

Teorias dialógicas, minorias e pluralismo: uma reflexão com fundamento na filosofia constitucional do reconhecimento

Dialogic Theories, Minorities and Pluralism: a reflection based on the Constitutional Philosophy of Recognition

Maria Eugenia Bunchaft¹

Universidade Estácio de Sá, ESTACIO-RJ/Brasil
bunchaftmaria1@gmail.com

Eduardo Ribeiro Moreira²

Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ/Brasil
eduardomoreira@terra.com.br

Resumo

A estratégia teórica de articular as reflexões sobre a *Filosofia do Reconhecimento* à *Teoria da Constituição* é um dos pilares fundamentais de um novo ramo do Direito denominado *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. O trabalho investiga o voto do ministro Barroso na ADPF 527 com base em uma estratégia que aposta na relação de complementaridade entre teorias dialógicas e métodos interseccionais à luz da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. A *Filosofia do Reconhecimento* e a *Teoria da Constituição* possuem um substrato conceitual comum: o desafio do pluralismo, que marca sociedades multiculturais, e a necessidade de uma jurisdição constitucional que efetive direitos fundamentais de minorias vulneráveis. Portanto, o problema de pesquisa consiste no questionamento: como se expressou a relação entre estratégia dialógica e métodos interseccionais no voto do Ministro Barroso na ADPF 527? Considerando as contribuições da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*, sustenta-se a hipótese de que o voto do Ministro Barroso na

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutorado em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bolsista de Pós-Doutorado Sênior da FAPERJ. ORCID: 0000-0002-5290-260X. Av. Presidente Vargas, 642, 22 andar, Centro, 20071-001, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

² Professor Associado de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma Instituição. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP) e em Filosofia Prática (IFCS-UFRJ). Livre Docente em Direito Constitucional pela USP. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Rua Moncorvino Filho, 8, Térreo, Centro, CEP 20211-340, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

ADPF 527, direcionado à efetivação de direitos fundamentais de grupos subalternizados, não foi capaz de articular o comportamento dialógico entre os Poderes a uma linguagem interseccional. Utiliza-se o método monográfico. A técnica de pesquisa é a documentação indireta, realizada por meio de consulta bibliográfica aos marcos teóricos de Post, Siegel, Habermas, Taylor e de outros autores. Utiliza-se a pesquisa documental.

Palavras-chave: Filosofia Constitucional do Reconhecimento; minorias, teorias dialógicas.

Abstract

The theoretical strategy of articulating reflections on the *Philosophy of Recognition* to the Theory of Constitution is one of the fundamental pillars of a new branch of a Law called Constitutional Philosophy of Recognition. The work investigates the Justice Barroso's ruling on the ADPF 527 based on a strategy that bets on the complementary relationship between dialogic theories and intersectional methods in the light of the *Constitutional Philosophy of Recognition*. The Philosophy of Recognition and the Theory of Constitution have a common conceptual substrate: the challenge of pluralism, which marks multicultural societies and the need for a constitutional jurisdiction that enforces fundamental rights of vulnerable minorities. Therefore, the research problem consists in questioning: how was the relationship between dialogical strategy and intersectional methods in the Barroso's vote on the ADPF 527 expressed? Considering the contributions of the *Constitutional Philosophy of Recognition*, the hypothesis is that the Barroso's vote on the ADPF 527 was not able to articulate the dialogical behavior between the powers to an intersectional language. The monographic method is used. The research technique is indirect documentation through bibliographic consultation of theoretical frameworks. by Post, Siegel, Habermas, Taylor and from other authors. The documentary research is used.

Keywords: Constitutional philosophy of recognition; minorities; dialogical theories.

Introdução

A estratégia de articular a reflexões sobre a *Filosofia do Reconhecimento* à *Teoria da Constituição* constitui um dos pilares fundamentais de um novo ramo do Direito denominado *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. De um lado, a tarefa de responder à problemática decorrente da multiplicidade de concepções de vida digna, que frequentemente entram em rota de colisão em sociedades pluralistas, representa uma das propostas fundamentais da concepção de patriotismo constitucional, tão cara à *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*.

De outro lado, conglobando o tema do patriotismo constitucional, defendido por Habermas (1994), a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* sustenta como ideia central a tese do filósofo de que a herança republicana só pode ser salva à medida que os cidadãos e as minorias participam ativamente de processos deliberativos, identificando-se com um projeto constitucional compartilhado.

Nesse contexto, o papel da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* é indagar se determinadas epistemologias que estabelecem a prioridade da vida boa sobre o justo em contraposição a um relativismo ético de visões particulares de mundo, são coerentes com a complexidade das sociedades pluralistas. É possível delinear uma Teoria da Justiça que seja sensível às reivindicações identitárias de uma sociedade multicultural? Outrossim, a *Filosofia do Reconhecimento* e a *Teoria da Constituição* possuem um substrato conceitual comum: o desafio do pluralismo, que marca sociedades multiculturais, e a necessidade de uma jurisdição constitucional que efetive direitos fundamentais de minorias vulneráveis.

Diante do exposto, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* atua como instrumento teórico de crítica social que pode ajudar a dar voz aos excluídos, desconstruindo assimetrias de poder, inclusive por meio da jurisdição constitucional. Para tal empreendimento, assume especial relevância a utilização de métodos interseccionais pelas Cortes constitucionais. Analisando o tema, Fraser (2013c) reitera ser fundamental analisar os diferentes resultados, impactos e formas de subordinação de *status* que incidem sobre indivíduos situados em diferentes contextos sociais historicamente específicos.

Portanto, o tema do presente trabalho é a análise da relação de complementaridade entre teorias dialógicas e métodos interseccionais. Dentre as teorias dialógicas mais relevantes, destaca-se a estratégia de Post e Siegel, teóricos do *Constitucionalismo Democrático*, que negam tanto a tirania majoritária como a supremacia judicial. O *Constitucionalismo Democrático* propugna compatibilizar uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* legitimidade democrática da ordem constitucional. Post e Siegel (2007, p. 373-433) reiteram que o *backlash* expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei. Especificamente na cultura jurídica brasileira, destaca-se, como estratégia de adoção de um comportamento dialógico, o voto do Ministro-relator Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 527.

A ADPF 527 foi proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, reivindicando a transferência de transexuais mulheres para presídios femininos. Após aditamento da inicial, requereu que se concedesse a oportunidade de opção pelo cumprimento em presídio feminino ou masculino às travestis identificadas com o gênero feminino.

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar o voto do Ministro Barroso no deferimento parcial da medida cautelar na ADPF 527 (BRASIL, 2019) e no julgamento proferido em 2021 (BRASIL, 2021) à luz da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*.

Sustentam-se os seguintes objetivos específicos:

1. Compreender a relação entre a concepção de patriotismo constitucional habermasiana e a perspectiva procedimental das Cortes Constitucionais à luz das contribuições da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*;
2. mapear o embate teórico entre teorias substancialistas e procedimentalistas concernentes ao papel da jurisdição constitucional e sua relação com o desacordo moral razoável em sociedades pluralistas;
3. analisar o tema das teorias interseccionais nas perspectivas de Crenshaw e Fraser à luz da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*;
4. investigar o papel das teorias dos diálogos constitucionais na efetivação dos direitos de minorias e sua complementaridade com metodologias interseccionais;
5. compreender criticamente o voto do Ministro-relator Luis Roberto Barroso tanto como no deferimento parcial da cautelar na ADPF 527 (BRASIL, 2019) como no julgamento final (BRASIL, 2021) e a necessidade de uma complementaridade entre o comportamento dialógico invocado pelo Ministro e uma abertura a métodos interseccionais.

