

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS
DOGLAS CESAR LUCAS

Togas & “Diabos”

O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO
ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIAS

PREFÁCIOS DE

ELIGIO RESTA
MANUEL ALBERTO JESÚS MOREIRA

tirant
lo blanch

 **CNPq**

TOGAS & "DIABOS"

*O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO ENTRE
ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIAS*



tirant
lo blanch

© 2024 Editora Tirant lo Blanch
Editor Responsável: Aline Gostinski
Assistente Editorial: Izabela Eid
Capa e diagramação: Maisa Watanabe

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br

André Leonardo Copetti Santos
Doglas Cesar Lucas

TOGAS & "DIABOS"

*O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO ENTRE
ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIAS*



Este livro representa o resultado parcial das investigações desenvolvidas no âmbito do projeto de pesquisa direitos humanos e a proteção jurídica das diferenças identitárias nas decisões do STF, financiado pelo edital CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021. Os autores agradecem o CNPQ pelo apoio financeiro que permitiu a publicação deste livro e a realização de outras atividades acadêmicas.

Os ninguéns: os filhos de ninguém, os dono de nada.
Os ninguéns: os nenhuns, correndo soltos, morrendo a vida,
fodidos e mal pagos:
Que não são, embora sejam.
Que não falam idiomas, falam dialetos.
Que não praticam religiões, praticam superstições.
Que não fazem arte, fazem artesanato.
Que não são seres humanos, são recursos humanos.
Que não têm cultura, têm folclore.
Que não têm cara, têm braços.
Que não têm nome, têm número.
Que não aparecem na história universal, aparecem nas páginas
policiais da imprensa local.
Os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata.

EDUARDO GALEANO

O destino da identidade é o de perseguir continuamente novos portos seguros com um efeito de mudança permanente; desde sempre se pode dizer que vive dos – e nos- percursos de um limite sempre mutável entre um externo e um interno. Assim ela se encontra descrita no interno das teorias que enfatizam apenas um polo, mas que reclamam e dependem do outro. O decompor-se, o esvanecer, o esconder-se, o reforçar-se, o mascarar-se da identidade, assim como os seus processos, os seus lugares, os seus tempos, recorrem constantemente ao jogo de seu oposto: à sua diferença.

ELIGIO RESTA

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	10
APRESENTAÇÃO	11
PREFAZIONE	14
<i>Eligio Resta</i>	
PREFÁCIO	16
<i>Eligio Resta</i>	
TOGAS & “DIABOS”	18
<i>Manuel A. J. Moreira</i>	
A DIFERENÇA E SEUS DIABOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA IGUALDADE MODERNA NA LITERATURA DE EDUARDO GALEANO	23
Considerações iniciais	23
1. Sobre a relação entre direito e literatura e sua potencialidade crítica	24
2. A diferença como uma categoria pós-moderna e descolonial de (des) ordenação do mundo.....	28
3. Um apelo ao diabo como o outro negado.....	37
4. Os diabos políticos de Eduardo Galeano e o caráter epistemológico da sua literatura para estudo da diferença como categoria adequada à complexidade contemporânea	39
4.1. O Diabo é mulher	40
4.2. O Diabo é muçulmano e judeu	41
4.3. O Diabo é negro, é cigano e é indígena	43
4.4. O Diabo é pobre	46
4.5. O Diabo é estrangeiro	48
4.6. O Diabo é homossexual	50
Considerações finais.....	51
ITINERÁRIOS TEÓRICOS DA DIFERENÇA E SUA PROJEÇÃO NAS NARRATIVAS JURÍDICO-POLÍTICAS.....	54
Notas iniciais à questão da diferença	54
1. A diferença como devir/movimento social.....	55
2. O estatuto ontológico da diferença e o seu modo de ser	59
3. A institucionalização da diferença	66
3.1. A institucionalização do direito à diversidade no espaço internacional	69
3.2. A institucionalização do direito à diversidade no âmbito nacional brasileiro	81
Considerações finais.....	82
SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E METODOLÓGICA DE ALGUNS SUPOSTOS ATIVISMOS JUDICIAIS DO STF.....	84
Considerações iniciais	84
1. Estado e jurisdição: horizonte de projeção da jurisprudencialização da constituição para a realização do estado democrático de direito	85

1.1. A efetivação da Constituição pela proteção de garantias e o tensionamento entre os poderes pela aparente contraposição entre princípio democrático e a função de garantia	87
2. Jurisdição constitucional e democracias.....	93
2.1. A limitação da atividade jurisdicional constitucional na visão procedimentalista-liberal.....	94
2.2. Democracia substancial, jurisdição constitucional e o sistema de separação de poderes.....	98
3. O modelo político brasileiro e a legitimidade da ampliação das atribuições institucionais do STF como “corte constitucional”	105
4. Metodologia do direito e critérios de correção/legitimação de decisões protagonistas	110
4.1. Sobre a jurisprudência de conceitos	111
4.2. Sobre a jurisprudência dos interesses	113
4.3. Sobre a jurisprudência de valores.....	115
5. Protagonismo do STF: ativismo judicial ou garantias?.....	118
Considerações finais.....	123
ATIVISMO JUDICIAL, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À DIFERENÇA	126
Considerações iniciais	126
1. O que pode significar a ideia de diferença em termos de conflitos judicializáveis? Uma reflexão acerca das demandas de redistribuição e de reconhecimento	127
2. Decisão judicial, garantias, igualdade e democracia	136
2.1. Um constitucionalismo de reconhecimento/identitário?	139
2.2. Decisões judiciais de redistribuição para consolidação do reconhecimento da diferença	141
Considerações finais.....	145
O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA	147
Considerações iniciais	147
1. O Supremo Tribunal Federal e sua função contramajoritária: reflexões sobre um constitucionalismo identitário.....	148
2. Igualdade e diferença no Supremo Tribunal Federal: itinerários de uma ambivalência.....	156
2.1. Raça, racismo e (des)igualdade	156
2.2. A questão indígena.....	162
2.3. Pessoas com deficiência.....	168
2.4. Direitos das mulheres	170
2.5. Pessoas LGBTQIAPN+	174
Considerações finais.....	185
OS DIREITOS DAS MINORIAS E AS ARMADILHAS DO “IDENTITARISMO”	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	201

SOBRE OS AUTORES

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Unisinos. Graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta. Atualmente é professor e pesquisador do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação e do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Membro Externo do Conselho Editorial do Centro de Estudios en Antropología y Derecho, Posadas, Argentina. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Advogado criminalista.

DOGLAS CESAR LUCAS

Doutor em Direito pela Unisinos e Pós-Doutor em Direito pela *Università Degli Studi di Roma Tre*, Itália. É professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na UNIJUÍ e professor no Curso de Graduação em Direito da Faculdade Cnec Santo Ângelo. Avaliador do MEC/INEP. Pesquisador do Instituto Jurídico Portucalense e pesquisador colaborador do IBEROJUR. Advogado.

APRESENTAÇÃO

Antes que alguém tire conclusões precipitadas do título desse livro (Togas & Diabos) e o profane (o que seria até bom) para além do mérito que ele merece, algumas notas de abertura parecem necessárias.

Já no livro *A (In) diferença no direito*, publicado pela livraria do advogado em sua 2ª edição no ano de 2019, nos apoiamos na literatura de Galeano e problematizamos a categoria Diabo (assim como fizera o autor uruguaio) como aquele sujeito apartado da história, excluído, violentado, invisibilizado, oprimido. Como forma de normalizar as exclusões, as fábricas institucionais da ordem elaboraram sempre, e ainda hoje continuam a elaborar, suas versões discursivas e normativas diabólicas da diferença, que, segundo elas, não merecem acolhida, devendo ficar sempre de fora dos processos de reconhecimento e de proteção. Por conta de sua potência simbólica, recorreremos novamente a alegoria do diabo como uma forma de evidência, às vezes silente, sobre os medos que ele presentifica e aos tipos de mundo que supostamente ele habita. O Diabo é mulher, o diabo é negro, o diabo é homossexual, o diabo é imigrante, o diabo é pobre, o diabo é muçulmano, o diabo é indígena, o diabo é judeu, o diabo é cigano, dizia Galeano, ao retratar os excluídos do mundo, sempre narrados como profanos e demonizados.

Os diabos, esses todos invisibilizados, para serem institucionalizados e normalizados nessa couraça profana, ganharam nomes, normas e foram sempre julgados pela ameaça e pelo medo que o diabo carrega. Na cristalização desta tipologia dos diabos, os tribunais, as togas, dos mais diferentes tipos e diferentes épocas, marcaram sua presença. Tribunais decidiam quem era o Diabo, seus modos de ser, seus acompanhantes e, por saberem de tudo, definiam e confirmavam o seu lugar no inferno.

Quantas mulheres julgadas e mortas em fogueiras... Quantos Oscars Wildes e Alans Tourings foram excluídos socialmente e morreram em decorrências das mazelas das condenações e prisões por seus desejos homossexuais... Quantos imigrantes estão apodrecendo nos campos de concentração contemporâneos... Quantos negros ainda se encontram presos nas redes de relações escravagistas que se institucionalizaram ao longo de séculos... Quantos negros e pobres compõem a maioria dos perseguidos, arrestados e mortos pelos sistemas penais de países cujo establishment político se regozija de suas “avançadas democracias... Com certeza, milhões e milhões, e uma quantidade significativa deles em decorrência da atuação de sistemas de administração da (in)justiça.

Por isso, dentre outras razões, não é de se estranhar a resistência e as muitas críticas (até de partes progressistas da teoria jurídica) contra as Cortes internacionais e os Tribunais nacionais (entre eles o STF), que, lentamente, começam a se debruçar e decidir sobre os direitos das minorias e suas reivindicações identitárias.

De fato, muitos dos temas que tratam do direito das minorias são temas moralmente sensíveis, e tomados como se fossem quase sempre estranhos ao próprio direito. Não nos parece, contudo, que se esconder metodologicamente atrás de um positivismo tacanho, sob a falsa alegação de autonomia plena do direito em relação à moral ou à política, seja uma alternativa que produzirá as melhores respostas para as agendas que, gostemos ou não, estão chegando aos Tribunais. Com isso não estamos defendendo (deixemos claro desde já) uma cultura decisio-nista, de que tudo vale para acomodar as posições morais dos julgadores. De fato, não é disso que se trata. A questão central é que tanto a sociedade internacional quanto o direito nacional estão, definitivamente, tomados por importantes agendas que reclamam o direito à diferença, à diversidade, demandas estas que estão, como jamais estiveram, constitucionalmente albergadas em nossos projetos republicanos de Estado, de sociedade e de Direito. Estamos falando, portanto, de garantias e de direitos, e não de qualquer coisa. O que está em causa, portanto, é a forma como os agentes da República, entre eles os juízes, deverão enfrentar esses temas e todos os pleitos concretos que em torno deles gravitam com a grande e incontornável finalidade de garantir a proteção desses grupos minoritários, que recebem tal adjetivação em função de não seguirem as constantes de expressão ou conteúdo de uma maioria que, não raro sendo quantitativamente minoritária, se faz majoritária por impor estados de poder e dominação.

Esse livro, portanto, é uma homenagem ao profano que se ergue, que se coloca no mundo como resistência e autonomia, como um devir de seres de carne e osso, um devir potencial por desviar, que quer lugar ao sol e sobretudo um regime de reconhecimento de suas diferenças identitárias.

Nosso livro é, nesse sentido, um pouco anárquico e reflete um pouco nosso modo caótico de ver as coisas. A luta dos grupos vulneráveis também sempre foi uma luta contra a ordem, contra a normalização e contra a homogeneização abstrata pretendida pela maioria. Esperamos que o texto possa contribuir para o debate e sobretudo potencializar os aspectos jurídicos que a diferença e a diversidade reclamam como estatuto de proteção. Que nosso livro seja capaz de fazer sentir e fazer sentido.

Por fim, cabe o registro de que este livro representa o resultado parcial das investigações desenvolvidas no âmbito do projeto de pesquisa direitos humanos e a proteção jurídica das diferenças identitárias nas decisões do STF, financiado pelo edital CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. Partes deste li-

vros já foram publicadas em formato de artigos em algumas revistas nacionais, mas ganharam nova redação para a presente obra. Agradecemos de modo muito especial aos professores Eligio Resta e Manuel Alberto Jesús Moreira por prefaciarem nosso livro.

PREFAZIONE

C'è un gioco medievale, che ancora figura in alcune fiere e mercati specialmente del Sud, consistente in due sfere perforate attraverso cui passano due corde in modo che le sfere scorrano lungo le funi parallele. Il gioco consiste nell'allargare le corde in modo che le sfere raggiungano l'altra estremità del capo. Si gioca in due e ognuno dei giocatori deve essere abile nell'allargare le funi tanto da non farsi investire dalla sfera, rimandandola verso l'altro.

Questo gioco si chiamava, non a caso, *diabolon*. Il nome greco con cui esso è tramandato fino alla contemporaneità è estremamente significativo: *dia-ballein* significa letteralmente rimandare verso, ribaltare, come nell'accusa e difesa degli argomenti. Non è per caso che il termine è usato, nella logica, ma non soltanto, per indicare il rovesciamento dell'argomento, con notevoli implicazioni anche nell'etica religiosa. Richiama direttamente il gioco tra identità e differenza.

Il *diabolon* è figura centrale nelle culture fino a diventare un modello antropologico essenziale, con molti riflessi in quasi tutti i campi del sapere.

Con molta intelligenza Douglas Cesar Lucas e André Leonardo Copetti Santos hanno riscoperto la figura del "diavolo" e l'hanno messa in relazione col sistema giuridico; il libro reca un sottotitolo significativo, *O Constitucionalismo Identitario entre Ativismo Judicial e Garantias*. Mettere in relazione il diavolo e le pratiche giuridiche significa toccare molti nodi teorici delle culture giuridiche e filosofiche contemporanee.

Innanzitutto che è il "diavolo"? Si tratta di un modello culturale e sociale, ripercorso anche sulla scorta di un importante autore come Eduardo Galeano, creato dalla società e dal diritto insieme, e indica tutti gli antagonismi creati culturalmente: il diavolo è povero, indigeno, negra, donna, omosessuale, straniero ecc.

Il nesso teorico è costruito sulla categoria della *differenza* che, spiegano bene gli autori, è concetto possente della modernità: La differenza è creata e relazionata sempre in base all'identità, in modo da costituire concetti "complici e rivali" insieme, appunto "diabolici". Ma nell'impatto con il diritto, con la cultura giuridica, con i giudici, con la teoria e la pratica, svela tutti paradossi della modernità imperniata sul principio cardine dell'uguaglianza. Se definire il diavolo porta a *discriminazione*, come mostrano con chiarezza e precisione gli autori che esaminano innumerevoli pratiche giudiziarie, costituzionali e non, a entrare in crisi è l'impianto categoriale del diritto moderno.

A ben vedere l'idea di uguaglianza moderna fondata sul soggetto di diritto, uguale e universale, aveva fin dagli inizi mostrato crepe. Già nel codice Napoleonico che esordiva, in maniera rivoluzionaria, col soggetto di diritto, indipendente dalla nascita e dallo status, nella pratica si scopriva che il soggetto di pieno diritto era soltanto "il maschio, adulto, sano di mente, preferibilmente sposato". Tutti gli altri erano menomati, con poteri precari che, senza tutela, potevano fare poco.

Quello dell'uguaglianza è un unificatore culturale importante, ma destinato sempre a una continua, quotidiana "lotta per il diritto". Gli autori sono meritevoli di aver messo in luce questo importante crinale concettuale che, più si generalizza, più trova ostacoli profondi nelle pratiche politiche.

C'è un ultimo aspetto che mi colpisce. Già a partire dalla categorizzazione fondamentale della figura del "diavolo" gli autori mettono in evidenza il rapporto proficuo, spesso inscindibile, tra diritto e letteratura, ripercorso puntualmente nella dimensione teorica. Gli autori suggeriscono le potenzialità della letteratura, cosa che è indubbiamente vera. Ma aggiungerei di più; la letteratura lavora su un mondo di possibilità, mentre il diritto è condannato alla "contingenza" dei "casi concreti", necessariamente definito da un imperativo della decisione. E tra possibilità e contingenza vi è una scarto enorme, che attiene, in fin dei conti, alla insopprimibile "eccedenza della vita" su tutte le forme, per prime quelle giuridiche. La letteratura è libera dalla coazione a decidere.

Aveva ragione Goethe quando ricordava che "*Was Bleibt Aber die Dichter findet*", appunto "quello che rimane lo scoprono i poeti".

Bella la lettura di questo libro che va raccomandato al lettore, e intelligente la ricostruzione della cultura giuridica contemporanea attraverso il concetto del "diavolo" che, non ce lo aspetteremmo, "rimanda" a tutta la complessità della cultura moderna.

Roma, giugno 2024

ELIGIO RESTA

Emerito nell'Università di Roma

PREFÁCIO¹

Existe um jogo medieval, que ainda aparece em algumas feiras e mercados, sobretudo no Sul, constituído por duas esferas perfuradas por onde passam duas cordas para que as esferas deslizem ao longo das cordas paralelas. O jogo consiste em alargar as cordas para que as bolas retornem à outra extremidade da corda. É jogado com dois jogadores e cada jogador deve ter habilidade em alargar as cordas o suficiente para evitar ser atingido pela bola, mandando-a de volta para o outro jogador.

Este jogo se chamava, não por acaso, de *diabolon*. O nome grego com que foi transmitido até a contemporaneidade é extremamente significativo: *diaballein* significa literalmente devolver, rebater, como na acusação e na defesa de argumentos. Não é por acaso que o termo é utilizado, na lógica, mas não apenas, para indicar a inversão do argumento, com implicações notáveis também na ética religiosa. Recorda diretamente o jogo entre identidade e diferença.

O *diabolon* é uma figura central nas culturas a ponto de se tornar um modelo antropológico essencial, com muitas reflexões em quase todos os campos do conhecimento.

Com muita inteligência Douglas Cesar Lucas e André Leonardo Copetti Santos redescobriram a figura do “diabo” e a relacionaram com o sistema jurídico; o livro traz um significativo subtítulo: O Constitucionalismo Identitário entre Ativismo Judicial e Garantias. Conectar o diabo e as práticas jurídicas significa abordar muitas questões teóricas das culturas jurídicas e filosóficas contemporâneas.

Em primeiro lugar, o que é o “diabo”? Se trata de um modelo cultural e social, revisitado a partir de um autor importante como Eduardo Galeano, criado pela sociedade e pelo direito em conjunto, e indica todos os antagonismos criados culturalmente: o diabo é pobre, indígena, negro, mulher, homossexual, estrangeiro, etc.

O nexó teórico é construído com base na categoria da *diferença* que, bem explicam os autores, é um conceito poderoso da modernidade: A diferença é sempre criada e relacionada com base na identidade, de modo a constituir conceitos que são “cúmplices e rivais” entre si, precisamente “diabólicos”. Mas no impacto com o direito, com a cultura jurídica, com os juízes, com a teoria e a prática, revela todos os paradoxos da modernidade baseados no princípio fundamental da igualdade. Se definir o diabo leva à discriminação, como mostram com clareza e

1 Tradução de Douglas Cesar Lucas.

precisão os autores que examinam inúmeras práticas judiciais, constitucionais ou não, é o sistema categórico do direito moderno que está em crise.

Olhando mais de perto, a ideia de igualdade moderna baseada no sujeito do direito, igual e universal, apresentava fissuras desde o início. Já no código napoleônico que estreou, de forma revolucionária, com o sujeito do direito, independentemente de nascimento e condição, na prática descobriu-se que o sujeito do direito pleno era apenas “o sujeito do sexo masculino, adulto, mentalmente capaz, preferencialmente casado “. Todos os outros eram deficientes, com poderes precários que, sem proteção, pouco podiam fazer.

A igualdade é um importante unificador cultural, mas sempre destinada a uma contínua e quotidiana “luta pelo direito”. Os autores têm o mérito de destacarem este importante ápice conceitual que, quanto mais generalizado, mais encontra obstáculos profundos nas práticas políticas.

Há um último aspecto a ser destacado. Já partindo da categorização fundamental da figura do “diabo”, os autores destacam a profícua, muitas vezes indissociável, relação entre direito e literatura, pontualmente reconstituída na dimensão teórica. Os autores sugerem o potencial da literatura, o que é indubitavelmente verdadeiro. Mas eu acrescentaria mais; a literatura trabalha num mundo de possibilidades, enquanto o direito está condenado à “contingência” dos “casos concretos”, definidos necessariamente por um imperativo da decisão. E entre possibilidade e contingência existe um enorme fosso, que em última análise se relaciona com o irreprimível “excedente de vida” sobre todas as formas, sobretudo as jurídicas. A literatura está livre da compulsão de decidir.

Tinha razão Goethe quando recordava que “Was Bleibt Aber die Dichter findet”, precisamente “aquilo que resta é descoberto pelos poetas”.

Bela a leitura deste livro que recomendo ao leitor, que faz uma inteligente reconstrução da cultura jurídica contemporânea através do conceito de “diabo” que, não que se esperasse, “refere-se” a toda complexidade da cultura moderna.

Roma, junho de 2024

ELIGIO RESTA

Emerito nell'Università di Roma – Itália

TOGAS & “DIABOS”

Desde el título los autores nos interpelan con dos símbolos y rápidamente nos colocan en un circuito semejante a la Divina Comedia: “perdido el recto camino caemos en una selva oscura, paraje inhóspito, intrincado y áspero”. En el libro sucede lo mismo, estamos extraviados entre la justicia y sus demonios.

A partir de allí los autores nos conducen con solvencia a repasar una centenaria lucha por la igualdad, como un teatro que estrena con maligno estupor las atroces costumbres del racismo, la esclavitud, la opresión y la violencia. Al anunciar estos demonios vemos como emerge una especie de inframundo que no estaba precisamente en la periferia del universo conocido, sino en su propio interior mezclado al cotidiano cultural. Eran vecinos sutiles y enmascarados dentro de una burocracia colonial, despertando súbitamente en los estrados forenses para debatir la más antiguas de las batallas. Esta contienda –también simbólica– prefigura el propósito del libro.

A partir de esta paradoja, los autores describen con adiestrado saber epistemológico el objeto observado expandido en varias direcciones, enumeran las herramientas teóricas que utilizaran para explicar los problemas de un mundo alienado, frágil, y belicoso. También justifican la densidad enciclopédica del libro y dejan abierta una puerta sobre la verdad y lo verdadero. La incursión esta precedida de un comentario sobre Galeano inspirador de un libro anterior (2019) donde circulaba la idea de demonizar a los seres excluidos, forjando una especie de fenomenología de la opresión y la invisibilidad social, mediante un inventario de fenómenos, tópicos, pensadores, teorías, estructuras ideológicas, modelos y sistemas filosóficos que conforman el escenario presentado con la rudeza de los términos más escabrosos.

En el libro se diseña con habilidad las estrategias necesarias para reunir los “demonios” sociales y al mismo tiempo resumir el enfoque de los pensadores encargados de descifrar el universo de las diferencias asediado por un clima colonial y racista, liberado mediante estrategias forenses –reparadoras y garantistas– rescataando un camino judicial mezclado con alertas, tendencias y objeciones, sobre las decisiones y prácticas tribunalicias ajustadas a los Derechos Humanos.

Por consiguiente, esta idea preliminar, tal vez prematuramente enunciada por los autores, afligidos por la “conexidad diabólica” es la que me llevó a pensar –quizá también prematuramente–, en una cuestión que posee una urgencia metodológica: la primera es la paradoja de resolver una cuestión teológica que se mezcló a los grandes dilemas del mundo actual, tal vez más el más conocido sea la “banalidad

del mal” de Annah Arendt, frase inquietante luego del juicio a Adolf Eichmann. Y también el libro de Santiago Nino “Juicio al mal absoluto” por el Juicio contra el terrorismo de estado en Argentina. Estas formas escatológicas que están presentes, muchas veces disimuladas en el pensamiento moderno se pueden aceptar como una respuesta ante lo irracional e inexplicable, pero también a definir un comportamiento intolerable e infinitamente injusto. Emmanuel Carrère en un libro que relata el estilo de Mailer y Capote –mezclando hechos reales con una crónica literaria– sobre una persona que asesina en Francia a toda su familia, padres, esposas e hijos para ocultar una mentira, que no encuentra explicación más que utilizar la palabra el “adversario”. El “adversario” es una fuerza contagiosa, un aliado irracional y turbulento que conduce a las personas a ejecutar acciones macabras y atroces. La gran deuda del mundo actual está latente en las desigualdades sociales, que no solo se volvieron muy visibles, sino que emergió y desempolvó siglos de opresión y hoy están en la agenda judicial como acreedores implacables.

Por eso he considerado importante sugerir mediante la metáfora de la “puerta abierta”, presumiendo la noción de “verdad” en un laberinto cultural y judicial. Resuelta por el sentido común del periodismo y los debates e interpelaciones en los medios, denominada la *postverdad* (post-truth), declarado el neologismo del año en 2016 (Diccionario inglés de Oxford) y por el otro lado la reconfiguración del concepto de verdad, transformada en un acto transitorio si aplicamos la palabra utilizada por Nietzsche de *wahrsagen*, luego traducida por Foucault como *veridicción*. Proclamar la veracidad no es exactamente lo verdadero, sino que se manifiesta de esa manera. Sin aliarnos con un cómodo relativismo, solo repensamos el concepto de verdad que puede resultar un foco temporal o una epifanía. Una actitud “forclusiva” (en términos de Lacan) de no ver lo que existe, porque la realidad es lo que imaginamos como seres colonizados.

