e como exemplo disso, cita o fato cotidiano de que frente a dois currículos idênticos, o branco sempre leva vantagem em cima dos pardos e negros. O ministro relator traz, ainda, dados do IBGE para ilustrar a enorme desigualdade racial no Brasil.

É nesse sentido que Lewandowski aponta mais um resultado importante da política de cotas raciais, qual seja, a criação de lideranças dentro desses grupos, capazes não só de lutar por seus direitos, mas que também servem como paradigmas de integração e ascensão social. O efeito desse processo é uma mudança subjetiva, com a elevação na autoestima dos integrantes desse grupo.

A partir desse quadro, Lewandowski introduz uma mudança na percepção da justiça social, em que surgem ao lado das políticas redistributivas, as políticas de reconhecimento com a valorização de grupos étnicos e culturais. Nas palavras de Nancy Fraser e Axel Honneth citadas pelo ministro:

“Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre e (há não muito tempo atrás) do empregador para o

empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos.

Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas ‘políticas de reconhecimento’. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão.

De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar”⁶² (p.27-28).

Nesse sentido, justiça social é mais do que redistribuição de riquezas, é necessário reconhecer e incorporar valores culturais diversificados, muitas vezes percebidos como inferiores. Por isso, o critério de renda, exclusivamente, não se mostra suficiente para a promoção da integração social através de políticas afirmativas. Dessa vez, Lewandowski recorre a Zygmunt Bauman para ilustrar essa questão:

“(…) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não têm o direito de manifestar suas preferências e que no final se veem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não têm permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam”⁶³ (p.28)

Ações afirmativas também têm um poderoso papel simbólico, e o ministro dá o exemplo de uma criança negra que vê um negro ocupando um lugar de destaque, pode projetar-se nessa liderança e assim ampliar o horizonte de seus

⁶² Fraser, Nancy e Honneth, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. London/New York: Verso, 2003

⁶³ Bauman, Zygmunt. *Identidade*. Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005

planos de vida. A isso, Lewandowski chama de “componente psicológico multiplicador da inclusão social” nas políticas afirmativas.

A nossa discriminação social também tem um componente multiplicador, só que esse é perverso, já que os séculos de exclusão social de negros e pardos geram uma consciência de inferioridade, que condena principalmente os jovens a uma existência à margem da sociedade. O efeito dessa avaliação, primordialmente subjetiva, de uma suposta subalternidade dos negros repercute não só sobre estes, mas também sobre os que, conscientemente ou não, contribuem para essa exclusão. Mais uma vez, Lewandowski procura em Bauman a explicação:

“Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras ‘como elas’ com as quais podem ter superficialmente uma ‘vida social’ praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado –, mais é provável que ‘desaprendam’ a arte de negociar significados compartilhados e um *modus operandi* agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em meio à diferença, é de esperar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua ‘alteridade’ ao mundo de alguém desvanecem, ou sequer conseguem ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, territorialmente isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação territorial é colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna gradualmente seu reforço. (...)”

A ‘fusão’ exigida pela compreensão mútua só pode resultar da experiência compartilhada. E compartilhar a experiência é inconcebível sem um espaço comum⁶⁴ (p.29-30)

Essa passagem demonstra a importância das políticas afirmativas nas universidades, que não são locais apenas de formação profissional, mas “também locais privilegiados de criação de futuros líderes e dirigentes sociais” (p.30).

O ministro reforça a importância da universidade no Brasil, a partir do historiador José Murilo de Carvalho⁶⁵ e sua análise sobre a elite imperial brasileira e sua conclusão de que aqui – diferentemente de outros países latino-americanos

⁶⁴ Bauman, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

⁶⁵ Carvalho, J. M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

– a formação de nossas elites, principalmente a política, passava primordialmente por seu treinamento acadêmico.

Para Lewandoswski, o grande beneficiado das políticas de cotas raciais não é o estudante negro e sim todo o meio acadêmico, que tem a oportunidade de conviver com a diferença. E para ilustrar esse ponto, o ministro recorre a Habermas:

“(...) as minorias étnicas e culturais (...) se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade de povos. São (...) movimento de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas estejam sempre em jogo. (...)”

Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. De sua perspectiva, no entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses dos outros não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretação da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. (...) Quanto mais profundas forem as diferenças (...) raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio; e tanto mais ele será doloroso, quanto mais as tendências de auto-afirmação assumirem um caráter fundamentalista-delimitador, ora porque ela precise primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa”⁶⁶ (p.31-32)

Lewandowski defende a necessidade de um espaço público inclusivo e, portanto, a universidade como “o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro”, em que seja possível construir “uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea”.

Foi nesse sentido que a Suprema Corte americana decidiu a respeito de casos que questionavam a constitucionalidade das políticas afirmativas na universidade⁶⁷. Mais do que a constitucionalidade do critério étnico-racial em si, a Corte considerou se, em cada caso, a discriminação positiva alcançava o objetivo da promoção da diversidade, maior integração e igualdade entre as pessoas.

⁶⁶ Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 1997.

⁶⁷ Bakke x Regents of the University of California (1978), Gratz x Bollinger (2003), Grutter x Bollinger (2003)

O ministro considera os mecanismos de identificação do componente étnico-racial no processo de seleção, seja autodefinição ou heterodefinição, compatíveis com a Constituição, desde que “jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos”.

Em relação à reserva de vagas ou estabelecimento de cotas, o ministro lembra que isso não é de modo algum estranho à Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 37, VIII, garante a reserva de um percentual de vagas para portadores de deficiência no serviço público. O próprio STF, ao tratar da questão da reserva de vagas para portadores de deficiência⁶⁸, referendou o amplo alcance do texto constitucional, afastando a possibilidade de limitá-lo no que se refere às políticas de ação afirmativa, ao definir que estas “não configuram mera concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais”.

A abordagem das políticas afirmativas no Brasil é muito mais ampla do que nos Estados Unidos, em que a constitucionalidade do critério étnico-racial foi garantida desde que não houvesse reserva de vagas ou estabelecimento de cotas e de que fosse usado conjuntamente com outros critérios de aferição. O ministro cita diversos outros membros do STF, em sede doutrinária, que corroboram a visão de que a reserva de vagas se ampara no próprio texto constitucional.

Lewandowski reafirma a necessidade do caráter transitório das políticas de ação afirmativa, que só devem durar até que a desigualdade que visam combater esteja erradicada. Se persistirem após o fim alcançado, tornam-se privilégios incompatíveis com o espírito democrático da nossa Constituição. Como a UnB foi fiel à essa necessidade estipulando um prazo de 10 anos para a revisão de sua política de cotas, não há qualquer inconstitucionalidade nesse sentido.

E, por fim, o ministro considera que, com 20% das vagas reservadas para negros e um “pequeno número” para “índios de todos os estados brasileiros”, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade também são compatíveis com a nossa Carta.

⁶⁸ RMS 26071, relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

Por esse quadro apresentado, o ministro julgou improcedente a ADPF.

3.3.5. Identidade e igualdade na ADPF 186

A ADPF 186 é uma ação exemplar no que diz respeito ao tema central deste trabalho, qual seja, a organização de novas identidades e suas lutas por direitos e a judicialização da política. Todo o questionamento feito pelo DEM, partido político situado à direita no espectro ideológico, em relação aos critérios utilizados pela UnB para a seleção dos candidatos aptos a ingressar na universidade através da política de cotas, se baseia no conceito de identidade racial.

A questão da identidade é central tanto para a contestação quanto para a defesa da política de cotas. De modo geral, pode-se pensar a argumentação das partes em oposição, como duas leituras do conceito de identidade racial em relação ao princípio da igualdade. De um lado, a criação de políticas públicas afirmativas baseadas em critério racial ofende o princípio da igualdade, ao privilegiar um grupo sobre outro. Vale ressaltar que o DEM afirma, na petição inicial, não ser contra políticas afirmativas enquanto ação de governo, o que não procede é o critério racial. De outro lado, a PGR defende a noção de diferença incorporada ao princípio da igualdade, garantindo a legitimidade de um tratamento diferenciado àqueles em situação de subordinação, como forma de promover a igualdade.

Sob a ótica das políticas de identidade e da teoria do reconhecimento, pode-se afirmar que toda a argumentação do DEM na petição inicial visa deslegitimar a raça não só enquanto categoria que atue como fator de exclusão dos negros do ensino superior, mas também enquanto categoria que confere identidade ao sujeito. A desconstrução biológica do sentido de raça, a discussão da miscigenação e do mito da democracia racial no Brasil, assim como sua comparação com o contexto americano, e apresentação dos dados estatísticos, têm o objetivo de esvaziar a ideia de que a cor da pele dos sujeitos tenha um papel relevante na construção da sua identidade. Sendo assim, uma política de cotas de critério racial racializaria a nossa sociedade, gerando divisões e conflitos até então inexistentes, ameaçando a identidade nacional.

A atribuição da dificuldade de acesso dos negros ao ensino superior à desigualdade econômica é uma visão reducionista da situação, porque desconsidera todos os outros aspectos da vida social, política e cultural dessa população. Nessa perspectiva redutora, a desigualdade econômica se reflete na má qualidade do ensino público, o que impossibilita o acesso à universidade. E essa é uma situação que atinge a todos os pobres sem distinção de cor.

Há uma negação da importância da esfera cultural e simbólica na configuração das experiências de vida da população. Dessa maneira, não se considera o impacto do racismo presente nas relações sociais, que muitas vezes interdita as já escassas possibilidades de mobilidade social da população pobre. Essa exclusão permite que o DEM equipare a experiência cotidiana de negros e brancos pobres, que se não difere no aspecto econômico, na ordem simbólica pode se distinguir consideravelmente.

Em sentido oposto, a argumentação da PGR defende a improcedência da ação. Todo o argumento desenvolvido está ancorado na noção de reconhecimento como componente essencial para a promoção da justiça social. Mais ainda, ao afirmar que o constituinte sabia da necessidade de se combater a opressão e o preconceito no âmbito cultural, assim como a necessidade de se atuar também na esfera do reconhecimento, a PGR defende que a própria concepção da Constituição estava informada pela temática das identidades e do reconhecimento.

É sob essa perspectiva que devem ser lidos os princípios constitucionais. Como exemplo, a mudança na interpretação do artigo 3º, inciso IV, que veda todo o preconceito de *“raça, sexo, cor, idade, e outras formas de discriminação”*. Informada pelos conceitos da teoria do reconhecimento, abandona-se uma interpretação que vê esse artigo como empecilho para políticas de discriminação positiva, para uma interpretação que percebe as políticas afirmativas baseadas nesses critérios como vias ativas de combate ao preconceito e discriminação, objetivo central do artigo em primeiro lugar.

Em resposta à tese do DEM de que o objetivo principal da política de cotas é a justiça compensatória, a PGR desqualifica o argumento do partido e apresenta o que considera serem os principais objetivos da política: justiça distributiva, a

promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a quebra de estereótipos negativos sobre os negros, o que fortaleceria a autoestima e o combate ao preconceito.

Os objetivos apresentados têm estreita correspondência com a teoria do reconhecimento de Fraser, em que as demandas por redistribuição e reconhecimento estão entrelaçadas nas lutas sociais contemporâneas. Sob a ótica do dualismo perspectivo de Fraser, em que não há separação entre as esferas da economia e da cultura, esses objetivos visam remediar tanto questões relacionadas à distribuição, em que a reserva de vagas nas universidades públicas aparece como redistribuição de bens escassos; quanto questões relacionadas ao reconhecimento, em que a quebra de estereótipos negativos em relação aos negros rompe com valores culturais institucionalizados que inferiorizam e subordinam essa população.