De um lado, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* representa uma nova área de investigação teórica do Direito atenta às articulações conceituais entre *Teoria da Constituição* e *Filosofia do Reconhecimento*, que revela sensibilidade para temáticas como patriotismo constitucional, pluralismo e minorias.

De outro lado, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* também propugna investigar um dos temas mais discutidos no âmbito da *Teoria Constitucional*: os limites e a amplitude de atuação da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais de grupos subalternizados em sociedades periféricas que passaram por processos recentes de desdemocratização. Nesse ponto, o estudo de teorias dialógicas é fundamental, pois, há indícios de que estas revelam alcance teórico para efetivar direitos de minorias vulneráveis em sociedades plurais. Especificamente na cultura jurídica brasileira, elenca-se como exemplo da tentativa de adoção de um comportamento dialógico, o voto do Ministro Barroso no julgamento da ADPF 527 pelo STF (BRASIL, 2021; BRASIL, 2019).

Portanto, o principal problema do presente trabalho consiste no questionamento: como se expressou a relação entre a estratégia dialógica invocada pelo Ministro Barroso tanto no julgamento final da ADPF 527 (BRASIL, 2021) como no deferimento parcial da cautelar (BRASIL, 2019) e a utilização (ou não) de métodos interseccionais? O problema de pesquisa secundário indaga: em que medida a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* pode contribuir para empoderar sujeitos invisibilizados?

Sustenta-se a seguinte hipótese principal: considerando as contribuições da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*, o voto do Ministro Barroso no julgamento da ADPF 527 e no deferimento parcial do pedido cautelar, embora direcionado à efetivação de direitos fundamentais de grupos subalternizados, não foi capaz de articular o comportamento dialógico do STF à utilização de uma linguagem interseccional. Como hipótese secundária, defende-se que *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* pode contribuir para empoderar sujeitos invisibilizados por meio da concepção habermasiana de patriotismo constitucional, da interpretação procedimental pelas Cortes constitucionais, assim como de diálogos

constitucionais robustos entre os Poderes e destes com os movimentos sociais, incorporando uma abertura aos métodos interseccionais.

Sob esse prisma, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* funciona como uma literatura de minorias e como um elemento estruturante de crítica social que se contrapõe à invisibilização e ao silenciamento de identidades minoritárias. Essas serão temáticas analisadas ao longo do texto.

O trabalho usa o método monográfico, pois elenca e analisa como expressão da tentativa de promoção de estratégias dialógicas, o voto do Ministro Barroso no julgamento principal da ADPF 527 e no deferimento parcial de seu pedido cautelar. Utiliza-se pesquisa documental, que abarca breve análise do voto do Ministro Barroso no referido julgamento. Utiliza-se como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio de consulta bibliográfica aos marcos teóricos de Post, Siegel, Habermas, Ely, Waldron e de demais autores relevantes para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*.

Feitas essas considerações, o item seguinte analisa a concepção de patriotismo constitucional.

O conceito de patriotismo constitucional

De início, é premente lecionar que o tema do patriotismo constitucional surgiu no contexto alemão-ocidental do *Historikerstreit*, consistindo na controvérsia sobre o processo de reconstrução da identidade nacional da República Federal da Alemanha, após o nazismo. O Estado Nacional Socialista foi substituído pela emergência da democracia constitucional, tendo sido objeto de controvérsia, entre intelectuais alemães, a relação entre consciência histórica e identidade alemã. Foi Jürgen Habermas (1994, p. 13) quem promoveu o debate político, contrapondo-se neo-historicismo e sua tentativa de, após Auschwitz, trivializar o significado histórico do Holocausto.

No Debate dos Historiadores, durante a metade da década de oitenta, Habermas (1994) adota o conceito de patriotismo constitucional, contrapondo-se a alguns historiadores conservadores que propagavam interpretações revisionistas que relativizavam o passado nazista. Assim, o patriotismo constitucional alemão significou uma apropriação crítica da própria história, estabelecendo uma democracia constitucional ancorada em princípios universalistas, com potencialidade de inspirar adesão emotiva dos cidadãos. Com base em Dolf Sternberger, o autor alemão (HABERMAS, 1994) delineou o conceito de patriotismo constitucional como uma estratégia conceitual capaz de estabelecer uma forma mais aprimorada de identificação política dos cidadãos a uma ordem ancorada em princípios constitucionais

Nesse quadro teórico, no final da década de setenta, Dolf Sternberger (2001, p. 85) sustentou que a Lei Fundamental Alemã teve a virtude de transformar os sentimentos dos cidadãos alemães, suscitando admiração e respeito entre a população e contribuindo para o desenvolvimento de um segundo patriotismo fundado politicamente na Constituição. Com efeito, o texto constitucional tem inspirado uma nova forma de identidade coletiva, pluralista

e integradora, capaz de aglutinar a sociedade alemã, traumatizada pela barbárie do nazismo, em torno da tarefa de construir uma cultura política democrática.

Para Habermas, a cidadania perdeu o sentido de pertencimento a uma comunidade cultural, e a herança republicana só pode ser salva na medida em que os cidadãos participem ativamente do processo político e se identifiquem com um projeto constitucional compartilhado. Em sociedades pluralistas, uma cultura política, cristalizada em torno de um projeto constitucional, pode assegurar uma coesão política e um grau de integração social capaz de transcender os vínculos baseados em língua, em cultura e em etnia.

Com efeito, o patriotismo constitucional de Habermas tenta estabelecer uma comunidade política na base de um universalismo normativo. Nessa abordagem teórica, contrapondo-se à perspectiva habermasiana, os nacionalistas cívicos consideram a nação como o substrato fundamental da identidade política, uma vez que a distinção entre integração política e integração cultural seria equivocada. Não obstante a relevância de princípios universais, duvidam que estes possam criar laços sociais relativamente estáveis e capazes de suscitar um genuíno apego à Constituição.³

Portanto, a grande virtude da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* consiste em desvelar a relevância do comportamento dialógico dos poderes na interpretação constitucional direcionada à efetivação de direitos fundamentais de grupos subalternizados. Somente por meio dos embates interpretativos em torno do texto constitucional e da assunção recíproca de perspectivas discursivamente estruturada é possível aprofundar o potencial racionalizador do debate democrático tanto no plano da interpretação constitucional como no domínio da democracia deliberativa.

Como já se afirmou, um dos desafios da *Filosofia constitucional do Reconhecimento* é: como teorizar uma compreensão procedimental da Constituição que seja sensível às reivindicações identitárias de uma sociedade multicultural? Em face desse desafio, de um lado, cabe à *Filosofia constitucional do Reconhecimento* encontrar os caminhos para analisar se efetivamente a concepção de patriotismo constitucional pode inspirar uma efetiva adesão dos cidadãos ao ideário constitucional por meio de um universalismo dos direitos humanos que congloba uma sensibilidade inclusiva à diversidade. Em suma, os princípios constitucionais universais passam a ser interpretados à luz de singularidades culturais específicas.

De outro lado, a *Filosofia constitucional do Reconhecimento* enfrenta o segundo desafio decorrente da necessidade de encontrar estratégias de concretização deontológica dos direitos de minorias nas Cortes Constitucionais. Apesar da dimensão criativa da Corte Constitucional, nas ponderações de Habermas, essa postura interpretativa não pode colocar em risco a separação de poderes. Nas reflexões de Habermas (2003, p. 316), princípios dizem respeito ao discurso moral e possuem um sentido deontológico. Valores “expressam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros”. A validade deontológica de princípios possui “sentido absoluto de uma obrigação

³ Críticos do patriotismo constitucional, como Margaret Canovan (2000, p. 413-432), têm a preocupação de que o espírito cosmopolita do conceito termine por desconsiderar lealdades particulares e identidades concretas dos sujeitos que os unem como compatriotas. A oposição à ideia de patriotismo constitucional deriva da preocupação de que ele desconsidere a diversidade de identidades particulares que lhe são anteriores.

incondicional e universal: o que pretende ser igualmente bom para todos” (HABERMAS, 2003, p. 316).