Alertados por esta cuestión André Copetti Santos y Doglas Cesar Lucas, reformulando las referencias apriorísticas establecen el inicio del libro formal en los “Itinerarios teóricos de la diferencia”. Allí exponen con rigurosidad y sugiriendo una lectura amplia del tema una era denominada de muchas formas como de la “superdiversidad”, o de “los extremos”. Analizando el territorio empírico, y como este se encuentra enlazado al territorio teórico, al discurso y las narrativas. Desde allí se interpela y reflexiona sobre las principales creencias (otra vez el concepto de verdad) la ficción del universo igualitario y la homogeneidad. Realizan un esfuerzo destacado por resumir las tendencias, modas y constructos ideológicos y separarlos de la ficción y utopías. Necesariamente deben acudir a fórmulas que la interdisciplina las convirtió en indispensables como cultura e identidad.

El abordaje se vuelve más complejo cuando intentan explicar la “diferencia” mediante una ontología que también resulta inestable apenas se la mide en el universo cambiante e híbrido que presentan las sociedades actuales. Superan

este dilema cuando tratando la discriminación aceptan que es necesario interrogarse sobre “lo verdadero y falso, normal y patológico, justo de injusto y lícito de prohibido”. Proponiendo hablar en ese contexto de la moral de la diferencia. Mediante esta articulación entienden que se puede diagnosticar las tendencias democráticas reales.

A continuación, con acierto metodológico analizan la “Institucionalización de la Diferencia”. Allí exponen con competencia académica todas las vías observadas, dentro de un proceso que comprende los movimientos sociales, las prácticas, los reconocimientos, convenciones, normas y reconocimientos internacionales. También mencionan una serie de casos a modo de ejemplo para demostrar diferentes sistemas judiciales han dado respuesta y consolidado este cambio de paradigmas, en cuestiones de Pueblos originarios, de género y en otras formas de desigualdades. Bajo estos parámetros analizan la democracia entre el Estado y la Sociedad. Rastreado la cuestión de legitimidad para que funcione, y los obstáculos que presentan las distintas posturas procedimentales.

Los autores redoblan la apuesta al sostener que no solo estiman como viable el activismo judicial de reconocimiento, –que dicen haber sostenido en anteriores trabajos– sin abandonar la tesis original consideran que el activismo de redistribución o la eliminación de injusticias económicas, se encuentra asociado al primero. Para ello mencionan autores que apuntan en la misma dirección, pero utilizando conceptos y parejas antinómicas. Sobre todo, porque se trata de un problema que presenta muchos significados y empíricamente puede comprometer la observación científica, si la distinción de los fenómenos no es apropiada y correcta. Por ejemplo, Fraser quien cuestiona a Young, al observar cómo fenómenos diferentes lo cultural y la opresión que proviene del poder. Plantean –en ese marco problemático– la situación de “los grupos sociales”, aquellos cuya identificación cultural les puede conceder una ventaja sobre quienes presenten una identificación cultural más difusa.

El esfuerzo de los autores por focalizar claramente la desigualdad y el reconocimiento propone un dilema que solamente los procesos sociales irán dando cuenta. No se trata de términos absolutos o fenómenos cuya distinción depende exclusivamente de las herramientas conceptuales y analíticas, sino además dependen de los actores que van gestionando un nuevo constitucionalismo, comprometido con los nuevos derechos y garantías. Las tendencias están bien resueltas, pero las secuelas del desorden conceptual y la naturaleza lábil de los tópicos abordados nos aproximan a una encrucijada: el escrutinio de los factores que se oponen y divergen señalan un debate de textura abierta.

Para finalizar los autores examinan los temas tratados en los capítulos anteriores que resultan adaptados, observados y contemplados por la Suprema Corte

Brasileña. Desde el vamos prefiguran un cambio notable y un rumbo cierto encaminado a la protección de la diversidad y el surgimiento de un constitucionalismo identitario acompañado de una teoría constitucional del derecho a la diversidad. Aunque en realidad y refutando a aquellos que denuncian un aspecto excesivo y protagonismo ilegítimo de la Corte comparado a los otros poderes, afirman que no se trata de un activismo real y autónomo, se trata de decisiones que protegen, respetando los patrones formales y sustanciales de la constitución, el Derecho de individuos y grupos históricamente vulnerables.

De esta manera los autores objetan a aquellos que ven una potestad jurisdiccional caótica y discrecional, convertidos en rumbos decisionistas y peligrosos. Los autores entienden que, en la mayoría de los casos retratados, los derechos de las minorías han sido garantidos porque son jurídicamente protegidos, amparados en la tradición constitucional brasileña. La diferencia es sutil, aunque la estadística identifique una línea garantista, en realidad las decisiones de los tribunales supremos están siguiendo los principios y las reglas constitucionales robustas previstas en la constitución. La conclusión es que en el Brasil los jueces supremos en la mayoría de los casos solo cumplen con el mandato constitucional. Las tendencias de todas las luchas sobre la igualdad, el identitarismo, las diferencias, los demonios del mundo actual son tratados con un claro límite, aunque, la labor judicial indique una preferencia militante, solo están siguiendo un orden axiológico y hermenéutico que la propia constitución ha previsto en su estructura formal.

El balance es alentador, porque los autores han realizado una amplia exploración de los factores, tendencias, teorías, críticas y divagaciones sobre el tema. Pero finalmente han concluido que más allá de las respuestas obtenidas mediante la lectura de fallos y en especial de los temas donde se ventilan controversias donde está en juego, el racismo, la etnicidad, la desigualdad, lo diverso las respuestas del Supremo Tribunal no han perdido de vista el espíritu constitucional, sin exceder la jurisdicción democrática de sus funciones.

Cabe preguntarse –luego de la maraña de opciones y tendencias– ¿los tribunales son dueños de la verdad, o productos de la historia, meros intérpretes o activos instrumentos de una sociedad que exige respuestas inmediatas y urgentes? Por ejemplo, en Argentina con el regreso de la Democracia se juzgó a la Junta militar responsable del terrorismo de Estado. Pero luego de veinte años se concluyó que no era suficiente y se juzgó a todos quienes participaron en asesinar y torturar durante la Dictadura. Cual verdad o cuanta “veridicción” se escabulle entre los pliegues de la historia, cuanta “banalidad del mal” va quedando en los circuitos de los Derechos Humanos. Por donde miramos en los peores escenarios vamos a encontrar un punto final que nos impide juzgar a los últimos juzgadores. Que generalmente son presa de la memoria social, de la época, de las falacias ideológicas o de la “post verdad”.

Vuelvo detrás de la Divina Comedia, avanzamos en los sinuosos corredores como testigos y no juzgadores de la aterradora conciencia humana, ¿podemos solamente dar testimonios de las desigualdades e injusticias? ¿o pensar con Freud cómo el malestar en la cultura es una naturaleza que revive cada tanto? porque detrás de todo solo el “adversario” –como simplifica Carrère– explica lo inexplicable?

Si optamos por juzgar a una Corte Suprema de una época, seguramente tendríamos que juzgar a una sociedad que ha construido valores y disvalores suficientes para obtener un “adversario”, un reino de la injusticia. Y las Cortes Supremas no están absolutamente fuera de la realidad social donde desempeñan sus cargos forenses.

Las prácticas judiciales, las tendencias, la doctrina y la jurisprudencia son los vectores que marcan un rumbo incierto, verdadero o transitorio. Un ejemplo de esto surge de la jurisprudencia de las Cortes Supremas en América del Sur con relación a los Pueblos Originarios. En esa cuestión puntual han hallado soluciones jurídicas para grandes problemas étnicos, que permite soñar con una justicia social restaurativa e inclusiva. Que permite pensar en la abolición del racismo. Pero, por otra parte, notamos un silencio estridente en otros temas pendientes. Los derechos colectivos marcan un rumbo que es difícil esquivar. Hablar, discutir y pensar en ellos nos redime del atronador silencio colonial.

MANUEL A. J. MOREIRA

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL)

Magister en Antropología social (UNaM)

A DIFERENÇA E SEUS DIABOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA IGUALDADE MODERNA NA LITERATURA DE EDUARDO GALEANO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A modernidade inaugurou um processo de hipercientificização das propostas políticas e jurídicas de emancipação, tornando possível a elaboração de promessas bastante ambiciosas, notadamente de quatro grandes promessas: a promessa da igualdade, a da liberdade, a da paz e a da conquista da natureza (Santos, 2009). Uma das consequências desse processo foi a substituição de uma ordem transcendental de compreensão do mundo por arranjos racionais. Intencionava-se, com isso, substituir um mito por outro, o antigo Deus católico por um novo Deus, a Deusa Razão. As promessas dessa Deusa não só não se cumpriram nos termos em que nos haviam sido entregues, como a ciência moderna, em lugar de eliminar os excessos e as insuficiências, as potencializou e as modulou a partir de seus próprios termos. Nos dias atuais, a falência dessas promessas é mais que evidente. Os níveis de desigualdade são apavorantes, a falta de liberdade escancara as limitações de muitos projetos de sociedade, um sem número de conflitos abatem vidas impiedosamente, e o domínio da natureza atingiu o seu clímax, não mais como domínio, mas como destruição.

A resposta aos excessos da razão veio através do crescimento cada vez mais acelerado de movimentos de retorno ao transcendental mítico religioso, mas também pela elaboração de alternativas contemporâneas de acolhimento, entorpecimento e tratamento de subjetividades atormentadas. Sujeitos atomizados e em desespero apelam novamente para os céus e para as soluções terapêuticas que sejam capazes de garantir, simbolicamente, um pouco de certeza e segurança. Particularmente neste momento da história da humanidade os discursos religiosos reocupam, por intermédio de novas narrativas, um lugar bastante destacado; os novos fundamentalismos são cada vez mais potentes e constroem estatutos, práticas e discursos muito efetivos na sociedade contemporânea. E nesses discursos, a figura do Diabo condensa uma espécie de unidade de sentimento contra o diferente, contra o estranho, que alimenta uma concepção de “nós” contra “eles”, os de “dentro” contra os de “fora”.

No presente capítulo, buscando explorar um diálogo entre religião e literatura e entre literatura e Direito, intenta-se estabelecer uma conexão entre os discursos religioso e literário sobre o Diabo, construído como o diferente minoritário. Utiliza-se como referencial literário as obras “Espelhos: uma história quase universal”, de Eduardo Galeano, na qual o autor uruguaio elenca nove formas de personificação coletiva do Diabo. Também nos apoiamos nas obras “O livro dos abraços”, “Mulheres” e “Os filhos dos dias”, do mesmo escritor.

O objetivo é demonstrar o potencial epistemológico do trabalho literário de Galeano e, portanto, sua importância como modelo de conhecimento específico a ser obtido a partir de textos ficcionais, com projeção do seu conteúdo para a análise e crítica de categorias próprias às ciências humanas, e mais especificamente com uma vinculação estreita com o Direito. Em termos mais específicos, a análise do texto de Galeano buscou problematizar uma das principais santas seguidoras da Deusa moderna conhecida como Razão, a Santa Igualdade, além de, como contraponto, propor suas escrituras como ferramentas de análise e reinterpretação da categoria da diferença, mais adequada à compreensão da complexidade do mundo atual.

Para o desenvolvimento dessa empreitada teórica, utilizamos o método fenomenológico a fim de deixar e fazer ver a os elementos literários na obra de Eduardo Galeano que destacam a diferença por si mesma, tal como se mostra a partir de si mesma, de modo que permita a ela demonstrar-se diretamente, com conceitos, através de processos que contêm um componente aconceitual, e não a partir de postulados de outros fenômenos ou de doutrinas tradicionais. A proposta de trabalho busca não a abordagem da diferença em particular, mas aspectos do seu ser, aspectos que embora se mostrem de forma implícita e “não-tematizada”, podem chegar a mostrar-se tematicamente.

1. SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA E SUA POTENCIALIDADE CRÍTICA

Os acoplamentos entre distintos campos do saber não é algo novo. A filosofia, mãe de todas as ciências, era, em seus primórdios, um grande aglomerado de conhecimentos de distinto caráter, agrupados sob uma mesma denominação. As relações entre natureza e cultura não eram tão distinguidas como passaram a ser na modernidade, e, por consequência, as relações ou interseções entre ramos do conhecimento mais dedicados à natureza ou à cultura não eram tão relevantes assim. Com a especificação, na modernidade, de áreas do conhecimento com uma intensidade jamais vista na história da humanidade – processo que em sua maior medida deve ser atribuído ao racionalismo –, o desfazimento do grande pacote de conhecimentos chamado filosofia levou a um constante afastamento das ciências

umas das outras e de todas em relação à filosofia, situação que induziu e guiou cientistas a cada vez mais desejarem a pureza, a autonomia de suas construções teóricas. No campo específico do direito esse movimento é bastante evidente.

Mas se na modernidade ocorreu este isolamento entre as distintas ciências e delas em relação à filosofia, por outro lado, foi, nesta mesma época, no campo da reflexão teórica que se passou a reconstruir pontes parciais entre as ciências e entre elas e a filosofia. Nas possibilidades e necessidades de imbricação próprias ao direito, observa-se a ligação, para exemplificar, do direito com a economia, com a psicologia, com a ciência política, com a sociologia, com a antropologia etc. No século XX, materializou-se, de forma mais intensa, uma aproximação entre direito e arte que, como já mencionado, não era propriamente inédita. Essa ligação entre direito e arte é mais palpável em relação à literatura, mas em hipótese alguma pode ser descartada referentemente em relação a outras manifestações artísticas como, por exemplo, entre direito e artes pictóricas, direito e cinema, e direito e música.

Mais detidamente quanto ao objeto do presente capítulo, que relaciona direito com literatura, pode-se apontar uma série de elementos que tornam possível a convergência desses dois campos culturais. Utiliza-se aqui uma relação de fatores que Rotman de Miranda (2010) relaciona como essenciais para a aproximação entre filosofia e arte, mas que, sem dúvida alguma, são também adequados para entender as possibilidades de acercamento entre direito e arte: ambos são expressões superiores do espírito humano; também são o resultado de um determinado momento histórico; tanto um quanto o outro são o resultado da confluência de: crenças, ideologias, valores, organização sociopolítica, economia, ciência e técnica; arte e direito emergem de representações mentais e usam linguagem; uma e outra são expressões de um universo simbólico e requerem interpretação; desenvolvem a sensibilidade e aguçam o intelecto; requerem um ato profundo de pensamento; são disparadores para a compreensão da realidade que os produziu; revestem-se do pensamento filosófico próprio de sua época; e, por fim, são acessíveis aos seres humanos por sua condição de humanidade.

Em termos históricos, as origens do *Law as Literature* remetem a John Henry Wigmore, jurista norte-americano, a partir da publicação de sua *A List of Legal Novels*, em 1908. Posteriormente, no ano 1925, Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte norte-americana, buscou trazer a forma da literatura para o direito, isto é, a possibilidade de textos jurídicos serem interpretados e lidos como textos literários (Trindade; Bernsts, 2017). Por fim, surge, em 1970, o *Law and Literature Movement*, ou *Law and Literature Scholarship*, ou, ainda, *Law and Literature Enterprise*, movimento que estuda o Direito pela Literatura, examinando, assim, a qualidade literária do Direito. Esse debate promovido pelo *Law and Literature Movement* contou com a participação de pensadores como James Boyd White (1985), Richard Weisberg (1979 e 1988), Robert Weisberg e Guyora Bin-

der (2000) Richard Posner (1986, 1990 e 2007), Jerome Bruner 2014), Sanford Levinson (2020), Martha Nussbaum (1997) Stanley Fish (1987) e Owen Fiss (1982), dentre outros (Trindade; Bernsts, 2017).

Dentro das possibilidades de se estabelecer relações entre esses ramos culturais, há várias tentativas de se ordenar direito e literatura. Thomas Morawetz (2007) indica, em primeiro lugar, que o direito *na* literatura se estende à descrição de advogados e de instituições jurídicas nos textos literários. Advogados desfilam como heróis, anti-heróis, vilões. É o que se encontra nos textos de Dickens (Bleak House), Kafka (O Processo), Shakespeare (O Mercador de Veneza), Sófocles (Antígona), Coetzee (À Espera dos Bárbaros). Tenta-se encontrar o jurídico no literário, explícita e subliminarmente. Morawetz também nos dá conta da compreensão do direito *como* literatura, onde se investiga o conjunto de transmissão de significados, no espaço jurídico, marcado pelo autoritarismo e pelas injunções políticas. O mesmo autor ainda aponta um terceiro campo: a literatura como instrumento e fator para a reforma do direito. Tenta-se verificar como a literatura popular poderia influenciar movimentos para mudança da legislação e das práticas judiciárias. Orienta-se para uma literatura politicamente inspirada. Os efeitos sociolegais da literatura são o principal objeto de investigação.

Assim como as interseções epistemológicas entre o direito e outros campos do saber lhe acrescentam distintas perspectivas, sejam de partida ou chegada, as possibilidades e os horizontes da relação entre direito e arte são também inúmeros. De acordo com Morawetz (2007), entre estes horizontes podemos encontrar o direito na literatura e a literatura no direito; o direito da literatura e a literatura como padrão e impulso para reforma do direito; assim como a combinação entre direito e ficção na busca de referenciais éticos. Ost (2004) identifica vários campos de interação entre o Direito e a Literatura: o Direito da Literatura, o Direito como Literatura, o Direito na Literatura e o Direito pela Literatura. A literatura, diz o autor, não oferece respostas técnicas, mas abona dois imaginários que, ao seu modo, acessam a narrativa dos costumes de uma comunidade. A lei obriga, de forma narrada, determinadas práticas para uma sociedade. A literatura, por sua vez, reproduz os sentidos das regras, questiona sua legitimidade e inventa seu próprio itinerário. Justamente por isso a literatura pode antecipar a crítica, sugerir mudanças e contar, a seu modo, a lei. Enquanto a literatura liberta os possíveis, dúvida, critica, propõe outras alternativas, é inventiva, o direito codifica e encerra a realidade, dirá Ost. O direito não é literatura, mas revela-se e questiona-se nela. A literatura não é direito, mas faz dele o seu objeto de prospecção e interrogação permanente.

Dworkin (2001), por seu turno, ao tratar do processo interpretativo, sugere uma compreensão do direito como literatura. Para garantir a integridade e coerência do direito, o juiz deve interpretar respeitando as narrativas do passado,

para saber o que foi dito e construído coletivamente. O direito se apresenta com uma estrutura que só pode ser compreendida e interpretada se o jurista não sonhar o processo histórico de sua elaboração e a atribuição coletiva de sentidos. A integridade e coerência dessa narrativa exige compreender as narrativas e enredos que vêm antes. Tal qual num romance escrito em cadeia, elaborado por muitas mãos em tempos distintos, cada um dos novos autores deverá se apropriar do que já foi narrado e interpretar as palavras de seus companheiros, garantindo, com isso, a coerência da história.

No Brasil, o movimento de fusão entre direito e arte, especialmente direito e literatura, com uma função absolutamente crítica da dogmática jurídica, é iniciado com Warat (1985), através das metáforas literárias presentes no livro *Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. A obra busca um deslocamento do mundo confortável da estabilidade e da segurança jurídica para outras direções distantes da dogmática castradora, com o intuito de abrir-se às múltiplas armadilhas da narrativa científica jurídica, a qual comporta nossas próprias armadilhas. Nesse livro, Warat, pelo uso da literatura como chave de compreensão crítica do direito, estimula a sensação de desconfiância e as tomadas de consciência de que o modelo cartesiano que impregna o modelo positivista-normativista começa a esgotar as estratégias que moldaram um homem dolorosamente fraturado e permitiram imaginar o mundo pautado pela tirania da ordem. Posteriormente a Warat, seguiram-se vários autores a trabalhar com o tema, tais como Lenio Streck (2013), André Karan Trindade (2013; 2020; 2017;) Marta Gama (2019), Roberta Magalhães Gubert (2020), Alfredo Copetti Neto (2020), Nelson Camata Moreira (2015) e tantos outros.

Todos esses movimentos teóricos de aproximação entre literatura e direito, em suas mais distintas versões metodológicas, epistemológicas e estéticas, colocam-se exatamente na contramão de todo um cientificismo de caráter racionalista que contaminou o direito da modernidade com uma pretensão absoluta de ordem e certeza, distanciando-se completamente do mundo da vida, marcado pelas ambivalências, pelos estranhamentos, pelas diferenças, pelas incertezas e, certamente, por um permanente caos em sociedades cada vez mais complexas e cada vez mais difíceis de serem ordenadas pelo modelo de direito moderno. Partindo desta perspectiva crítica da relação entre literatura e direito, exploramos a obra de Galeano, buscando a identificação da ideia de diferença, categoria fundamental de novas concepções de direitos e de democracia, numa literatura com os pés absolutamente enraizados no chão da realidade mundana. Nossa perspectiva é a de buscarmos o direito e a filosofia na literatura.

2. A DIFERENÇA COMO UMA CATEGORIA PÓS-MODERNA E DESCOLONIAL DE (DES) ORDENAÇÃO DO MUNDO

Dois fenômenos quase siameses que podem ser fortemente apontados como causas de estados de dominação que vieram a ser combatidos pelos acontecimentos sociais da década de 60 do século passado e, conseqüentemente, pelas teorizações e institucionalizações daí emergentes, são o colonialismo e o imperialismo. Seus efeitos ainda se fazem intensamente presentes nas sociedades contemporâneas, especialmente do sul do planeta, apesar de todas as resistências que lhes têm sido opostas.

Dos distintos processos históricos de colonização não podem ser dissociadas as diversas manifestações imperialistas que ocorreram e continuam a ocorrer ainda hoje, mesmo que em suas versões mais recentes se revistam de uma sofisticação muito maior, sob os mais variados aspectos. Algo como um poder brando que, na definição de Joseph S. Nye Jr., contrapõe-se a poder duro².

As causas e etapas de dominação de um e de outro são praticamente as mesmas. Civilizar, colonizar, irradiar sua cultura, propagar-se, tais são os primeiros impulsos do imperialismo, sendo a colonização, segundo as palavras de Ferro (1996, p. 29), “a força de reprodução” de um povo pelos espaços.

A colonização é associada à ocupação de uma terra estrangeira, à sua exploração agrícola, à instalação de colonos. Assim definido o termo “colônia”, o fenômeno data da época grega. Da mesma forma, fala-se de “imperialismo” ateniense, e depois romano. Entretanto, a tradição histórica ocidental data o fato colonial da época dos Grandes Descobrimentos, apesar de antes da colonização europeia ter havido a colonização dos gregos e dos romanos, mas também a dos árabes e dos turcos, que conquistaram as margens do Mediterrâneo, parte da África negra e da Ásia Ocidental, e até a Índia, a qual, por sua vez, no início de nossa era, colonizara o Ceilão, parte da península indochinesa e o arquipélago de Sonda. Sem mencionar os chineses, que exploraram as costas orientais da África, no século XV, e colonizaram o Tibete, e até os japoneses, que conquistaram e colonizaram Yeso, pouco antes de os russos chegarem à Sacalina, e os franceses, ao Canadá (Ferro, 1996).

2 O que quer dizer precisamente poder brando? Tanto o poder militar como o econômico são exemplos do duro poder de comando que se pode empregar a fim de induzir os demais a mudarem de posição. O poder bruto se apoia tanto em induções (a cenoura) como em ameaças (o porrete). Mas existe um modo indireto de exercer o poder. Na política mundial, é possível que um país obtenha os resultados que quer porque os outros desejam acompanhá-lo, admirando os seus valores, imitando-lhe o exemplo, aspirando ao seu nível de prosperidade e liberdade (...) A este aspecto do poder – levar os outros a querer o que você quer – dou o nome de poder brando. Ele coopta as pessoas em vez de coagi-las. (...) A capacidade de estabelecer as preferências tende a se associar a recursos de poder intangíveis como uma cultura, uma ideologia e instituições atraentes. (...). Por outro lado, o poder brando é mais que persuasão ou que a capacidade de mover as pessoas pela argumentação. É a capacidade de seduzir e atrair. E a atração geralmente leva à aquiescência e à imitação. (...) O poder brando emana em grande parte dos nossos valores. Valores que se expressam na nossa cultura, na política que adotamos internamente e no modo como nos comportamos internacionalmente (Nye Jr., 2002, p. 36-37).

Recortando os fenômenos da colonização e do imperialismo, em sua inevitável proximidade, para não dizer quase confusão, apenas ao âmbito ocidental, em termos temporais podemos distinguir duas grandes ondas colonialistas-imperialistas. A primeira, nos séculos XV e XVI, patrocinada por uma burguesia mercantilista, dirigiu-se à América e África, havendo, ainda, possessões portuguesas e espanholas na Ásia, que tiveram como países colonizadores Portugal, Espanha, Holanda, Inglaterra e França; a segunda, na segunda metade do século XIX, auspiciada por capitalistas da indústria e das finanças, teve como foco a África, Ásia e Oceania, e foi protagonizada por França, Inglaterra, Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, Estados Unidos e Japão.