A promoção do pluralismo é condição essencial para a possibilidade de paridade de participação social, finalidade primordial do reconhecimento na visão de Fraser. A PGR aponta que num contexto como o brasileiro, de grande diversidade étnica e cultural, o convívio com a diferença, especialmente no ensino, “torna a formação e o aprendizado do estudante uma experiência rica e frutífera para todos, e não apenas para os beneficiários da política de ação afirmativa” (p.15).

Na mesma direção do parecer da PGR, o conceito de reconhecimento e o tema da identidade são centrais para a argumentação que o ministro relator Ricardo Lewandowski faz em seu voto. O ministro recorre extensivamente à teoria social contemporânea, citando não só teóricos do reconhecimento como Fraser e Honneth, mas também intelectuais renomados como Jurgen Habermas e Zygmunt Bauman.

Lewandowski inicia o debate sobre o mérito da ação pela discussão – presente também no parecer da PGR – sobre o alcance do princípio da igualdade pretendido pelo legislador constituinte. Para além da proclamação de uma igualdade formal, o constituinte buscou dar concretude à essa igualdade, as políticas de ação afirmativa se inserem nessa busca. Dessa maneira, a questão das

diferenças e das desigualdades já aparece incorporada ao discurso do ministro, quando este defende a adoção de políticas afirmativas como central para a democracia. A citação da já conhecida definição de Boaventura de Sousa Santos sobre a necessidade de uma igualdade que reconheça diferenças e de diferenças que não reproduzam desigualdades para definir o regime democrático que se persegue é evidência disso.

É no debate sobre a legitimidade da utilização do critério étnico-racial para a definição dos beneficiários da política de cotas que o ministro Lewandowski se apoia fundamentalmente na teoria social contemporânea, após descartar a noção biológica de raça, porém validá-la enquanto construção histórico-social utilizada para justificar a dominação e a discriminação. Não à toa, o racismo foi tipificado como crime na Constituição de 1988 com a intenção de combater a discriminação negativa. Esse fato valida o conceito para discriminar positivamente grupos historicamente marginalizados, visando ampliar a inclusão social.

O argumento de que a igualdade formal em contextos de grande desigualdade social, como o brasileiro, tende ao apagamento das diferenças e, como consequência, à perpetuação da desigualdade existente, pode ser lido à luz da argumentação de Taylor na defesa de um liberalismo de tipo comunitarista em oposição ao liberalismo procedimentalista, que não reconhece diferenças e evita qualquer compromisso como uma concepção substantiva de bem comum.

Ao afirmar a transformação do conceito de justiça social com a incorporação das políticas de reconhecimento e a necessidade de valorização de diferentes grupos étnicos e raciais, o ministro faz uma defesa contundente do papel simbólico da política de cotas para negros nas universidades, que corresponde tanto a concepção de reconhecimento de Fraser quanto a de Honneth e Taylor.

Um dos resultados do acesso de negros ao ensino superior é a criação de lideranças, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, servindo de paradigma de integração e inclusão social. Nesse sentido, o efeito a longo prazo é a conquista da paridade de participação na vida social, objetivo primordial das políticas de reconhecimento na concepção de Fraser.

Mas, para defender a primazia do critério étnico-racial sobre o critério da renda, o ministro recorre à concepção do reconhecimento relacionado à identidade nos moldes apresentados por Taylor e Honneth. Lewandowski se baseia no caráter dialógico da formação da identidade para demonstrar os efeitos negativos da discriminação racial e também o potencial multiplicador que a política de cotas pode ter, uma vez que crianças negras convivam com jovens negros universitários.

E, por fim, vale destacar a preocupação do ministro com a questão da promoção da diversidade e a importância do convívio com o outro e com as diferenças – tema caro à teoria social contemporânea –, em que a universidade aparece como o espaço comum capaz de propiciar esse convívio.

A argumentação de Lewandowski parece caminhar na direção da ideia de fusão de horizontes proposta por Taylor. Segundo o autor, a abertura para os padrões de valor de uma cultura diferente da nossa provoca uma transformação dos nossos próprios padrões. Nesse sentido, os efeitos da convivência com a diferença que Lewandowski propõe não se limitam à ampliação da tolerância ou à condescendência com o outro, mas buscam “a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea” (p.32).

3.4. Adin 3239

3.4.1. Breve histórico da luta do movimento quilombola no Brasil

As primeiras referências ao termo quilombo datam do período colonial do Brasil utilizado para designar habitações de escravos fugitivos em áreas de difícil acesso, distantes das povoações. O contexto era o da repressão, pura e simples, aos negros aquilombados. A legislação da Coroa Portuguesa já considerava como quilombo a reunião de mais de cinco escravos. “Escravidão e quilombo são contrafaces de uma mesma realidade histórica” (LEITE, 2008: 279).

No final do século XIX, os abolicionistas se referiam aos quilombos em seus discursos como um impulso na direção de uma nova sociedade. A transição da economia colonial fez surgir novas formações, dessa vez associadas à

desagregação dos latifúndios e à perda de poder de coerção dos grandes proprietários. Essas mudanças no processo produtivo significaram um acamponesamento da população negra. A Abolição significou uma mudança nas formas de expropriação e na dinâmica desses grupos que passaram a conviver com outros grupos da sociedade (LEITE, 2008).

Na década de 1930, a Frente Negra Brasileira recupera o termo quilombo para fazer a denúncia da ideologia do embranquecimento e da exclusão dos negros do projeto de modernização do país (LEITE, 2008). Já na década de 1970, começaram as articulações dos movimentos negros do Norte e Nordeste com os movimentos do Sudeste, o que deu cada vez mais visibilidade à questão quilombola, vinculada a dois grandes desafios para o processo da construção da democracia no Brasil, a superação do racismo e o modo de distribuição de terras no país, que gerou enorme desigualdade de acesso a elas (GOMES, 2013).

Também na década de 1970 teve início um processo de aumento nas práticas de grilagem e as comunidades negras rurais, como eram conhecidas as comunidades quilombolas, passaram a lutar pela reforma agrária unidas às organizações do movimento negro urbano. Em 1986, o Movimento Negro Unificado, a Associação Afro-Brasileira do Rio de Janeiro, o Centro de Cultura Negra do Maranhão e o Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará, visando à instalação da Assembleia Nacional Constituinte no ano seguinte, organizaram, em Brasília, a 1ª Convenção Nacional do Negro pela Constituinte. O documento final com as propostas geradas na convenção traz a questão da terra associada aos quilombolas:

“Será assegurada às populações pobres o direito à propriedade do solo urbano, devendo o Estado implementar as condições básicas de infra-estrutura em atendimento às necessidades do Homem; será garantido o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural; que o bem imóvel improdutivo não seja transmissível por herança. Que o Estado promova a devida desapropriação”.⁶⁹

⁶⁹ Disponível em:

<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVEN%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>, acessado em 10 de maio de 2016.

As demandas oriundas da Convenção Nacional do Negro pela Constituinte foram apresentadas na fase preliminar do processo de elaboração da Constituição de 1988. A demanda específica sobre o direito à terra das comunidades quilombolas foi proposta na fase B do processo, pela deputada constituinte Abigail Feitosa (PMDB/BA). A proposta foi rejeitada e, depois de diversas tentativas de outros deputados, na fase M do processo constituinte, o deputado Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) reapresentou a questão, recebendo o parecer de que esta deveria ser considerada nas disposições transitórias (GOMES, 2013: 307).

A proposta chegou na Comissão de Sistematização com o termo “comunidades negras remanescentes de quilombos”, porém após a articulação do Centrão⁷⁰, os grandes proprietários rurais reunidos na União Democrática Ruralista (UDR) ganharam força. Principais opositores da questão quilombola, não por uma questão racial, mas por interesses comerciais, conseguiram, no texto final da Constituição de 1988, uma vitória e uma derrota. “A derrota foi a inclusão do direito quilombola na Constituição, aprovada em 22 de setembro de 1988. A vitória da UDR foi a supressão do termo ‘comunidades negras’, anterior ao termo ‘remanescentes’” (GOMES, 2013:309). A redação final do artigo 68 do ADCT ficou sendo “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo-lhe o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

A indefinição do termo “remanescentes das comunidades quilombos” abriu espaço para um processo de interpretação do dispositivo constitucional mediado por antropólogos que, a partir de critérios étnicos, o reconectaram com a noção de comunidades negras rurais (FIGUEIREDO, 2011). Nas palavras da antropóloga Eliane Cantarino O’Dwyer, que participou desse processo:

“Contemporaneamente, (...), o termo Quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebeldes, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. A identidade desses grupos também não se define pelo tamanho e número de seus

⁷⁰ “Bloco suprapartidário composto por 152 parlamentares, organizado a partir de outubro de 1987” (GOMES, 2013: 308)

membros, mas pela experiência vivida e as versões compartilhadas de sua trajetória comum e da continuidade enquanto grupo” (O'DWYER, 2008: 10)

De qualquer maneira, mesmo sendo uma interpretação mais adequada à situação concreta dos quilombolas, essa “abertura interpretativa, (...), teve por consequência a organização de um forte movimento de oposição às políticas quilombolas, tanto no campo político quanto na formação de opinião, articulando, na maioria das vezes, a alegada multiracialidade da sociedade brasileira” (FIGUEIREDO, 2011:18).

A aquisição de direitos pela via constitucional associada à essas investigações antropológicas que estabelecem o conceito de quilombo como grupo étnico abrem o caminho para a construção de uma identidade coletiva, que produz novos sujeitos políticos aptos a lutar por seus direitos. Nesse sentido, essas comunidades percorreram um caminho inverso ao da grande maioria de outros grupos e indivíduos, que geralmente vão buscar no Estado as vantagens simbólicas associadas à posse já afirmada (JORGE, 2015).

“...foi a partir do Artigo 68 (ADCT) que um conjunto crescente de comunidades rurais (e mais a frente, também urbanas) passou a demandar reconhecimento como “quilombolas” e a se organizar politicamente em torno dos direitos que foram fundamentados nesse momento. (...) A imensa maioria dos grupos sociais que carregavam resquícios de ancestralidade negra, com historicidade e modo de vida próprio, não havia organizado ainda as suas demandas de forma sistemática, antes do dispositivo constitucional de 1988. (JORGE, 2015: 143-144)

Em 1995, foi criada a Comissão Nacional Provisória das Comunidades Rurais Negras Quilombolas, durante a Marcha Zumbi dos Palmares, realizada no I Encontro Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas. Os organizadores tinham conhecimento, na época, da existência de 412 comunidades no país. No ano seguinte, a comissão provisória deu lugar à Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq), criada no Encontro de Avaliação do I Encontro Nacional de Comunidades Negras Rurais Quilombolas, em Bom Jesus da Lapa (BA). Realizado quatro anos depois, em Salvador (BA), o II Encontro Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas é considerado um marco no processo de afirmação do movimento, quando as comunidades assumiram diretamente a luta por seus direitos, independentes do movimento negro urbano. (SOUZA, 2002).

Outro marco na luta do movimento quilombola foi o Decreto no 4.887/2003, assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O texto reconhece, no art. 2º, que as comunidades de quilombos são “grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (GOMES, 2013: 309). Foi para questionar este decreto que o Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF) na ação analisada neste trabalho.

3.4.2. Petição Inicial

Em 2004, o Partido da Frente Liberal (PFL) propôs a Adin 3239⁷¹ com o objetivo de questionar a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que “regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Na petição inicial, o partido alega que o Decreto extrapola sua função formal, pois trata-se de ato normativo secundário, cuja validade depende de lei formal, nesse caso inexistente. O decreto, portanto, seria inconstitucional por incorrer em autonomia ilegítima.