Nesse cenário, assumindo a defesa da perspectiva procedimental habermasiana contraposta àquela proposta pelos adeptos do ativismo judicial, Gisele Cittadino (2020, p. 221) adverte enfaticamente que as Cortes Constitucionais apenas devem proferir decisões deontológicas pautadas por princípios, as quais rompem com uma perspectiva teleológica pressuposta pela lógica da ponderação de valores e de bens coletivos.

Em passagem conclusiva, Cittadino (2020, p. 221) assevera que “Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados”, desconhece, “não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e de poder administrativo”. Habermas (2003, p. 316) elucida que o papel do *judicial review* consiste em reforçar o processo de formação da vontade democrática.

Nas reflexões de Cittadino (2020, p. 221), é papel das Cortes constitucionais resguardar a gênese democrática do direito por meio de uma interpretação deontológica e procedimental dos direitos fundamentais. A defesa habermasiana do controle de constitucionalidade em uma perspectiva procedimental fundamenta-se no nexo conceitual entre Estado de Direito e democracia. De um lado, a partir da tese habermasiana da cooriginariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada, percebe-se que os direitos fundamentais dos cidadãos resultam de um processo democrático de autolegislação no qual os indivíduos são autores e destinatários destes mesmos direitos. De outro lado, compreende-se a conexão entre a própria concepção de patriotismo constitucional e a interpretação procedimental das Cortes constitucionais em um contexto de pluralismo, pois estas devem ser sensíveis às práticas dialógicas de adesão e de interpretação dos cidadãos ao ideário constitucional.

Sob esse prisma, assume especial relevância para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* o embate teórico entre procedimentalismo e substancialismo.

O embate teórico entre teorias procedimentalistas e substancialistas

Uma das possibilidades de articulação entre os elementos da *Teoria da Justiça*, da *Teoria da Constituição* e da *Teoria do Reconhecimento* consiste no debate entre procedimentalistas e substancialistas, o qual assume papel de destaque para uma estratégia que incorpora o estudo das teorias dos diálogos constitucionais no âmbito da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Nesse aspecto, o debate entre teorias deontológicas, que afirmam a primazia do justo sobre a vida boa, e teorias teleológicas têm como reflexo o embate teórico entre perspectivas procedimentais e substancialistas de jurisdição constitucional. Perspectivas procedimentais vinculam-se, não apenas, à afirmação da prioridade do estabelecimento de direitos universais em relação a objetivos coletivos, mas também possuem reflexos no debate em relação ao papel da jurisdição constitucional, especificamente no que concerne à contraposição a propostas substancialistas.

De um lado, a prioridade do justo sobre a concepção de vida boa reflete-se na primazia da institucionalização de procedimentos para resolução do desacordo moral razoável que marca as sociedades pluralistas, em contraposição a perspectivas substancialistas de jurisdição constitucional. Em verdade, a existência de um desacordo razoável acerca de concepções de vida digna como um elemento intrínseco a sociedades pluralistas, para alguns autores, torna necessária uma perspectiva procedimental de atuação judicial, de forma que questões morais controvertidas devem ser resolvidas pelos representantes legitimamente eleitos.

Historicamente, a ênfase na supremacia legislativa para resolução de questões morais controvertidas originou-se com a consagração do sistema de controle de constitucionalidade francês, que surgiu a partir da Constituição da V República da França de 1958. Seguindo a matriz francesa, influenciada pelo pensamento de Rousseau, o Poder Judiciário não assumia o papel de órgão de controle, pois existe um órgão político, que é o Conselho Constitucional, o qual realiza o controle prévio sobre lei ou ato normativo, ou seja, antes destes entrarem em vigor. Apesar da continuidade do controle político exercido pelo Conselho Constitucional, em razão da Reforma Constitucional de 2008, a França passou a incorporar a possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato, que oportuniza ao Conselho de Estado e à Corte de Cassação invocar a exceção de inconstitucionalidade perante o Conselho Constitucional.

Diferentemente, na matriz norte-americana, prevaleceu a doutrina da supremacia da Constituição a partir do caso *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), de modo que o controle de constitucionalidade de atos normativos surgiu historicamente na modalidade de controle difuso, ou seja, o controle passou a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Diferentemente, percebe-se que, na matriz francesa, o controle político surgiu em decorrência da influência do pensamento rousseuniano, que pressupõe a lei como expressão da soberania popular. O radicalismo populista pressupõe que a tomada de decisões imparciais ou moralmente corretas se estabelece a partir da opinião das maiorias (GARGARELLA, 2012, p. 45). Indubitavelmente, um dos autores mais proeminentes que influenciaram o radicalismo populista foi Rousseau (1978), o qual pressupõe que uma decisão correta reflete a vontade geral do povo.

Já o elitismo epistemológico pressupõe que haveria uma tendência das maiorias de atuar segundo uma lógica da irracionalidade e das paixões. Os dirigentes norte-americanos reiteravam “que na política também existiam certas verdades evidentes, vinculadas aos reais interesses da nação, que não podiam ser conhecidas por todos” (GARGARELLA, 2012, p. 45). Com base no argumento da existência de princípios autoevidentes, Hamilton e os Federalistas sustentam a defesa de um governo nacional capaz de impor impostos. Portanto, a premissa fundamental do elitismo epistemológico era a de que a maioria dos cidadãos possuía dificuldades para compreender os reais interesses da nação.

Em contrapartida, nos Estados Unidos, o populismo radical influenciou a atuação dos Antifederalistas. Thomas Jefferson e os Antifederalistas adotavam uma concepção mais compatível com o princípio democrático, defendendo que o governo republicano se submete ao controle democrático pelo exercício da cidadania. A ideia sustentada pelos escritos dos Antifederalistas era a de que um bom governo não deveria partir da complicada engenharia dos freios e contrapesos, mas se daria a partir de uma separação estreita dos poderes estatais

e de um efetivo controle democrático dos representantes pela expressão da cidadania. No entanto, mesmo criticando a supremacia do Poder Judiciário, não defendiam a desnecessidade do *judicial review*.

Os Antifederalistas afirmavam a necessidade de se acrescentar à Constituição o denominado *Bill of Rights*, o qual foi introduzido no texto constitucional por meio das dez primeiras emendas em 1791. Estas consagravam direitos individuais, o que legitimava a necessidade do *judicial review*. Thomas Jefferson compreendia que o papel do *Bill of Rights* seria restringir a ingerência do poder federal na autonomia de cada entidade federativa; já a Suprema Corte atuava nos limites estreitos da aplicabilidade do texto legal sem abalar a lógica democrática (CASALINI, 2006, p. 273).

Assim, sustenta-se ser papel da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* indagar: quais seriam as consequências da adoção de pressupostos populistas em matéria de controle de constitucionalidade? O resultado é precisamente a deferência judicial às legislaturas no que concerne à temática constitucional. Consoante Gargarella (2012, p. 108), para o populismo radical, se o Parlamento representa expressão da soberania popular, e esta possui autoridade em matéria constitucional, os juízes não poderiam contradizer ou substituir o que foi estabelecido pelos órgãos políticos em matéria constitucional.

No que concerne ao pensamento dos *Federalistas*, defendemos ser objetivo da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* problematizar: qual a ideologia subjacente e as razões profundas da classe dirigente norte-americana ao defender a vertente do elitismo epistemológico? Sob essa ótica, Gargarella (2012, p. 35) assevera que, desde o final do século XVIII, as legislaturas “apareceram como polos diretos de transmissão das reivindicações diretas da cidadania”.