Quanto aos objetivos, a primeira, no aspecto econômico, buscou uma saída para a crise de crescimento da economia e para o enfraquecimento da nobreza, através da descoberta e extração de matérias-primas, exploração de mercadorias tropicais comercializáveis, produtos alimentícios e metais preciosos para aliviar a falta de moedas e o alto preço daqueles metais, além do propósito da venda de produtos manufaturados das metrópoles. Já no plano cultural, a difusão dos ensinamentos cristãos, juntamente com o argumento humanitário, que obriga “as raças superiores” a cumprirem seu dever para com as “raças inferiores”, ainda afastadas do caminho do progresso, foram grandes fatores mobilizadores dos colonizadores desse primeiro grande movimento colonialista ocidental. A todas essas causas ainda poderíamos agregar o boom demográfico como outro motivo das colonizações (Ferro, 1996).

Já a segunda onda, na perspectiva econômica, mirou para fontes de energia e matérias-primas (carvão, ferro, petróleo, produtos agrícolas, etc.) para a indústria, bem como para a conquista de novos mercados para produtos industrializados, além da busca de espaço para investir capitais e, assim, conseguir mais lucros. Por outro lado, também a pressão demográfica em virtude do crescimento da população europeia foi um elemento consideravelmente importante, ademais de razões ideológicas, como a “missão civilizadora”, já motivadora da primeira onda, de difundir o progresso da ciência e da tecnologia pelo mundo (Ferro, 1996).

Não há dúvidas de que o fenômeno do imperialismo não se arrefeceu em nossos tempos. Hoje podemos tranquilamente indicar a dominação americana, ou anglo-saxônica num sentido mais amplo, nos quatro cantos do planeta, como uma manifestação imperialista, talvez sem precedentes na história da humanidade, pois não se fundamenta apenas no poder duro, mas fundamentalmente no brando, como bem aponta Nye Jr. (2002).

Aqui nos interessa perguntar, em termos de análise dos diferentes estados de dominação que se constituíram como causas das reações e respostas, cujo elemento sintático central é a diferença, quais as consequências para os povos colo-

nizados e vítimas dos processos imperialistas, pois são essas consequências que se constituíram como fatores determinantes dessas oposições que emergiram a partir da década de 60 do século passado. Tentando sistematizar, poderíamos, de forma redutora, dizer que essas consequências do colonialismo e do imperialismo se situam nos planos econômico e cultural. Nestes dois campos, durante os últimos cinco séculos, os processos coloniais e imperialistas deixaram um legado, dentre outros menos importantes, de: a) difusão da cultura nórdica (especialmente europeia e estadunidense) e do cristianismo em outros continentes; b) concentração de metais preciosos na Europa ocidental; c) descoberta e apropriação de novas espécies vegetais; d) mudança do eixo da atividade comercial do Mediterrâneo para o Atlântico; e) escravização e extermínio de povos indígenas e africanos; f) destruição de sociedades indígenas e africanas e saque de suas riquezas; g) europeização-americanização do mundo; h) ampliação do mercado para produtos europeus e americanos; i) introdução de novas plantas e expansão da agricultura comercial; j) difusão de epidemias; k) perda da identidade das culturas locais; e l) desenvolvimento do capital financeiro.

Apenas para exemplificar um pouco mais, pelo adensamento do argumento, as graves consequências da dominação colonial/imperialista, vamos nos deter na questão cultural. Uma das grandes consequências do colonialismo/imperialismo em termos de violência e dominação é, utilizando a teorização de Darcy Ribeiro, a assimilação cultural imposta aos colonizados. Os sistemas coloniais, ao longo da história, invadiram o contexto cultural dos povos colonizados, impondo sua visão de mundo, ocorrendo, assim, invasão cultural. A invasão cultural é sempre alienante e violenta, uma forma perversa de heteronomia. Segundo Freire (1983, p. 178), a invasão cultural possui dupla face: é, ao mesmo tempo, dominação e tática de dominação. A invasão já é uma forma de dominar econômica e culturalmente, de dispor, de objetificar o invadido. Mas a invasão cultural também promove a alteração nos valores do invadido, fazendo com que ele veja a realidade sob a ótica do invasor, e isso garante a estabilidade do invasor e se torna uma tática de dominação, pela consolidação de uma heteronomia.

Ainda, de acordo com Freire, podemos afirmar que, para ter êxito, a invasão cultural precisa convencer os invadidos de que eles são inferiores; assim, passam a ver os invasores como superiores, adquirem seus valores, seus hábitos, sua maneira de vestir, de falar, de produzir, de pensar. Dessa forma, são submetidos a condições concretas de opressão e incapazes de lutar para delas se libertar, são incapazes de perceber a própria heteronomia e a ela se acomodam. Por meio da submissão à opressão, os homens se alienam, pois, passam a ser “seres para outros” (Freire, 1983, p. 188), e, assim, passam a viver em uma condição de heteronomia, situação fortemente presente em nossa cultura, nos mais diversos âmbitos.

O projeto de modernidade europeia foi também um projeto de colonização. A Europa insistiu na visão superior, progressista e desenvolvimentista de sua cultura em contraposição com a inferioridade das práticas culturais, econômicas, religiosas, etc., dos países colonizados. A racionalidade europeia chegou ao seu ponto mais alto de homogeneização e todas as experiências contrárias ao seu modelo civilizatório foram avaliadas como atrasadas, selvagens, bárbaras e inferiores, permitindo invasões e dominações supostamente legítimas. O homem branco, heterossexual, cristão, racional, produtivo, se tornou o modelo de sujeito histórico de civilidade, enquanto que as práticas dos povos originários eram vistas e denunciadas como irracionais, selvagens e despossuídas de elementos humanistas.

Num cenário desses, combater o selvagem, estabelecer uma religião adequada, ensinar boas práticas produtivas e culturais, mesmo que com a utilização de mecanismos de violência, era uma condição necessária e considerada legítima para o desenvolvimento moral e material desses povos. Os índios e negros, por exemplo, não foram tomados em sua diferença, mas por uma dada inferioridade natural que marcava as relações de poder e dominação entre colonizador e colonizado. Toda diferença desafiadora da lógica europeia de dominação devia ser combatida e eliminada, como de fato foi. Etnias inteiras foram mortas, terras ocupadas, religiões indígenas e africanas proibidas, idiomas desapareceram, pessoas escravizadas, tudo em nome de uma pretensa superioridade europeia. A diferença que não tivesse a chancela europeia definitivamente, nesse tempo, não tinha lugar e, portanto, devia ser eliminada de alguma forma.

As práticas dominadoras e legitimadoras da colonização encontraram respaldo nas construções teóricas europeias do período. Todas as leituras antropológicas realizadas sobre as comunidades originárias enalteciam a diferença desses povos em termos de desigualdade e inferioridade. E assim foi até pouco tempo atrás. O conceito de raça foi importante para a afirmação das diferenças evolutivas entre os povos no processo de dominação colonial. A ideia de raça como elemento constitutivo de um lugar e de um povo foi fundamental para a consolidação de um padrão de dominação e hierarquização que a conquista exigia. A Europa afirma-se como centro do mundo e constrói, por oposição, a sua periferia (Dussel, 1993). Ao definir-se como centro, a Europa define o seu entorno, mas, sobretudo, define uma epistemologia, uma cultura, um saber, uma ideia de desenvolvimento que se contrapõe ao resto atrasado, arcaico, selvagem, pobre. Tem razão Grosfoguel ao afirmar que o

patriarcado europeu e as noções europeias de sexualidade, epistemologia e espiritualidade foram exportadas para o resto do mundo através da expansão colonial, transformadas assim nos critérios hegemônicos que iriam racializar, classificar e patologizar a restante população mundial de acordo com uma hierarquia de raças superiores e inferiores (2008, p. 124).

A superioridade europeia transforma-se, então, em superioridade epistêmica, de modo que a sua forma de construir o saber, objetivo, científico, é considerado mais adequado e importante do que as formas de saber desenvolvidas de modo tradicional por povos considerados primitivos. O modelo europeu, portanto, afirma-se negando e desqualificando os modelos tidos como periféricos de cultura, os quais devem ser eliminados, alterados, subjugados, inferiorizados. Definitivamente a periferia e seus modos de ser não têm lugar positivo na racionalidade do mundo moderno europeu.

A modernidade, apesar de ter permitido um novo momento teórico e institucional para tratar da identidade, ocupando-se de elementos positivos da diferença e da alteridade, reproduziu em escalas majoritárias os mecanismos e narrativas homogeneizadoras, colonizadoras e racistas. Já dissemos em momento anterior que a ideia de nação e suas variantes identitárias aniquilaram as diferenças das minorias e impediram o prosseguimento de inúmeros projetos de sociabilidade entendidos como bárbaros, inferiores ou estrangeiros. Os negros, índios e imigrantes conheceram de modo traumático este processo. Foucault (2000) destaca que no Estado moderno o racismo foi um mecanismo fundamental de poder que se insere como uma forma de controle sobre os corpos, um controle propriamente biológico da espécie humana capaz de separar os corpos, classificá-los, hierarquizá-los entre superiores e inferiores.

A filosofia de Hegel (1999), por exemplo, apesar de ter reconhecido a diferença e a alteridade como elementos ínsitos da própria condição identitária, substancializando-a, não mediu palavras para defender proposições de tonalidade colonizadora, europeia e racista. Nos índios americanos via apenas mansidão, indiferença e submissão ao homem branco. A inferioridade desses indivíduos, dizia ele, “é fácil de se reconhecer.” Pensava o mesmo sobre a condição dos negros: “a principal característica dos negros é que sua consciência ainda não atingiu a intuição de qualquer objetividade fixa, como Deus, como leis, pelas quais o homem se encontraria com a própria vontade, e onde ele teria uma ideia geral de sua essência [...] O negro representa, como já foi dito o homem natural, selvagem e indomável. Devemos nos livrar de toda reverência, de toda moralidade e de tudo o que chamamos sentimento, para realmente compreendê-lo. Entre os negros, os sentimentos morais são totalmente fracos – ou, para ser mais exato inexistentes” (Hegel, 1999, p. 83-86). Não é por outra razão que Hegel optou por desconsiderar a África em seus argumentos sobre a história universal, pois, afinal, tal continente “não faz parte da história mundial; não tem nenhum movimento ou desenvolvimento para mostrar” (1999, p. 88).

As teorias dos direitos humanos ocidentais modernas carregaram esta mesma matiz colonizadora que fomentou um único projeto civilizacional para o mundo colonizado. Não é sem razão, portanto, que a igualdade moderna (que

foi uma conquista), mais abstrata que concreta, conviveu com a escravidão, racismos, com a desigualdade entre os gêneros, com homofobia, xenofobia, e outras formas de segregação, de modo bastante intenso, até períodos bem recentes.

O eco desse processo modernizador/colonizador continua a reproduzir certos modelos de dominação e inferiorização de determinados grupos sociais. O racismo científico esteve presente nos movimentos políticos eugenistas, com certa evidência, praticamente até a década de 1980 e mesmo hoje, conjuntamente com vozes da democracia racial, sustentam leituras revisitadas que mantêm vivos os discursos odiosos de dominação e preconceito de todos os tipos.

O pensamento descolonial, sustentado principalmente por Dussel (1993), Mignolo (2003) e Quijano (2005), denuncia a hegemonia dominadora do eurocentrismo e defende um novo sentido para as experiências e epistemologias outras, do Sul, capaz de dar importância e permitir a valoração das práticas e dos saberes construídos de modo autêntico pelos próprios povos desses lugares. As nossas diferenças nos constituem, fazem parte do modo do ser de nossas experiências históricas, sejam elas positivas ou negativas. Os saberes e práticas dos povos colonizados não são melhores e nem piores por não refletirem o paradigma europeu, mas são suas, são elas que dão autenticidade a sua presença no mundo.

As ideias desenvolvidas em torno do que se designou de “novo” constitucionalismo Latino-americano têm uma relação direta com esse movimento teórico de emancipação da região a partir da elaboração e valorização de sua própria realidade histórica e epistemológica. Valorizar e defender as instituições pensadas e construídas pelo saber local, em particular pelos povos originários que foram invisibilizados e oprimidos no processo colonial, independentemente das amarras jurídico-modernas europeias, é uma forma de resgatar a própria autonomia dessas comunidades e reconhecer a importância da diversidade de modos de ser no mundo. Praticamente inexistente na realidade constitucional brasileira, esse movimento constitucional, consubstanciado nas Constituições venezuelana (1999), equatoriana (2008) e boliviana (2009), sustenta um pluralismo jurídico qualificado, construído de modo participativo pela comunidade e caracterizado por formas múltiplas de produção da juridicidade (Wolkmer, 2001). Os desafios de um projeto como esse são inúmeros e obviamente substanciais, mas é evidente a tentativa de um rompimento epistemológico que aponta para novas formas de produção do direito e, sobretudo, para novos lugares e conteúdos de juridicidade que deem conta da diversidade e da pluralidade de formas de vida que a modernidade europeia tentou sufocar, homogeneizar e fazer desaparecer.

A visão de mundo hegemônica acerca da estruturação social na Idade Média caracterizou-se fundamentalmente pela compreensão de que a teia social tinha, formalmente, seus lugares marcados, o que evidenciava, nas relações

sociais, a predominância principiológica da desigualdade. Esse paradigma tinha como motivo de fundo uma rede de privilégios estabelecida a partir de articulações fundadas no âmbito das relações privadas.

Com o advento das teorizações e institucionalizações políticas e jurídicas que caracterizaram os acontecimentos do liberalismo e do Iluminismo, bem como a sucessão dos eventos revolucionários que marcaram profundamente o século XVIII, o princípio da igualdade, consagrado no plano teórico e projetado nas construções institucionais que possibilitaram a ruptura com o paradigma medieval, tornou-se um elemento fulcral de todo o imaginário ocidental moderno. Para romper com a lógica privada medieval, sobre a qual se sustentava a institucionalização da desigualdade, a concretização, pelo menos normativa, da ideia de igualdade demandou a criação do espaço público para o desenvolvimento das relações sociais, como forma de eliminação de alguma parte dos privilégios próprios da Idade Média. Nesse sentido, a cidadania moderna só foi possível no âmbito público e foi um evento importante.

Aproximadamente duzentos e trinta anos foram percorridos na história da humanidade, com a hegemonia na cultura filosófico-político-jurídica ocidental da ideia de igualdade, sendo ela um dos principais elementos geradores das instituições políticas e jurídicas que orientaram e normatizaram as ações sociais ao longo desse lapso histórico. Entretanto, tal ideia sempre esteve muito mais vinculada aos cânones filosófico-políticos liberais do que a quaisquer outros. Tivemos, assim, ao longo da Modernidade, o predomínio de uma igualdade formal, quando se reconheceu muito mais a necessidade-possibilidade de “todos iguais” – uns mais iguais que outros – participarem igualmente da vida política. Também a formação dos chamados Estados-nação, a partir das aglutinações absolutistas que precederam os surgimentos dos modelos estatais que constituem o paradigma moderno, reforçou a ideia da necessidade de efetivação definitiva da igualdade formal, tendo como uma de suas consequências o sufocamento de culturas e grupos minoritários que habitavam partes dos territórios sobre os quais se consolidaram os Estados nacionais.

Não se pode esquecer, contudo, que os princípios do liberalismo e do Iluminismo, construídos como culturas políticas e jurídicas localizadas, e instrumentalizadas para solucionar problemas locais europeus relativos ao exercício do poder, desprenderam-se de seus microcosmos, e universalizaram-se a partir de uma construção mítica de neutralidade. Com isso, ocorreram historicamente reduções eurocêntricas de termos fundamentais como cultura, justiça, direito, cidadania e democracia, aparentemente inclusivas, mas que, na verdade, constituíram-se como altamente excludentes, especialmente ao estrangularem, e até mesmo liquidarem, outras culturas locais (Copetti Santos; Lucas, 2019).

A cultura e as práticas políticas e jurídicas da Modernidade, fundamentalmente europeias, passaram praticamente incólumes em seus desideratos de homogeneização e de universalização por mais de dois séculos. Para tanto, a ficção igualitária cumpriu seu papel mítico de forma um tanto quanto eficiente. Mas a partir da década de sessenta do século passado, com a agudização de lutas políticas por diferentes grupos que compunham as sociedades multifacetadas de países do norte, passaram a ocorrer reações culturais, comportamentais, políticas e filosóficas voltadas a propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diversidade, de concepções alternativas da dignidade humana que não mais se sustentavam sobre a ideia de igualdade formal, mas antes a criticavam a partir de novas visões de mundo, nas quais a diferença passou a ocupar um lugar destacado e exigir um sistema de proteção, inclusive jurídica. Nessa época, teve início uma grande revolução comportamental com o surgimento, dentre outros movimentos, do feminismo e dos movimentos civis em favor dos negros e homossexuais.

Assim, é possível afirmar que a partir da década de 60, inicialmente, sobretudo, nos Estados Unidos, um conjunto altamente heterogêneo de movimentos contestatórios, com um clímax no mítico “68”, empreendeu o caminho da institucionalização social, acadêmica, política e jurídica. As confluências programáticas desses novos movimentos sociais – afro-americanos, indígenas, “chicanos”, feministas, gays e lésbicas, “terceiro-mundistas”, etc. –, se deram a conhecer a partir de então sob o ambíguo termo do “multiculturalismo” (Dietz, 2012). O que todos esses movimentos tinham em comum era a necessidade de reconhecimento de suas diferenças socioculturais. Não desejavam – salvo em casos bem pontuais – que as especificidades de sua própria cultura suplantassem definitivamente o ideal nacional já estabelecido, ou mesmo que seus membros fossem considerados apartados do cenário cultural do Estado-nação. Apenas almejavam ser reconhecidos dentro da nação à qual pertenciam, como portadores de características particulares que os diferenciavam da população ainda adstrita à ideia de cidadania nacional.

Se, por um lado, os acontecimentos sociais que marcaram os anos 60 do século passado podem, tranquilamente, ser considerados como movimentos sociais, dentro de uma clássica definição que os restringe conceitualmente como todo aquele ator coletivo que manifesta – com certa permanência no tempo e no espaço – uma capacidade de mobilização que se funda na elaboração de uma identidade própria e em formas de organização muito flexíveis e escassamente especializadas, com o objetivo de impactar no desenvolvimento da sociedade contemporânea e de suas instituições (Muro; Canto, 1991), por outro, é preciso considerar a relevância do debate posto pela literatura surgida desde os anos 70, acerca do conceito de “novos movimentos sociais”. Tentando resumir, numa ideia ou num mesmo denominador, em termos materiais, no que diz respeito à diversi-

dade dos novos acontecimentos ou movimentos sociais, talvez o grande tema que possa ser comum a todos seja o problema da identidade sociocultural a partir de uma sintaxe da diferença. Assim, os objetivos primordiais dos novos movimentos sociais estão dirigidos para uma reorientação da esfera sociocultural, e não da economia ou do Estado (Raschke, 1988). Em certo sentido, pode-se dizer, como faz Fraser (2002), que as pautas de reconhecimento promoveram uma espécie de substituição da política pela cultura.

Esses novos movimentos sociais fundados na diferença e na diversidade constituem a marca de sociedades contemporâneas que cada vez mais se revelam como plurais, multifacetadas, multiculturais. Por certo que a pluralidade cultural é uma realidade e uma virtude das sociedades democráticas que deve ser estimulada. Por outro lado, o facilitado encontro das diferenças na sociedade global expôs, também, divergências e irritações que não favorecem o diálogo intercultural e que, não raras vezes, demarcam com agressividade o nível das oposições e afastamentos (Olivé, 1999). Por isso, pode-se afirmar que as demandas por reconhecimento das identidades socioculturais desafiam duplamente os direitos humanos, pois ao mesmo tempo em que são requisitados para garantir os direitos de cada cultura particular, por outro, são considerados como exigências recíprocas de abrangência universalista, que não condicionam seus fundamentos e sua validade à nenhuma experiência cultural específica.

Esses grupos minoritários, muitas vezes tratados como anormais, como seres portadores de anomalias, monstros humanos ou indivíduos a serem corrigidos, utilizando a linguagem de Foucault (2001), não raro, são associados, tanto na literatura religiosa, pela sua diferença, pela sua discrepância, à simbologia figurativa do Diabo, quanto, porém de forma metafórica, em outros ramos literários. Nesse dualismo gnóstico proposto entre as figuras de Deus e do Diabo, enquanto a igualdade, normalidade, concordância e maioria implicam, em sua invisibilidade, uma constante de expressão e conteúdo divino, o mundo da luz, da ordem e da certeza, de um destino de conforto sem derivações, que já está traçado aos que aderirem a sua versão de mundo, supondo um estado de poder e dominação, a diferença e todos os seus desdobramentos encarnam as anormalidades, anomalias, discrepâncias e minorias, com todas suas remissões musicais, literárias, linguísticas, étnicas, de gênero e sexualidade, enredam exatamente o contrário: alguém diabólico bem visível fora do sistema, uma variação contínua em estado de devir detonador de movimentos incontroláveis e de desterritorializações da média ou da maioria, o mundo do caos, da incerteza, das névoas e das águas tenebrosas (Deleuze; Guattari, 2011).

Assim, a figura do Diabo, além de ser uma entidade mitológica, é, também, no campo literário, uma técnica discursiva de desqualificação da diferença, da anormalidade associada a estratégias de poder e processos de dominação, pers-

pectiva que aparece denunciada, de forma insolente e quase anedótica, na literatura de Eduardo Galeano, um dos grandes escritores uruguaios contemporâneos que mescla crítica política com literatura. Mas antes de apresentarmos os Diabos de Galeano, façamos um pequeno excursus histórico sobre as tão emblemáticas figuras de Satã, Asmodeu, Belzebu, Mefistófeles, etc.

3. UM APELO AO DIABO COMO O OUTRO NEGADO

Pouquíssimas figuras são tão emblemáticas, ao longo da história, como foi e tem sido a representação do Diabo. Mas, afinal, quem é essa figura, colorida em múltiplos tons de cinza e negro por Eduardo Galeano? Em primeiro lugar, não era, segundo os textos sagrados da Bíblia, uma entidade de mil facetas, ou um conjunto de valores negativos, como nos conta o escritor uruaio, mas personificadamente único, um anjo chamado Lúcifer que, seduzido narcisisticamente pela própria beleza, entendeu que deveria receber a mesma admiração que Deus, e em razão disso armou uma rebelião com aproximadamente um terço dos anjos que existiam nos céus (Bíblia Sagrada, Ezequiel 28: 12-19, 1988). Esta descrição fantástica e sobrenatural do Diabo é própria da tradição judaico-cristã: “Vós tendes por pai ao Diabo, e quereis satisfazer os desejos de vosso Pai; ele foi homicida desde o princípio, e não se firmou na verdade, porque não há verdade nele, quando ele profere mentira, fala do que lhe é próprio, porque é mentiroso e pai da mentira” (Bíblia Sagrada, João 8: 44, 1988, 1ª parte, p. 118).

A descrição oficial, ou melhor, a primeira versão publicada pela Igreja Católica da invenção do Diabo é posterior ao Concílio de Toledo, em 447 d.C., sendo ele, solene e burocraticamente descrito e difundido como a encarnação absoluta do mal. Nessas descrições constam a imagem de um ser medonho, muito grande e forte, de aparência escura, com chifres na cabeça, exatamente como o deus-touro *Mithra*, da qual a Igreja queria impedir a adoração. Nasce, com isso, o demônio na cultura cristã como a mais radical oposição a um projeto de mundo e de bem, cuja personificação plantou o medo nas pessoas que aderissem aos seus cultos, pois o castigo final seria a morte sem direito à vida eterna, seja em qual modalidade fosse (terrena ou espiritual).

Com outro olhar, podemos compreender o Diabo de uma forma mais terrena, histórica e estratégica, como uma farsa instrumentalmente criada para funcionar como ferramenta de repressão, opressão e imposição de certos valores propagados por indivíduos e grupos ligados a posições privilegiadas dentro de sistemas de dominação. A riqueza da descrição de Galeano reside no fato de condensar algumas associações históricas, que foram feitas por detentores do poder, entre a figura do Diabo e parcelas de indivíduos submetidas aos caprichos dos poderosos, e, por isso, perseguidos, presos e mortos por estarem associados a uma

figura que personificava o mal. O Diabo, nessa perspectiva, expressa manifestamente as separações e segregações impostas pelos detentores do poder às minorias por eles indesejadas por dificultarem seus projetos de poder.

Na verdade, essas duas visões e compreensões do Diabo sempre se confundiram, pois, as ações dirigidas aos seres diabólicos que se opunham aos projetos de poder terreno sempre tiveram como justificativas argumentos transcendentais, sobrenaturais, teológicos. Assim foi, por exemplo, com muçulmanos, mulheres, indígenas, judeus, negros e homossexuais que, de alguma forma, eram figuras que materializavam os pecados capitais que estruturaram fortemente a doutrina cristã da salvação, ou, em sentido contrário, da morte da alma pelo castigo em razão de condutas abomináveis, contrárias aos mandamentos de Deus.

Essas personificações de um Diabo transcendental, de uma figura espiritual do mal, também tiveram uma função histórica ligada à instalação de processos de dominação econômica ou de manutenção de algum modo de produção da riqueza, mediante a submissão ou exploração de alguns povos por outros. Isso aconteceu violentamente com os indígenas americanos, que foram vítimas de um genocídio sem comparação. A ocupação do território americano, de norte a sul, por colonizadores europeus, teve unicamente fins econômicos, mas em não raros momentos serviu-se de justificativas teológicas para motivar suas ações dominadoras e genocidas. Da mesma forma ocorreu com os negros africanos, os quais foram vítimas de um assalto existencial seguido de morte, em nome de um processo de descobrimento de um novo mundo econômico, cuja principal finalidade era saciar a sede de riqueza de Cortes violentas e decadentes que fizeram a sangrenta e não civilizada história medieval europeia. As missões católicas de conversão dos espíritos pagãos dos índios para a cristandade cumpriram, nesse aspecto, um forte papel colonizador, e a figura do Diabo foi icônica neste processo.