Outra inconstitucionalidade apontada seria o fato de que o decreto confere ao INCRA a prerrogativa de desapropriação, caso as comunidades remanescentes de quilombos estejam localizadas em terras particulares. Segundo o PFL, o artigo 68 do ADCT não fala em desapropriação, tratando apenas do reconhecimento e titulação de propriedade definitiva, ou seja, não se trata de propriedade alheia e sim de terras cuja propriedade decorrem da Constituição, cabendo ao Estado apenas a titulação. Seria inconstitucional a desapropriação, assim como o uso de recursos públicos para fins de indenização, além do que esse tipo de desapropriação não se enquadraria no art. 5º, XXIV.

⁷¹ Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/433_ADI%203239_peticaoinicial.pdf

O critério da auto-atribuição para a identificação dos remanescentes dos quilombos que seriam beneficiários do direito referido no artigo 68 do ADCT seria subverter a lógica constitucional, em que seria indispensável provar a remanescente das comunidades quilombolas e não sua descendência, sob o risco de conferir o direito a mais pessoas do que os contemplados pelo artigo 68 do ADCT. O PFL aponta ainda o risco de se promover uma “reforma agrária *sui generis*”.

A definição, no decreto, do que seriam terras quilombolas também é questionada pelo partido por serem demasiado amplas. O decreto define como terras de remanescentes de quilombos aquelas utilizadas para garantir sua reprodução física, social, econômica e cultural, além de considerar os critérios de territorialidade apontados pela própria comunidade. Para o PFL, a reprodução física e econômica, em atividades como caça e pesca, se deu em áreas fora dos limites dos quilombos, a demarcação e a titulação das terras deve se ater ao espaço onde os quilombos efetivamente se localizaram. Além disso, permitir que os interessados definam os critérios de delimitação das terras a lhes serem tituladas, não constituiria “procedimento idôneo, moral e legítimo de definição” (p.11).

O PFL pede ainda a concessão de medida cautelar pelo risco à segurança jurídica.

3.4.3. Parecer da Advocacia Geral da União

À época, o advogado geral da União era Álvaro Augusto Ribeiro Costa. Ribeiro Costa nasceu em 1947, no Ceará. Formou-se bacharel em direito pela Universidade Federal do Ceará. Exerceu a advocacia privada em Brasília e foi advogado do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Em 1975, por concurso público, tornou-se procurador da República. Em 2003, já aposentado da procuradoria, foi nomeado advogado geral da União, pelo então presidente Lula, exerceu o cargo até 2007.

A AGU inicia o parecer⁷² pedindo o não conhecimento da ação, uma vez que o requerente não expõe os preceitos constitucionais violados pelo decreto. A jurisprudência do STF mobilizada pela AGU evidencia a necessidade de se fazer um cotejo analítico entre a norma impugnada e a Constituição Federal, o que não foi feito na petição inicial.

Além disso, o Decreto 4.887/2003 não é um decreto autônomo como alegado na petição inicial. Ele encontra o devido suporte para sua validade legal do artigo 14, IV, “c”, da lei 9.649/98 – que institui como competência do Ministério da Cultura a aprovação da delimitação das terras remanescentes de quilombos – e do artigo 2º, III e parágrafo único da lei 7.668/88 – que cria a Fundação Palmares, estabelecendo como uma de suas competências a identificação, reconhecimento, limitação e demarcação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos.

Ao entrar propriamente no mérito da ação, a AGU defende a constitucionalidade do decreto sob dois aspectos, o formal e o material. O aspecto formal já foi explicado acima, quando a AGU defende o não conhecimento da ação.

Já em relação ao aspecto material, a AGU aponta a necessidade de se considerar as limitações do direito, uma vez que “o Direito não é a resposta, nem o caminho para as respostas de todos os problemas e os males que permeiam a sociedade” (p.9).

É importante que o jurista tenha consciência das limitações do Direito para, quando confrontado com um fato jurídico que materialmente extrapole o âmbito jurídico, possa ir “para além do Direito, visando ao perfeito cumprimento do comando normativo” (p.10). É nesse sentido, que a AGU evoca o sociólogo Boaventura de Souza Santos⁷³ e sua defesa de uma “pluralidade metodológica” também no campo do Direito, “permitindo-se, dessa forma, um diálogo permanente com outras formas de conhecimento e evitando-se que ele não fique

⁷² Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1158_AGU.pdf

⁷³ Santos, B. S. Um Discurso sobre as Ciências. Porto: Afrontamentos, 2001.

reduzido à secura da dogmática jurídica” (p.10). No presente caso, a antropologia é a ciência com que o Direito deve dialogar.

A AGU cita a antropóloga Eliane Cantarino O’Dwyer⁷⁴ para evidenciar a difícil tarefa de se definir “remanescentes das comunidades de quilombos”. Os métodos e critérios utilizados nessa classificação são a questão fundamental para a aplicabilidade do artigo 68 do ADCT.

O critério utilizado no decreto anterior, 3.912/2001, baseou-se numa definição de quilombo extraída de documentos de 1740, referentes à uma consulta do Rei de Portugal ao Conselho Ultramarino⁷⁵. Não à toa, o decreto foi criticado por diversos especialistas por usar um conceito colonial e imperial de quilombo, há muito descartado pelos antropólogos.

A AGU defende que o critério da auto-atribuição adotado no decreto 4.887/2003 está em consonância com o desenvolvimento antropológico do conceito de quilombo, que buscou libertá-lo dessa visão arqueológica presente no decreto anterior. Para isso, a antropologia descarta uma “visão explicativa” baseada em observação externa, que produz conhecimento – fundamentado em aspectos biológicos, linguísticos e raciais – a respeito da identidade de um grupo ou comunidade. Esse modelo, muitas vezes, atribui ao grupo características que são desconhecidas pelo próprio grupo. A antropologia passa a privilegiar “aquelas diferenças que os próprios atores sociais consideram significativas e que, por sua vez, são revelados pelo próprio grupo” (p.14).

A AGU volta à antropóloga Eliane Cantarino O’Dwyer e à defesa que esta faz de que os laudos antropológicos utilizados na aplicação do art. 68 do ADCT deveriam “opinar levando em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros do próprio grupo étnico, no caso, dos próprios quilombolas” (p.14).

⁷⁴ O’Dwyer, E. C. Os quilombos do trombetas e do erepecuru-cuminá. In: O’Dwyer, E. C. (org.) Quilombos identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

⁷⁵ “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele.”

Ao argumento do PFL de que a adoção do critério da auto-atribuição poderia beneficiar outras pessoas que não teriam esse direito, a AGU contrapõe os diversos mecanismos de controle estipulados no decreto, como: a competência da Fundação Palmares para controlar a auto-atribuição pela expedição de certidões e inscrição em seu cadastro geral; a competência do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do INCRA para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras; o acompanhamento de todos esses procedimentos do MDA e do INCRA pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e pela Fundação Palmares.

A AGU destaca, ainda, o Decreto 5.051/2004 que promulgou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, que adota o critério de “consciência” para a determinação da identidade indígena e tribal. A recepção desse decreto garante a legalidade e constitucionalidade do critério da auto-atribuição do decreto 4.887/2003.

Em seguida, a AGU entra no mérito da questão sobre a propriedade quilombola para defender a constitucionalidade da propriedade coletiva dos quilombolas. A noção de propriedade coletiva é extremamente compatível com os objetivos da norma constitucional (art.68 do ADCT), qual seja, a preservação da comunidade em todos os seus aspectos. Nesse sentido, somente a propriedade coletivamente assegurada à toda a comunidade pode garantir sua preservação. “O que se quer é a preservação de uma etnia, uma comunidade, e não de pessoas individualmente consideradas” (p.18).

A AGU defende, ainda, a desapropriação de terras que sejam identificadas como de remanescentes de comunidades de quilombos, quando essas estejam tituladas à particulares. Mais uma vez, amparando-se na antropologia, a AGU defende que a identidade quilombola está diretamente vinculada ao território, sendo que muitas vezes essa identidade emerge num contexto de luta, em que a mobilização política pelo reconhecimento de seu direito à terra é a forma de resistência às ações administrativas e econômicas que visam expropriá-los. O que muitas vezes aconteceu. Portanto, a desapropriação seria a reparação dessa expropriação. A AGU vai ainda mais longe ao defender que o reconhecimento da propriedade quilombola deve levar em consideração a necessidade territorial que a

comunidade precisa para se reproduzir e preservar sua identidade, mesmo que a terra não tenha sido ocupada em algum momento por um quilombo, se ela for necessária para a comunidade, deve ser desapropriada.

O parecer da PGR está em completa consonância com o parecer da AGU, inclusive utilizando-o como referência em diversos momentos, portanto, para os fins desse trabalho, torna-se desnecessária uma análise mais detalhada deste parecer.

O julgamento contou com a participação de diversas organizações na forma de *amicus curiae*. Foram elas: Associação Brasileira de Celulose e Papel-BRACELPA; Sociedade Rural Brasileira; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB; Estado do Paraná; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana-Quilombo Santana e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental-IARA e Clube Palmares de Volta Redonda-CPVR.

3.4.4.

Voto do ministro relator Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso nasceu em 1942, em São Paulo. Formou-se bacharel em ciências jurídicas pela Faculdade Católica de Direito de Santos, obteve o título de mestre em direito civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e de doutor em direito processual civil pela mesma universidade. Foi professor de direito processual civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e na Universidade Católica de Santos. Ingressou na magistratura em 1968 e, em 1986, tornou-se desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em 2003, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo então presidente Lula, cargo que exerceu até 2012, quando se aposentou compulsoriamente por ter completado 70 anos.

O julgamento foi a plenário no dia 18 de abril de 2012.

O ministro relator considerou a ação procedente, declarando o decreto 4.887/2003 formal e materialmente inconstitucional⁷⁶. No aspecto formal, o ministro concordou com o requerente da ação de que o decreto não tem legalidade por não estar amparado em lei. Para o ministro, o argumento da defesa, também apresentado pela AGU e PGR, de que as leis 7.668/88 e 9.649/98 conferem validade ao decreto, não se sustenta, pois ambas as leis dizem respeito apenas a indicação dos órgãos responsáveis pelas medidas necessárias à execução do art. 68 do ADCT. O decreto seria, portanto, uma regulação normativa autônoma, o que não é permitido, a não ser quando este é “indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência”, o que não seria o caso do decreto impugnado.

Importa ressaltar que o ministro registra que apesar de ter recebido inúmeras solicitações para a realização de audiência pública, considerou que não havia justificativa para tal, uma vez que a causa encerra matéria de direito e não há complexidade temática.

O ministro traz diversos juristas – José Afonso da Silva, Geraldo Ataliba, Clemerson Merlin Cléve, para citar alguns – para sustentar sua posição. Todos eles reforçam as diferenças entre regulamento e lei, não cabe ao primeiro criar em relação a qualquer matéria, toda a inovação na ordem jurídica deve ser feita através do legislativo. Peluso ressalta que o decreto anterior, 3.912/2001, também incorreu no mesmo erro formal, portanto, mesmo com a invalidação do decreto 4.887/2003 por inconstitucionalidade, ele não concede efeitos de revalidação ao decreto anterior.