Essas legislaturas frequentemente tomavam medidas econômicas que ameaçavam a classe dirigente norte-americana, pois funcionavam como verdadeiras “caixas de ressonância” das demandas das organizações populares associadas a diversos grupos excluídos da participação política: mulheres e escravos. Portanto, a ideia de que havia uma tendência de toda organização coletiva a se pautar pela irracionalidade estava fundamentalmente associada à crítica da classe dirigente norte-americana às assembleias populares.

Como reflexo e como desdobramento do embate entre elitismo epistemológico e populismo radical, surge o debate entre a matriz procedimentalista e a substancialista. A matriz procedimentalista – integrada por autores como, por exemplo, Jürgen Habermas, John Hart Ely (1998), Jeremy Waldron (1999) e Larry Kramer (2004) – procura conceber a atuação das Cortes constitucionais como papel de zelar pelas condições procedimentais inerentes ao jogo democrático, sem adentrar na análise do conteúdo substantivo da Constituição.

Assumindo uma perspectiva substancialista, a obra de Ronald Dworkin configura-se como um dos empreendimentos teóricos mais originais no âmbito da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Adotando uma perspectiva eminentemente substancialista, Dworkin considera que o direito deve ser interpretado como um empreendimento compartilhado pela sociedade. Os direitos são produtos da história e da moralidade institucional de uma comunidade, pois esta segue uma construção histórica institucional. Uma sociedade compartilha um conjunto de princípios e estabelece direitos e liberdades subjetivas a todos os

seus cidadãos. Não cabe ao Judiciário decidir de modo discricionário ou subordinar direitos individuais a metas coletivas.

Dworkin diferencia regras de princípios. Princípios são padrões de julgamento que têm o atributo da universalidade, ou seja, são válidos para todos os cidadãos de uma comunidade. Nessa perspectiva, quando um juiz identifica um princípio como padrão de julgamento, ele assume uma proposta interpretativa. “O princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 2003, p. 274).

A interpretação da prática jurídica deve ser orientada e justificada de modo convincente pelo princípio. O princípio é um padrão deontológico de julgamento que se aplica na defesa de direitos e que pressupõe uma justificação moral. Não obstante Dworkin se refira ao peso dos princípios, assume um ponto de vista deontológico, não podendo ser equiparados a valores. Se não há respeito aos direitos fundamentais, não há democracia.

De início, é premente sublinhar a existência de um embate teórico entre constitucionalistas americanos no que concerne a direitos expressos (*numerated rights*) e implícitos, remetendo a concepções originalistas e não originalistas. Enquanto os originalistas defendem que a interpretação constitucional realizada por juízes deve apenas se restringir ao sentido expresso dos preceitos, tendo como parâmetro a busca pela intenção original dos *Framers*, sob pena de violação ao princípio do *rule of law*, os não interpretativistas procuram respostas nos valores da sociedade, afirmando muitas vezes, direitos implícitos.

Contrapondo-se aos originalistas, Dworkin (1996) formula a metáfora do romance em cadeia, em que cada juiz escreve um capítulo inserido em uma obra coletiva sobre um direito fundamental. Outrossim, o direito como integridade propugna interpretar a moralidade institucional de uma comunidade como um grande empreendimento em cadeia, refutando a existência da discricionariedade judicial. A leitura moral da Constituição passa a legitimar a efetivação deontológica de direitos, sem que tal perspectiva pressuponha a equiparação de princípios a valores.

Embora as sociedades pluralistas sejam caracterizadas pelo desacordo moral, prevalece uma concepção fundamental de justiça a qual afirma que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Sob essa ótica, o controle de constitucionalidade constitui um mecanismo de efetivação deontológica de direitos fundamentais, concebidos como verdadeiros trunfos que se contrapõem às investidas das maiorias políticas parlamentares.

Dworkin tenciona compatibilizar o princípio da democracia e o *judicial review*, demonstrando que o ideal democrático não se fundamenta no princípio majoritário, mas na ideia de governo limitado. Assim, nas democracias constitucionais existem determinadas condições que limitam o governo e que efetivam igualdade de respeito e consideração aos cidadãos (DWORKIN, 1996, p. 17).

Com efeito, sustenta-se que os fundamentos filosóficos das *Teorias da Justiça* e da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* podem ser um referencial teórico relevante para compreensão de formas dialógicas de judicialização, que objetivam a efetivação

contramajoritária dos direitos fundamentais de minorias vulneráveis quando o processo político estiver desprovido de valor epistêmico.

É de se mencionar que a tese da supremacia judicial foi atacada também por autores como Mark Tushnet, Larry Kramer, Jeremy Waldron, que integram um movimento contemporâneo denominado *Constitucionalismo popular*. Este assumiu relevância no cenário acadêmico norte-americano, reiterando a vontade popular na especificação do sentido constitucional.

Mark Tushnet (1999), em *Taking the Constitution away de Courts*, pretende desenvolver uma estratégia institucional inovadora para o modelo jurídico norte-americano. Diferentemente de Larry Kramer, contrapôs-se não somente à supremacia judicial, mas ao próprio *judicial review*. Nessa linha de raciocínio, diferencia os conceitos de “Constituição fina”, fundamentada nos princípios da Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição e na “Constituição grossa”, assentada na estrutura de normas a respeito da organização do governo e na jurisprudência da Suprema Corte. Em suma, a “Constituição grossa” seria caracterizada pela contingência; a fina seria elemento estruturante da ideia de “povo norte-americano, pois este surge a partir do compromisso com princípios nela consagrados. Se o povo estabelece um compromisso com a Constituição fina, torna-se prescindível o *judicial review*.”

Posteriormente a *Taking the Constitution away de Courts*, Tushnet tem investigado mecanismos alternativos de controle de constitucionalidade capazes de estruturar um sistema de constitucionalidade fraco, porquanto, não obstante a possibilidade do instituto de *judicial review*, não caberia às Cortes a última palavra, tendo em vista que as decisões judiciais poderiam ser superadas por maiorias políticas legislativas. Portanto, sua proposta conceitual inicial direcionada à extinção do *judicial review* é substituída por uma estratégia de deferência judicial ao legislativo.

Por sua vez, Larry Kramer problematiza a supremacia judicial como algo inexorável, assim como a tendência de se vislumbrar a história constitucional norte-americana com a história da Suprema Corte – desconsiderando momentos históricos de constitucionalismo popular como algo contingente. Sua teoria do constitucionalismo popular não desconsidera o *judicial review*, mas defende a aplicação deste instituto por meio de um processo dinâmico em que a vontade popular é constantemente suscetível à interpretação (KRAMER, 2004).

Elenca momentos históricos em que a Corte interpretou a Constituição sob uma perspectiva antidemocrática, enquanto outros atores delinearão interpretações alternativas sobre a Constituição. Debate como Lincoln e os abolicionistas se contrapuseram à decisão *Dred Scott*, pois o significado da Constituição não se compatibilizava com a escravidão. Kramer (2004, p. 232) sublinha que, se nas gerações passadas existia uma interpretação intuitiva, que sustentava a justiça do constitucionalismo popular, essa percepção foi substituída pela tese da supremacia judicial. Tal estratégia, que afirma a supremacia ideológica, tenciona submeter os cidadãos comuns às decisões da Suprema Corte.