A Idade Média, na cultura ocidental, teve em seu centro imaginário e simbólico essa figura de Deus, como um ente pessoalizado, e, paralelamente, do lado oposto, como o próprio nome já sugere, os opositores, o Diabo e seus seguidores, os hereges, as bruxas, os alquimistas, os cientistas que negavam as teorias teocêntricas, os protestantes, em suma, todos os que divergiam de um sistema de verdade – e de poder – oficializado pela Igreja Católica. A fixação dessas imagens diabólicas pelas Inquisições contou não somente com um sistema de comunicação escrita e oral, mas lançou mão de estratégias iconográficas para a produção de imagens que desempenharam papéis importantíssimos, quer na expressão das oposições, quer na fixação hierática das cerimônias encenadas pelo tribunal.

Com a Modernidade não foi diferente, apenas trocaram-se as entidades. Substituiu-se, parcialmente, o Deus personalizado medieval pela Deusa Razão, pela Deusa Igualdade, pela Deusa Liberdade e, também, foi substituído o Diabo,

o ser medonho, muito grande e forte, de aparência escura, com chifres na cabeça, pelos Diabos modernos, o Diabo-Irrracionalidade, o Diabo-Outro, o Diabo-Diferente, o Diabo-Minoria, os Diabos-Sexuais, os Diabos-Raciais, os Diabos de Galeano.

Se o Deus medieval, o ente onipresente e onisciente, sempre deteve as soluções para resolver os problemas do mundo, sempre possuiu as alternativas para um projeto de mundo que já estava predeterminado nas escrituras sagradas, desde a sua criação, também, de forma similar, as grandes narrativas modernas, os grandes projetos de desenvolvimento irrefreado e contínuos da humanidade, os deuses modernos do Iluminismo, do liberalismo ou do marxismo, não foram diferentes nesse aspecto. Eles possuíram e ainda possuem seu aspecto divino, determinista, pois se constituem como projetos totalizantes fechados e inevitáveis de mundo. E tudo o que a eles se oponha (Satanás, do latim, o que se opõe, opositor, o que arma ciladas) deve ser demonizado, reprimido, criminalizado e, se possível, sem que haja um aviltamento muito sério do projeto, eliminado.

4. OS DIABOS POLÍTICOS DE EDUARDO GALEANO E O CARÁTER EPISTEMOLÓGICO DA SUA LITERATURA PARA ESTUDO DA DIFERENÇA COMO CATEGORIA ADEQUADA À COMPLEXIDADE CONTEMPORÂNEA

Em uma atitude literária socialmente engajada, o escritor uruguaio Eduardo Galeano (1940-2015), em algumas de suas obras, faz uma abordagem crítico-política acerca de alguns grupos historicamente oprimidos, notadamente por sua diferença em relação a estados de dominação e modelos de dominadores normalizados, buscando, com isso, uma intervenção no debate político acerca de grupos minoritários. Para isso, utiliza, de forma um tanto quanto insolente, quínica, a metáfora diabólica para trazer à consciência os textos ocultos que invisibilizam estes estados de poder e dominação que, em suas marchas históricas, oprimiram, calaram, puniram e eliminaram milhões e milhões de pessoas que pertenceram a alguns grupos não incluídos nas constantes do poder. Se alguma classificação epistemológica é possível de ser dada aos textos de Eduardo Galeano, a primeira que salta aos olhos é a de uma escritura pós-colonial, ou descolonial, por escancarar os processos de dominação etnocêntricos ou eurocêntricos, bem como por servir como instrumento de abertura a vozes oprimidas. Uma passagem inicial importante que traduz fielmente esta sua postura de resistência descolonial e crítica aparece em sua obra “O Livro dos Abraços”, na qual o autor se refere, numa pequena prosa poética, aos “Ninguéns”:

Os ninguéns

As pulgas sonham com comprar um cão, e os ninguéns com deixar a pobreza, que em algum dia mágico a sorte chova de repente, que chova a boa sorte em cântaros; mas a boa sorte não chove ontem, nem hoje, nem amanhã, nem nunca, nem uma chuvinha cai do céu da boa sorte,

por mais que os ninguéns a chamem e mesmo que a mão esquerda coce, ou se levantem com o pé direito, ou comecem o ano mundano de vassoura.

Os ninguéns: os filhos de ninguém, os donos de nada.

Os ninguéns: os nenhuns, correndo soltos, morrendo a vida, fodidos e mal pagos.

Que não são, embora sejam.

Que não falam idiomas, mas dialetos.

Que não praticam religiões, mas superstições.

Que não fazem arte, mas artesanato.

Que não são seres humanos, mas recursos humanos.

Que não praticam cultura, mas folclore.

Que não têm cara, mas braços.

Que não têm nome, mas número.

Que não aparecem na história universal, mas nas páginas policiais da imprensa local.

Os ninguéns, que custam menos que as balas que os mata (2011, p. 71).

Com o mesmo enredamento político, em sua obra “Espelhos”, Galeano trabalha, numa perspectiva literária histórica, alguns grupos de oprimidos e violentados e os respectivos sistemas de poder e dominação que os subjugarão, sob a figura metafórica do Diabo, utilizada em discursos e narrativas repressivas e coativas contra esses grupos. Os Diabos de Galeano são Diabos políticos, pois materializam simbolicamente um atrevimento audaz que denuncia estados de poder, de violência e dominação ao longo da história. Sua literatura grita e apela contra a diferença transformada em desigualdade.

4.1. O DIABO É MULHER

Provavelmente a grande figura diabólica da história seja a mulher. Pintada no texto bíblico como a que pôs abaixo todo o Jardim do Éden por ter aceitado as tentações de provar o fruto proibido e burlado a vigilância do paraíso atribuída a Adão, as mulheres desde Eva encarnam boa parte da imoralidade, da luxúria e da perdição moral na visão de um sistema de dominação patriarcal. Diz Galeano (2008, p. 115) a respeito desse “Diabo”:

O Diabo é mulher

O livro *Malleus Maleficarum*, também chamado *O martelo das bruxas*, recomendava o mais impiedoso exorcismo contra o demônio que tinha tetas e cabelos compridos.

Dois inquisidores alemães, Heinrich Kramer e Jakob Sprenger, escreveram, por encomenda do papa Inocêncio VIII, esse fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Santa Inquisição.

Os autores demonstravam que as bruxas, harém de Satã, representavam as mulheres em estado natural, porque *toda bruxaria provém da luxúria carnal, que nas mulheres é insaciável*. E advertiam que esses seres de aspecto belo, contato fétido e mortal companhia encantavam os homens e os atraíam, silvos de serpente, caudas de escorpião, para aniquilá-los.

Esse tratado de criminologia aconselhava a submeter a tormento todas as suspeitas de bruxaria. Se confessavam, mereciam o fogo. Se não confessavam, também, porque só uma bruxa, fortalecida pelo amante, o Diabo, nas festas de feitiçadeiras, conseguia resistir a semelhante suplício sem abrir a boca.

O papa Honório III havia sentenciado:

– As mulheres não devem falar. Seus lábios carregam o estigma de Eva, que foi a perdição dos homens.

Oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando-lhes o púlpito.

O mesmo pânico faz com que os fundamentalistas muçulmanos lhes mutilem o sexo e tapem seus rostos.

E o alívio pelo perigo conjurado move os judeus muito ortodoxos a começar o dia sussurrando:

– Obrigado, Senhor, por não me ter feito mulher.

Essa situação de depreciação moral da mulher sempre andou de mãos dadas com a subjugação patriarcal econômica, a qual instaurou a inferioridade da mulher no grupo social, sendo sua capacidade de participar ativamente nas funções do grupo colocada em dúvida pelo poder masculino, que a relegou, então, ao espaço privado, passando a ser incluída subjetivamente como propriedade do homem. Dessa forma, as desigualdades de gênero vão sendo produzidas, consolidadas pelas relações sociais, políticas, econômicas e estabelecidas juridicamente, nos códigos de leis das sociedades de todos os tipos. Portanto, era possível inferiorizar, explorar e até mesmo matar a mulher com respaldo na lei, sem que houvesse qualquer punição legal para o ato, pois a mulher era uma *res* que compunha o patrimônio do homem. As mulheres humilhadas de Galeano, portanto, reclamam um estatuto, reclamam um lugar de reconhecimento e proteção. Sua diferença quer uma presença e potência para ser simplesmente o que é. Essa denúncia precisa construir uma nova gramática social em que a mulheres ocupem de vez os espaços públicos e privados em igualdade de condições e de modo totalmente autônomo.

4.2. O DIABO É MUÇULMANO E JUDEU

Outra importante situação de opressão da diferença descrita por Galeano, diz respeito à intolerância ética e religiosa. Muçulmanos e judeus foram, neste aspecto, particularmente alvos preferenciais, os primeiros, da Igreja Católica e, os segundos, de uma quantidade considerável de governos, especialmente ocidentais, mas também alguns das bandas orientais do mundo, que os responsabilizaram por inúmeros insucessos políticos, econômicos e sociais de suas próprias ações. Diz-nos Galeano (2008, p. 113) que:

O Diabo é muçulmano

Até Dante sabia que Maomé era terrorista. Não foi por acaso que o colocou num dos círculos do Inferno, condenado à pena de formão perpétuo. *Eu o vi rachado*, celebrou o poeta em *A divina comédia, da barba até a parte inferior do ventre...*

Vários papas haviam comprovado que as hordas muçulmanas, que atormentavam a Cristandade, não eram formadas por seres de carne e osso, mas eram um grande exército de demônios que tanto mais crescia quanto mais sofria os golpes das lanças, das espadas e dos arcabuzes.

Lá pelo ano de 1564, o demonólogo Johan Wier tinha contado os Diabos que estavam trabalhando na terra, em tempo integral, pela perdição das almas humanas. Havia 7.409.127 que atuavam divididos em 79 legiões.

Muitas águas ferventes passaram, desde aquele recenseamento, por baixo das pontes do inferno. Quantos são, hoje em dia, os enviados do reino das trevas? As artes do teatro dificultam a contagem. Esses enganadores continuam usando turbantes, para ocultar seus chifres, e longas túnicas cobrem suas caudas de dragão, suas asas de morcego e a bomba que carregam debaixo do braço.

O Diabo é judeu

Hitler não inventou nada. Há dois mil anos que os judeus são os imperdoáveis assassinos de Jesus e os culpados de todas as culpas.

Como? Jesus era judeu? E também judeus eram os doze apóstolos e os quatro evangelistas? Como é que é? Não pode. As verdades reveladas estão além de qualquer dúvida: nas sinagogas o Diabo dá aula, e os judeus se dedicam desde sempre a profanar hóstias, a envenenar a água benta, a provocar falências e a semear pestes.

A Inglaterra os expulsou, sem deixar nem um, no ano de 1290, mas isso não impediu que Marlowe e Shakespeare, que talvez nunca tivessem visto um judeu na vida, criassem personagens obedientes à caricatura do parasita sanguessuga e usureiro avarento.

Acusados de servir ao Maligno, esses malditos andaram pelos séculos de expulsão em expulsão e de matança em matança. Depois da Inglaterra, foram sucessivamente expulsos da França, da Áustria, da Espanha, de Portugal, e de numerosas cidades suíças alemãs e italianas. Na Espanha, tinham vivido durante treze séculos. Levaram as chaves de suas casas. Há quem as tenha até hoje.

A colossal carnicaria organizada por Hitler foi o auge de uma longa história.

A caça aos judeus sempre foi um esporte europeu.

Agora os palestinos, que jamais o praticaram, pagam a conta.

A manutenção de estados de poder e dominação sobre minorias e diferentes invariavelmente dependeu da existência de sistemas de verdade que tinham a finalidade de constituir o imaginário de maiorias acerca de todas as “anormalidades” e “monstruosidades” dos diferentes. A organização mais pródiga nesta estratégia foi a Igreja Católica, que instituiu, a partir de toda uma dogmática acerca do texto bíblico construída em seus concílios e suas doutrinas, um sistema policial e jurídico de perseguição aos que discordavam do autoritarismo hermenêutico católico. Para isto, foi instituído o crime de interpretação, mais conhecido como heresia, cuja pena era a morte numa fogueira. O início deste sistema de monopólio hermenêutico e consequente perseguição de diferentes foi assim narrado por Galeano (2014, p. 171):

Heresias

No ano de 325, na cidade de Niceia, foi celebrado o primeiro concílio ecumênico da cristandade, convocado pelo imperador Constantino.

Durante os três meses que o concílio durou, trezentos bispos aprovaram alguns dogmas necessários na luta contra as heresias, e decidiram que a palavra *heresia*, do grego *hairesis*, que significava escolha, passava a significar erro.

Ou seja: comete erro quem escolhe livremente e desobedece aos donos da fé.

O Diabo de Galeano é diabo porque desafia a obediência incondicional e se instala como possibilidade de liberdade de escolha. Sua insolência perturba e desconserta, desgosta da ordem e flerta, o todo tempo, com a loucura, com a irracionalidade e a destemperança. Formas ainda vivas de diabolização do outro continuam o seu itinerário na sociedade contemporânea, notadamente nas narrativas religiosas que marcam suas diferentes formas de interdição do corpo, sexualidade e desejo.

4.3. O DIABO É NEGRO, É CIGANO E É INDÍGENA

A Europa, até o século XVI, era uma região secundária do mundo. Quase nada produzia de tecnologia, mercadorias ou produtos que pudessem interessar ao resto do mundo. Para a consolidação do protagonismo europeu no novo sistema-mundo que se instalava, foi preciso subjugar alguns povos, especialmente indígenas e negros, utilizados como carvão humano para carburar o processo de produção da riqueza nas Américas. Para esse processo de dominação foi necessário criar um discurso desqualificador desses povos, e nessa narrativa o conceito de raça representou um papel categorial sem precedentes. Uma concepção de mundo delirante criada pelos europeus, dentro de uma lógica de auto ficção, autocontemplação e enclausuramento, na qual o mundo não pertence a todos em igualdade de condições. E nessa lógica, o negro, o indígena e a ideia de raça constituem-se como designações pesadas, perturbadoras e desequilibradas, símbolos de intensidade crua e de repulsa. O racismo científico, tão propalado ao longo do século XIX, defendia que as diferentes raças não estão no mesmo estágio de desenvolvimento moral e intelectual, razão pela qual a mestiçagem era vista como uma forma de degeneração. Precisa-se, portanto, separar as raças, segregá-las, colocá-las cada uma no seu devido lugar de importância. Afinal, como dizia Hegel (1999), o negro tem pouco a dizer, ele representa o homem natural, selvagem e indomável.

Consciente desse discurso de poder construído sobre a ideia de raça, Galeano expõe sua resistência ao racismo nas seguintes passagens:

O Diabo é negro

Como a noite, como o pecado, o negro é inimigo da luz e da inocência.

Em seu célebre livro de viagens, Marco Polo evocou aos habitantes de Zanzibar: *Tinham boca muito grande, lábios muito grossos e nariz de macaco. Andavam nus e eram totalmente negros, de maneira que quem os visse em qualquer região do mundo acreditaria que eram Diabos.*

Três séculos depois, na Espanha, Lúcifer, pintado de negro, entrava em seu carro de fogo nos tabladros de comédias e nos palcos das quermesses. Santa Teresa jamais conseguiu se livrar dele. Uma vez ficou parado ao seu lado, e era *um negrinho muito abominável*. Em outra ocasião, ela viu que uma grande chama vermelha saía do seu corpo negro, quando se sentou em cima do seu livro de orações e queimou suas rezas.

Na América, que tinha importado milhões de escravos, sabia-se que era Satã quem tocava os tambores nas plantações, convocando para a desobediência, e punha música e remexos e tremores nos corpos dos seus filhos nascidos para pecar. E até Martín Fierro, gaúcho dos pampas, pobre e castigado, sentia-se bem comparando-se com os negros, que andavam mais fodidos que Ele: – *Esses aí foram feitos pelo Diabo* – dizia – para serem tição do inferno. (2008, p.116)

Dia da diversidade cultural

Em 1906, um pigmeu caçado na selva do Congo chegou ao zoológico do Bronx, em Nova York.

Foi chamado de Oto Benga, e foi exibido ao público, numa jaula, junto com um orangotango e quatro chipanzés. Os especialistas explicavam ao público que aquele humanoide podia ser o elo perdido, e para confirmar essa suspeita o mostravam brincando com seus irmãos peludos.

Algum tempo depois, o pigmeu foi resgatado pela caridade cristã.

Fez-se o que foi possível, mas não teve jeito. Oto Benga se negava a ser salvo. Não falava, quebrava os pratos da mesa, batia em quem quisesse toca nele, era incapaz de fazer qualquer trabalho, ficava mudo no coro da igreja e mordida quem queria se fotografar com ele.

No final do inverno de 1916, depois de dez anos de domesticação, Oto Benga sentou-se na frente do fogo, queimou a roupa que era obrigado a vestir e apontou para o coração a pistola que havia roubado (2014, p. 167).

Homem de cor

Querido irmão branco;

Quando nasci, era negro.

Quando cresci, era negro.

Quando o sol bate, sou negro.

Quando estou doente, sou negro.

E enquanto isso, você:

Quando nasceu era rosado.

Quando cresceu foi branco.

Quando o sol bate, você é vermelho.

Quando sente frio é azul.

Quando sente medo, é verde.

Quando está doente, é amarelo.

Quando morrer, você será cinzento.

Então, qual de nós dois é um homem de cor?

(De Léopold Senghor, poeta do Senegal) (2014, p. 275).

O Diabo é cigano

Hitler achava que a praga cigana era uma ameaça, e não estava sozinho.

Fazia séculos que muitos achavam e continuavam achando que essa raça de origem obscura e escura cor leva o crime no sangue: sempre malditos, vagabundos sem outra casa que o caminho, violadores de donzelas e de fechaduras, mãos bruxas para o baralho e o punhal.

Numa só noite de agosto de 1944, 2.897 ciganos, mulheres, crianças, homens, viraram fumaça nas câmaras de gás de Auschwitz.

Um quarto dos ciganos da Europa foram aniquilados naqueles anos.

Alguém perguntou por eles? (2008, p.116).

A pureza da raça

Em 1924, Adolf Hitler ditou, na prisão, seu livro *Mein Kampf*: Num dia como hoje, transmitiu ao escriba seu ensinamento fundamental sobre a história da humanidade:

Todas as grandes culturas do passado sucumbiram apenas porque a raça originalmente criativa morreu por causa do envenenamento do sangue.

Catorze anos depois, Benito Mussolini proclamou, em seu *Manifesto* da raça:

As características físicas e psicológicas europeias dos italianos não devem ser alteradas de forma alguma. Já é tempo de que os italianos se proclamem francamente racistas (2014, p. 273).

O Diabo é índio

Os conquistadores confirmaram que Satã, expulso da Europa, tinha encontrado refúgio nas ilhas e nas areias do mar do Caribe, beijadas pela sua boca flamejante.

Ali moravam seres bestiais que chamavam de *brincadeira* o pecado carnal e o praticavam sem horário nem contrato, ignoravam os dez mandamentos e os sete sacramentos e os sete pecados capitais, andavam pelados e tinham o costume de comer-se entre si.

A conquista da América foi uma longa e dura tarefa de exorcismo. Tão enraizado estava o Maligno nessas terras, que quando parecia que os índios se ajoelhavam devotamente diante da Virgem, estavam na realidade adorando a serpente que ela esmagava debaixo do pé; e quando beijavam a cruz estavam celebrando o encontro da chuva com a terra.

Os conquistadores cumpriram a missão de devolver a Deus o ouro, a prata e as muitas outras riquezas que o Diabo havia usurpado. Não foi fácil recuperar o butim. Ainda bem que, de vez em quando, recebiam uma ajudinha lá de cima. Quando o dono do Inferno preparou uma emboscada num desfiladeiro, para impedir a passagem dos espanhóis para o Morro Rico e Potosí, um arcanjo desceu das alturas e deu-lhe uma tremenda sova (2008, p.118).

Os índios são pessoas

Em 1537, o papa Paulo III ditou sua bula *Sublimis Deus*.

A bula entrou em choque contra *aqueles que, desejando saciar sua cobiça, se atrevem a afirmar que os índios devem ser dirigidos à nossa obediência, como se fossem animais, com o pretexto de que ignoram a fé católica.*

E em defesa dos aborígenes do Novo Mundo, estabeleceu que eles são *verdadeiros homens, e como verdadeiros homens que são podem usar, possuir e gozar livre e lícitamente de sua liberdade e do domínio de suas propriedades e não devem ser reduzidos à servidão.*

Na América ninguém tomou conhecimento (2014, p. 182).

A cultura do terror/1

A sociedade antropológica de Paris os classificava como se fossem insetos: a cor da pele dos índios huitotos correspondia ao número 29 e 30 de sua escala cromática.

A Peruvian Amazon Company os caçava como se fossem feras: os índios huitotos erma mão-de-obra escrava que dava borracha ao mercado mundial. Quando os índios fugiam das plantações e a empresa os agarrava, eram envolvidos numa bandeira do Peru empapada em querosene e queimados vivos.

Michel Taussig estudou a cultura do terror que a civilização capitalista aplicava na selva amazônica no começo do século XX. A tortura não era um método para arrancar informações, mas uma cerimônia de confirmação do poder. Num longo e solene ritual, os índios rebeldes tinham suas línguas cortadas e *depois* eram torturados, para que falassem (2011, p. 140)

Os diabos de Galeano denunciam o projeto de europeização colonizadora que pretendia a universalização de suas verdades epistêmicas, políticas e econômicas. Uma região será desenvolvida ser for, necessariamente, um espelho do modo de ser da sociedade europeia: branca, cristã, heterossexual, burguesa. Galeano protesta, mais uma vez, contra essa homogeneização, contra o império do mesmo, e abre cancha para debater a importância do plural, do diverso, do diferente, da resistência.

4.4. O DIABO É POBRE

Alguns fenômenos sociais são interpretados como parte de uma dinâmica natural no funcionamento de certos sistemas, sendo classificados, aparentemente, como normais, quando, na verdade, são processos profundamente violentos, por se constituírem como causalidades que interferem em processos éticos. Assim, por exemplo, uma crise econômica que leva à devastação, ao desemprego e à fome de milhões de pessoas é compreendida e explicada por capitalistas como uma consequência natural do funcionamento de um sistema no qual a livre iniciativa e a competitividade são peças fundantes da dinâmica econômica, e a pobreza e a fome uma consequência previsível e aceitável. Entretanto, a verdadeira faceta de uma crise econômica que leva a tão desastrosas consequências, porque atingem a própria vida humana de milhões e milhões de existência, é a faceta da violência.

Para justificar as mazelas do sistema capitalista, cuja origem está no escravagismo, processo histórico de produção da riqueza que permitiu uma acumula-

ção sem a qual o capitalismo jamais teria acontecido, produziu-se um discurso de demonização, perseguição e punição dos pobres, cujo cerne situa-se na sua não contribuição ao desenvolvimento do sistema capitalista. Ou seja, sempre se buscou, no universo de produção da legitimidade capitalista, uma inversão da lógica discursiva em relação à pobreza: o pobre não é vítima do sistema, ele é um problema que precisa ser eliminado, pois não contribui com o seu desenvolvimento.

A perseguição e punição dos que não contribuem para o sistema de produção da riqueza sempre foi uma tônica nos discursos de justificação e de concretização das ações dos exploradores. Assim foi com os escravos que resistiam ao sistema escravagista; da mesma forma com os vadios, que na legislação penal brasileira eram considerados contraventores, situação que era estendida também aos mendigos.

Esta condição da violência do fenômeno capitalista de produção da riqueza não passa despercebida para Galeano, que ironiza, pela figura diabólica, a condição inferiorizada, desqualificada dos pobres que é feita por um sistema de produção discursiva e de comunicação deste discurso que se projeta até mesmo no sistema jurídico. Nas palavras de Galeano:

O Diabo é pobre

Nas cidades do nosso tempo, imensos cárceres que trancam os prisioneiros do medo, as fortalezas dizem ser casas e as armaduras simulam ser ternos.

Estado de sítio. Não se distraia, não baixe a guarda, não confie. Os amos do mundo dão a voz de alarme. Eles que impunemente violam a natureza, sequestram países, roubam salários e assassinam multidões, nos advertem: cuidado. Os perigosos acozzam, tocaiados nos subúrbios miseráveis, mordendo invejas, engolindo rancores.

Os perigosos, os pobres: os pobres-Diabos, os mortos das guerras, os presos dos cárceres, os braços disponíveis, os braços descartáveis.

A fome que mata calando, mata os calados. Os especialistas, os pobrólogos, falam por eles. E nos contam em que não trabalham, o que não comem, o quanto não pensam, o quanto não medem, o que não têm, o que não pensam, o que não votam, em que não creem.

Só nos falta saber por que os pobres são pobres. Será porque sua fome nos alimenta e sua nudez nos veste?

Combata a pobreza: maquie os números

Durante uns bons anos, os grandes meios de desinformação celebraram, com tambores e clarins, as vitórias na guerra contra a pobreza. Ano após ano a pobreza batia em retirada.