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, o ministro inicia por desenhar a evolução do quadro normativo existente acerca do tema, pós artigo 68 do ADCT, em âmbito federal, estadual, municipal e internacional. O quadro é extenso e meticuloso, mas para fins deste trabalho destaco apenas dois pontos: o primeiro, em relação à legislação internacional – as constituições da Colômbia, Equador e Nicarágua – o ministro ressalta que nenhuma delas “vai além do

⁷⁶ Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239__Voto.pdf

reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas por aquelas comunidades”, um dos graves erros que Peluso aponta no decreto 4.887/2003.

E, na mesma linha, a incursão que o ministro faz no parecer da subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Parecer SAJ 1.490/2001, que serviu de fundamento para o decreto anterior. Na visão do ministro, esse decreto padece de inconstitucionalidade formal, mas no conteúdo ele permanece circunscrito às intenções do legislador constituinte. Esse parecer defendeu que a Constituição de 1988 apenas reconheceu um direito de propriedade pré-existente decorrente da posse qualificada, centenária, contínua, específica, exercida com ânimo de dono e existente em 5 de outubro de 1988.

O ministro examina, então, os postulados do decreto anterior, para contrastá-los com a acepção tomada no decreto impugnado. Inicia-se pelo destinatário do artigo 68 do ADCT, que de acordo com o decreto 3.912/2001 e com o entendimento do ministro, seriam aqueles que habitavam nos locais conhecidos como quilombos em 8 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição vigente. As gerações descendentes daqueles que, em 1888, se abrigaram nesses locais e lá permaneceram.

Apesar das possibilidades de acepção do termo quilombo, o ministro demarca os requisitos temporais e históricos como os parâmetros centrais do legislador constituinte. Nesse sentido, o entendimento de quilombo constante na Constituição é aquele de conhecimento geral, que aparece nas definições de nossos dicionários de língua portuguesa: local escondido onde se abrigavam escravos fugidos.

O ministro faz um elogio aos trabalhos sobre o tema realizados por juristas e antropólogos, especialmente o estudo feito pela Sociedade Brasileira de Direito Público para a Fundação Palmares⁷⁷, sob a coordenação de Carlos Ary Sundfeld – amplamente utilizado na argumentação da AGU e PGR – que, segundo ele, tem forte carga humanista e consciência social. Mas a modernização do conceito de quilombo feito por esses trabalhos tem natureza metajurídica e não devem ter nenhuma influência na interpretação da Constituição. São muito importantes para

⁷⁷ Comunidades Quilombolas – Direito à Terra, publicado pela Fundação Palmares, em 2002.

o campo das ciências sociais, que não partilham os limites impostos pelo legislador constituinte ao texto constitucional. O artigo 68 do ADCT se refere a uma certa categoria de pessoas e não a todos aqueles que podem, de alguma forma, se abrigar no termo quilombola.

O ministro destaca que a opção do constituinte – e houve debate sobre isso – foi pela expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos” ao invés de “comunidades negras remanescentes dos quilombos”. Essa escolha é prova cabal de que está se falando de indivíduos e não coletivos, o que torna inconstitucional os artigos do decreto 4.887/2003 que garantem o título coletivo e pró-indiviso das terras.

O ministro rebate, ainda, o uso da Convenção nº 169 da OIT no argumento da AGU, pois a adesão a esta foi após a promulgação do decreto e a consciência de que fala a convenção, não só se refere a outras etnias (que não quilombolas), como não significa aquisição de direitos.

A inconstitucionalidade mais flagrante no decreto é quando este versa sobre a desapropriação de terras. Não é possível pensar em justiça social que passe ao largo da Constituição, pois isso geraria a desestabilização da paz social. Sendo a posse secular, as terras quilombolas ou são terras públicas ou, pelo tempo de ocupação, já são terras usucapidas. Portanto, não cabe falar em desapropriação como ocorre no artigo 13 do decreto impugnado.

Esse tipo de desapropriação não se molda em nenhuma das possibilidades previstas em lei, que são a necessidade e utilidade pública e o interesse social. O argumento da defesa de que seria de interesse social, amparado no artigo 216⁷⁸, parágrafo 1º, da Constituição Federal, não se sustenta. Primeiro porque o caso ali apontado, não seria de interesse social e sim de utilidade pública; e segundo, porque nos bens tombados nesses casos, a propriedade é transferida do particular para o público, não podendo ser transferida para outros particulares.

⁷⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...)

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

O ministro argumenta que a usurpação de direitos existente no decreto 4.887/2003 tem incitado conflitos agrários e revoltas. A justiça social, quando passa ao largo da Constituição, desestabiliza a paz social e a segurança jurídica e isso é incompatível com o Estado de Direito. Para ilustrar esse ponto, o ministro traz cinco matérias publicadas na mídia impressa⁷⁹, que tratam da desestabilização social causada por esse decreto. Sendo que uma das matérias é um o direito de resposta a uma outra, também trazida pelo ministro. Segundo Peluso, a resposta demonstra a paixão que alguns pontos de vista despertam em seus defensores.

E, por fim, o ministro critica a legislação vigente, que em sua opinião, tornou o caminho para a titulação tortuoso e perverso, uma vez são mais de 20 etapas a serem concluídas até a obtenção do título de propriedade. Peluso afirma que mesmo as entidades em defesa desses direitos não estão satisfeitas com a atual situação e aponta a insuficiência dos resultados obtidos. A seu ver, as normas instauradas após o Decreto visariam conter os abusos do Decreto que criou expectativas impossíveis de serem cumpridas, o que o ministro considera desastroso. Por isso, fica evidente que o caminho apropriado para resolver essa questão é o legislativo.

3.4.5.

Voto da ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber nasceu em 1948, em Porto Alegre. Formou-se em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde fez um curso de extensão universitária em Processo do Trabalho, em 1974. Foi professora da Faculdade de Direito da PUC-RGS de 1989 a 1990. Ingressou na magistratura em 1976. Em 1991, tornou-se juíza do Tribunal Regional do Trabalho, de onde foi presidente entre 2001 e 2003. Em 2005, foi indicada para o Supremo Tribunal do Trabalho pelo então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Em 2011, foi nomeada pela presidente Dilma Rousseff para o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁹ Jornal O Estado de São Paulo (14/08/2007), Revista Isto É (30/01/2008), Agência Estado (21/11/2010), “A Criação de Quilombos” de Denis Lerrer Rosenfeld em O Globo (8/05/2010) e o direito de resposta a esse artigo, assinado pelas antropólogas Deborah Stucchi, Ângela Maria Batista, Kênia Cristina Martins Alves, Rebeca Campos Ferreira e a procuradora regional da República, Maria Luiza Grabner, publicado por GT RTQ-MG (14/03/2010). O ministro cita o artigo de Rosenfeld publicado no O Globo, o direito de resposta se refere ao mesmo artigo, porém publicado em 15/02/2010 no O Estado de São Paulo.

A ministra Rosa Weber pediu vistas e o julgamento só retornou no dia 25 de março de 2015 com o voto da ministra⁸⁰, que iniciou por declarar que divergia do relator para julgar improcedente a ação do antigo PFL, agora DEM.

Em relação à inconstitucionalidade formal, a ministra defende que este não é o caso, pois o artigo 68 do ADCT trata de “norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário”, dotado, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, o que o torna independente de atuação legislativa, como apontado na petição inicial. O que esse direito fundamental demanda do Estado é a estrutura administrativa para organizar sua fruição.

A ministra destaca, ainda, que às normas constitucionais de eficácia plena devem ser evitadas interpretações que reduzam a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. E, nesses casos, o Estado deve atuar positivamente para atingir o imperativo constitucional – e o melhor caminho nem sempre é a atuação legislativa. Portanto, o decreto 4.887/2003 não violaria o princípio da legalidade e da reserva de lei.

Em relação ao conteúdo da ação, o que o DEM estaria questionando não é a normatividade proposta no decreto, mas as possibilidades hermenêuticas do art. 68 do ADCT considerado em si. A ministra defende que para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, o parâmetro deve ser “a realização do comando constitucional articulado em oposição à sua negativa”, ou seja, uma vez reconhecido que a inviabilização do exercício de um direito fundamental se constitui numa inconstitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade deve significar a “aplicação jurisdicional da Constituição”.

Para analisar a constitucionalidade do uso do critério da auto-atribuição na definição dos remanescentes dos quilombos, contido no artigo 2º § 1º do decreto⁸¹, a ministra faz uma incursão no universo dos remanescentes das comunidades

⁸⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>

⁸¹ “Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades de quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins desse Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade”.

quilombolas, contemplados pelo artigo 68 do ADCT. A contribuição dos quilombolas na formação cultural do Brasil só foi reconhecida com a Constituição de 1988.

Baseando-se na historiografia contemporânea, a ministra traça um quadro que demonstra a presença generalizada dos quilombos no país – em uma heterogeneidade de formatos –, assim como sua relevância social, política e econômica para a sociedade colonial da época. A ministra destaca que, independentemente das características, a formação dos quilombos “retém o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de **luta por reconhecimento**” (grifo da ministra) (p.26). Mesmo que de alguma forma participando social e economicamente na ordem vigente, “os quilombos representavam uma possibilidade de organização social alternativa à ordem escravista” (p.26).

A ministra indaga quem seriam esses remanescentes de comunidades de quilombo, invisíveis até a Constituição de 1988. A resposta, amparada fortemente na história e na antropologia, sublinha a relação dessas comunidades com o seu passado e com algum grau de consciência étnica. A ministra cita a descrição o historiador Dirceu Lindoso:

“comunidades familiares de negros e mulatos, em que dominam com raras exceções, as características somáticas dos afrodescendentes; (...) comunidades ora centradas, e ora esparsas em forma de campesinato; (...) comunidades de afrodescendentes em que varia o grau de consciência de uma cultura quilombola, ora intensa e presente, ora frágil e apagada. Mas, de uma forma ou de outra, as suas origens africanas se fazem presentes por meio de uma consciência étnica.

(...) criaram um grau de consciência de sua procedência quilombola, que (...) se amplia pela continuidade de uma consciência social de origem que é predominantemente africana. É uma consciência que não busca uma volta à África como ideologia de desenraizamento, mas um movimento que busca sua inclusão no espaço da sociedade nacional”⁸²

Para exemplificar a importância da memória na constituição da identidade dessas comunidades, a ministra traz um estudo acadêmico sobre uma comunidade negra rural do estado do Pará⁸³, onde a cultura e o cotidiano desta está calcado em

⁸² Lindoso, D. A Razão Quilombola: estudos em torno do conceito quilombola de nação etnográfica. Maceió: EDUFAL, 2011

⁸³ Funes, Eurípedes A. “Nasci nas Matas, Nunca Tive Senhor” – história e memória dos mocambos do baixo Amazonas. In: Reis, João J., Gomes, Flavio dos S. (orgs.) Liberdade por um Fio: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

suas origens e é a memória dos mais velhos, as histórias passadas de geração em geração, que mantém vivo esse vínculo com o passado e sustenta a identidade coletiva da comunidade.

Rosa Weber aborda, ainda, situações como a doação de terras aos escravos por parte de senhores de engenho, que mesmo não podendo ser definidas como quilombos, guardaram, na realidade, semelhanças que não devem ser ignoradas, uma vez que muitas dessas terras tornaram-se pontos de refúgio para escravos fugidos antes da abolição, e após esta, lugares de abrigo para os afrodescendentes recém-libertos.

Portanto, não é possível determinar um significado puro para o vocábulo quilombo. Ainda assim, quilombo é um fenômeno objetivo dotado de historicidade. Nesse sentido, não se pode dizer que o conceito de quilombo utilizado no art. 68 do ADCT embarque todas as comunidades rurais afrodescendentes, sem que essa tenha qualquer vínculo histórico com esse conceito. Dito isso, é importante frisar que é inútil perseguir um significado puro do conceito de quilombo atribuído pelo legislador constituinte.