Kramer (2004) analisa os argumentos estabelecidos pelos defensores da supremacia judicial e propugna refutá-los. Para muitos autores, a inexistência de controle judicial converteria o direito constitucional caótico, razão por que muitos teóricos sustentam que os

juízes deveriam proferir a última palavra em relação a pré-compromissos constitucionais em face de maiorias parlamentares. As Cortes revelariam maior potencialidade de interpretar o sentido da Constituição que o Legislativo. Nesse sentido, pondera: “incerteza e instabilidade existem mesmo em um regime de total supremacia judicial, enquanto nós encontraremos um grau considerável de objetividade e resolução mesmo sem esta” (KRAMER, 2004, p. 234). E conclui: “A escolha não é entre ordem e caos ou entre estabilidade e anarquia, mas entre diferentes tipos de estabilidade e diferentes mecanismos para alcançá-los” (KRAMER, 2004, p. 234). Clareza e objetividade, embora importantes, não configuram os únicos valores de uma democracia.

Kramer (2004) contrapõe-se à ideologia implícita à supremacia judicial: a concepção de que o povo é emocional e ignorante, diferentemente de uma elite de juízes esclarecida. Tal interpretação pressupõe uma perspectiva paternalista e autoritária, desvinculada das necessidades dos cidadãos comuns.

Por seu turno, Jeremy Waldron (1999) afirma que a tese da leitura moral da Constituição de Dworkin pressupõe uma perspectiva de resultados e não de meios. Assumindo o argumento do desacordo moral razoável entre concepções de vida boa, incorpora uma postura eminentemente procedimental, pois a Corte seria desprovida de autoridade procedimental para impor aos cidadãos comuns compreensões substantivas da Constituição, mesmo que estas sejam corretas.

A questão fundamental para Waldron consiste em afirmar a centralidade do princípio majoritário, contrapondo-se a qualquer concepção teórica que legitime o *judicial review*. A ideologia que perpassa a tese da supremacia judicial, a qual prevalecia no direito constitucional, assume que a “política popular é por natureza perigosa e arbitrária; de que a tirania da maioria é um tratamento persuasivo, de que a ordem constitucional é, portanto, precária e altamente vulnerável (...)” (WALDRON, 1999, p. 243). A política comum seria considerada algo perigoso, suscetível de controle por uma elite não eleita de juízes.

Outro autor de destaque, que assumiu proeminência no debate norte-americano, precisamente por teorizar um procedimentalismo sensível às minorias, foi John Hart Ely. No contexto das mudanças da postura da Suprema Corte estabelecidas por Roosevelt durante o *New Deal*, inaugura-se a defesa de uma nova atuação institucional desta, direcionada à intervenção no processo político e na defesa de grupos minoritários. Nessa perspectiva, assume relevância a nota de rodapé n. 4, redigida por Harlan Fisk Stone no caso *United States v. Carolene Products Co*, no ano de 1938.

A estratégia de Harlan Fisk Stone foi justamente a criação de diferentes *standards* de controle de constitucionalidade. Stone objetivava romper tanto com o controle de constitucionalidade assertivo que impugnava a legislação econômica, como desafiar um controle mais incisivo contra leis que se contrapunham aos valores democráticos, que violavam liberdades fundamentais ou que promoviam preconceito contra minorias discretas e insulares. Tratava-se da judicialização liberal, fundamento da futura Corte Warren, que se notabilizou pela efetivação judicial de direitos fundamentais e de liberdades de grupos subalternizados.

Nesse sentido, a referida perspectiva jurisprudencial procedimental perpassa a estratégia teórica de John Hart Ely (1998), de acordo com o qual, o controle de constitucionalidade deveria ter o papel específico de resguardar os direitos individuais fundamentais que viabilizassem a participação popular no processo político e também zelar pelos grupos minoritários. Incorporando uma perspectiva procedimentalista, o constitucionalista pondera que tal possibilidade pressupõe a atribuição ao tribunal do papel de controle da regularidade do processo legislativo. Somente a avaliação procedimental do processo democrático e de seus pressupostos processuais poderia oportunizar que a pluralidade de interesses se expresse em um espaço público democrático.

No entanto, defende-se que os processos dialógicos de efetivação contramajoritária dos direitos de minorias devem se pautar por métodos interseccionais. De fato, como se pretende demonstrar, o estudo das teorias interseccionais é fundamental para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*.

Teorias interseccionais na Filosofia Constitucional do Reconhecimento

O conceito de interseccionalidade revela-se central para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*, tendo sido utilizado, em um primeiro momento, por Crenshaw para reportar-se à interrelação das relações entre classe, raça e sexo. Não obstante a utilização da categoria tenha alcançado sucesso na metade da década de 2000, é importante pontuar que sua origem remete ao *Black Feminism* da década de 1970, o qual desafiou o feminismo de mulheres brancas, heterossexuais e de elite. Crenshaw (1989) atribui papel fundamental à interdependência entre raça e gênero, abordando parcialmente classe ou sexualidade.

Já a temática da consubstancialidade foi abordada por Kergoat (1978) a partir do final dos anos 1970, partindo da articulação entre sexo e classe, e evoluiu em um momento posterior por meio da intersecção entre raça, sexo e classe. A premissa fundamental de Crenshaw é a intersecção entre gênero e raça; o pressuposto de Kergoat (1978) é a articulação entre sexo e classe.

Crenshaw (2002, p. 177) sublinha que a articulação de diversas formas de opressão tem sido teorizada a partir de diversos modos: discriminação composta, tripla discriminação e cargas múltiplas. A interseccionalidade “é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação”.

Crenshaw (2002) apura, inclusive, a invisibilidade das opressões interseccionais no contexto dos movimentos sociais. Mesmo dentro dos Movimentos Feministas e Antirracistas, as categorias de raça e de gênero são postuladas como problemas independentes. No que concerne à luta pelo direito das mulheres ao aborto, as lideranças costumam ser monorraciais, ou seja, incorporam as perspectivas das mulheres brancas. Já nas lutas pelos direitos civis nos EUA, as lideranças eram assumidas por homens negros, suscitando a invisibilidade da opressão das mulheres negras e lésbicas.

É como se o caráter específico da subordinação que impacta a vida das mulheres negras não devesse ser tematizado democraticamente. Em verdade, é necessário modificar as práticas que promovem a invisibilidade interseccional. A discriminação interseccional é especificamente difícil de ser apurada, sendo central desenvolver metodologias que desvendam como várias formas de estratificação atuam de forma convergente. (CRENSHAW, 2002, p. 183).

Já a perspectiva interseccional de Fraser é atenta a marcadores de raça, de gênero, de classe, oportunizando “constatar o impacto desproporcional real dos processos de expropriação sobre determinados grupos” (BUNCHAFT; GARCIA, 2022, p. 13). Nas ponderações de Fraser, Arruzza e Bhattacharya (2019), no Sul Global Pós-Colonial, processos desumanizantes de expropriação impactam a vida de povos indígenas e tribais por meio do sequestro de suas terras em razão de dívidas.

Nas lições de Fraser (2020), a distinção entre exploração econômica e expropriação desumanizante segue critérios raciais, de modo que pessoas pretas e pardas permanecem em maioria no espectro expropriativo. Entre os exemplos clássicos de sujeitos expropriados, elencam-se as pessoas transexuais e travestis encarceradas. Os sujeitos expropriados são, na prática, indivíduos desprovidos de proteção política e alcançam um nível extremo de desumanização, pois não estão garantidos economicamente por meio de um contrato de trabalho.

Fraser (2020, p. 129) adverte que, em oposição às teorias descritivas da interseccionalidade, que afirmam a relevância dos “modos através dos quais as posições dos sujeitos existentes atravessam as outras”, sua concepção de interseccionalidade assume uma versão explicativa. A autora não concebe o capitalismo, o patriarcado e a supremacia branca como sistemas independentes que se articulam de modo misterioso. Objetiva uma teoria unificada na qual a opressão racial, de classe e de gênero são estruturalmente ancoradas na sociedade capitalista, concebida como uma ordem social institucionalizada (FRASER, 2020, p. 129).