Assim foi até o dia de hoje do ano de 2007. Então, os especialistas do Banco Mundial, com a colaboração do fundo Monetário Internacional e de alguns órgãos das Nações Unidas, atualizaram suas tabelas do poder de compra da população do mundo. Num relatório do *International Comparison Program*, que teve escassa ou nenhuma difusão, os especialistas corrigiram alguns dados das medições anteriores. Entre outros errinhos, descobriram que os pobres somavam quinhentos milhões a mais do que tinham sido registrados pelas estatísticas internacionais.

Eles, os pobres, já sabiam disso (2014, p. 394).

Combata a pobreza: mate um pobre

Em 1638, nasceu Luís XIV, rei da França, o Rei Sol.

O Rei Sol viveu dedicado às gloriosas guerras contra seus vizinhos e ao cuidado de sua cacheada peruca, suas capas esplêndidas e seus sapatos de salto alto.

Sob seu reinado, duas sucessivas epidemias de fome mataram mais de dois milhões de franceses.

A cifra foi conhecida graças a Blaise Pascal, que havia inventado, meio século antes, a calculadora mecânica. E a razão foi conhecida graças a Voltaire, que tempos depois escreveu:

- A boa política conhece este segredo: como fazer morrer de fome os que permitem que os demais vivam (2014, p. 285).

4.5. O DIABO É ESTRANGEIRO

O acontecimento do Estado-nação constitui-se numa condição elementar no tocante à problematização teórica das migrações. É que com o surgimento do Estado-nação e suas estratégias políticas e jurídicas de homogeneização, a população passou a ser o objeto específico de governação e, logicamente, de teorização (Santos, 2016). Alguns autores, como Botero (2012), foram fundamentais na construção de um discurso sobre a necessidade de controle da população. Desde Botero, os discursos de controle populacional, seja pelo controle da natalidade, seja pela da mobilidade, tornaram-se uma constante na Modernidade. O resultado disso foi uma polarização discursiva, política e jurídica entre sedentários e nômades, entre normais fixados, enraizados, e anormais em constante movimento.

A gestão dos corpos, a sua mobilidade, obedece, desde a modernidade, uma racionalidade ambivalente que tende a ser questionada pela dinâmica da vida contemporânea. O dentro e o fora do Estado estão cada vez mais fluídos e, justamente por isso, cada vez mais reforçados. O nacional afirma sua identidade, sua presença, numa relação ambivalente com o seu oposto, o estranho, o estrangeiro. É nesse sentido, diz Resta (1997), que a cidadania nacional une separando e inclui necessariamente excluindo. Se é brasileiro justamente por não ser outra coisa. A soberania dos Estados é o local e o poder dessa intervenção que permite entrar e que impede de sair. A Europa está vivendo isso de modo dramático: os seus limites territoriais são reforçados contra a invasão externa e o próprio conceito de Europa está cada vez mais definido pelo seu entorno.

A homogeneização promovida pelos Estados Nação foi brutal com a diversidade tanto dentro quanto fora dos seus limites. Ao reforçar a ideia de unidade, o Estado moderno institucionalizou a diversidade como um ameaça e algo a ser combatido. A pertença à comunidade é condição de possibilidade para acessar o seu estatuto jurídico-político. O estrangeiro, o imigrante, o refugiado, é o resultado objetivo da noção de identidade nacional como única possibilidade de acesso. Eles reforçam a ideia de pertença numa lógica ambivalente: conformam sua

presença na relação com o seu oposto. O imigrante reforça a posição do cidadão nacional e vice-versa.

Na literatura galeana, duas passagens sobre os diferentes nômades:

O Diabo é estrangeiro

O culpômetro indica que o imigrante vem roubar nosso emprego, e o perigômetro dispara a luz vermelha.

Se é pobre, jovem e não é branco, o intruso, o que veio de longe, está condenado à primeira vista por indigência, inclinação ao caos ou porte de pele. E em qualquer caso, se não é pobre, nem jovem, nem escuro, ainda assim é mal vindo, porque chega disposto a trabalhar o dobro a troco da metade.

O pânico da perda do emprego é um dos medos mais poderosos entre todos os medos que nos governam nestes tempos de medo, e o imigrante está sempre à mão na hora de acusar os responsáveis pelo desemprego, pela queda do salário, pela insegurança pública e por outras desgraças terríveis.

Antes, a Europa derramava sobre o sul do mundo soldados, presos e camponeses mortos de fome. Esses protagonistas das aventuras coloniais passaram à história como agentes viajantes de Deus. Era a Civilização lançada ao resgate da barbárie.

Agora a viagem é feita ao contrário. Os que chegam, ou tentam chegar, do Sul para o norte, são protagonistas das desventuras coloniais, que passarão à história como mensageiros do Diabo. É a barbárie lançada ao ataque à Civilização.

Imigrantes ilegais

Em avião particular voaram até Monterrey.

E lá iniciaram, no ano de 2008, sua turnê triunfal. Foram declarados hóspedes de honra, e em nove carruagens passearam pelas avenidas.

Pareciam políticos triunfantes, mas não. Eram múmias. As múmias das vítimas da peste da cólera, que fazia mais de um século e meio tinha devastado a cidade de Guanajuato.

Onze mulheres, sete homens, cinco crianças e uma cabeça sem corpo, todos vestidos de festa, atravessaram fronteira. Em bora fossem múmias mexicanas, ninguém lhes pediu passaporte, nem foram acoçadas pelos agentes de imigração.

E tranquilamente continuaram a viagem rumo a Los Angeles, Las Vegas e Chicago, onde desfilarão, ovacionadas, debaixo de arcos de flores (2014, p. 354).

São diabólicos os imigrantes, os refugiados, os asilados, porque são portadores do medo, da pobreza, de culturas pouco elaboradas. De fato, não é tarefa das mais fáceis construir diálogos interculturais “capazes de aceitar o imigrante e a sua diferença, sobretudo quando elas contrariam em muitos sentidos a ordem das coisas do lugar que os recebe” (Lucas, 2016, p. 96). O imigrante materializa o resto, a sobra que quer um lugar no mundo civilizado. Portadores do crime, do terrorismo, da violência, ameaçam o emprego dos nacionais e a forma cultural de viver dos povos do Norte. Aparecem para a história, diz Galeano, como mensageiros do Diabo. A alternativa encontrada pelas políticas nacionalistas cada vez mais extremas é atacar os imigrantes, demonizá-los, deixá-los para fora, impedir acessos. Fronteiras

e muros são requisitados como uma forma garantir a pureza dos dentro contra os de fora. Não é sem razão que o ex-presidente americano Trump bradava (e ainda brada) com potência que o seu governo acabaria com a loteria da diversidade.

4.6. O DIABO É HOMOSSEXUAL

Para que a violência do golpe, da violação, do acoso existam, é necessário que uma sociedade tenha, previamente, inferiorizado, discriminado, fragilizado ao grupo social – as mulheres, as crianças, os anciãos, os homossexuais etc. – que é o objeto da violência. Os processos de inferiorização, discriminação e fragilização operam como naturalizações; conformam em tal sentido invisíveis sociais. A rigor, não são invisíveis, mas tornam-se invisibilizados. O discurso médico, o discurso religioso fundamentalista, os discursos político e jurídico foram de transcendental importância para a inferiorização de sujeitos e de determinadas práticas sexuais consideradas desviantes. A homossexualidade, em particular, foi retratada, e ainda é para alguns conservadores, como uma violação da natureza. A sodomia, dizia o franciscano Bernardino de Siena (1380-1444), faz com que seus praticantes se inclinam para a cobiça, a inveja e a fadiga espiritual. Mesmo o mais inteligente jovem, uma vez corrompido pela sodomia, “se transforma numa criatura do Diabo”, dizia ele (Richards, 1993). Todo tipo de hostilidade foi e continua sendo praticada contra os homossexuais. Galeano tem clareza disso e faz de sua literatura uma denúncia irônica que nos responsabiliza. Resgatamos três passagens de seus textos onde a diferença em relação à sexualidade, ao desejo constitui-se como objeto de sua resistência política:

O Diabo é homossexual

Na Europa do Renascimento, o fogo era o destino que mereciam os filhos do inferno, que do fogo tinham vindo. A Inglaterra castigava com *morte horrrosa os que houvessem tido relações sexuais com animais, judeus ou pessoas de seu mesmo sexo.*

Exceto no reino dos astecas e dos incas, os homossexuais eram livres na América. O conquistador Vasco Núñez de Balboa jogou aos cães famintos os índios que praticavam essa anormalidade com toda normalidade. Ele acreditava que a homossexualidade era contagiosa. Cinco séculos depois, ouvi o arcebispo de Montevidéu dizer a mesma coisa.

O historiador Richard Nixon sabia que esse vício era fatal para a Civilização:

- Vocês sabem o que aconteceu com os gregos? A homossexualidade os destruiu! Com certeza. Aristóteles era homo. Todos sabemos. E Sócrates também. E vocês sabem o que aconteceu com os romanos? Os últimos seis imperadores eram veados...

O civilizador Adolf Hitler havia adotado medidas drásticas para salvar a Alemanha desse perigo. *Os degenerados culpados de aberrante delito contra a natureza* foram obrigados a usar um triângulo cor-de-rosa. Quantos deles morreram nos campos de concentração? Jamais se soube.

No ano de 2001, o governo alemão resolveu *retificar a exclusão dos homossexuais vítimas do Holocausto*. Levou mais de meio século para corrigir a omissão.

Para o manicômio já

Os meros e outros peixes,

Os delfins,

Os cisnes, os flamingos, os albatrozes,

Os pinguins,

As avestruzes,

Os ursos coalas,

Os orangotangos e outros macacos,

As mariposas e outros insetos

E muito outros parentes nossos do reino animal têm relações homossexuais, fêmea com fêmea, macho com macho, por um tempinho ou para sempre.

Ainda bem que não são pessoas: se salvaram do manicômio.

A obra de doenças mentais da Organização Mundial da Saúde (2014, p. 162).

A título de fechamento desse capítulo, cabe destacar que a literatura de Eduardo Galeano encerra um alto potencial epistemológico quando tratamos de investigar a questão da diferença, especialmente daquilo que Boaventura de Sousa Santos (2009a) chama de as epistemologias do sul político global. Na obra de Galeano identificamos elementos pós/decoloniais, elementos desconstrutivistas de verdades estabelecidas por tradições de pesquisa e pensamento, componentes feministas, antirracistas, de teoria *queer*, enfim, epistemologias de vencidos.

Estando a obra de Galeano numa zona de interseção entre a ciência histórica e a arte literária, não há como negar a sua centralidade dentro das humanidades, e o seu estudo apresenta, quando relacionado ao Direito, até mesmo um caráter aplicado, pois denota a dependência constitutiva da literatura em relação a alguma espécie de *fazer*. Provavelmente, a grande função do estudo de textos literários como os de Galeano, associando-os a outras áreas do conhecimento epistemologicamente validados, seja a função crítica que a literatura possa exercer sobre categorias conceituais destas outras áreas. Este é o seu fim prático; este é o seu caráter aplicado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eduardo Galeano ficou famoso na década de 1970, mais precisamente em 1971, com o lançamento de “As Veias Abertas da América Latina”, um texto clássico para os seguidores de filosofias anticapitalistas e anti-imperialistas na América Latina durante os últimos 50 anos. O livro conta a história da América Latina exaltando a violência do processo de colonização europeia, e, posteriormente, da exploração e interferência norte-americana. A obra é, sem dúvida, uma literatura descolonial. Tal foi o impacto do livro que Galeano é comumente associado a ele, mas sempre que

perguntado sobre se este era o seu grande livro, recusava-se a corroborar esta afirmação, pois entendia ser escritor de outras obras, e não de apenas uma.

Sem dúvida alguma, Galeano foi escritor de muitas e importantes obras, e algumas delas até mesmo com mais sofisticação literária que a própria e tão conhecida “Veias Abertas da América Latina”. Entretanto, se há algo que “Veias Abertas” marcou na vida literária de Galeano, este algo é a sua escritura engajada politicamente, estilo que jamais foi abandonado pelo escritor uruguaio, e que se refinou na denúncia contra os estados de poder e dominação contra os grupos de oprimidos, conforme se revelou em outros livros como “O livro dos abraços” e “Os filhos dos dias”.

Em sua obra “Espelhos”, utilizada como base de nosso trabalho, cujo objetivo principal foi buscar em sua literatura elementos ligados à ideia da diferença, a associação da figura do Diabo com grupos minoritários – no sentido atribuído a este termo por Deleuze e Guattari – tem uma função política de afrouxar os limites dos campos de poder e dominação da Modernidade. Se a posição e a funcionalidade dadas à figura diabólica nos discursos de dominação foi desqualificar, inferiorizar minorias indesejadas e passíveis de controle e punição, na obra de Galeano, pela insolência quínica com que é tratada o Diabo, a função é invertida: ela traduz tentativas de afrouxamento de limites impostos às minorias pelas majorias. Esta função pode ser trazida para as projeções emancipatórias que podemos fazer dos sistemas jurídicos constitucionais de nosso tempo, os quais possuem uma verdadeira potencialidade terapêutica contra possíveis abusos de uma maioria constantemente deusificada.

Essa concepção contramajoritária das Constituições surge exatamente no mesmo momento em que movimentos sociais passaram a questionar alguns modos de ser dominantes que abafaram historicamente percursos morais concretos de determinados grupos sociais. Isso se deu inicialmente nos Estados Unidos com os movimentos de luta pelos direitos civis, mais notadamente com a efetividade da organização do movimento negro americano. Daí, alastrou-se para uma série de outros grupos minoritários, ou não minoritários, mas com alta vulnerabilidade social. Por outro caminho, também se consolidou no campo da filosofia, da ciência política, da sociologia e da antropologia um conjunto mais sólido de teorizações acerca das temáticas da identidade, da autenticidade, da diferença e do reconhecimento.

Essas duas dinâmicas – pragmático-política e teórica –, ao estabelecerem imbricações e convergências mútuas desde a sexta década do século passado, propiciaram uma projeção mais efetiva, no campo jurídico, de demandas pela tutela desses grupos, seja pelo estabelecimento de barreiras a possíveis violações, seja

pelo estímulo de políticas públicas voltadas ao reconhecimento de diferenças e à equalização de disparates históricos perpetrados por maiorias.

O que estamos vendo, com as tentativas de afrouxamento de limites majoritários por minorias, é o arrostamento das maiorias consideradas em seu aspecto de constância, de expressão e de conteúdo; a corrosão de estados de poder e de dominação, dos limites da própria constante, de um padrão abstrato que se invisibiliza em sua hegemonia e que, como Deus, não aparece em formato histórico algum, sendo, paradoxalmente, alguém por ser Ninguém.

Este trabalho é apenas uma tentativa de agenciamentos, a partir de alguns bulbos densificados pela noção de minoria, em suas vontades de poder rizomáticas de estabelecer linhas de segmentação e de fuga, movimentos de desterritorialização e desestratificação em relação a algumas superfícies de registro e produção que caracterizaram uma Modernidade, paradoxalmente, ao mesmo tempo, libertadora e opressora. As noções de minoria e diferença, em suas remissões jurídicas e políticas, em seus estados de etnia, língua e sexo, com suas territorialidades de gueto, são a nota tônica de uma composição policromática em tom menor, fazendo aqui uma remessa musical, campo que também absorve a noção de minoria.

Se alguma pretensão universalista pode existir em nosso texto, é a de estabelecimento de uma figura universal da consciência minoritária, como devir criativo de todo o mundo, em variação contínua, como uma amplitude que não cessa de transpor, por excesso e por falta, o limiar representativo do padrão divino majoritário. Erigindo a figura diabólica de uma consciência minoritária, dirigimo-nos a potências de devir que pertencem a um outro domínio, que não o do poder e da dominação por uma constante divinizada, mas a um devir minoritário diabólico, opositor, constituinte da autonomia de todos os Diabos de Galeano.

ITINERÁRIOS TEÓRICOS DA DIFERENÇA E SUA PROJEÇÃO NAS NARRATIVAS JURÍDICO-POLÍTICAS

NOTAS INICIAIS À QUESTÃO DA DIFERENÇA

Uma das características mais marcantes de uma época que alguns autores chamam de “a era dos extremos” (Hobsbawn, 1994), ou de a “era da migração” (Castells, Haas e Muller, 2013), é a diversidade étnica e cultural das populações de alguns países, a ponto de Vertovec (2007) sustentar a ideia de “superdiversidade”. O fato é que o incremento/aparecimento da diversidade na composição étnica e cultural de populações de diferentes países no mundo todo é um fenômeno que se agudizou nos dias atuais, em função da aceleração dos fluxos causados pelo desenvolvimento tecnológico, especialmente se considerarmos as últimas três ou quatro décadas. São processos de integração e desintegração cultural, utilizando as palavras de Featherstone (2009), que caracterizam o pós-modernismo, ao mesmo tempo como um símbolo e uma poderosa imagem cultural do desvio da conceitualização da cultura global, menos em termos dos alegados processos de homogeneização e mais em termos de diversidade, de variedade e da riqueza dos discursos populares e locais, dos códigos e das práticas que resistem e produzem a sistematização e a ordem.

Obviamente que a questão da diversidade e da Diferença não é uma controvérsia própria dos últimos trinta ou quarenta anos. A Diferença e sua inclusão em distintas ordens discursivas sempre existiu, ainda que em boa parte da história da humanidade suas mazelas tenham sido invisibilizadas. O que há, nas últimas décadas, em termos de novidade em relação a isso, é um processo de exponencialização e o caráter libertador que as narrativas sobre a Diferença assumiram.

Paralelamente às lutas das minorias e hipossuficientes sociais, surgiu toda uma teorização libertária multifacetada calcada sobre o universo do distinto, do dessemelhante, do estranho, do misto, do que é variável, do diferente, que assumiu um lugar destacado nos debates contemporâneos: o multiculturalismo, o interculturalismo, o pensamento descolonial, o feminismo, etc., são exemplos disso. Esse território teórico da Diferença, num primeiro momento, avocou sob o seu teto temático uma multiplicidade de fenômenos que não guardavam em sua materialidade uma aproximação tão grande a ponto de justificarem um amálgama conceitual que pudesse dar conta de explicar, de forma tão ampla e uniforme,

acontecimentos com fundos causais tão diversos. Assim, passada uma primeira fase de excitação com o novo campo teórico aberto pela tematização da Diferença, uma angústia passou a acompanhar boa parte dos acadêmicos que dela têm se ocupado, especialmente em função de se constituir como tentativa metodológica de sistematização de um conjunto de conhecimentos nominados sob essa designação, a partir de análises de realidades cuja característica principal é o seu alto grau de clivagem, de fragmentação, e, portanto, desafiador das possibilidades de aglutinação comum sob um mesmo abrigo conceitual-ordenador.

Tendo esse ponto de partida como referência, o caminho que pretendemos trilhar neste capítulo vai no sentido de compreender, sob um triplo aspecto, as reações e respostas a diferentes estados de violência e dominação homogeneizantes, cujo eixo de ligação entre todas elas reside, na verdade, na questão da Diferença. Para tanto dividimos o texto em três momentos: o primeiro é dedicado à Diferença como devir/movimento social, o segundo se ocupa da Diferença como construto teórico, especialmente no campo da filosofia, e, por último, procuramos conectar a Diferença à sua condição de razão prática nos campos institucionais da política e do direito.

1. A DIFERENÇA COMO DEVIR/MOVIMENTO SOCIAL

A visão de mundo acerca da estruturação social hegemônica na Idade Média caracterizou-se fundamentalmente pela compreensão de que a teia social tinha, formalmente, seus lugares marcados, o que evidenciava, nas relações sociais, a predominância principiológica da desigualdade como uma condição de normalidade.

Com o advento das institucionalizações teóricas, políticas e jurídicas que caracterizaram o Liberalismo e o Iluminismo, bem como a sucessão dos eventos revolucionários que marcaram profundamente o século XVIII, o princípio da igualdade, consagrado no plano teórico e projetado nas construções institucionais que possibilitaram a ruptura com o paradigma medieval, tornou-se um elemento fulcral de todo o imaginário ocidental moderno. Diferentemente dos conceitos pré-modernos, no conceito moderno de nação preponderaram os elementos do território e do governo central, numa perspectiva homogeneizadora do grupo de pessoas, independentemente de suas origens étnicas e de sua língua. Na linguagem moderna, o significado de nação é deslocado para o campo político, traduzindo a ideia de “um Estado ou corpo político o qual reconhece um centro supremo de governo comum” e, também, “o território constituído pelo Estado e pelos seus habitantes individuais, considerados como uma totalidade”. Assim, enquanto o significado pré-moderno direcionava-se ao significado de unidade étnica, cultural e, portanto, à diferença de grupos, mesmo que vivendo sobre um mesmo território ou sob um reino, o uso moderno salientou a noção de “unidade

política e independência”, “unidade e indivisibilidade” e, conseqüentemente, a uniformização de variedades, a equalização das distinções e ambigüidades daqueles que viviam dentro de um mesmo território e sob um mesmo governo.

A cultura e as práticas políticas e jurídicas da Modernidade, fundamentalmente europeias, passaram incólumes em seus desideratos de homogeneização e de universalização por praticamente dois séculos. Para tanto, a ficção igualitária cumpriu seu papel quimérico de forma um tanto quanto eficiente. Mas a partir da década de 1960, com a agudização de lutas políticas por diferentes grupos que compunham as sociedades multifacetadas de países do norte, passaram a ocorrer reações culturais, comportamentais, políticas e filosóficas voltadas a propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diversidade de concepções alternativas da dignidade humana, que não mais se sustentavam sobre a ideia de igualdade abstrata, mas, pelo contrário, a criticavam a partir de novas visões de mundo, nas quais a Diferença passou a ocupar um lugar destacado. Obviamente que a resistência das minorias ocorreu em outros tempos. Agora, contudo, passa a ser dar a partir de dentro do sistema, de modo mais estruturado, visível e potencializado.

Numa visão geral, a década de 60 representou, no início, a realização de projetos culturais e ideológicos alternativos lançados ainda na década de 50. Este decênio foi marcado por uma crise no moralismo rígido da sociedade, expressão remanescente do “Sonho Americano”, que não conseguia mais empolgar a juventude. Essa situação é bem compreendida por Hobsbawn, em *The Age of Extremes*, ao localizar, com precisão, as mudanças extraordinárias que se desenvolveram no último terço do século 20. Os anos dourados na Europa e na América do Norte do pós-Segunda Guerra foram um mundo de pleno emprego e afluência regularmente crescente. Testemunharam a incorporação gradual da classe trabalhadora pelo menos nas pompas da plena cidadania, a entrada mais efetiva das mulheres na vida pública e no mercado de trabalho, a tentativa dos Estados Unidos de criar uma igualdade para os afro-americanos. Tratava-se de uma era de inclusão, de afluência e de conformidade. Mas, como delineia Hobsbawn, os “anos dourados” foram seguidos pela revolução cultural do final dos anos 1960 e dos anos 1970, com a ascensão do individualismo, da diversidade, de uma desconstrução, em vastíssima escala, dos valores aceitos. Um mundo de certeza aparente deu lugar a um mundo de pluralidade, debate, controvérsia e ambigüidade. Era um mundo em que os comentadores das mais diferentes vertentes políticas referiam-se à “bússola” que não estava funcionando, em que cada certeza aparente da sociedade – a família, o trabalho, a nação e mesmo a própria afluência – era questionada (Hobsbawn, 1994; Young, 2002).

Assim, é inevitável afirmar que a partir da década de 60, inicialmente, sobretudo, nos Estados Unidos, um conjunto altamente heterogêneo de movimentos

contestatórios, com um clímax no mítico “68”, empreende o caminho da sua institucionalização social, acadêmica, política e jurídica. As confluências programáticas desses novos movimentos sociais – afro-americanos, indígenas, “chicanos”, feministas, gays e lésbicas, “terceiro-mundistas”, etc. –, se deram a conhecer a partir de então sob o ambíguo termo do “multiculturalismo” (Dietz, 2012).

O acirramento desse processo, então, torna o indivíduo, sem perder seu privilegiado vínculo nacional, uma biografia mais complexa, pois sua lealdade estatal, sustentada na sua pertença espacial e temporal, evidencia a universalidade de sua igualdade, enquanto que sua liberdade permite refundar, a todo tempo, novas lealdades com o seu eu-semelhante (seja no campo econômico, religioso, cultural, étnico, etc.) e expor suas diferenças. Afirma sua etnia, sua cor, sua religião, sua sexualidade, seu gênero, etc., bem como reconhece as diferenças materiais entre sujeitos de um mesmo Estado como algo próprio da liberdade em movimento.

Isso não quer dizer que as formas de identidade-nós, de cunho comunitarista, tenham desaparecido com a Modernidade e com a globalização. O que se percebe é um movimento razoavelmente complexo em que a identidade-nós, tão cara às sociedades mais simples e à organização do mundo antigo e, de certa forma medieval, começou a transpor-se para uma identidade-eu. Isso significa que com o avanço da agenda moderna e com a conformação de um marco globalizante, notadamente nas áreas tecnológica, ambiental, econômica e comunicacional, a identidade-eu passou a ter um enorme significado na condução dos projetos pessoais e na pauta de satisfações, desejos e insegurança dos indivíduos que não se encontram mais vinculados às modalidades tradicionais de identidade (Giddens, 2002).