Para a ministra, a ação versa muito mais sobre um desacordo hermenêutico entre a administração pública e o autor da ação em relação à interpretação do termo quilombo utilizada para conferir sentido ao art. 68 do ADCT, do que sobre o conteúdo do decreto em si.

Rosa Weber apresenta números levantados em mapeamento do INCRA – que saltaram de 700 comunidades quilombolas conhecidas em 2002 para 3000 em 2012 – que demonstram os efeitos da visibilidade que a Constituição Federal de 1988 proporcionou a essas comunidades. Como ela mesmo coloca:

“Ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das **terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais**, a Constituição brasileira reconhece-os como **unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva**, equiparando a proteção que merecem à dispensada aos povos indígenas” (grifos da autora) (p.32).

A visão da filósofa Nancy Fraser sobre as lutas por reconhecimento – em que redistribuição e reconhecimento são dois vetores da luta por justiça social na

sociedade contemporânea – ajuda a compreender a problemática enfrentada nessa ação.

De acordo com a ministra, a luta dos quilombolas abarca esses dois vetores: no campo do reconhecimento, na questão da determinação da identidade desse grupo, e no campo da redistribuição, na luta pela propriedade definitiva das terras ocupadas. E sob o olhar de uma Constituição “comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais” (p.33), não há como separar essas questões. A ministra cita Fraser para definir a problemática em questão: “a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente”⁸⁴.

É nesse sentido que, longe de ser arbitrário, o critério da auto-atribuição é extremamente coerente com os objetivos expressos em nossa Carta, pois combate o “processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados”. Nas palavras de Fraser reproduzidas pela ministra:

“O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. (...) O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e de produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente, ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas”.

A ministra defende o critério da auto-atribuição, pois negar o direito da pessoa de se identificar como quilombola seria, no limiar, um atentado contra a dignidade humana. Aqueles que usarem de má fé nesse sentido, o direito já tem os meios apropriados para lidar com isso. Ainda, segundo a ministra, esse critério tem a virtude de unir a justiça distributiva, com a concessão dos títulos de propriedade aos remanescentes de quilombo, junto com o reconhecimento e afirmação de sua identidade étnica-cultural. Mais uma vez, a ministra se vale de Fraser para esclarecer esse ponto:

⁸⁴ Fraser, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. In: Cadernos de Campo, v.15, n.14/15, São Paulo: jan-dez 2006, p. 231-9.

“A ‘raça’, como o gênero, é um modo bivalente de coletividade. Por um lado, ela se assemelha à classe, sendo um princípio estrutural da economia política. (...) ela estrutura a divisão dentro do trabalho remunerado, entre as ocupações de baixa remuneração, baixo *status*, enfadonhas, sujas e domésticas, mantidas desproporcionalmente pelas pessoas de cor, e as ocupações de remuneração mais elevada, de maior *status*, de ‘colarinho branco’, profissionais, técnicas e gerenciais, mantidas desproporcionalmente pelos ‘brancos’. (...) atualmente, além disso, a ‘raça’ também estrutura o acesso ao mercado formal, constituindo vastos segmentos da população de cor como subproletariado ou subclasse, degradado e ‘supérfluo’ que não vale pena ser explorado e é totalmente excluído do sistema produtivo. O resultado é uma estrutura econômico-política que engendra modos de exploração, marginalização e privação especificamente marcados pela ‘raça’. (...) Sob esse aspecto, a injustiça racial aparece como uma espécie de injustiça distributiva que clama por compensações redistributivas. De modo muito semelhante à classe, a injustiça racial exige a transformação da economia política para que se elimine a racialização desta. Para eliminar a exploração, marginalização e privação especificamente marcadas pela ‘raça’ é preciso abolir a divisão racial do trabalho – a divisão racial entre trabalho explorável e *supérfluo* e divisão racial dentro do trabalho remunerado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à classe: trata-se de fazer com que a ‘raça’ fique fora do negócio. Se a ‘raça’ não é nada mais que do que uma diferenciação econômico-política, a justiça exige, em suma, que ela seja abolida.

Entretanto, a raça, como o gênero, não é somente econômico-política. Ela também tem dimensões culturais-valorativas, que a inserem no universo do reconhecimento. Assim, a ‘raça’ também abarca elementos mais parecidos com a sexualidade do que com a classe. Um aspecto central do racismo é o (...) racismo cultural: a desqualificação generalizada das coisas codificadas como ‘negras’, ‘pardas’ e ‘amarelas’, paradigmaticamente – mas não só – as pessoas de cor. Esta depreciação se expressa numa (...) sujeição às normas eurocêntricas que fazem com que as pessoas de cor pareçam inferiores ou desviantes e que contribuem para mantê-las em desvantagem mesmo na ausência de qualquer intenção de discriminar; a discriminação atitudinal; a exclusão e/ou marginalização das esferas públicas e centros de decisão; e a negação de direitos legais plenos e proteções igualitárias. Como no caso do gênero, esses danos são injustiças de reconhecimento. Por isso, a lógica do remédio também é conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado.

A ‘raça’ também é, portanto, um modo bivalente de coletividade com uma face econômico-política e uma face cultural-valorativa. (...) Para compensar a injustiça racial, portanto, é preciso mudar a economia política e a cultura. (...) Uma vez que as pessoas de cor sofrem, no mínimo, de dois tipos de injustiça analiticamente distintos, elas necessariamente precisam, no mínimo, de dois tipos de remédios distintos: redistribuição e reconhecimento, que não são facilmente conciliáveis. Enquanto a lógica da redistribuição é acabar com esse negócio de ‘raça’, a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do grupo”.

A recusa da auto-identificação segue a lógica da segregação e não do reconhecimento. A ministra continua a fazer seu argumento trazendo as

Constituições do Equador e da Colômbia, que reconhecem o direito à uma identidade distinta e à propriedade e proteção das terras por eles ocupadas.

A Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, que consagrou a ‘consciência da identidade’ para grupos indígenas e tribais, também é lembrada pela ministra, mas aqui ela faz uma ressalva importante, que visa dar a correta dimensão ao critério da auto-atribuição, afastando a presunção de verdade absoluta inferida na ação do partido Democratas.

Rosa Weber relembra que, pelo Decreto 4.887/2003, a auto-atribuição de uma comunidade como quilombola deve ser atestada e certificada pela Fundação Palmares. Mesmo que o conceito de ‘consciência da própria identidade’ contido na convenção 169 da OIT não decorra de nenhum procedimento de auto-atribuição, e seja um fenômeno subjetivo, ele se refere a um dado passível de ser aferido objetivamente, não estando imune ao controle social que o legitime como verdade. Os mecanismos que atestam essa autodefinição “devem ser compreendidos como meios pelos quais essa consciência de grupo pode ser identificada, aferida e exteriorizada, e não como indutores de uma característica” (p.39).

Entendido dessa maneira, o critério da auto-atribuição cumpre sua função de identificar os destinatários do art. 68 do ADCT. Se, sem algum controle pode levar ao oportunismo, sua supressão impede a concretização de direitos constitucionais. Rosa Weber lembra ainda que a interpretação que dá sentido às normas que protegem direitos fundamentais deve sempre conferir a máxima eficácia possível.

A ministra ressalta que junto ao reconhecimento da identidade, seja ela auto-atribuída ou não, há o critério objetivo exigido pelo texto do art. 68 do ADCT, qual seja, a de que a unidade social, que se reconhece como originária de um quilombo, esteja ocupando de forma continuada suas terras na data da promulgação da Constituição de 1988. Portanto, não há inconstitucionalidade nos critérios de identificação definidos no art. 2º, § 1º, do decreto 4.887/2003.

Tampouco são inconstitucionais os § 2º e 3º, do art. 2º, do decreto impugnado, que tratam da identificação, medição e demarcação das terras levando em consideração os critérios de territorialidade indicados pelos próprios quilombolas. Em sua argumentação, a ministra equipara a ocupação quilombola à ocupação indígena, em que as terras são utilizadas pelo grupo para garantir sua sobrevivência e a reprodução do seu modo de vida.

Rosa Weber cita dois casos de direito internacional⁸⁵, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tratam do reconhecimento da propriedade coletiva das terras ocupadas pelos descendentes dos *maroons* – designação usada por vários países para escravos fugidos que formaram grupos independentes. Em um deles, especificamente, a Corte defende medidas positivas para que “garantam o pleno e igualitário exercício do seu direito aos territórios que tradicionalmente tem utilizado e ocupado”. É nesse sentido que o decreto 4.887/2003 trata da formalização da propriedade coletiva, e não individual, atribuída a unidade sócio-cultural que é a comunidade quilombola.

Segundo a ministra, não há leitura do art. 2º, § 3º⁸⁶ que possa concluir que a demarcação das terras está submetida ao arbítrio dos interessados. Levar em consideração os critérios territoriais da comunidade beneficiada, garantindo sua participação no processo, não significa que esses sejam os únicos parâmetros utilizados e nem que o decreto tenha que se submeter a esses critérios.

Mais uma vez, a ministra reforça a necessidade da evidência de ocupação estável da terra em 5 de outubro de 1988, como essencial à proteção do art. 68 do ADCT, requisito este que consta expressamente no texto constitucional. A data de 13 de maio de 1888 não é metodologicamente viável para a definição dos quilombos. Não é possível saber o momento histórico que a Lei Áurea realmente se tornou de conhecimento público em todo o território nacional. Mesmo assim, não se pode dizer que em certas localidades o regime escravocrata não tenha persistido. A ministra traz pareceres de juristas antropólogos para reforçar a ideia

⁸⁵ *Moiwana vs. Suriname* (2005) e *Saramaka vs. Suriname* (2007)

⁸⁶ “Para a medição e demarcação das terras, serão levadas em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultada à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental”

de que a abolição da escravidão não significou o fim da constituição de quilombos e não interfere na aplicação do art. 68 do ADCT.

No que diz respeito à questão da desapropriação de terras, a ministra não concorda com a interpretação do art. 68 do ADCT que não admite as desapropriações, coordenadas pelo INCRA, para a transferência de terras quilombolas, como proposto no decreto impugnado. Para ela, pelo art. 68 do ADCT, uma vez identificada, reconhecida, delimitada, demarcada e concedida a titulação da terra aos remanescentes das comunidades de quilombo, está formalizado o direito de propriedade como consta no texto constitucional. Como o art. 68 do ADCT contempla direito fundamental, ele tem aplicação imediata, conforme art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988. Dessa forma, o decreto 4.887/2003 está de acordo com a Constituição, ao estabelecer as regras administrativas para dar efetividade prática ao art.68 do ADCT.

Mesmo sendo de caráter transitório, enquanto as normas constantes do ADCT não se efetivam, elas são parte integral do texto constitucional. Por isso, Rosa Weber afirma que é a Constituição que outorga o direito de propriedade das terras ocupadas aos remanescentes das comunidades de quilombo. E o faz tanto para proteger o direito à moradia, quanto o direito à dignidade humana, tendo em vista a relação intrínseca entre o território e a identidade coletiva dos quilombolas. A perda da terra tende a implicar a perda da identidade.

Diferentemente das terras indígenas, em que a Corte assentou que os direitos de propriedade dos índios são preexistentes a qualquer outra titulação, portanto qualquer título de propriedade, de direito adquirido ou escriturado, para não-índios foi anulado e extinto, os direitos de propriedade dos remanescentes de comunidades de quilombos não são preexistentes, portanto faz-se necessário encontrar uma solução para os casos em que as terras ocupadas estejam tituladas a outrem.