O item seguinte desvenda a relevância de romper com uma estratégia afirmando um ativismo judicial nocivo à separação de Poderes ou uma supremacia judicial que impacta negativamente a democracia. Sob esse prisma, o estudo do papel das teorias dos diálogos constitucionais na efetivação dos direitos de minorias assume especial relevância para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento*.

O papel das teorias dos diálogos constitucionais na efetivação dos direitos de minorias e sua complementaridade com metodologias interseccionais

Uma das questões mais relevantes para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* representa o questionamento: o Poder Judiciário deve ter o monopólio de interpretação constitucional ou, em vez de uma afirmação da centralidade da ideia de supremacia judicial como algo inexorável, seria mais democrático o estabelecimento de mecanismos que

promovem um comportamento dialógico entre os poderes – e destes com atores sociais não conservadores – no processo de interpretação constitucional? Qual a relação entre diálogos institucionais e utilização das metodologias interseccionais? De que modo o idioma interseccional se expressou no voto do Ministro Barroso no julgamento da ADPF 527?

No momento, é premente especificar que a classificação das teorias dialógicas se baseia em parâmetros quanto ao método e quanto a sua característica estrutural. No que concerne ao método, parte-se de um conjunto de teorias que pressupõem uma atuação deliberada e consciente dos juízes voltada para intensificar um debate com os demais poderes a respeito dos sentidos constitucionais. As teorias dialógicas quanto ao método abarcam as teorias do aconselhamento judicial, a teoria minimalista e as teorias centradas no processo.

É central elucidar que as teorias do aconselhamento judicial partem da utilização de técnicas interpretativas pelas Cortes que, de modo proativo, determinam a atuação dos poderes políticos ou recomendam a realização de correções de leis inconstitucionais. Já as teorias centradas no processo não pretendem impor a atuação aos demais poderes, mas propugnam viabilizar que o processo deliberativo de cada um dos poderes ocorra da forma suficiente quando as decisões efetivam direitos fundamentais. Por fim, o minimalismo judicial também é uma teoria vinculada ao método.

Entrementes, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* delimita ainda um segundo modo de se tratar as teorias dos diálogos: considerando sua característica estrutural. Afirma-se a centralidade dos mecanismos institucionais que oportunizam respostas às decisões das Cortes por meio de um diálogo robusto, tendo em vista a possibilidade de superação das ações de cada um dos poderes. A abordagem estrutural contempla a teoria da construção coordenada, dos princípios, do equilíbrio e da parceria.

É importante pontuar que a teorização das teorias da construção coordenada surge pela primeira vez por James Madison (1999). Essas teorias partem do modelo de freios e contrapesos. Nas ponderações de Bunchaft (2020, p. 166), essas teorias sustentam que “se houver uma atuação equivocada dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário pode declarar os atos normativos inconstitucionais. Na hipótese de o Poder Judiciário agir de modo equivocado, há a possibilidade de superação legislativa da decisão”. Todavia, não potencializa o diálogo real entre os poderes, mas incrementa um embate entre estes acerca de qual possui a mais adequada interpretação da Constituição (GODOY, 2017, p. 153).

Por seu turno, as teorias dos princípios pressupõem o posicionamento segundo o qual “o judiciário desempenha uma função dialógica única baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio” (BATEUP, 2006, p. 70). O mais relevante autor que se destaca no âmbito das teorias do princípio é Alexander Bickel (1986). Em *The Least Dangerous Branch*, o constitucionalista propugna que a Suprema Corte, ao se defrontar com um caso conglobando a aplicação de um princípio que não foi objeto de amadurecimento na sociedade e entre os poderes políticos, não deveria julgar a questão moral ou política, pautando-se pela prudência política (BICKEL, 1986).

Nas reflexões de Bickel, enquanto o debate da Suprema Corte com os poderes políticos e o público não tiver permitido o amadurecimento do princípio, as Cortes deveriam evitar o conflito com as instituições. Trata-se do exercício das virtudes passivas por meio da

mobilização de mecanismos processuais relacionados à prudência política. No entanto, Bickel (1986) não atribuía um papel secundário à Suprema Corte no processo interpretativo, propugnando que a esta caberia proteger e defender os princípios da Constituição. É precisamente o exercício das virtudes passivas na aplicação de princípios constitucionais ainda não maduros para julgamento que oportuniza um colóquio contínuo com os poderes políticos e a sociedade.

No que concerne às teorias da parceria, estas propugnam “conectar a *expertise* do Poder Legislativo na criação de leis e propositura de políticas públicas com a *expertise* do Poder Judiciário na aplicação de princípios” (BUNCHAFT, 2020, p. 166). Assim, “Atores judiciais e não judiciais atuam como iguais participantes na construção da decisão constitucional, os quais contribuem dialogicamente para a busca das melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas” (BATEUP, 2006, p. 70).

Nessa seara, juízes e legisladores estabelecem “perspectivas institucionais únicas para a consideração do sentido constitucional devido às suas posições separadas, mas interconectadas na ordem constitucional” (BATEUP, 2006, p. 77-78). Dessa maneira, “cada um dos poderes assume uma postura aberta para escutar e aprender uns com os outros como resultado da articulação e combinação de perspectivas institucionais diversas” (BUNCHAFT, 2020, p. 166).

Outrossim, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* também indaga: quais entre as teorias dialógicas revelam maior alcance teórico para promoção da democracia por meio de diálogos constitucionais robustos entre os poderes, sem minimizar a efetivação de direitos fundamentais de minorias vulneráveis em sociedades pluralistas, marcadas pela reconstrução do Estado Democrático de Direito após processos recentes de desdemocratização? Para Bateup (2006), as teorias do equilíbrio representam um universo conceitual fundamental para promoção do diálogo constitucional, pressupondo a interpretação da Constituição como uma tarefa compartilhada entre os poderes, sem estabelecer nenhuma superioridade interpretativa de algum deles, reiterando a relevância do engajamento de outros atores (instituições e povo) nesse processo interpretativo.

Nessa trajetória constitucional, os aportes conceituais de Robert Post e Reva Siegel são centrais para a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* e possuem alcance teórico para a efetivação de direitos de grupos subalternizados, pressupondo a interpretação constitucional como produto de uma atuação compartilhada entre Poderes sem minimizar diálogos robustos com os movimentos sociais, as instituições e a sociedade civil. Post e Siegel (2013), propondo a teoria do *Constitucionalismo Democrático*, se inserem no âmbito das teorias do equilíbrio e se opõem à tese da supremacia judicial no processo de interpretação constitucional. Com efeito, para Post e Siegel, a controvérsia suscitada pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios para a ordem constitucional norte-americana, visto que os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam se convencer mutuamente para abraçar seus entendimentos constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, a *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* propugna investigar: o *backlash* ameaça a coesão social e suscita a desmobilização dos movimentos sociais ou revela potencial para promover a democracia no plano da interpretação

constitucional? Há um conjunto de decisões judiciais que moldaram a estrutura do conflito sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, sobre aborto, sobre objeção de consciência. Como pretendemos demonstrar, o argumento de Sunstein a respeito do *backlash* apenas pressupõe uma interpretação sobre a atuação das Cortes situada em horizontes de curto prazo e se baseia no caráter negativo do refluxo, especialmente na identificação de “circunstâncias nas quais Cortes têm sucesso para intervir e resolver conflito de modo a garantir consenso social” (SIEGEL, 2017, p. 1751).