A importância do papel da cultura, de certas práticas e costumes sociais locais na definição da identidade, entretanto, não representa necessariamente uma contradição em relação ao processo de generalização e unificação das instituições, dos símbolos e dos modos de vida perpetrados pela globalização, mas, paradoxalmente, parece apontar para a ocorrência de uma resposta reativa do particular às indiferenças alimentadas pelos mecanismos de padronização que afetam mundialmente quase todos os espaços de produção da vida social. Os novos reclamos por identidade e diferença, segundo Giacomo Marramao, refletem uma reação aos efeitos de uma globalização que uniformiza, mas não universaliza, que comprime, mas não unifica, “una mutua implicazione di ‘omogeneizzazione’ ed ‘eterogeneizzazione’. Un’inclusione della ‘località’ della differenza nella stessa composizione organica del globale” (2003, p. 40). Refletem, na posição de Zygmunt Bauman (2005), uma defesa-resposta contra um fenômeno que tende a desenraizar os vínculos identitários, tornando-os efêmeros, provisórios, sem continuidade, promovendo, por conta disso, o fortalecimento ou mesmo o retorno da ideia de comunidade e de suas formas de lealdade e de pertença para com

os semelhantes, uma maneira encontrada para se conquistar mais segurança e igualdade num mosaico de indistinções que parece desfavorecer as aproximações humanas mais duradouras.

Ocorre, no entanto, que nem mesmo a comunidade tem conseguido desempenhar habilmente esse papel (quando não o dificulta ainda mais), pois a forma como o mundo estimula a realização de projetos seguros de vida, sempre como um desafio individualizado, parece não ser a receita mais adequada para alcançar tais objetivos, o que tende a aumentar ainda mais a insegurança. Além disso, a estratégia de fechamento das comunidades em torno de si mesmas tem acirrado a guerra do “nós” contra o “eles”, proliferando inúmeros ambientes forjadores de identidade cultural que, paradoxalmente, tendem a potencializar as diferenças culturais e aumentar os reclamos por diversidade; no mesmo instante em que a comunidade defende a homogeneidade cultural e proíbe o ingresso de qualquer coisa que lhe seja estranha, alimenta, com isso, os medos e as incertezas que inicialmente pretendia combater (Bauman, 2003). É como se as identidades tradicionais, prossegue Bauman, mais sólidas e perenes, não funcionassem nesse mundo de realidades líquidas; como se tivessem desaparecidos os grandes relatos unificadores, diria Jean-François Lyotard (2004), eclodindo em seu lugar uma “sociedade transparente” (Vattimo, 1990) na qual as etnias, culturas, gênero, raças e comunidades apenas pudessem manifestar sua existência pela diferença de suas identidades.

O que é preciso destacar dentro do nosso foco de trabalho, a partir de Hobsbawn, é a emergência de um mundo completamente diferente em sua configuração, já não mais homogêneo, mas com uma ampla fragmentação que emergiu, pelo menos em sua visibilidade, também sob a faceta cultural, tanto no plano territorial das cidades, quanto no dos próprios Estados. Começávamos a sair de uma configuração mundial bipolarizada, homogeneizada, para novas formas de representação muito mais complexas, multifacetadas.

Nesse cenário contemporâneo, em que os movimentos sociais cada vez mais revelam uma diversidade que havia sido mascarada por uma ficcional homogeneidade moderna, a questão da diversidade cultural, ao lado da diversidade comportamental, assume um lugar de destaque como jamais ocorrera no passado, e o multiculturalismo, apesar de sua amplitude conceitual, ganha cada vez mais projeção, pois, conforme Semprini (1999), revela os paradoxos da contemporaneidade, especialmente ao exigir que seus postulados de universalidade, de igualdade e de justiça sejam estendidos para todas as formas de manifestação cultural. A partir da década de 1960, portanto, os movimentos sociais contramajoritários passaram a exigir, de modo institucional, uma nova agenda de reconhecimento baseada na ideia de diversidade e diferença, tanto no campo individual quanto comunitário.

2. O ESTATUTO ONTOLÓGICO DA DIFERENÇA E O SEU MODO DE SER

A Diferença é, em termos ontológicos, uma dimensão que começa a construir seu itinerário e seu estatuto a partir da Modernidade. Não que o faça de modo definitivo, mas a sua presença passa a fazer parte da consciência de si do sujeito moderno, mesmo que de modo inaugural e nem sempre de forma positiva. Nas sociedades pré-modernas a Diferença é apenas um signo que separa duas coisas que tem identidades diferentes, essências diferentes. Mas a Diferença não é, ela mesma, tomada como algo em si. Se a identidade de uma coisa se dá pela sua essência, é na semelhança e no mais do mesmo que ela se constitui. O “ser é”, proferiu Parmênides, simplesmente. Ao contrário do mobilismo de Heráclito, Parmênides sustentava a tese de que o ser em si é imóvel, tem uma essência e uma permanência imutável, sendo o movimento apenas uma falsa percepção dos sentidos humanos. Nesse sentido, idêntico é aquilo que não se altera, que permanece igual, apesar das mudanças de sua totalidade. A identidade é um *a priori*; não é alcançada pelo tempo e tem uma essência em si mesma. “Parmênides disse que el ser tiene su lugar en una identidad” (Heidegger, 1990, p.69). O Ser, nesse caso, é um rasgo da própria identidade, destaca Heidegger. Ela é uma manifestação interna, enquanto a alteridade é externa. O outro não faz parte do Ser, e a Diferença (alteridade) não está contida na ideia de identidade.

Aplicada aos seres humanos, a ontologia das essências propugna uma espécie de singularidade essencial de cada ser humano e uma pertença também essencial que não depende do tempo e dos acontecimentos históricos. É um atributo herdado desde o nascimento ou desenvolvido como uma habilidade que manifesta a sua própria condição inevitável (Dubar, 2007). Nesse sentido, o Ser é, em si, o resultado das inscrições naturais que definem sua posição no mundo, seus atributos, sua classe social, sua finalidade. Não se pode dizer, nesse caso, que a identidade e seus atributos diferenciais pressuponham ou estejam baseados na ideia de reconhecimento mútuo. Tudo se limita ao papel desempenhado pela experiência coletiva, pelo status que se possui na comunidade e pelos simbolismos pré-programados, de modo que a consciência reflexiva de si mesmo, ao menos como conhecemos desde a Modernidade, é ignorada (Ricoeur, 2006). A identidade tem uma força substancialmente replicadora na sociedade pré-moderna. Sua missão se realiza na tarefa de identificar-se com o mesmo, sem recorrer a um mecanismo próprio de diferenciação e de identificação (Remotti, 2010).

A figura do indivíduo como sujeito autoconsciente de sua própria individualidade e identidade só vai ganhar relevo na Modernidade. A identidade, para Locke, varia de acordo com a extensão da consciência. Se esta muda com o tempo, por certo que também mudará a identidade e a forma como o Ser compreende sua relação com o mundo objetivo. A identidade, portanto, como derivação da consci-

ência, não é absoluta. Modifica-se, é efêmera e precária, dirá Remotti (2010). No início do século XIX, Hegel fez uma profunda revisão na relação entre identidade e alteridade. Hegel não separou o reconhecimento da autonomia, tampouco a universalidade da particularidade. Aponta claramente que a identidade surge de uma relação universal entre particularidades autônomas que se reconhecem mutuamente. A união entre os indivíduos não apenas pressupõe autonomia, segundo Hegel, senão que a cultiva, pois, a autonomia permite aos indivíduos recuperarem sua identidade e aprenderem algo mais sobre sua própria diferença com os outros. Por isso, afirma Hegel (1995), para o indivíduo o reconhecimento significa um saber afirmativo de si mesmo em outro si mesmo. Na dialética da diferencialidade de Hegel, cabalmente divergente de Parmênides, a identidade e a Diferença são co-existenciais, compenetradas. Elas se implicam mutuamente. As coisas são contraditórias e determinantes na definição de todo e qualquer conceito. A contradição é a raiz do movimento e da vitalidade das coisas. Assim, também identidade tem uma relação simbiótica e constitutiva com seu oposto. Desse modo, o outro, diferente, assume uma posição importante na definição do sujeito como tal. Essa abertura em direção ao outro superou definitivamente a ideia de identidade como uma essência, como mais do mesmo. Mas o filósofo alemão mantém-se fiel à abstração e à analítica linear, o que impede de a Diferença ser defendida para além da constituição da coisa como um valor positivo, histórico.

Em Heidegger (1990) a unidade da identidade é apresentada como um elemento fundamental da definição do ser. O ser fala por intermédio da identidade, reside nela. De acordo com o filósofo alemão, a conhecida proposição de identidade $A=A$ encerra um fechamento que se basta no próprio objeto referenciado e não dá conta da identidade como um traço constitutivo do ser. Quando se diz que “A” é igual a “A”, dissemos que o A se basta em si mesmo, que não necessita de qualquer relação de comparação com outra unidade qualquer. A fórmula $A=A$, portanto, manifesta o princípio da igualdade, pelo qual um “A” é suficiente para expressar a sua fórmula de identidade. Ou seja, ele é auto evidente. Os outros não são aqueles diferentes de mim, pronuncia Heidegger (2002), mas aqueles entre os quais também se está. Essa leitura fenomenológica do “eu” e do “outro” foi fundamental para denunciar os traços excessivamente metafísicos que ofuscaram a presença da singularidade e da unicidade do “outro” como diferente e como parte de mim mesmo, ou seja, para denunciar uma espécie de transformação “do outro no mesmo” que nada mais representa que o próprio banimento do “outro” (Douzinas, 2009)

No plano da filosofia do conhecimento, a Diferença não é tratada, conforme expõe Laruelle, nem como uma categoria nem como uma ideia, mas é, em rigor, e apesar de todas as perturbações que ela introduziu, uma sintaxe geral e um tipo invariante concreto. A “Diferença” é uma sintaxe, uma maneira de articular

a linguagem filosófica e todas as outras nas quais ela se projeta (por exemplo, a linguagem política, a jurídica etc.). É também uma tese de realidade, certa experiência, ela própria múltipla, do real. Como unidade funcional de uma sintaxe e de uma experiência, é um princípio, uma sintaxe real e não simplesmente formal, transcendental e não simplesmente lógica. A decisão filosófica engendra lógicas filosóficas – lógicas reais ou transcendentais – e a “Diferença” é apenas a mais recente dessas lógicas, depois da Contradição (dialética), da Existência, da Estrutura. A Diferença possui, assim, a mesma significação e o mesmo valor que essas lógicas, o mesmo poder global de sentido e de verdade (1987, p. 16).

Mas, mais profundamente, a Diferença torna-se um princípio real na medida em que a ela são fornecidos certos meios filosóficos. Em primeiro lugar, a Diferença torna-se um princípio na medida em que deixa de ser um meio secundário e parcial, sem autonomia, da Contradição, da Existência, da Estrutura. Como é que ela se torna autônoma? Elaborando as suas propriedades sintáticas e, sobretudo, atribuindo-se uma essência real ou transcendental. Por segundo, ao deixar de ser, antes de mais nada, uma categoria ou mesmo um qualquer dos transcendentais ordenados sob o Ser e sob a Unidade. Uma categoria supõe, por um lado, o dado ôntico prévio, uma referência à presença, ou à identidade do presente e, por outro lado, uma unidade transcendental ainda superior a qualquer categoria. A Diferença torna-se um princípio concreto ou uma decisão filosófica quando se liberta desta dupla submissão e se torna essa Unidade capaz, simultaneamente, de levar a si própria, para determinar a sua sintaxe, a sua própria experiência transcendental da realidade e operar assim a gênese da realidade empírica. “Por fim, deve tematizar a sua estrutura sintática. Só muito recentemente a “Diferença” se tornou enquanto tal um problema de sintaxe filosófica (Laruelle, 1987, p. 20).

A Diferença foi salva, adquiriu a dignidade de decisão filosófica lutando, portanto, em três frentes: contra a sua requisição funcional como meio ou processo incompleto, contra a sua interpretação apenas categorial e contra o estado de não-elucidação em que tinha estado (depois de Heráclito?), do ponto de vista sintático. Para que ela adquirisse a sua autonomia filosófica foi necessário que ela pudesse veicular, da realidade “autêntica”, uma experiência que não era já de modo algum a da categoria da negação ou a do nada-do-ente, nem a do Nada oposto e idêntico ao Ser, nem a da negatividade contida na Diferença-significante etc. Foi necessário inventar o “niilificar” (Heidegger). A *Distanz* e a “hierarquia” (Nietzsche), o “não? Ser” (Deleuze), a “Diferença” (Derrida), o “Diferendo” (Lyotard). A Diferença, assim, teve que mudar de terreno, abandonar o do ente e do Ser-substância – seu terreno de origem, a ontologia – e o seu estatuto inferior de categoria. Teve de se dar, como o faz qualquer verdadeira decisão filosófica, naquilo que é a operação transcendental por excelência, o seu próprio terreno, a

sua própria experiência do real, De processo periférico de escrava da Contradição, e em seguida da Estrutura, tornou-se uma problemática, um princípio real e até uma emoção: sim, uma emoção *a priori*, uma verdadeira *sensibilidade filosófica ou transcendental*, sem a qual a filosofia estaria morta de hegelianismo ou mesmo estruturalismo: de aborrecimento.

Nessa perspectiva de autonomia, uma boa ideia acerca da Diferença é explorada por Gilles Deleuze no seu célebre “Nietzsche e a Filosofia”, ao propor com Nietzsche uma co-incidência imediata dos contrários em vez da sua dialetização, isto é, em vez de um processo de mediações e de ligações, realizando-se ao nível discursivo e especulativo, mas não na realidade política e libidinal, constitutiva efetivamente do ser humano. Assim, é preciso pensar a simultaneidade dos contrários, da vida e do poder num complexo que não deixa de se dividir infinitamente e de se ramificar nos seus contrários; trata-se do devir puro, um devir biopolítico dos organismos e das instituições, fazendo-se e refazendo-se em sínteses ou conjugações (ou em *agencements*, termo fundamental tanto em “Anti-Édipo” quanto em “Mil Platôs”).

Nietzsche, segundo Deleuze, diz com razão que a força tem a outra força por objeto, mas, precisamente, é com outras forças que a força entra em relação. É com outra classe de vida que a vida entra em luta. O pluralismo tem às vezes aparências dialéticas, mas é seu inimigo mais encarniçado, seu único inimigo profundo (Deleuze, 2008, p. 17).

Em Nietzsche a relação essencial de uma força com outra nunca se concebe como um elemento negativo na essência. Em sua relação com a outra, a força que se faz obedecer não nega a outra ou o que não é, mas afirma sua diferença e goza desta diferença. O negativo nessa perspectiva não está presente na essência como aquilo de onde a força extrai sua atividade: ao contrário, resulta dessa atividade, da existência de uma força ativa e da afirmação de sua diferença. O negativo é um produto da própria existência: a agressividade necessariamente associada a uma existência ativa. Quanto ao conceito negativo (é dizer a negação como conceito), “é só um pálido contraste, nascido com atraso em comparação com o conceito fundamental, totalmente impregnado de vida e de paixão” (Nietzsche, 1987, I, 10, p. 34). Ao elemento especulativo da negação, da oposição, da contradição, Nietzsche opõe o elemento prático da diferença, objeto de afirmação e de prazer. É neste sentido que se pode falar de empirismo nietzschiano.

O problema tão comum em Nietzsche: o que quer uma vontade? O que quer este ou aquele? Não deve ser entendido como busca de uma finalidade, de um motivo, nem de um objeto desta vontade. O que quer uma vontade é afirmar sua diferença. Em sua relação essencial com a outra, uma vontade faz da sua diferença um objeto de afirmação. “O prazer de saber-se diferente” (Nietzsche, 2009,

260): este é o novo elemento conceitual, agressivo e aéreo, que o empirismo opõe às pesadas noções de dialética e, sobretudo, como diz o dialético, ao trabalho do negativo. A Diferença é, assim, segundo Deleuze, numa perspectiva nietzschiana, o objeto de uma afirmação prática inseparável da essência e constitutiva da existência (Deleuze, 2008, p. 18). Afinal, para Nietzsche, o que se repete não é mais do mesmo, uma essência, mas o que se repete é sempre a diferença. Por isso, segundo ele, nossa identidade não é repetição, mas algo precário. O sujeito nunca é o mesmo, portanto, é na repetição de sua diferença que reside sua identidade.

Por outro lado, entrando num segundo campo temático da filosofia – o da filosofia moral ou da ética –, podemos considerar a Diferença em seu caráter axiológico. A salvação num tempo limitado significa estabelecer as melhores fórmulas possíveis de convivências entre os seres humanos e também com o ambiente que nos cerca. A *sophia*, neste aspecto, designava para os gregos antigos a habilidade com a qual se sabe conduzir com outrem, habilidade que pode chegar até a astúcia e a dissimulação. Por exemplo, na compilação de sentenças que codifica a educação aristocrática escrita por Teógnis no século VI a.C. e dirigida a Cirnos, encontra-se o seguinte conselho:

Cirnos, apresenta a cada um dos teus amigos um aspecto diferente de ti mesmo. Matiza-te conforme os sentimentos de cada um. Um dia te liguês a um e depois procura a propósito mudar de personagem. Porquanto a habilidade (*sophiè*) é melhor mesmo que uma grande excelência (*arte*) (Hadot, 1999, p. 42).

Esse é outro campo de trabalho filosófico no qual também pode ser identificado um conjunto de reflexões sobre a Diferença, aqui, porém, entendida como um princípio axiológico norteador das relações sociais em sentido bastante amplo, e das escolhas e decisões que temos que tomar enquanto estivermos inseridos no espaço social, em nossas relações com os outros. Nesse aspecto, não podemos mais falar num plano meramente contemplativo da investigação sobre a Diferença, tal como proposto genericamente para todo o saber humano por Aristóteles, em sua *Ética à Nicômaco*, ao dizer que o caráter contemplativo da filosofia funda-se na natureza necessária do seu objeto, “aquilo que não pode ser senão o que é” (VI, 3, 1139 b 19), mas sim, por outro lado, partindo de um conceito de filosofia como atividade diretiva ou transformadora, instrumentalmente ativa para modificar ou corrigir o mundo natural ou humano, e, nesse sentido, não só transcendental ao indivíduo, mas, principalmente, concernente às relações com a natureza e com os outros seres humanos, portanto, relativa à vida humana social.

Um ponto importantíssimo nesse aspecto, diz respeito ao potencial crítico da Diferença enquanto valor em relação ao conjunto de valores estabelecidos, especialmente àqueles que dão como critério referencial de escolha ou decisão a homogeneidade ou a igualdade. É preciso considerar, como já fizera Weber (2006) ao falar dos politeísmos, a pluralidade como elemento constitutivo da

Diferença, a qual se confunde com a possível multiplicidade dos projetos de vida, ou seja, das atitudes que o homem pode assumir diante de si mesmo, dos outros, do mundo, de Deus.

Aqui, um socorro em Nietzsche parece ser bem adequado, pois boa parte do sucesso da ideia de Diferença na contemporaneidade tem uma raiz em sua obra. O êxito da ideia de Diferença enquanto valor subversivo dos valores assentados pela Modernidade, bem como o efeito crítico do termo valores no mundo moderno deve-se em grande parte a sua obra e ao escândalo que provocou com a pretensão de inverter os valores tradicionais. Nietzsche declarava depositar suas esperanças “em espíritos fortes e originais, que possam impulsionar escalas de valor opostas, deformar e inverter os ‘valores eternos’; em precursores ou homens do futuro, que formarão desde já um nó que obriga a vontade de milênios a abrir caminhos novos” (2009, § 203). Nietzsche considerou, assim, que a missão de sua filosofia era a inversão dos valores tradicionais, ironizados como “valores eternos” (2003, § 4º). Essa inversão consistia em substituir os valores da moral cristã, fundada no ressentimento, portanto na renúncia e no ascetismo, pelos valores vitais, que nascem da afirmação da vida, de sua aceitação dionisíaca (1987, I, § 10).

Esse perspectivismo nietzschiano deu margem para muitos denunciarem um forte relativismo de sua concepção de valores. No entanto, são poucos os indícios de uma relatividade dos valores em sua reflexão. Sua intenção sempre foi, antes, restabelecer um rol autêntico de valores, que é a dos valores vitais, em lugar dos valores fictícios, adotados pela moral do ressentimento. A tese autêntica de Nietzsche é a da intrínseca relação entre o ser do valor e o homem, de tal maneira que não há valor que não seja uma possibilidade ou um modo de ser do homem (Abbagnano, 2007, p. 1178-1179). E nesse aspecto, a Diferença foi um ponto central e fundacional do pensamento nietzschiano.

Assim, partindo do campo da filosofia do conhecimento, no qual podemos situar a Diferença como uma forma de perceber e pensar o mundo epocalmente e, a partir desta forma de percepção, criar possibilidades de articulações discursivas, chegamos ao campo da filosofia moral, para conceber a Diferença como um princípio determinante de formas de intervenção no mundo (razões práticas políticas, jurídicas etc.). A Diferença, assim, em sua totalidade importaria em três questões fundamentais: primeiro, uma forma de ordem do real; segundo, um modo de articulação discursiva, um conjunto de regras estabelecidas, a partir da ordenação do real, para a construção de um discurso sobre o real ordenado, ou seja, uma sintaxe discursiva que pode ser construída sobre os mais diversos enfoques: filosófico, político, jurídico, econômico, sociológico, artístico, literário, com consequentes possibilidades diferenciadas de ação em relação a problemas concretos; e por terceiro, a estruturação de ações interventivas de reconfiguração ética do mundo.

Parafrazeando Warat (1992), nesse aspecto da filosofia estamos falando da Diferença como elemento moral propulsor de uma cena política para a singularidade: uma dimensão simbólica dos movimentos de afirmação da autonomia individual e coletiva. Sob esta perspectiva a política ficaria (re) caracterizada, a partir da Diferença, como o lugar de interpretação e interrogação do modo pelo qual a sociedade se institui. A Diferença seria, no plano político, um dos modos nos quais historicamente uma sociedade se interroga sobre suas formas particulares de discriminação do verdadeiro e do falso, do normal e do patológico, do justo e do injusto, do que para ela será lícito ou proibido. Em outras palavras, falar de política neste contexto, desde o lugar moral da Diferença, implica situarmo-nos interrogativamente num território que nos permita pensar os modos em que numa sociedade se articularão significativamente o poder, a produção de bens materiais, a lei, o saber e a personalidade. Observando estas articulações (considerando estes cinco elementos como dimensões simbólicas), e vendo de que maneira elas se realizam, podemos tentar diagnosticar as tendências totalitárias ou democráticas de uma determinada forma de sociedade.

Assim, a democracia, como ordem simbólica, precisa de uma particular forma de articulação dos cinco níveis aludidos, e a Diferença é uma dessas constelações significativas articuladoras que se instalou nos vazios deixados pela Igualdade moderna. Essas instâncias necessitam ser relacionadas de forma tal que permitam o desenvolvimento irrestrito da singularidade.

Por fim, numa terceira perspectiva filosófica, remontando aos primeiros tempos da filosofia grega antiga, é preciso utilizar a ideia de Diferença para construir possibilidades existenciais de uma vida boa. Aceitar a Diferença, de modo a suavizar todas as nossas percepções e sentimentos com o que à primeira vista nos parece estranho, é um bom caminho para uma existência confortável, sem preconceitos ou rancores, raivas ou violências. Aceitar o mundo em suas singularidades desejantes, em todas as possibilidades existenciais daí emergentes, sem pretensões autoritárias e totalizantes, em todos os espaços sociais possíveis, constitui-se num modo de enxergar e compreender o mundo que cria uma tendência a não só estabelecer espaços civilizatórios mais positivos e elevados, mas individualidades com capacidade de aceitação do outro em todas as suas diferenças, não como um contrário, mas como um devir diverso em suas próprias territorializações. Utilizar a Diferença sabiamente, não para uma autoagressão, mas para uma constante reconstrução/reinterpretação da vida, tendo ela própria como último elemento de justificação de qualquer ação.

Há, segundo Mafessoli (2003, p. 8), uma grande mudança paradigmática que está operando em nossos dias: um deslizamento de uma concepção de mundo “egocentrada” à outra “locuscentrada”. No primeiro caso - a Modernidade que se acaba -, a primazia é concedida a um indivíduo racional que vive em uma

sociedade contratual, ao que acrescentaríamos a sua condição homogênea de indivíduo nacional; no segundo – a pós-Modernidade nascente –, o que está em jogo são grupos, “neotribos” que investem em espaços específicos, de diferença, e se acomodam a eles. Assim, se no drama moderno encontramos a pretensão otimista da totalidade: minha, do mundo, do Estado, no trágico pós-moderno há uma preocupação pela interidade, que induz à perda do pequeno eu em um Si mais vasto, e da alteridade, natural ou social.

Se não percebermos essa mudança paradigmática teremos sérias dificuldades para uma vida feliz. Se não absorvemos a passagem de um tempo monocromático, linear, seguro, o do projeto político da igualdade, constitucionalizado dentro de uma macro perspectiva liberal, a um tempo policromático, trágico por excelência, presenteísta e que escapa do utilitarismo do cômputo burguês, estaremos fadados a um desconforto existencial inevitável. A Diferença é o elemento fundamental a ser percebido nessa mudança paradigmática, e perceber e introjetar essa mudança nos possibilita uma recriação temporalizada da vida em novas possibilidades de vida boa.

3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIFERENÇA

A ocorrência dos novos acontecimentos sociais empreendidos sob o signo da diferença não garantiu o êxito na concretização das demandas por eles reivindicadas. Os novos movimentos, que em sua origem visavam à mudança, precisaram alterar sua natureza; necessitaram mudar para poder permanecer. Houve uma necessidade de institucionalização e, com ela, uma inevitável rotinização, burocratização, normatização e, conseqüentemente, a assunção de lugares de poder.