A ministra defende que se aplique, no caso dos quilombolas, o instituto da desapropriação por interesse social, constante em nossa Carta e que já estava presente na Constituição de 1946. A lei que define ainda hoje o que seria desapropriação por interesse social, lei 4.504/64, art. 18, alínea “a”, diz: “a

desapropriação por interesse social é aquela que tem por fim, entre outros objetivos, condicionar o uso da terra à sua função social”. E a função social das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos é dada pela própria Constituição, portanto nada se sobrepõe a ela. Nesse sentido, a possibilidade de desapropriação decorre, também, da Constituição.

A interpretação do art. 68 do ADCT como norma que garante direito fundamental de população vulnerável, não se esgota no direito à propriedade, pois é direito cultural fundamental, devendo ser lida em conjunto com o artigo 216, § 1º, da nossa Carta, que autoriza a desapropriação para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Sendo assim, o procedimento de desapropriação e transferência de título de propriedade instaurado com o decreto 4.887/2003 é regular e está adequado ao que demanda o texto constitucional.

Por fim, a ministra responde à crítica do ministro Peluso com relação ao número de procedimentos necessários para a obtenção do título e à insuficiência dos resultados obtidos. “Somente pode ser aperfeiçoado um sistema em funcionamento. A imperfeição dos resultados alcançados por uma política pública – sob prisma outro que não a de sua inconstitucionalidade – requer ajuste e aperfeiçoamento, em absoluto a sua paralização” (p.52).

3.4.6.

Direito autônomo *versus* direito responsivo na Adin 3239

A Adin 3239 traz no cerne duas questões centrais para as ideias desenvolvidas nesse trabalho, o debate sobre identidade e sobre a criação do direito.

A petição inicial da ação proposta pelo DEM (antigo PFL) visa restringir ao máximo o direito às terras quilombolas. A principal estratégia, nesse sentido, é circunscrever a discussão à questão da propriedade, retirando do debate qualquer alusão ao tema das identidades.

O argumento utilizado para questionar o critério da auto-atribuição e da participação dos interessados no processo de demarcação das terras traz embutido uma depreciação da identidade quilombola. Isso porque, nessas situações, a

hipótese provável, na visão do DEM (antigo PFL), é de que haveria abuso tanto na auto-determinação, pela má fé de se dizer remanescente de quilombo sem o ser. Hipótese, na realidade, carregada de certeza, uma vez que o partido afirma que se assim for, realizar-se-á uma “reforma agrária *sui generis*”. O mesmo aconteceria quanto a definição do território a ser titulado, com os interessados incluindo áreas que extrapolam os limites dos quilombos no processo de demarcação. O que a ação infere é que não se deve dar voz aos quilombolas, nada que eles digam tem valor legal.

Já no parecer da AGU, que foi acompanhado pela PGR, a argumentação pela improcedência da ação está centrada, de forma entrelaçada, na defesa da identidade quilombola e numa concepção do direito que pode ser lida à luz do direito responsivo como proposto por Nonet e Selznick (2010).

A defesa que a AGU faz da necessidade do direito de dialogar com outros campos do saber para superar suas limitações e, assim, ser capaz de dar mais eficácia à norma jurídica demonstra, no caso em questão, uma atenção com o contexto social e com os resultados da ação. O diálogo com a antropologia desenvolvido pela AGU tem como objetivo uma atualização do conceito de quilombo que privilegia a noção de identidade, em detrimento de um determinismo histórico que engessaria o conceito e limitaria o alcance da norma.

Em direção oposta ao argumento do DEM, é a noção de identidade que confere sentido ao artigo 68 do ADCT. O objetivo maior da Constituição de 1988, ao garantir o direito à propriedade da terra aos remanescentes de comunidades quilombola, é a preservação de uma etnia, de uma comunidade. Nessa concepção, o território está intrinsecamente ligado à identidade quilombola.

O conceito de quilombo adotado pela AGU – em que a definição do grupo se dá pelos critérios definidos pelo próprio grupo – implica em dar voz aos remanescentes de comunidades quilombolas. Dessa maneira, o critério da auto-atribuição torna-se imprescindível para a definição dos beneficiários do artigo 68 do ADCT.

Toda a argumentação do parecer da AGU está construído de maneira a possibilitar que os fins da norma constitucional, e do decreto impugnado, sejam alcançados.

Em seu voto, o ministro Peluso assume uma postura de contenção em relação à criação do direito, optando por uma leitura restritiva do sentido da lei. A recusa em realizar audiência pública, apesar da demanda, é mais um sinal dessa opção pelo fechamento do direito em si mesmo. Ao afirmar que não há complexidade no tema da ação, o ministro esvazia a relevância da identidade quilombola para a causa em julgamento.

O conceito de quilombo adotado pelo ministro expõe essa recusa em considerar a constituição de uma identidade quilombola, ao adotar a definição do senso comum contida nos dicionários, que associam quilombo, principalmente, à uma localidade, e, somente de forma secundária, ao sujeito escravo. Vai no mesmo sentido a leitura que ministro faz do artigo 68 do ADCT, quando ele descarta a noção de comunidade privilegiando o sentido de individualidade contido na ideia de remanescentes. Portanto, assim como na petição inicial, o direito de propriedade é o cerne da questão no voto do ministro.

Toda a argumentação dos pareceres da AGU e da PGR é dispensada como metajurídica, portanto, externa ao mundo do direito, o que elimina qualquer possibilidade de ser considerada na ação judicial. Essa decisão do ministro se encaixa na concepção de direito autônomo de Nonet e Selznick (2010).

Mas para além da opção por uma atuação nos moldes do direito autônomo, Peluso também demonstra uma certa rejeição do modelo responsivo. De acordo com Nonet e Selznick (2010), uma das características desse modelo de direito é a ênfase nas finalidades das normas. O ministro admite que um dos fins do decreto é a justiça social, porém afirma que esse argumento não pode influenciar sua decisão, porque está convencido da inconstitucionalidade do decreto, como ele mesmo coloca: “é que o nobre pretexto da justiça social, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da paz social, o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar” (p.20).

Em seu voto, a ministra Rosa Weber segue caminho oposto ao do ministro relator, ao considerar o artigo 68 do ADCT como norma constitucional de direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Pode-se afirmar que a ministra opta por uma abordagem responsiva na Adin 3239. Ao evocar o art. 68 do ADCT como direito fundamental, Weber protege os direitos quilombolas de qualquer questionamento face à legislação infraconstitucional, mais ainda, face ao próprio texto constitucional, caso não se trate de colisão com outros direitos fundamentais.

Transformado em direito fundamental a relação das comunidades quilombolas com o Estado se transforma. Como a ministra explica em seu voto, ao invés do direito quilombola depender da atuação legislativa para definir o escopo e a forma com que será usufruído, como direito fundamental ele demanda a tutela do Estado para sua fruição. Tutela por observância, que é a não intervenção do Estado na esfera dos direitos protegidos, e tutela por proteção, o Estado deve agir para proteger os direitos fundamentais contra condutas violadoras de terceiros.

Essa interpretação está orientada pelos fins, quais sejam, a proteção dos quilombolas enquanto grupo étnico-racial minoritário. Isso só é possível porque a ministra coloca a identidade quilombola no centro da questão. Dessa maneira, assim como o parecer da AGU, o tema da identidade sobrepõe a questão da propriedade na interpretação de Rosa Weber do referido artigo.

A ministra fundamenta sua argumentação sobre bases científicas de natureza extrajurídica, a saber, a história, a antropologia e a sociologia. Na contramão do faz Peluso, Rosa Weber recorre à história e à antropologia para ampliar o alcance do conceito de quilombo. Através desses saberes, a ministra desloca o significado do senso comum – utilizado por Peluso – que associa a ideia de quilombo a uma localidade específica, habitada por escravos fugidos, para o de uma cultura, sob a marca da escravidão e da ancestralidade africana, mas que assumiu diversas configurações, dependendo de situações e contextos específicos.

Vale destacar que Weber se mostra ciente de que, potencialmente, essa concepção pode extrapolar os limites da norma, e exerce sua contenção pelo

próprio texto constitucional, ao reforçar o limite temporal contido no artigo, que somente confere a titulação das terras que estivessem ocupadas na data da promulgação da Constituição.

Vale destacar a importância da luta por reconhecimento no entendimento que a ministra forma sobre o conceito:

“Sob qualquer ângulo, é de se enfatizar, a formação dos quilombos, calhambos ou mocambos retém o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de **luta por reconhecimento**” (grifo da ministra) (p.26).

O conceito de reconhecimento é central para a leitura que Rosa Weber faz do artigo 68 do ADCT. Isso porque, ao assegurar a posse da terra aos quilombolas, a Constituição Federal reconhece um segmento populacional que vive, no mais das vezes, em situação de vulnerabilidade, como uma comunidade étnica-racial distinta.

A ministra recorre a teoria do reconhecimento de Nancy Fraser para explicar esse processo e confirmar a constitucionalidade do critério da auto-atribuição. Apesar da centralidade que o tema da identidade tem na argumentação de Rosa Weber, a opção pela concepção de Fraser permite à ministra não mitigar as injustiças econômicas e sociais a que, historicamente, essa população está submetida.

Nessa perspectiva, a ministra pode trazer uma concepção de justiça que atenda às demandas interconectadas de distribuição e reconhecimento. A validação constitucional do critério da auto-atribuição é a chave que conecta essas duas dimensões, porque permite associar a posse da terra à valorização da identidade étnica-racial quilombola.

Não à toa, Weber associa a perda do direito de propriedade no caso dos quilombolas com o risco de aniquilamento da identidade quilombola. Em consonância, com as diretrizes do modelo responsivo de direito, a ministra sobrepõe o princípio da dignidade humana ao direito de propriedade.

Considerações Finais

Este trabalho buscou iluminar as relações entre os fenômenos das identidades, que se tornaram imprescindíveis na organização das lutas sociais pela conquista de direitos, e o da judicialização da política, este bem mais abrangente do que aqui tratado, mas igualmente onipresente nas democracias ocidentais contemporâneas. Mediante um contexto obstaculizado na esfera da política, as lutas sociais encontraram na esfera judicial um novo fórum para suas reivindicações. É certo que os movimentos sociais compreenderam a arena jurídica, especialmente a nossa mais alta Corte, como um espaço estratégico de publicização de demandas e aquisição de direitos.

Importa ressaltar que isso não significa que esses grupos tenham optado por uma via em detrimento da outra. Minha percepção é de que a via judicial se apresenta como um caminho complementar para garantir seus direitos. Essa complementaridade se dá de diversas formas, como é possível perceber apenas pela inserção das questões aqui apresentadas na esfera jurídica. As discussões sobre a política de cotas no ensino superior e a demarcação de terras quilombolas chegaram ao STF pela impugnação dos atos normativos que regulavam essas questões. O tema das uniões homoafetivas veio principalmente pelo Ministério Público, a partir dos grupos de trabalho sobre gênero dentro da instituição. Já a questão dos transgêneros pode ser vista como exemplo da face mais ativista do Poder Judiciário, uma vez que se trata de uma ação individual que ganhou repercussão geral dentro do STF, rompendo inclusive com a jurisprudência do Tribunal, que não prevê repercussão geral em casos que envolvam dano moral.

Dessa pequena descrição sobre as formas como essas questões chegaram ao STF, é possível inferir que a esfera política se mostra mais receptiva ao tema da raça que à temática de gênero. Por certo que a luta do movimento negro tem uma história mais longa do que a do movimento LGBT, com conquistas que ainda são poucas, recentes e, mesmo assim, enfrentam enorme resistência, vide as ações aqui analisadas. Mas também é possível afirmar que, não fosse a via judicial, a população LGBT estaria ainda mais excluída da esfera pública.