Post e Siegel (2003, p. 1950) sustentam um debate social amplo com a cultura constitucional da nação, sem incorporarem um ponto de vista centrado exclusivamente nos aspectos institucionais. A estrutura de interpretação policêntrica proposta pelos autores (2003, p. 2059) viabiliza ao Congresso “articular compreensões populares da Constituição” sem prejudicar ou minimizar “a habilidade das Cortes na efetivação de direitos”.

A *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* propõe, com fundamento em Reva Siegel, que a tese do *backlash* – de que a atuação das Cortes concretizando direitos de minorias é inefetiva e contraproducente, pois frustraria as reivindicações de maiorias democráticas de modo a produzir mais polarização virulenta do que seria se a efetivação tivesse ocorrido via legislaturas – se revela incoerente. Em verdade, consoante Siegel (2017, p. 1730), “as narrativas sobre o *backlash* e a respeito do modelo de constitucionalismo baseado em consenso subestimam e superestimam o poder *judicial review*.”

As decisões judiciais moldaram a estrutura do conflito sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O conflito sobre o casamento revela como “compreensões populares e jurídicas sobre direito podem guiar cidadãos e governantes a reivindicar interpretação constitucional nas eleições de legislaturas e Cortes e como Cortes podem debater o que significa viver em uma democracia constitucional comprometida com o Estado de Direito” (SIEGEL, 2017, p. 1732). O item seguinte analisa a proposta de intensificação do comportamento dialógico ou do diálogo institucional entre os Poderes expressa no voto do Ministro-relator Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 527 (BRASIL, 2021).

O julgamento da ADPF 527 e a defesa da complementaridade entre o comportamento dialógico dos poderes e a adoção de métodos interseccionais

Em seu voto na ADPF 527 proferido no ano de 2021, o Ministro-relator Barroso sustentou o direito de escolha do transexual e da travesti de cumprirem a pena em presídio feminino ou masculino, mas em área reservada, resguardando-se a sua segurança (BRASIL, 2021). Foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Edson Fachin. O voto divergente do Ministro Lewandowski defendeu o não conhecimento da ação, pois a questão já teria sido resolvida por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça. Acompanharam o Ministro Lewandowski: os Ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Luiz Fux. Até a data de 21 de dezembro de 2022, o julgamento encontra-se empatado no STF.

Em 2021, o Ministro-relator Barroso reiterou o aspecto positivo do “amadurecimento da matéria alcançado por meio de diálogo institucional entre Poder Executivo, Poder Judiciário e entidades representativas da sociedade civil” (BRASIL, 2021). É importante pontuar que, no ano de 2019, o Ministro Barroso já havia deferido parcialmente o pedido cautelar, para estabelecer que transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos. No que concerne às travestis e, em face da divergência entre o pedido inicial e aquele pedido objeto de aditamento, o Ministro ressaltou que não havia clareza sobre qual a melhor providência a ser adotada, pois essas minorias apresentam uma identidade de gênero fluida. E a própria Resolução n. 1/2014 incorpora a previsão de estabelecimento de espaços de vivências específicos no âmbito dos estabelecimentos prisionais masculinos. Outrossim, no momento da apreciação da cautelar, houve uma real divergência no que concerne ao pedido que deveria ser conferido às travestis.

Desse modo, em 2019, a decisão do Ministro foi no sentido de deferir parcialmente o pedido cautelar, assegurando o pedido inicial formulado por transexuais, mas, no que concerne às travestis, determinou o adiamento da decisão (BRASIL, 2019). Assim, promoveu a oportunidade para os interessados de instruírem o processo, desencadeando um diálogo institucional com o Poder Executivo. O Ministro determinou a intimação da Presidência da República, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

É precisamente nesse sentido, que se instaurou um interessante diálogo constitucional que incentivou processos de aprendizagem entre os Poderes Executivo e o Judiciário. No entanto, a questão é: houve uma abertura institucional plena ao idioma interseccional de todos os movimentos sociais afetados? O Movimento Negro foi intimado? Como ficou a abertura institucional da decisão do STF ao idioma interseccional atento aos marcadores de raça e de classe?

O requerente intimado juntou aos autos o Relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que traz uma pesquisa abrangente sobre a população LGBT encarcerada. O Relatório reiterava que, no caso de transexuais, a ênfase deve se situar na “afirmação de preocupações relacionadas à identidade de gênero, tais como direito ao nome, à alteração de registro, ao uso de banheiro, conforme pleitos submetidos ao STF” (BRASIL, 2021). No caso das associações representativas de travestis, o Relatório conclui que são mais importantes “os aspectos ligados à formação de vínculos de afeto e a estratégias de sobrevivência desenvolvidas no âmbito do sistema carcerário” (BRASIL, 2021). O Ministro reajustou os termos da cautelar, determinando que transexuais e travestis tivessem a opção de escolha pelos presídios femininos ou masculinos, sendo que, nesse último caso, em área reservada que garanta sua segurança.

Em passagem conclusiva de seu voto proferido em 2021, o Ministro Barroso enfatiza: “houve uma notável evolução no tratamento dado à matéria no âmbito do Poder Executivo, evolução decorrente do diálogo institucional ensejado pela judicialização da matéria, que permitiu uma saudável interlocução entre tal poder, associações representativas de grupos vulneráveis e o Poder Judiciário” (BRASIL, 2021). A Nota Técnica 7/2020 do Ministério da

Justiça e Segurança Pública também confirma que a transferência para o presídio seja posterior à manifestação de vontade individual da pessoa trans ou travesti. De fato, os dois documentos estabelecem a recomendação por meio de consulta individual da transferência das pessoas trans ou de travestis para prisão feminina ou masculina, garantindo-se, no último caso, a segurança necessária.

Não obstante o voto do Ministro Barroso promova, em certa medida, diálogos institucionais e processos de aprendizagem entre o STF, o Poder Executivo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, para os propósitos da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* a estratégia dialógica defendida não alcançou todo o potencial inclusivo inerente à necessária complementaridade entre a promoção de diálogos institucionais entre os poderes e metodologias interseccionais. Não se pode minimizar que há um impacto diferenciado decorrente do tratamento carcerário e da aplicação da pena em função, não apenas, da identidade de gênero, mas, também de determinados critérios, tais como raça e classe.

Com efeito, percebe-se, claramente, que a solução dialógica adotada pelo Ministro Barroso termina sendo perpassada por um silenciamento de opressões interseccionais, considerando-se a inexistência de qualquer intimação do Movimento Negro. A questão da intersecção entre opressão sexual, transfobia e racismo institucional sequer é mencionada no voto. Por outro lado, como fica o tratamento jurídico, não apenas, de trans negras, mas de homens trans que engravidam e que necessitam de cuidados no tocante à saúde sexual-reprodutiva?

Considerações finais

A *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* e a sua estratégia de aproximação conceitual entre os fundamentos teóricos da *Teoria da Constituição* e os elementos da *Filosofia do Reconhecimento* oportunizam promover uma compreensão inovadora do fenômeno jurídico como um universo teórico mais aberto a interpretações pluralistas e sensíveis a uma multiplicidade de concepções de vida digna, assumindo especial relevância a concepção de patriotismo constitucional.

Em um primeiro momento, investigou-se uma concepção de patriotismo constitucional que incorpore uma sensibilidade inclusiva à diversidade cultural em sociedades plurais. Indubitavelmente, a concepção de patriotismo constitucional é extremamente sofisticada, pois Habermas (1994) procura desenvolver um ideal universalista com uma sensibilidade inclusiva em relação às diferenças culturais.