Paralelamente aos processos que materializaram os movimentos sociais, a academia, em alguns casos até mesmo se antecipando a eles, constituiu suas formações discursivas teóricas acerca desses fenômenos concretos, contribuindo com seus saberes para a constituição de novos campos de poder, novas territorialidades de atuação de forças sociais. Novos campos teóricos foram construídos em relação à ampla questão sobre o que somos, a partir de um novo fluxo de reflexões estruturadas desde um deslocamento de uma sintaxe da igualdade para uma sintaxe da Diferença. A Diferença não em termos biológicos, mas como circunstância, significação e discurso.

Tais dimensões têm sido, até este estágio do desenvolvimento civilizatório, inseparáveis. Não é possível contrapor ou separar movimento, teorização e institucionalização. Eles pertencem, numa mesma totalidade, à história e à vida. Exigem-se e se completam mutuamente.

O que pretendemos argumentar, a partir dessa visão, é que esses movimentos de liberação, que hoje qualificamos como reações e respostas a estados de

dominação e violência objetivos, não foram e continuam não sendo suficientes para definir e garantir práticas de liberdade, que serão, em seguida, necessárias para que os seus protagonistas possam consolidar formas existenciais aceitáveis e satisfatórias de configuração igualitária concreta na sociedade política. Pela situação conflituosa, instável, de desequilíbrio em que nascem, os movimentos de liberação têm uma natureza convulsiva que não lhes garante permanência. Aí entra em cena a necessidade de institucionalização, de rotinização, de normatização e de assunção de lugares de poder, além de um suporte argumentativo que somente a teorização pode garantir.

A insistência do argumento reside, sobretudo, na relevância da amalgamação desses três momentos (acontecimento social, teorização acadêmica e institucionalização política e jurídica) para um entendimento mais amplo e sofisticado do acontecimento contemporâneo da Diferença. Essa complementaridade foi fundamental para o alcance, pelos grupos minoritários e subjugados, de estados civilizatórios de conforto existencial. Ou seja, pela relação evolutiva entre caos (movimento) e cosmos (institucionalização), entre lutas sociais como antecedente, teorização acadêmica como mediador e institucionalizações política e jurídica como consequentes, a qualidade de vida dos grupos sociais que criaram essas marchas de reação e resposta a estados de dominação aumentou significativamente, ainda que em muitos casos esteja muito longe do um ponto desejável.

Durante a maior parte da Modernidade, a ideia e a funcionalidade da democracia estiveram arraigadas à concepção de regra da maioria e às ideias de igualdade e de universalidade. As minorias, os diferentes ou os vulneráveis sociais que desejassem participar da vida democrática de algum país ocidental, cujo modelo de participação política fosse de democracia liberal, deveriam, num processo assimilacionista, adaptar-se aceitando as regras de um suposto esquema formal de neutralidade, de igualdade e de universalidade. As democracias liberais sempre tiveram a pretensão de impor às minorias que delas participavam um esquema de conformidade a uma cultura hegemônica. Assim, a democracia nas “nações cívicas liberais”, utilizando uma nomenclatura de Kymlicka (1996), implicou, durante muito tempo, um divórcio entre o Estado e opções materiais que fugissem do padrão comportamental e étnico dominante. Em outras palavras, supostamente, os Estados ditos “cívicos liberais” eram neutros em relação à língua, à história, à literatura, ao calendário, etc. Com isso tentou-se justificar a adoção de um modelo democrático neutro, em que a igualdade viria a ser o elemento fundante de justificação e no qual todos teriam, em tese, as mesmas possibilidades.

Entretanto, isto se constitui numa enorme falácia. Mesmo os países “cívicos liberais” adotaram uma postura parcializada em relação a inúmeros aspectos materiais da vida de seus cidadãos. A começar pela Inglaterra, que em seu processo de colonização sempre buscou a propagação da língua e da cultura anglo-

-saxônica. Da mesma forma a França e a Espanha. O que dizer, por exemplo, do que aconteceu nas Américas, senão que praticamente exterminaram-se todas as culturas locais para dar espaço à cultura das metrópoles?

Entretanto, contemporaneamente, o que se observa é a existência de sociedades cada vez mais multinacionais, com configurações crescentemente caleidoscópicas e fragmentadas, nas quais grupos minoritários, sob os mais diversos aspectos, convivem ao lado de núcleos étnicos, culturais e socioeconômicos dominantes. Culturas locais estranguladas voltam cada vez mais a respirar; grupos étnicos imigrantes buscam cada vez mais a manutenção de sua pertença cultural mesmo habitando Estados com uma cultura dominante; grupos comportamentais diversos das maiorias consolidam suas posições políticas, suas opções, seus hábitos, suas pulsões libidinais, mesmo diante de imensas dificuldades impostas por grupos hegemônicos.

Com a ciência de tal realidade sociológica e antropologicamente demonstrada, temos de considerar que, se, por um lado, a concepção liberal de democracia ainda possui uma série de elementos conceituais e funcionais ativos em nossas sociedades contemporâneas, especialmente em relação aos direitos de participação política e à necessidade de proteção de uma enorme gama de direitos individuais; por outro lado, há um leque bastante significativo de outros elementos que merece um novo posicionamento ou uma ampliação funcional-institucional, seja do Estado, seja da própria sociedade, notadamente por força das novas demandas colocadas em cena a partir de lutas pela diferença.

O modelo clássico da cidadania liberal não conseguiu institucionalizar mecanismos de proteção da dignidade das culturas, dos comportamentos minoritários diferentes, dos grupos étnicos sufocados por processos de dominação. Esse *standard* institucional-funcional cívico, apoiado na também clássica dicotomia público/privado, ao exigir a participação dos indivíduos no espaço político (público), dota-os de direitos e deveres idênticos. A fim de não reproduzir as desigualdades da vida privada, os cidadãos devem aprender a viver em condições de igualdade estrita, sendo cada um neutro em suas relações com os outros. Há, assim, no modelo clássico de cidadania, como resquício da formação dos Estados nacionais em torno de uma nação cultural, uma tendência de uniformização, voltada a evitar qualquer espécie de particularidade ligada a uma pertença social, filosófica, religiosa, étnica, linguística ou comportamental.

A partir desse padrão civilizatório homogeneizador, filosofias orientais são bastante questionadas como tal pelas filosofias ocidentais; novas religiões, como as *new* evangélicas, são largamente contestadas por religiões tradicionais, especialmente pela Igreja Católica; povos e etnias de países colonizados e explorados por nações altamente desenvolvidas e predadoras são hoje rechaçados/segregados nos

territórios dos colonizadores; minorias culturais estão vendo suas línguas serem tragadas por idiomas de povos dominadores como ingleses e espanhóis; minorias comportamentais sofrem profundas discriminações sociais e profissionais, como, por exemplo, os homossexuais, ou, então, de forma mais violenta, são punidos criminalmente como os consumidores de substâncias psicoativas consideradas ilícitas nos dias atuais.

Ora, tudo isso representa a mais contundente manifestação de uma visão de mundo, de um paradigma homogeneizador, que, nos dias atuais, contraria qualquer perspectiva democrática em seu sentido substancial. A democracia do século XXI é uma construção política permanente que deve potencializar as mais diversas possibilidades de reivindicações políticas em favor do pluralismo cultural e comportamental.

Não podemos mais falar em fidelidade prioritária à nação, como pretendem as nações étnicas antiliberais, ou em amassamento étnico dentro de democracias liberais “neutras”. Haveremos, neste novo século, de falar em nações multiétnicas, em proteger as pequenas nações que vivem em sociedades multinacionais, em resgatar direitos de nações avassaladas nos processos históricos de dominação realizados por povos que, em determinados momentos, souberam garantir uma hegemonia militar internacional. A democracia, na perspectiva da sintaxe da Diferença, está assentada numa ideia de “diferencialismo igualitário”, no qual o reconhecimento das diversidades nos planos institucionais político e jurídico é posto ao serviço da proteção igual de todas as comunidades. Vejamos algumas dessas institucionalizações.

3.1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE NO ESPAÇO INTERNACIONAL

No âmbito internacional, o principal espaço de institucionalização da Diferença se dá na extensão legislativa das Cartas de Direitos. Presenciamos, nos últimos 60 anos, a criação de inúmeros documentos de caráter constitucional internacional (Piovesan, 2012) voltados à proteção de direitos cujo cerne valorativo é a diferença, com sentidos históricos totalmente distintos das Declarações de direitos oitocentistas, nas quais a igualdade formal era a nota tônica.

Na estrutura normativa de institucionalização de um sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, observamos inúmeros documentos cujo acento axiológico é posto na diferença. Nesse sentido, podemos arrolar os seguintes:

Tribunal Penal Internacional e a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); Declaração universal dos direitos das crianças -1959; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas

as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural; 2002;; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006); Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas , 2007; Princípios de Yogyakarta / 2007/2017; Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013) e Declaração Americana sobre os povos Indígenas, 2016.

Um comentário especial guardamos para a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, resultado da Conferência Geral da Unesco de 2001, realizada em Paris, que é hoje o grande documento da humanidade a fundamentar todas as Constituições, os textos legais infraconstitucionais e as decisões judiciais do mundo todo que abrigam conteúdos reconhecedores das identidades das mais diversas minorias. Para Edgar Montiel:

Este é o primeiro acordo político de envergadura universal que busca enquadrar de modo construtivo os efeitos da mundialização no âmbito da cultura. Trata-se de um primeiro esforço para moderar a lógica uniformizante que subjaz nos processos econômicos e tecnológicos mundiais. Permanece nas mãos dos governos, da sociedade civil e da comunidade internacional a decisão de se servir deste instrumento jurídico para criar em seus países e no mundo um clima estável de confiança, de cooperação e de desenvolvimento (2003, p. 17-18).

Esse texto, adotado unanimemente pelos 181 Estados-Membros da Unesco, é estruturado mediante princípios e normas de alcance jurídico e eleva, em seu artigo primeiro, a diversidade cultural à categoria de Patrimônio Comum da Humanidade. Antes dessa Declaração, outros instrumentos internacionais já haviam sido promulgados pela Unesco, com a finalidade de proteção cultural, entre os quais figuram:

1) o Acordo de Florença de 1950; 2) o Protocolo de Nairóbi de 1976; 3) a Convenção Universal sobre Direitos de Autor de 1952; 4) a Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional de 1966; 5) a Convenção sobre as Medidas que devem adotar-se para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais de 1970; 6) a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972; 7) a Declaração da Unesco sobre a Raça e os Prejuízos Raciais de 1978; 8) a Recomendação relativa à Condição do Artista de 1980; 9) a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989.

Algumas decisões do sistema interamericano de Direitos humanos também incorporaram a pauta da diversidade e do reconhecimento dos direitos das minorias. Vejamos alguns casos paradigmáticos nessa direção:

Direitos das crianças e adolescentes

Niños de la Calle ou Meninos de Rua (Villagrán Morales) vs. Guatemala

Este caso trata do sequestro, tortura e morte, por parte de agentes do Estado, de crianças em situação de rua na Guatemala. Houve a absolvição judicial no âmbito interno dos acusados pela morte de cinco meninos em situação de rua, com grave violação do dever de investigar e punir. A Corte IDH decidiu que o direito à proteção da vida abarca inclusive as condições materiais mínimas de existência de uma pessoa, cabendo ao Estado, na promoção da vida, garantir o acesso às condições que garantam uma existência digna. Assentou-se, assim, que o direito à vida não possui apenas uma faceta dita de defesa, mas é também, além de um direito civil e político, um direito econômico e social (indivisibilidade dos direitos humanos).

Mendoza e Outros vs. Argentina

O caso discute a imposição de pena de prisão perpétua para menores de 18 anos na Argentina. A Corte IDH ressaltou ainda que a Convenção Americana não prevê um rol de medidas punitivas que devem ser tomadas nos casos de punição de crianças e adolescentes, entretanto, asseverou que no momento de determinação das consequências jurídicas do delito deve ser observado o princípio da proporcionalidade. A Corte asseverou também que devem ser respeitados os seguintes princípios: a) *ultima ratio* e brevidade; b) limitação temporal do decreto prisional; c) revisão periódica das medidas de privação da liberdade. O órgão jurisdicional do CIDH concluiu que a prisão perpétua de jovens é incompatível com o artigo 7.3 da CADH. O caso é especialmente interessante, pois a Corte aplicou não somente a Convenção Americana, mas também a Convenção dos Direitos da Criança.

Caso Gonzales Lluy vs. Equador

Este caso diz respeito à responsabilidade internacional do Equador pela violação aos direitos de integridade pessoal e vida digna da menina Talía Gabriela Gonzales Lluy. Talía era uma criança pobre e com HIV à qual não foi assegurado o direito à educação. Além de receber uma transfusão de sangue não triada, a qual contaminou a menina com o vírus HIV, Talía foi impedida por ordem da diretoria, de continuar estudando, sob a alegação de proteção dos demais, que tinham risco de contaminação.

Diante desse cenário, a Corte IDH condenou o Equador, reconhecendo que houve violação aos direitos à vida e à integridade pessoal de Talía e sua família, bem como ao direito à educação.

Para deslinde do caso, a Corte equiparou Talía à pessoa com deficiência. Ainda, foi a primeira vez em que a Corte reconheceu o direito à educação com

base no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”).

Veja Rojas vs. Chile

O caso refere-se ao direito à saúde de Martina Vera Rojas, portadora da Síndrome de Leigh, à qual foi negado o direito de tratamento domiciliar com base em disposição regulatória contrária aos direitos humanos. A Corte IDH reconheceu, em sentença de 2021, que houve violação do direito à vida, à vida digna, à integridade pessoal, à infância, à saúde e à segurança social, à garantia de direitos sem discriminação.

Sebastian Furlan e Familiares vs. Argentina

Sebastián Furlan, com 14 anos de idade, morava em uma região muito pobre da Argentina e foi brincar num prédio abandonado de infantaria do Exército argentino. O local estava aberto e não havia qualquer placa ostentando que não pudesse ser visitado. Assim, Sebastián tentou se pendurar em uma viga de aproximadamente 50 quilos que caiu e bateu em sua cabeça, deixando-o inconsciente instantaneamente. Após, foi internado. O traumatismo e o coma em que Furlan permaneceu resultaram em sequelas irreversíveis com manifestações obsessivas compulsivas, deterioração de personalidade, grau de incapacidade psíquica e irreversíveis transtornos cognitivos e motores pela desordem pós-traumática e reação neurológica anormal. Ele tenta o suicídio e após nova internação segue com estado depressivo.

Para a CIDH e a Corte, a demora de mais de 12 (doze) anos no processo de indenização ajuizado contra o Estado favoreceu a piora do quadro de Sebastian, tendo em vista as grandes limitações financeiras de sua família, condenando o Estado argentino.

Direitos das mulheres

Campo Algodoeiro vs. México (González e Outras vs. México)

Inúmeras mulheres trabalhadoras das maquiladoras mexicanas desapareceram e as autoridades não investigaram suficientemente. Posteriormente, foram encontradas em uma plantação de algodão (daí o nome), com marcas de estupro e violência sexual. Foi a primeira vez em que a Corte analisou a violência de gênero (femicídio). O caso é especialmente importante porque aborda a violação sistêmica dos direitos das mulheres e o machismo estrutural.

A Corte traz importantes apontamentos sobre a investigação e produção probatória com perspectiva de gênero para que se obtenha uma investigação séria, diligente e imparcial.

Ademais, estabeleceu-se que a Corte pode decidir com base não somente na CADH, mas em outros tratados, como a Convenção de Belém do Pará.

Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru

O caso Presídio Miguel Castro vs. Peru (2006) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é emblemático por inúmeros motivos. Em primeiro lugar, é o caso mais conhecido em matéria de garantia dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. Em segundo lugar, é um dos primeiros casos a abordar diretamente a questão da violência de gênero nesse âmbito. Em terceiro lugar, integra o ciclo de casos peruanos que versam sobre as violações ao acesso à justiça, assegurada nos arts. 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

No dia 6 de maio de 1992, a administração penitenciária inicia uma remoção de presos do Presídio Miguel Castro, no Peru. À época, o país vivia uma forte crise constitucional, depois que o então presidente Alberto Fujimori, com apoio das forças armadas, dissolve o Congresso e intervém no Poder Judiciário, fazendo as vestes de ditadura – dado o episódio violento e inconstitucional de sua tomada de poder, inclusive com restrição de emissoras de rádio, canais de televisão e jornais.

Algumas internas e presas políticas são acusadas de iniciar um motim e, a pretexto da suposta transferência, sofrem graves violações aos seus direitos, sendo duas as “tentativas” de transferências sem que sejam avisados os familiares e sem que sejam respeitados os mais básicos direitos, inclusive com episódios de tortura.

Em seu voto, o ex-juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade, lamentavelmente falecido em 2022, ponderou que uma adequada interpretação do caso demanda uma análise aprofundada sobre as questões de gênero, daí a relevância do caso para os direitos das mulheres.

Maria da Penha vs. Brasil

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, nascida no Ceará, sofreu uma tentativa de homicídio que a deixou paraplégica. O autor do crime foi seu próprio marido e pai de suas três filhas, o professor universitário de economia, Marco Antonio Herredia Viveros. Na ocasião, ela tinha 38 anos e suas filhas tinham entre 6 e 2 anos.

Na primeira tentativa de assassinato, Marco Antonio atirou em Maria da Penha pelas costas, enquanto ela ainda dormia. Ele alegava que teria sido um assalto. Maria da Penha foi hospitalizada e ficou internada durante quatro meses. A cearense voltou para casa paraplégica e teve de ser mantida em regime de isolamento completo. Mas, seu algoz não cessou as tentativas de matá-la e, por uma segunda vez, a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la embaixo

do chuveiro. Ele foi a júri duas vezes, em 1991, quando os advogados do réu anularam o julgamento e, em 1996, em que o réu foi condenado a dez anos e seis meses, mas recorreu.

A demora de mais de 15 anos para julgamento definitivo do caso foi denunciada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

O caso demorou mais de 15 anos para ser definitivamente julgado e acabou sendo denunciado à Comissão Interamericana de Direito, que aceitou a denúncia de um crime de violência doméstica pela primeira vez.

O Brasil foi condenado na Comissão para proceder às investigações céleres e houve recomendação para adequação do aparato legislativo estatal de proteção às mulheres (o que foi feito em 2006, com a Lei Maria da Penha).

Foi a primeira condenação utilizando a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) na história no âmbito da Comissão.

Artavia Murillo vs. Costa Rica

O caso diz com a proibição da fecundação *in vitro* (FIV), determinada a partir de uma decisão da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica, em 2000, por meio da qual declarou a inconstitucionalidade do decreto que regulamentava a prática.

A Corte IDH analisou a interpretação restritiva do artigo 4 da Convenção Americana, relativamente ao direito à vida, feita pela Corte Suprema, bem como a proibição absoluta de recorrer à fecundação *in vitro*.

Para a Corte IDH, em que pese o embrião não possa ser considerado “pessoa”, nos termos do referido artigo 4, deve-se levar em consideração o princípio da ponderação gradual e incremental da vida pré-natal, diante do que entendeu que a restrição foi desproporcionada e discriminatória, fazendo alusão à teoria do impacto desproporcional.

Caso Manuela vs. El Salvador

Manuela, uma mulher de 33 anos, teve sua vida interrompida pela criminalização do aborto. Em 2008, Manuela vivia na zona rural de El Salvador com dois filhos pequenos, quando, no terceiro trimestre de sua terceira gravidez, sofreu uma emergência obstétrica que resultou em uma hemorragia severa e desmaio. Levada para um hospital, a equipe de saúde a tratou como se Manuela tivesse provocado um aborto, motivo pelo qual a polícia foi acionada.

Disso, resultou-lhe um processo penal que a condenou a 30 anos de prisão por homicídio agravado, naquilo que pode ser considerado uma manobra jurídica para enquadrar em crime mais grave a culpabilização de Manuela por uma fatalidade de saúde.

No cárcere, Manuela foi diagnosticada com um câncer linfático em estágio avançado, provavelmente responsável pelas dores severas no pescoço das quais ela se queixava mesmo antes da gravidez. Sua doença não havia sido diagnosticada antes, tampouco o foi no hospital que a denunciou por um aborto sem provas.

A Corte IDH entendeu que o El Salvador é responsável pela prisão, condenação e morte de Manuela no contexto de uma emergência obstétrica.

Direitos das pessoas LGBTQIAPN+

Atala Riffo vs. Chile

É um dos mais relevantes casos da Corte IDH. Trata da situação de Karen Atala Riffo, juíza chilena, que era casada com Ricardo Jaime López. Em março de 2002 estes decidiram separar-se, estabelecendo por acordo mútuo que Karen seria a responsável pela guarda das crianças. Em novembro de 2002 a “companheira sentimental” de Karen, Emma de Ramon, começou a conviver com ela e as filhas.

Em 2003, o pai das crianças ajuizou uma demanda pela guarda delas ante o Juizado de Menores, arguindo que o “desenvolvimento físico e emocional das crianças estaria em perigo”, se continuassem sob a guarda de uma mãe lésbica.

Após decisões favoráveis e desfavoráveis, em outubro de 2004 a Suprema Corte Chilena decidiu o caso, em julgamento de 3 votos contra 2, onde deferiu a guarda definitiva ao pai das crianças, afirmando que estas deveriam se desenvolver “no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhe é próprio”.

Por conta da deplorável decisão, Karen Atala denunciou o Estado à Comissão Interamericana. Após seis anos de investigação, o caso foi submetido à Corte IDH em 2010. Em 2012 foi proferida a sentença definitiva, estabelecendo, dentre outras disposições: violação os direitos à igualdade e à não discriminação (art. 24, CADH); violação dos direitos de proteção à honra e à dignidade (art. 11.2, CADH); violação ao direito de proteção à família (art. 17.1, CADH); violação aos direitos da criança (art. 19, CADH).

A Corte estabeleceu ainda que a orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH através da expressão “outra condição social” prevista no art. 1.1, a qual proíbe qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual pelo Direito Interno, seja por parte das autoridades ou por particulares. Ademais, fixou que a CADH não protege um conceito “fechado” ou tradicional de família, não podendo ser reduzido exclusivamente ao matrimônio. Decidiu também que o interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar discriminação contra pai ou mãe em razão da orientação sexual, não podendo o julgador levar a orientação sexual como elemento para decidir processos de guarda.

Luiza Melinho vs. Brasil

O caso envolve a Luiza Melinho, mulher trans, e a negativa brasileira de custeio da cirurgia de redesignação sexual negada, seja pelo Sistema Único de Saúde, seja ressarcindo as despesas do procedimento que foi custeado pela própria vítima. Luiza Melinho mutilou os próprios genitais e tentou o suicídio, dada a absoluta incompatibilidade que vislumbrava entre o seu corpo e seu gênero autopercebido.

Em 07 de junho de 2023, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana.

Direitos das comunidades tradicionais

Yatama vs. Nicarágua

Em 1970, foi constituída a organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Ta-kanka (“Yatama”), que significa “organização dos povos da mãe terra” ou “organização dos filhos da mãe terra”. A organização representa um grande número de povos indígenas e etnias da Costa Atlântica ou Caribe da Nicarágua e sua principal função é a defesa do direito histórico dos povos indígenas e comunidades étnicas sobre seus territórios tradicionais e a promoção do seu autogoverno, viabilizando uma democracia comunitária.

A organização indígena Yatama, no entanto, viu-se excluída das eleições da Nicarágua em virtude de alteração legislativa, sem possibilidade de revisão da consequente decisão do órgão maior de sua Justiça Eleitoral. O caso, portanto, está relacionado com a exclusão da participação de um grupo de candidatos do partido político regional indígena nas eleições municipais.

Em 2005, a Corte Interamericana decidiu que o Poder Judiciário da Nicarágua violou o dever de motivação, bem como os princípios da igualdade e não discriminação. Determinou-se a publicação da sentença, a indenização aos Yatama, a necessidade de criação de um recurso judicial para reavaliar as decisões do órgão máximo eleitoral e a reforma eleitoral a fim de que as comunidades indígenas participassem das eleições em condições de igualdade.

Foi o primeiro caso em que a Corte examinou matéria eleitoral. Foi também a primeira vez que a Corte examinou, concretamente, o direito à igualdade e não discriminação. A Corte reconheceu, na fundamentação da sentença, que o princípio da igualdade material possui natureza de jus cogens.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua

O caso diz respeito à outorga de uma concessão estatal para que uma empresa privada realizasse trabalhos de construção de estradas e de exploração de

madeira em territórios ancestrais da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sem o seu consentimento.

A Corte IDH estabeleceu parâmetros sobre a inexistência de um procedimento efetivo para delimitar, demarcar e titular territórios indígenas, em relação à garantia de proteção judicial, ressaltando a importância do consentimento dos povos indígenas. Outrossim, ponderou sobre o conceito de propriedade nas comunidades indígenas e a sua vinculação com o direito consuetudinário.

Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil

O Caso Povo Indígena Xucuru foi levado à Corte pela Comissão Interamericana em razão de violações do direito de propriedade e integridade do Povo Indígena Xucuru, tendo em vista a demora de mais de 16 anos (de 1989 a 2005) no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação das suas terras.

Não bastasse isso, houve demora na desintrusão total das terras e territórios (medida legal tomada para efetivar a posse da terra a um povo, por meio da retirada de eventuais ocupantes não indígenas) e violação dos direitos às garantias judiciais e a proteção judicial, todos eles previstos expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A sentença da Corte, proferida em 05 de fevereiro de 2018, condenou o Brasil, responsabilizando-o no tocante à violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, à proteção judicial e à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru.