Devo esclarecer que a ausência de casos que abordam questões ligadas à identidade das mulheres se deu mais por uma escolha metodológica, já que, diferente dos casos aqui analisados, as ações relacionadas às demandas das mulheres levantadas durante a pesquisa, não fizeram uso explícito da teoria social contemporânea. Porém, isso não quer dizer que eles não tenham rendimento analítico dentro da perspectiva teórica aqui apresentada. Por considerar o papel fundamental do movimento feminista na configuração do tema das identidades na esfera pública, optei, então, por fazer aqui algumas observações acerca dessas ações, pertinentes ao escopo desse trabalho.

Mais importante ainda, essas duas ações tratam do tema do aborto, uma questão urgente, de grande impacto na vida das mulheres (mas não só, é importante lembrar), que persiste em ser relegada ao plano, quase que exclusivo, da moralidade, o que geralmente a coloca como objeto de fácil manipulação nos períodos eleitorais, deixando exposta a um risco considerável grande parte da população feminina desse país. Nesse sentido, qualquer oportunidade de refletir sobre o tema é bem-vinda. As ações levantadas na pesquisa foram a ADPF 54⁸⁷, que trata da antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico, e o Habeas Corpus (HC) 124.306⁸⁸, que concedeu a liberdade aos réus presos pela prática do aborto com consentimento da gestante.

O que pretendo mostrar é a presença do tema da igualdade de gênero, bandeira importante do movimento feminista, no debate dessas ações. A entrada desse tema na discussão sobre o aborto, nos dois casos estudados, me parece algo que deve ser destacado e visto como uma pequena vitória da luta das mulheres. Isso porque essas duas ações não tratam diretamente da questão da descriminalização do aborto. A ADPF 54, em sua petição inicial, frisa que a interrupção da gestação por feto anencefálico não diz respeito à mesma discussão do aborto, que é crime contra a vida. E a concessão do habeas corpus, apesar da prisão ser por prática de aborto, prescinde do tratamento da questão substantiva, porém, o ministro Barroso aproveita o seu voto para fazer uma clara defesa da descriminalização do aborto antes da décima segunda semana de gestação.

⁸⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>

⁸⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

A ADPF 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), questionando os artigos 124, 126, *caput*, 126, I e II, do Código Penal, quando aplicados à situação de mulheres gestantes de feto anencefálico, condição incompatível com a vida extrauterina, proibindo-lhes de efetuar a antecipação terapêutica do parto. Nesses casos, o Código Penal estaria violando os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II) e direito à saúde (arts. 6º, *caput* e 196). A CNTS pedia que o STF procedesse à interpretação conforme a Constituição para declarar a inconstitucionalidade da aplicação dos dispositivos do Código Penal nos casos de gravidez de feto anencefálico, concedendo o direito subjetivo da gestante a se submeter ao procedimento médico adequado.

A ação foi julgada procedente por oito votos a dois, foram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso. Todos os ministros – mesmo aqueles que votaram pela improcedência da ação – tocaram, de alguma maneira, na questão dos direitos da mulher, porém, foi o ministro Celso de Mello que trouxe de forma fundamental o tema da igualdade de gênero, tão caro à luta feminista.

“O movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – buscou, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um novo paradigma cultural, caracterizado pelo reconhecimento e pela afirmação, em favor das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros.

(...)

Dentro desse contexto histórico, a mística feminina, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, teve a virtude, altamente positiva, consideradas as adversidades enfrentadas pela mulher, de significar uma decisiva resposta contemporânea aos gestos de profunda hostilidade, que alimentados por uma irracional sucessão de fundamentalismos – quer os de caráter teológico, quer os de índole política, quer, ainda, os de natureza cultural –, todos eles impregnados da marca da intolerância e que culminaram, em determinada etapa de nosso processo social, por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a em sua inalienável dignidade e marginalizado-a em sua posição de pessoa investida de plenos direitos, em condições de igualdade com qualquer representante de gênero distinto” (p.6-8).

A partir dessas colocações o ministro elenca toda a legislação internacional acerca dos direitos da mulher, que o Brasil subscreve, e que vai servir de base para fundamentar sua decisão pela procedência da ação.

Já no julgamento do habeas corpus, diferentemente do ministro Celso de Mello, que se referiu à igualdade de gênero como uma conquista das mulheres, o ministro Barroso apresenta a igualdade de gênero como um direito violado pela criminalização do aborto. O ministro afirma:

“A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca de sua manutenção ou não” (p.11).

No voto acima, é possível perceber a influência da teoria do reconhecimento na perspectiva de Nancy Fraser sobre a argumentação do ministro. Em seu voto no recurso extraordinário 845.779, o ministro Barroso fez uso explícito do modelo de reconhecimento de Fraser para demonstrar que os transexuais são socialmente discriminados devido aos valores culturais institucionalizados em nossa sociedade, que os impedem de participar em igualdade de condições na esfera pública. Na votação do habeas corpus, Barroso faz uso do mesmo argumento ao denunciar a subordinação e inferiorização da identidade feminina a partir de padrões de valor institucionalizados que colocam o gênero masculino em posição de superioridade em relação ao gênero feminino.

O certo é que as lutas sociais encontraram no Poder Judiciário, especialmente no STF, um novo fórum público para suas demandas e que esse poder encontrou na teoria do reconhecimento uma gramática que facilita a aproximação e o entendimento desse mundo público.

Ainda que numericamente reduzida, a amostra de ações judiciais apresentadas permite inferir que a teoria do reconhecimento surge como uma linguagem mediadora entre o mundo do direito e a sociedade. Os casos tratam de questões de grande relevância social, tanto em relação à capacidade de enfrentarmos o enorme passivo social do nosso passado, quanto a de correspondermos às exigências da contemporaneidade por uma sociedade diversa,

inclusiva e tolerante. Junte-se a isso o fato de que a teoria do reconhecimento é mobilizada não só pelos ministros da Corte, mas também está presente nos pareceres e nas petições iniciais, o que corrobora com essa leitura da teoria social como linguagem de mediação, porque demonstra que há uma adesão a essa gramática que não se limita à cúpula do Poder Judiciário.

Na perspectiva do direito responsivo, a utilização da teoria do reconhecimento faz uma bem-sucedida tradução, para a esfera jurídica, das sanções negativas, morais e sociais que os grupos organizados em torno de uma identidade vivenciam diuturnamente. Essa tradução permite aos operadores do direito realizarem uma atualização do princípio da igualdade, ou seja, através do conceito de reconhecimento esses operadores conseguem dar sentido à ideia de uma igualdade que não ignore as diferenças, igualdade também na dimensão simbólica da vida social.

A partir dos casos analisados, é possível perceber uma maior adesão dos atores jurídicos à concepção de reconhecimento de Fraser. A noção de reconhecimento relacionado à construção de identidades nas concepções de Taylor e de Honneth está presente na argumentação das ações apresentadas neste trabalho, o que demonstra que os operadores do direito também têm familiaridade com essa visão e recorrem a ela quando acham adequado. Porém, a maior presença nessas ações do modelo de status de Fraser, que confere maior visibilidade às questões redistributivas do que os modelos de Taylor e Honneth, pode ser entendida como evidência de que a maior preocupação dos magistrados está em buscar soluções que contribuam para a diminuição do déficit de cidadania do país.

Nesse sentido, e em consonância com a visão de Fraser, entendo que, no Brasil, o que esses grupos, organizados em torno de uma identidade estão reivindicando é o acesso a direitos que estão compreendidos fundamentalmente na chave da cidadania – nos casos analisados, direito à educação, direito à terra, à igualdade de direitos e à inclusão social. Desse modo, a perspectiva de Young, que, substituindo a noção de cultura pela noção de estrutura social, sugere que políticas de identidade são melhor compreendidas como políticas da diferença, se mostra mais adequada para o entendimento das lutas identitárias no país. Isso

porque temos uma sociedade marcada por privilégios e por uma extrema desigualdade na distribuição de recursos e de poder, no qual, apesar das garantias constitucionais formais, não é possível dizer que os valores universais da igualdade e da cidadania tenham realmente se enraizado. Dessa maneira, mesmo quando as diferenças estão mais relacionadas à cultura do que à estrutura, as demandas por reconhecimento cultural, geralmente, são meios de combater a discriminação, a marginalização e a falta de oportunidades.

Portanto, ainda afinada com a visão de Young, defendo que, no Brasil, quando esses grupos organizados em torno de uma identidade lutam por direitos, demandando inclusão e reconhecimento, o que acontece é um engajamento político desses grupos com a sociedade como um todo. Na perspectiva de Young, o debate democrático deve levar em consideração as diferenças estruturais. Quando a inclusão formal que iguala a todos não é suficiente, é necessário dar atenção às relações sociais que diferenciam os sujeitos e condicionam suas experiências e oportunidades. É nesse sentido que os ministros do Supremo associam a ideia de reconhecimento ao princípio da dignidade humana.

Robert Kagan, em sua apresentação do livro de Nonet e Selznick, diz que o aspecto do direito responsivo que a cultura jurídica mais absorveu foi “um estilo de raciocínio jurídico que ultrapassa o mero respeito à regra, e que busca alicerçar o direito e as decisões jurídicas em suas consequências individuais e sociais” (KAGAN, 2010: 34). Nas questões identitárias, a aproximação entre o conceito de reconhecimento e o princípio da dignidade humana, operada pelos atores jurídicos, fornece a ponte necessária entre a racionalidade jurídica e a orientação para os fins, característica do direito responsivo. Essa afinidade entre reconhecimento e o princípio da dignidade humana, núcleo dos direitos fundamentais, mereceria uma investigação mais aprofundada, em um outro trabalho.

Neste trabalho, defendi que a abertura do STF à participação da sociedade civil, através das figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas, ampliam a capacidade da nossa Suprema Corte de atuar responsivamente. Sem abrir mão dessa posição, cabe uma reflexão sobre esse tipo de participação em contraste com as propostas de participação no modelo de direito responsivo de Nonet e Selznick

(2010), para demonstrar que, se é nessa direção que queremos caminhar, ainda há um longo caminho pela frente.

Os autores defendem que num contexto responsivo, de crítica ao modelo de regras e orientado para os fins, é introduzida a ideia de pluralidade que vai significar, principalmente, uma multiplicidade e uma dispersão das fontes do direito. Nesse sentido, “a pluralidade é mais patente quando o papel primordial do direito é emprestar autoridade a arranjos institucionais privados, mas também se manifesta nos mecanismos legislatórios muito diversificados que encontramos na estrutura do governo moderno” (NONET e SELZNICK, 2010: 148-149).

A mais concreta manifestação dessa visão do papel do direito é a *social advocacy*, um tipo de ativismo social que faz do processo legal uma forma alternativa de participação política. A Suprema Corte americana reconheceu esse tipo de ação, legitimando as organizações a iniciarem ações de *social advocacy*, envolvendo a proteção de valores e interesses que não encontram passagem na via da política sob a regra da maioria. Por isso, a *social advocacy* “apela a um direito legítimo, não à vontade política” (NONET e SELZNICK, 2010: 150), assim seu lugar são os tribunais e os órgãos administrativos. Sua participação amplia a capacidade da ordem jurídica de obter informações sobre as questões em discussão, de forma a abranger a estrutura de grupos da sociedade.