Como foi analisado, a articulação entre a concepção de patriotismo constitucional e a perspectiva procedimental habermasiana de interpretação das Cortes constitucionais, em um ambiente marcado pelo pluralismo, reforçam-se mutuamente, pois essas instâncias judiciais devem manter uma sensibilidade às práticas comunicativas de adesão e de interpretação dos cidadãos ao texto constitucional. Assim, investigou-se a centralidade de uma jurisdição

constitucional procedimental capaz de efetivar direitos de minorias vulneráveis em sociedades igualmente pluralistas e marcadas pelo desacordo moral razoável.

Diante do exposto, depreende-se ser papel da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* desvendar que as demandas de uma sociedade cada vez mais plural e heterogênea e dos movimentos sociais somente podem ser efetivadas plenamente não por meio de uma polarização disruptiva – na qual o outro sequer existe como parceiro deliberativo – mas através do nexos interno entre Estado de Direito e Democracia, tão caro à proposta habermasiana. A crítica procedimental de Habermas e Ely ao ativismo judicial foi uma primeira etapa necessária para a compreensão do debate mais amplo que incorpora a crítica dialógica de Post e Siegel à supremacia judicial.

Conforme foi assinalado, na perspectiva de Ely, o principal questionamento enfrentado consiste na compatibilização entre a atuação judicial e a efetivação das condições procedimentais do processo democrático. A atuação judicial seria necessária para resguardar direitos concebidos como verdadeiros pressupostos para a democracia.

Em um momento posterior, apurou-se, com base em Post e Siegel, que a tese da supremacia judicial, segundo a qual o Judiciário profere a última palavra no debate constitucional, não possui alcance teórico para efetivar plenamente os direitos fundamentais de minorias vulneráveis. Essa crítica é fundamental para a compreensão do tema dos diálogos institucionais suscitado na ADPF 527. Siegel (2017, p. 1751) enfatiza a importância de uma interpretação de a longo prazo, analisando “compreensões que guiam participantes nos conflitos constitucionais” e apurando os modos pelos quais luta sobre sentidos constitucionais transforma-se em *locus* de laços sociais relevantes.

De fato, a tese da supremacia judicial se descortina inefetiva para os desafios propostos pela necessidade de efetivação contramajoritária dos direitos de grupos subalternizados, tendo em vista que não cabe ao STF proferir a última palavra a respeito da interpretação da Constituição. Os processos de judicialização que resguardam direitos de grupos subalternizados devem ser pautados por diálogos constitucionais robustos entre os Poderes Legislativo e o Judiciário, e destes com os movimentos sociais, mas sem minimizar a abertura dos Poderes a métodos interseccionais. Sob essa ótica, o trabalho apurou a relevância dos métodos interseccionais de Crenshaw e de Fraser.

Corroborar-se a hipótese principal segundo a qual, no julgamento da ADPF 527, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso foi incapaz de conectar o comportamento dialógico do STF à mobilização de uma linguagem interseccional. E reitera-se a hipótese secundária segundo a qual a grande virtude da *Filosofia Constitucional do Reconhecimento* consiste em articular o comportamento dialógico dos Poderes, proposto pela teoria de Post e Siegel, à abertura a metodologias interseccionais. Em suma, essa nova área do conhecimento revela potencial para sensibilizar o profissional do direito, o juiz, o assistente social e o antropólogo em relação ao tema do empoderamento de alteridades invisibilizadas nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação política.

Referências bibliográficas

- BAUMAN, Z. 2008. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed.
- ARRUZZA, C.; BHATTACHARYA, T.; FRASER, N. 2019. *Feminismo para os 99%* - Um Manifesto. São Paulo, Boitempo.
- BATEUP, C. 2006. The Dialogic Promise. Assessing the normative potential of the theoris of constitutional dialogue. *Brooklyn Review*, **71**(3):1109-1180.
- BICKEL, A. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, Yale University Press.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527*. Requerente: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 26 de junho de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527*. Requerente: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, Brasília, 18 de março de 2021. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345975525&ext=.pdf> Acesso em 20 de março de 2021.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 672, de 2019d*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191> Acesso em: 2 jan. 2020.
- BUNCHAFT, M. E.; GARCIA, I. S. 2022. Trabalho-social reprodutivo, Direito à Saúde e Covid-19. *Revista do Direito (UNISC)*, **66**: 2-22.
- BUNCHAFT, M. E. 2020. A estrutura linguístico-discursiva inerente ao voto do ministro Celso de Mello na ADO 26: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. *Revista do Direito UNISC*, **62**:154-170.
- _____. 2015. *Patriotismo Constitucional: Jürgen Habermas e a reconstrução de ideia de nação na filosofia política contemporânea*. 2.ed. Curitiba, Juruá.
- CANOVAN, M. 2000. Patriotism is not enough. *British Journal of Political Science*, **30**(3):413-432.
- CASALINI, B. 2006. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: P. Costa, D. Zolo (org.), *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo, Martins Fontes.
- CATTONI, M. 2006. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos.
- CRENSHAW, K. 1989. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University Chicago Legal Forum*, **140**:139-167.
- _____. 2002. Documento para o Encontro em Especialistas em Aspectos de Discriminação Racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, **10**(1):171-188.
- CITTADINO, G. 2000. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

- DWORKIN, R. 1996. *Freedom's Law*. The moral reading of the American constitution. Cambridge, Harvard University Press.
- _____. 2003. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes.
- ELY, J. H. 1998. *Democracy and Distrust*. A Theory of Judicial Review. Cambridge, Harvard University Press.
- FRASER, N.; JAEGLI, R. 2020. *Capitalismo em debate: Uma Conversa na Teoria Crítica*. 1 ed. São Paulo, Boitempo.
- GARGARELLA, R. 2011. *La Justicia frente al Gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición.
- GODOY, M. G. 2017. *Devolver a Constituição ao povo: Crítica à supremacia judicial e Diálogos constitucionais*. Belo Horizonte, Forum.
- KANT, I. 2010. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido de Almeida. São Paulo, Barcarolla.
- KERGOAT, D. 1978. Ouvriers=ouvriers? Propositions pour une articulation théorique de deux variables: sexe et classe sociale. *Critiques de l'Économie Politique*, 5(65-97).
- _____. 2010. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. *Novos Estudos Cebrap*, 86:93-103.
- HÄBERLE, P. 1997. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.
- HABERMAS, J. 1991. Acerca do Uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: Id. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget.
- _____. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HONNETH, A. 2003. Redistribution as Recognition: A response to Nancy Fraser. In: N. Fraser, A. Honneth. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York, Verso.
- KRAMER, L. 2004. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford, Oxford University Press.
- MADISON, J. 1979. *Os Federalistas*. Trad. Leônidas de Carvalho. São Paulo, Abril Cultural.
- MESA, G. P. L. 2004. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Medellín, Eafit.
- POST, R.; SIEGEL, R. 2003. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, 112:1943-2059.
- POST, R.; SIEGEL, R. 2007. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 42(2):373-434.
- POST, R.; SIEGEL, R. 2013. La furia contra el fallo Roe: Constitucionalismo Democrático y reacción violenta. In: R. Post, R. Siegel. *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. 1. ed. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, p. 43-118.
- ROUSSEAU, J.-J. 1978. *Do contrato social*. Trad de Lourdes Santos Machado. São Paulo, Abril Cultural.
- SANCHÍS PRIETO, L. 2000. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.
- SARMENTO, D. 2006. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar.
- SIEGEL, R. 2017. Community in Conflict. Same-Sex Marriage and backlash. *UCLA Law Review*, 64:1728-1769.
- SOUZA NETO, C. P. de. 2006. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro, Renovar.

TAYLOR, C. 2005. *As fontes do Self* – A construção da identidade moderna. São Paulo, Loyola.
WALDRON, J. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford University Press.

Submetido: 08/05/2022

Aceito: 12/12/2022