“Desse modo, a arena jurídica se torna uma espécie de fórum político e a simples participação nela assume uma dimensão política. Em outras palavras, a ação judicial passa a servir de canal através do qual grupos e organizações podem pautar políticas públicas, e deixa de ser percebida como uma forma de defesa de demandas individuais baseadas em regras” (NONET e SELZNICK, 2010: 149).

Nonet e Selznick defendem, ainda, que essa abertura da esfera jurídica a novos atores renova as instituições do direito. O exemplo usado pelos autores é o da política ambiental, em que a atuação dos ecologistas junto às agências reguladoras foi fundamental para contrabalançar os interesses da indústria e garantir a evolução das políticas de proteção ambiental. Dessa maneira, “a regulação se torna quase auto-administrada, menos dependente de prescrições oficiais impostas” (NONET e SELZNICK, 2010: 151).

Essa ideia expõe as diferenças entre o cenário apresentado pelos autores e o contexto brasileiro. O modelo responsivo de Nonet e Selznick tem como pressuposto uma sociedade robusta, capaz de se organizar em torno de objetivos definidos, de assumir responsabilidades e construir soluções no debate coletivo. Para isso, os autores afirmam a necessidade de um contexto em que a racionalidade seja um valor indiscutível. Racionalidade referida à noção weberiana da burocracia racional-legal como garantia contra a arbitrariedade do processo decisório, que busca bloquear influências pessoais, a corrupção e a manipulação política. No Brasil, ainda estamos longe de poder afirmar essa racionalidade como um valor indiscutível.

Portanto, se é possível pensar que a participação como *amicus curiae* e/ou em audiências públicas nas ações no STF tem o potencial de tornar essa arena jurídica um fórum político, ao trazer para o debate novos, e conflitantes, pontos de vista sobre a construção de políticas públicas no país, também é possível perceber que ela está longe de ter a relevância social e política que a *social advocacy* tem no contexto americano. Isso porque a *social advocacy* requer uma mobilização social mais ampla, que funciona como o motor da ação judicial, enquanto *amicus curiae* e audiência pública acontecem no vértice do sistema judiciário, o que significa que sua repercussão, em termos de engajamento da sociedade, será sempre mais limitada.

Vale, ainda, reforçar a perspectiva de Habermas de que são os procedimentos políticos e legais institucionalizados, numa ordem democrática, que permitem que os fluxos comunicativos do mundo da vida cheguem às instâncias decisórias. Em consonância com Nonet e Selznick, a ênfase de Habermas é na capacidade da sociedade civil de pautar essas instâncias, pressionar e apontar direções, contribuindo para a solução de problemas.

O direito responsivo só pode se concretizar numa sociedade democrática, dotada dessas capacidades apontadas por Habermas. O modelo de Nonet e Selznick pressupõe esse tipo de sociedade num contexto político favorável (duas características que não estão disponíveis nesse momento). Vale trazer a advertência de Kagan:

“O aspecto mais ambicioso do direito responsivo, porém, imagina “domar parcialmente a política” recorrendo à participação legalmente estruturada e à consideração madura sobre o direito e a política pública, sob a orientação da pesquisa social racional e de valores jurídicos. Para institucionalizar essa concepção ambiciosa, talvez seja necessário um grau considerável de consenso sobre quais valores e quais demandas deveriam receber prioridade, além de instituições políticas e jurídicas dotadas de suficiente autoridade para fazer com que as decisões tenham continuidade” (KAGAN, 2010: 34)

A tese suscita uma reflexão necessária sobre a relação entre direito e política, especialmente no Brasil. A Constituição de 1988 preparou um terreno fértil para uma atuação mais responsiva do Poder Judiciário, conferindo um protagonismo inédito a esse poder na construção de uma ordem social mais justa e democrática no nosso país. O país vinha de um longo período autoritário, havia uma falta de confiança na capacidade da esfera política de responder aos anseios represados de uma sociedade diversa e desigual. Naquele momento, o Poder Judiciário se apresentava como uma instância sólida e confiável, capaz de guiar o país na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Houve avanços importantes nesses quase trinta anos de democracia no Brasil e, sem dúvida, o Poder Judiciário teve um papel importante nesse tempo, como demonstrado aqui. Porém, nos encontramos agora numa espécie de encruzilhada, em que parece que velhos fantasmas, que acreditávamos já desencarnados, voltam a nos rondar.

Tudo isso para dizer que há um descompasso entre o país que essa tese esboça e o que agora vivemos. Nesse sentido, vale lembrar as advertências de Nonet e Selznick acerca do direito responsivo como “um ideal precário cuja concretização e desejabilidade são historicamente contingentes” (2010: 172). E, mais do que isso, “o direito responsivo pressupõe uma sociedade dotada de capacidade política suficiente para enfrentar seus problemas, definir prioridades e estabelecer os compromissos necessários” (2010: 170).

Portanto, a democracia política é o vetor fundamental dessa equação, é ela que pode sustentar as tensões inerentes à essa maior permeabilidade da fronteira entre direito e política característica do modelo responsivo. No atual momento, o que vemos é o apagar dessas fronteiras com o direito se confundindo cada vez

mais com a política e, em decorrência disso, deixando cada vez mais à mostra sua face repressiva.

É certo que a política está rebaixada por seus próprios vícios, mas também não é sem propósito afirmar que há uma pressão incessante da esfera jurídica sobre o mundo da política, que contaminada por interesses espúrios se torna uma via árida para a democracia. Mas de qualquer maneira, essa é a via que temos e que devemos percorrer.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Eloisa Machado de. Sociedade Civil e Democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. *Dissertación (Master)* – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ARRUTI, José Mauricio. A emergência dos "remanescentes": notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. In: *Mana*, v. 3, n. 2, 1997.

AVRITZER, Leonardo e MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 15, setembro-dezembro, Brasília, 2014, pp.69-94.

AVRITZER, Leonardo, & COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. In: *Dados Revista de Ciências Sociais*, v.50, nº2, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, 2012b.

_____. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf, 2012ª.

_____. *Temas de Direito Constitucional Tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003a.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, vol. 6, nº 23, 2003b.

BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CAILLÉ, Alain. Reconhecimento e Sociologia. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.33, nº66, 2008.

CALHOUN, Craig. *Social theory and the politics of identity*. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1999.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Vianna, L. W. (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Editora UFMG, 2002.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos. In: Tempo, 2007.

FACCHINI, Regina. Histórico da luta de LGBT no Brasil. *Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região, organizador. Psicologia e diversidade sexual*. São Paulo: CRPSP, 2011.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 88, 2013.

FIGUEIREDO, André Videira de. *O Caminho Quilombola: sociologia jurídica do reconhecimento étnico*. Curitiba: Editora Appris, 2011.

FRASER, Nancy. Redistribuição ou reconhecimento? Classe e status na sociedade contemporânea. IN: *Interseções*. Ano 4, No 1, 2002.

_____. Reframing Justice in a Globalizing World. In: *New Left Review*, november-december 2005.

_____. Rethinking the public sphere. In: *Justice Interrupts – Critical reflections on the “postsocialist” condition*. New York: Routledge, 1997.

_____. Social Justice in the Age of Identity Politics. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. Verso, 2003.

GADEA, Carlos A.; SCHERER-WARREN, Ilse. A contribuição de Alain Touraine para o debate sobre sujeito e democracia latino-americanos. *Revista de Sociologia e Política*, (25), 39, 2005.

GAY, Antonia; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. Movimento Negro e a Luta por Direitos: A Participação na ANC e as Conquistas na Constituição Federal Brasileira. In: ROLIM, R. R.; NOVAES, A. M. C.; ROCHA, L. S. *Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, 50(199), 303-320, 2013.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

_____. Quem precisa de identidade. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Editora 34, São Paulo, 2003a.

_____. Redistribution as Recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003b.

JORGE, Amanda Lacerda. O Movimento Social Quilombola: considerações sobre sua origem e trajetória. In: *Vértices*, v.17, n.3, 2015.

KAGAN, Robert. Introdução à edição da Transaction Publishers. In: Nonet, P.; Selznick, P. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

LEITE, Ilka Boaventura. Os quilombos e a Constituição Brasileira. In: Oliven, R.; Ridenti, M.; Brandão, G. M. *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.

MARONA, Marjorie Corrêa; da ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, 25(62), 2017.

MATTOS, Patricia. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*, Editora Annablumme, São Paulo, 2006.

MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente; Movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. Um objetivo para os movimentos sociais? *Lua Nova: revista de Cultura e política*, 17, 1989.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. A dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 24, n.70, 2009a.

_____. *Reconhecimento e Deliberação: a luta das pessoas atingidas pela hanseníase em diferentes âmbitos interacionais*. Tese de doutoramento, 2009b.

MINOW, Martha. *Making all the difference: Inclusion, exclusion, and American law*. Cornell University Press, 1990.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de pesquisa*, nº 117, 2002.

MOTT, Luiz. ABC das Paradas Gays: cartilha com informações úteis de como potencializar as paradas GLBTs. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/port/paradasabc.php>

NOBRE, Marcos. Apresentação. In: Honneth, A. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Editora 34, São Paulo, 2003.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da Política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. In: *Novos Estudos-CEBRAP*, nº 91, 2011.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

O'DWYER, Eiane Cantarino. Terra de Quilombo no Brasil: direitos territoriais em construção. In: *Ariús – Revista de Ciências Humanas e Artes*, v.14, nº1/2, 2008.

PAIVA, A. Apresentação. In: *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*, Editora Annablumme, São Paulo, 2006.

PINTO, Celi Regina Jardim. Notas sobre a Controvérsia Fraser-Honneth informada pelo Cenário Brasileiro. In: *Lua Nova*, nº 74, 2008.

PIRES, Thula *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. 2013. 323 f. 2013. PhD Thesis. Tese (Doutorado em Direito Constitucional e Teoria do Estado). Orientadora: Gisele Cittadino. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RADOMYSLER, Clio Nudel. STF: um espaço de luta do movimento negro. In: *Revista Direito e Práxis*, 4(6), 2013.

REZENDE, Wagner Silveira. (2010). O STF como elite política a partir das práticas decisórias: o papel da argumentação. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, 1(2).

_____. As relações entre direito, política e sociedade: retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Tese de doutorado pela Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo A Desintegração do Status Quo: direito e as lutas sociais. In: *Novos Estudos-CEBRAP*, nº 96, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, 2008.

SAFATLE, Vladimir. Por um Conceito “Antipredicativo” de Reconhecimento. In: *Lua Nova*, nº 94, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice- o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Cidadania e direitos sexuais um estudo comparativo do reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na África do Sul. Tese de doutorado em ciência política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo?: o impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, 13(1), 2017.

SOUZA, Bárbara Oliveira. Movimento Quilombola: Reflexões sobre seus aspectos político-organizativos e identitários. *Artigo apresentado na 26a Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias, 1, 2002*.

SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e Subcidadania, ou o que é “ser gente”? In: *Lua Nova*, nº59, 2003.

_____. *A Invisibilidade da Desigualdade Brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O Futuro da República e o novo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 64, out.-dez. 2009.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In; *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Dados Revista de Ciências Sociais*, v.50, nº2, 2007.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Editora Vozes, Petrópolis, 2006.

TULLY, James. Struggles over Recognition and Distribution. In: *Constellations*, volume 7, nº 4, 2000.

VERONESE, Marília; BARBOZA, Luiz Felipe Lacerda. O sujeito e o indivíduo na perspectiva de Alain Touraine. *Sociedade e Cultura*, v. 14, n. 2, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete Anos de Judicialização da Política. In: *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol.19, nº2, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel. Palacios; e BURGOS, Marcelo. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; EISENBERG, José. Apresentação à edição brasileira. In: *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, julho-dezembro, 2008.

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