Questão racial

Simone André Diniz vs. Brasil

No caso Simone André Diniz, apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente por violação aos direitos humanos da vítima num contexto de racismo institucional. A decisão proferida diz respeito à limitação de acesso de uma mulher negra ao mercado de trabalho por motivo racial.

Em 1997, Aparecida Gisele Mota da Silva publicou na página de classificados do jornal Folha de São Paulo um anúncio de emprego. Oferecia vaga de trabalho doméstico para pessoa “de preferência branca”. A pretendente à vaga, Simone Diniz, mulher preta, filha de pai mecânico e mãe faxineira, sentiu na pele os efeitos da discriminação institucionalizada quanto tinha apenas 19 anos. O emprego lhe foi negado, o que configura discriminação racial, já àquela época vedada pela Lei nº 7.716/1989.

O inquérito que apurou esse crime foi arquivado pelo Ministério Público de São Paulo. A Promotoria alegou que não houve “qualquer ato de racismo”

nem “base para oferecimento de denúncia”, motivo pelo qual o caso foi levado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana entendeu que ocorreram violações à Convenção Americana de Direitos Humanos em detrimento de Simone André Diniz, responsabilizando o Brasil internacionalmente por este ato. Foi a primeira vez que um Estado-membro da OEA foi responsabilizado na Comissão Interamericana por racismo.

Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil

Em 29 de julho de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) o caso de Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira relativo ao Brasil.

O caso diz respeito à discriminação racial no âmbito do trabalho sofrida por Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira em 1998, bem como à situação de impunidade por tais atos.

Após um anúncio publicado na Folha de São Paulo sobre uma vaga na empresa Nipomed, as vítimas, ambas afrodescendentes, se apresentaram na empresa manifestando interesse no cargo. A pessoa que as atendeu informou-lhes que todas as vagas estavam já preenchidas, sem pedir nenhuma informação às candidatas. Horas depois, uma mulher branca esteve na mesma empresa expressando interesse na vaga anunciada e foi recebida pela mesma pessoa, que a contratou imediatamente.

Após tomar conhecimento sobre isso e sobre o fato de que havia mais vagas na empresa, Gisele Ana Ferreira visitou a empresa novamente e foi recebida por outro recrutador, que lhe pediu para preencher o formulário de seleção. Entretanto, depois disso, ela nunca foi contatada.

Em posicionamento histórico, o Brasil reconheceu, no dia 29 de junho de 2023, violações aos direitos das vítimas do caso. Também reconheceu a duração excessiva do processo criminal no julgamento de acusação de discriminação racial no ambiente de trabalho.

Esta é a primeira vez que o Estado brasileiro faz um reconhecimento formal do tipo em um caso envolvendo discriminação racial. A admissão foi realizada durante alegações finais orais apresentadas pelo Ministério da Igualdade Racial, a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério das Relações Exteriores (MRE), durante o julgamento do caso pela Corte em sua sede em São José, na Costa Rica. A diretora de Ações Governamentais, Ana Carinhonha, do Ministério da Igualdade Racial, leu a declaração do pedido de desculpas: “Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira Gomes, neste momento em que o Estado brasileiro declara ser lamentável e inadmissível que qualquer pessoa, por conta da sua origem étnica, raça ou cor, deixe de seguir os seus sonhos, não tenha

a liberdade de escolher um ofício ou profissão e/ou seja cerceado de experienciar a plenitude da sua própria existência, é importante destacar que a coragem de vocês nos ajuda a avançar no aprimoramento do enfrentamento ao racismo e na promoção da igualdade racial”.

Vale referir, contudo, que o Brasil não reconheceu a violação ao direito à igualdade, mas tão somente à demora no processo judicial.

Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil

Entre 1988 e 1989, o Brasil recebeu inúmeras denúncias de trabalho escravo em fazendas do Pará. Na fazenda Brasil Verde, dois trabalhadores negros desapareceram e jamais foram encontrados. O grupo de trabalhadores era majoritariamente masculino, de 15 a 40 anos, negros e pardos, em condições financeiras precárias.

O caso deixa à mostra o racismo estrutural presente no Estado brasileiro, o qual foi condenado pela violação ao direito de não ser escravizado, o qual foi considerado *jus cogens* pela Corte IDH.

Foi a primeira condenação brasileira na Corte envolvendo trabalho escravo.

Direitos das pessoas migrantes e refugiadas

Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia

Este caso envolve a expulsão da Família Pacheco Tineo da Bolívia, em fevereiro de 2001, apenas 5 dias após chegarem ao país em busca de refúgio. A expulsão se deu por terem ingressado como migrantes irregulares, além de terem contra eles um mandado de prisão do Estado peruano.

O Sr. Rumaldo Pacheco e a Sra. Fredesvinda Tineo foram processados e detidos no Peru pela suposta prática de crimes de terrorismo no início de 1990. Após sua absolvição e libertação em outubro de 1995, os Srs. Pacheco Tineo entraram na Bolívia, junto com suas duas filhas e obtido pela Comissão Nacional de Refugiados (CONARE), o reconhecimento da condição de refugiado.

Em 25 de novembro de 2013, a Corte Interamericana julgou o caso condenando o país por ter violado uma série de direitos da Família Pacheco, dentre os quais podemos citar o direito de solicitar e receber asilo em caso de perseguição política; o direito à integridade psíquica e moral dos membros da família; por ter violado a obrigação de proteção especial às crianças; bem como o princípio de direito internacional da não devolução (princípio do *non refoulement*).

Direitos das pessoas idosas

Caso Poblete Vilches vs. Chile

Vinicius Antonio Poblete Vilches era um senhor idoso que buscou os serviços de saúde de um hospital no Chile por duas vezes. Na primeira vez, ganhou

alta, e quando retornou, após graves complicações de saúde, não obteve o adequado tratamento, vindo a falecer na sequência.

Após o processamento do caso, a Corte entendeu que o Estado chileno não garantiu ao Sr. Poblete Vilches o direito à saúde sem discriminação, por intermédio de serviços necessários e urgentes adequados à sua situação especial de vulnerabilidade, tendo em vista tratar-se de pessoa idosa.

Portanto, a Corte declarou que o Estado violou o direito à saúde, em conformidade com o art. 26 da CADH, em relação com o art. 1.1 também da Convenção.

Direitos das pessoas com deficiência

Guevara Díaz vs. Costa Rica

É um dos casos mais recentes do SIDH e refere-se à violação de direitos humanos do Sr. Guevara, que havia sido aprovado em um concurso público para trabalhar no Ministério da Fazenda da Costa Rica. Mesmo elogiado no exercício as suas funções como *trabajador misceláneo*, uma espécie de auxiliar de serviços gerais, e mesmo tendo sido aprovado em primeiro lugar no certame, foi posteriormente demitido e preterido no concurso por outro trabalhador. O motivo, segundo os peticionários, foi um informe do Ministério da Fazenda recomendando a não contratação da vítima “por seus problemas de retardo e bloqueio emocional.”

Em face dessa decisão, a vítima apresentou um recurso que foi posteriormente denegado. E, ao final, a Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça costa-riquenha declarou inadmissível o recurso sob o fundamento de que não lhe cabia realizar uma análise de legalidade, já que se tratava do exercício de poderes discricionários no caso.

Do ponto de vista hermenêutico, a decisão Guevara Díaz consolida a linha de precedentes que conferem status normativo ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos para a proteção dos chamados DESCAs (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais).

Houve um relevante aprofundamento e um fecundo diálogo intergeracional entre os juízes da Corte sobre a normatividade do art. 26 da CADH.

Por 4 a 2, a Corte formou maioria com os juízes Ricardo Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-gregor, Verónica Gómez e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, preservando a integridade da sua jurisdição ao reafirmar a possibilidade de exigir direitos sociais na linha do que a própria Corte IDH já vinha decidindo em outros casos emblemáticos.

3.2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE NO ÂMBITO NACIONAL BRASILEIRO

Nos espaços geopolíticos nacionais, a institucionalização da tutela da Diferença e da hipossuficiência pode ser encontrada nos âmbitos de funcionalidade dos distintos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), através das ações que lhes são próprias, ou seja, produção de legislações, execução de políticas públicas e produção de decisões judiciais.

No plano nacional, essa tutela legislativa da Diferença tem sido positivada, primeiramente, no espaço normativo constitucional³. Em vários lugares das Constituições contemporâneas tem sido posto dispositivos tutelares da Diferença, como, por exemplo, nos preâmbulos, nos princípios fundamentais, em regras programáticas que estimulam o Estado a implementar a proteção e o estímulo constitucional das manifestações culturais de grupos participantes do processo civilizatório nacional, expressas, por exemplo, pela: 1) garantia a todos do pleno exercício dos direitos culturais; 2) previsão de proteção das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; 3) imposição constitucional ao legislador comum para a fixação, mediante lei, de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais; 4) estabelecimento da obrigatoriedade de um Plano Nacional de Cultura, que vise ao desenvolvimento cultural, mediante a realização de ações do poder público que conduza, dentre outras coisas, à valorização cultural da diversidade étnica e regional; 5) A tutela aos portadores de deficiência; 6) A proteção das fases hipossuficientes da cadeia existencial: a criança, o adolescente e o idoso; 7) A proteção da identidade indígena.

Por outro lado, na seara do Poder Executivo, as políticas públicas são a mais significativa materialização da proteção da diferença. Dez exemplos que seguem são bastante expressivos dessa predisposição do Poder Executivo no Brasil, na execução de políticas públicas voltadas a parcelas específicas da população. A saber:

1) a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa; 2) a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis e Transexuais; 3) Política Nacional de Saúde Integral da População Negra; 4) Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas; 5) a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; 6) Plano Nacional de Direitos Humanos; 7) o Plano Nacional de Pessoas com Deficiência; 8) o Programa Nacional de Política para Mulheres; 9) Programa Nacional Brasil sem Homofobia; 10) o Programa Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

3 Ver a respeito nosso trabalho A institucionalização da diferença na América Latina. In: Morais, José Luiz Bolzan de; Copetti Neto, Alfredo. (Org.). **Estado e Constituição**. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, v. 1, p. 223-256.

Por fim, muitas decisões judiciais recentes têm corroborado esse novo momento de institucionalização da Diferença, revelando uma aclimação do Poder Judiciário ao projeto de sociedade, Estado e Direito constitucionalizado. Pelo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, tornou-se possível a proteção das minorias e hipossuficientes, pois esse tipo de tutela qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado democrático de Direito. Dessa forma, não resta dúvida de que incumbe ao Supremo Tribunal Federal (STF), principalmente, mas também aos demais tribunais, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na lei fundamental do Estado.

Decisões sobre questões indígenas, raciais, de gênero e comunidade LGBTQIA+, pessoas com deficiência, crianças e idosos, imigrantes, etc., têm sido cada vez mais frequentes nos Tribunais. É inegável que o tema da diversidade, em termos jurídicos, reclama um estatuto próprio de reconhecimento e proteção. Tais decisões revelam a importância das institucionalizações, pelo Poder Judiciário, de soluções para as demandas expressas por esses novos movimentos sociais e marcadas, em sua essência, por uma filosofia da alteridade. Apenas a ocorrência dos movimentos não teria garantido a estabilização das demandas de tais movimentos. Na parte final deste livro trataremos de algumas decisões paradigmáticas do STF que têm como mote central a questão do reconhecimento identitário e os estatutos de proteção das minorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Referências aos termos identidade e diferença proliferam em todos os lugares. Identidade cultural, nacional, religiosa, étnica, de gênero, profissional, organizacional, etc., sugerem uma ideia de valor positivo, uma qualidade que agrega particularidades e garante a unidade com base numa representação comum. Parece que não se pode acessar ao mundo sem recorrer a uma identidade, destaca Francesco Remotti (2010). Ela sugere ser, no contexto contemporâneo de inseguranças, uma ilha de proteção, uma promessa de certeza e de estabilidade.

Se os velhos arquétipos estamentários, que definiam com antecipação as condições de sociabilidade e o roteiro e a posição de vida de cada sujeito na estrutura social, ruíram com o advento da Modernidade, o que se percebe hoje (e parece ser um fenômeno radicalmente revelador do novo, do porvir) é a desconstrução das tradicionais formas de produção da identidade e o surgimento de

múltiplas frentes concorrendo entre si na formação de novos modelos de pertencimento. A Igualdade moderna foi substancializada pelo direito à diferença e a humanidade liberal (burguesa ou proletária) foi dissecada em múltiplas manifestações de humanidade presente no humano. O homem definitivamente já não é mais somente operário ou burguês, ainda que continue sendo isso também. Ganham extrema visibilidade e clamam por reconhecimento sua condição religiosa, sua escolha sexual, sua cor, seu gênero, sua origem étnica, etc. Enfim, o cenário social foi invadido por atores em desvelamento, por sujeitos que se revelam e falam abertamente de sua condição; continuam os mesmos, porém diferentes e postulando sua diferença. Com mais frequência as diversas identidades terão encontros súbitos e cada vez mais complexos. Ao menos é isso que as experiências das trocas globais de todos os tipos têm sugerido.

A Diferença não nega a Igualdade, mas a substancializa, lhe dá conteúdo. As novas narrativas jurídicas terão que aprender que novos códigos, novas normas, novas normalidades, farão parte da programação jurídica e enriquecerão suas representações discursivas. O tempo, o espaço e as racionalidades do direito foram inundados de novos saberes, novos estatutos e novas pautas de reconhecimento que fazem ecoar a ideia de diferença e diversidade. Da mesma forma que os riscos de um narcisismo das minorias deve ser evitado, a faceta homogeneizadora da maioria também. Esperamos, então, que o direito consiga fazer um bom diálogo entre a Igualdade e a Diferença capaz de afirmar e fortalecer a pluralidade da democracia em todas as suas modalidades de ação humana.

SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E METODOLÓGICA DE ALGUNS SUPOSTOS ATIVISMOS JUDICIAIS DO STF

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atuação do STF nos últimos anos tem suscitado uma série de críticas, por conta de um suposto ativismo judicial que, segundo seus censores, tem, por um lado, avançado nas atribuições e competências dos outros poderes e, por outro, distorcido, em alguma medida, o texto constitucional. Para tratar deste tema, que envolve Estado, Constituição, Direitos Humanos e Democracia, a partir das implicações da função jurisdicional na concretização dos conteúdos e valores expressos em uma ordem constitucional democrática e social (Estado Democrático de Direito), dentre as tantas questões que se apresentam, buscaremos analisar os limites e possibilidades de atuação jurisdicional constitucional voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, particularmente os de natureza não individual – sociais, econômicos e culturais -, e algumas possíveis consequências em relação à clássica separação dos poderes.

Não há, por certo, como esquivarmo-nos da análise de uma tentativa de implementação dos direitos humanos tendo como cenário o espectro das transformações contemporâneas das relações socioeconômicas nacionais e internacionais e seus corolários, sobretudo quando visamos instrumentalizar para isso as práticas jurídicas e os operadores do direito por elas responsáveis. É preciso ter presente que esse cenário de transformações e fragmentações é preocupante, mas, ao mesmo tempo, ele nos desafia a corrigir e a mudar nossos esquemas de conhecimento, nossas categorias conceituais, nossos sistemas até bem pouco tempo justificados e caracterizados como “puros”, como acima da realidade (transcendentes) e acima da contingência histórica. A história e a conscientização do ser humano a respeito de sua finitude o fizeram ter uma atitude mais humilde, diferente daquela que tiveram os Iluministas (ou *Aufklärung*, ou Esclarecimento). Estes, substituíram um paradigma de verdade baseado na fé em Deus por outro fundado na fé na Razão, e, desse modo, apresentaram o mundo como composto de objetos presentes à disposição da “vontade de poder” de um sujeito neutro e objetivo, colocado como fundamento último de todo e qualquer saber. Tal sujeito pode ser tomado como o sujeito isolado, autossuficiente, característica básica do idealismo cartesiano, elemento da filosofia da consciência, o que poderíamos chamar de “solipismo metodológico”.

Não é por acaso que, da segunda metade do século XX até agora, quase um quarto do século XXI, estamos nos deparando com tantas “crises”, com tantos debates teóricos a respeito do “fim” ou do esgotamento de diversos instrumentos e instituições, com tantos prefixos “pós” colocados antes de vários conceitos que estavam incluídos na herança da modernidade, o que nos coloca, certamente num período de transição⁴. Nele tudo parece questionável e nada parece seguro; estamos sem um “chão” que nos dê firmeza para prosseguirmos nossa caminhada; estamos ainda num período de “imperialismo subjetivo” no qual o que prevalece é o “vazio fundamental”, a impossibilidade de consenso, a (i) moralidade subjetiva impondo a fragmentação “definitiva” da moralidade objetiva. Neste sentido, pertinentes são as palavras de José Rodrigo Rodriguez (2002, p. 19), ao afirmar que:

Se não for possível pensar nada exterior à subjetividade, nada de objetivo capaz de constrangê-la, a única objetividade passível de ser pensada é a objetividade da própria escolha subjetiva. E uma escolha situada nestas condições de vazio fundamental pode ter qualquer conteúdo: será igualmente legítimo escolher o bem ou escolher o mal, isso não faz a menor diferença. Nesta ordem irônica de razões, a própria ideia de humanidade perde sentido, dissolvida em subjetividades autárquicas que não reconhecem nada que seja exterior a seus desejos. O estabelecimento histórico de uma situação como essa pode ser predicado como um estado de liberdade absoluta do sujeito (toda a realidade é só espiritual e o mundo é simplesmente a sua – da liberdade absoluta- vontade), completamente autônomo e, portanto, incapaz de compreender critérios exteriores a si mesmo⁵.

Esse debate não é novo, todavia, a ele pretendemos agregar alguns aprofundamentos que nos permitam interrogar com maior pertinência o tema das crises do Estado na contemporaneidade e suas interconexões com o constitucionalismo e com os direitos humanos (Bolzan de Moraes, 1996).

1. ESTADO E JURISDIÇÃO: HORIZONTE DE PROJEÇÃO DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O acontecimento histórico do constitucionalismo ocidental colocou a possibilidade de que os tribunais com atribuições jurisdicionais constitucionais venham a escrever e reescrever os textos dos Estatutos Fundamentais, cumprindo uma função

4 “A reflexão sobre o direito e a ciência jurídica, portanto, encontra-se em meio a um processo de transição mundialmente observável. As ciências se mistificam e os misticismos se cientificizam; a esfera pública se privatiza e a privada se publiciza; o direito é moralizado e a moral, juridicizada; o “dever-ser” é visto no plano do “ser” e o plano do “ser” observado a partir do “dever-ser” [racionalidade prática] ; as soberanias invadidas pelos mercados comuns e os mercados comuns capitaneados por determinados Estados soberanos; o masculino cada vez mais ressaltado em sua feminilidade e a feminilidade, cada vez mais masculinizada. Com efeito, as certezas e os limites espaço-temporais existenciais estão em crise” (Oliveira Jr. 1996 p. 1). Não é por acaso que estamos ouvindo tanto os termos de refundação epistemológica ou de ruptura epistemológica em diversas esferas das ciências.

5 Ver também Goyard-Fabre (1999), em que a autora cita Hegel: “Tal como no declínio da Grécia antiga, os desvios do Estado na época moderna provocaram a ruína da moralidade objetiva e, enquanto progride a interiorização da vida que conduz à moralidade subjetiva (“orgia da subjetividade”, diz Hegel), perde-se o senso da ordem pública e do bem comum”. Consultar, ainda: Freitag (1992) e Sanchez Vasquez (1996).

que originariamente constitui-se em tarefa do Poder Constituinte⁶. Por um lado, esta situação surge como altamente positiva, na medida em que o poder judiciário pode permanentemente adequar, histórica e contextualmente, os textos constitucionais que, em sua grande maioria, tendem a ser procedimentalmente rígidos. Este aspecto positivo realça-se ainda mais se tivermos em mente que essa possibilidade da jurisprudencialização da Constituição constitui-se em necessidade quando voltada à efetivação de direitos fundamentais.

Entretanto, esta mesma atividade jurisdicional constitucional pode, paradoxalmente, por outro lado, significar uma invasão pelo Judiciário das esferas de atribuições classicamente atreladas às funções executiva e legislativa, atingindo o princípio democrático de separação dos poderes, além de, pela alteração interpretativa de dispositivos constitucionais, macular o princípio de garantia, por uma possível subversão do significado de base do texto constitucional originário. Estas posições evidenciam um ponto de vista forjado dentro de uma perspectiva eminentemente liberal que, desde já adiantamos, não estão em consonância com os paradigmas de Estado, sociedade e indivíduo recortados de forma inédita pelo modelo normativo constitucionalizado sob a forma de Estado Democrático de Direito.

Em nosso entendimento, e é o que pretendemos demonstrar, a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição, quando feita com prudência e com proporcionalidade, dentro de uma perspectiva de cooperação entre os poderes públicos, e buscando, teleologicamente, cumprir o objetivo de efetivação dos direitos fundamentais, não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais.

Para tanto, temos que considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, primeiramente, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado Constitucional, não só da própria noção de democracia - trasladada para um *locus* legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial – mas, especialmente, em segundo lugar, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia, de duas outras situações:

De um lado, da noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um *plus* transformador, em que a

6 Tomamos aqui a ideia de Poder Constituinte como aquele que produz o texto constitucional, sem a distinção clássica e equivocada entre *poder constituinte originário* e *poder constituinte derivado*, na medida em que só àquele pode-se atribuir a tarefa de produzir a Constituição em seu texto original. Por outro lado, a interpretação constitucional adquiriu uma posição de destaque nas últimas décadas do século XX, fruto da terceira fase do constitucionalismo, perceptível no pós-guerra. Isso porque o preenchimento dos conteúdos de certos direitos constitucionais (geralmente de direitos fundamentais), assim como a extensão desses mesmos direitos estão “nas mãos” daqueles que compõem esse essencial órgão, o Tribunal Constitucional. Como diz Pedro de Vega, “Sucede, no obstante, que las dificultades y problemas para obtener el consenso en las sociedades pluralistas determinan que la voluntad constituyente se exprese por lo común en una legislación constitucional confusa, ambigua y polisémica. Con lo cual, a la hora de interpretar y custodiar el cumplimiento de esa voluntad por parte de los Tribunales Constitucionales, lo que realmente ocurre es que de guardianes del poder constituyente pasan a transformarse en sus sustitutos. [...] es un acto de auténtica creación constitucional”. Ver a respeito Vega (2000, p. 499).

concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do *status quo* assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia;

de outro, da distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado⁷ entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população, a qual está, de alguma maneira, expressa na função executiva peculiar ao espaço público, sem que se limite às tarefas próprias do Poder Executivo.

1.1. A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELA PROTEÇÃO DE GARANTIAS E O TENSIONAMENTO ENTRE OS PODERES PELA APARENTE CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A FUNÇÃO DE GARANTIA

Princípio democrático e função de garantia são dois pontos relevantíssimos de uma relação pendular e evolutiva no debate teórico que se trava há longa data sobre a legitimação e os limites das decisões dos poderes públicos, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais. Na história do constitucionalismo moderno, sobretudo nos países continentais europeus e nos não europeus que importaram seus modelos institucionais por força do processo de colonização, o ponto de partida é marcado pela fundação dos poderes públicos sobre a soberania popular. Este processo evolutivo foi marcado, sob outro aspecto, por uma contínua procura de limites sempre mais penetrantes e intransponíveis às ações destes poderes. As convenções internacionais, de um lado, com seu núcleo forte dos direitos individuais, que marcaram o início do moderno Estado constitucional e serviram de suporte à forma liberal do constitucionalismo, e a difusão do controle de constitucionalidade das leis, de outro, são a expressão mais clara e significativa do processo de potencialização das garantias fundamentais.

Na primeira fase liberal do constitucionalismo moderno, tanto o princípio democrático quanto as garantias fundamentais tiveram um objetivo final substancialmente comum que, particularmente no horizonte jurídico, foi o de assegurar que a produção normativa não ficasse reduzida a um instrumento subjugado a uma razão de Estado, mas se mantivesse respeitosa aos interesses sociais que, neste momento histórico determi-

7 Parece-nos que a ideia clássica, proposta por Montesquieu, aponta, muitas vezes, para uma fragmentação estatal, onde as diversas funções do Estado aparecem como compartimentos descompromissados com a construção conjunta do projeto de Estado alicerçado na Constituição. Não raro as funções de Estado parecem estar vinculadas a lógicas e compromissos distintos, sem que se percebam como operadoras do que Rousseau supunha ser a vontade geral. Talvez um bom exemplo desta fragmentação possa ser buscado na figura dos precatórios, onde se percebe claramente a descontinuidade e fragmentação da atuação dos diferentes poderes públicos, quando um deles – o jurisdicional - determina o pagamento de valores, o outro – o executivo – precisa cumprir a ordem e alocar recursos orçamentários para o futuro e, eventualmente, se utiliza do terceiro – o legislativo – para instrumentalizar formas que viabilizem o pagamento, sem que se tenha, muitas vezes, uma atuação conjunta dos mesmos diante do interesse em disputa.

nado, estavam restritos ao plano individual. Para tanto, o princípio democrático esteve voltado a este objetivo último e substancial através da concentração do poder normativo no órgão legislativo, tratando de estabelecer rigidamente os mecanismos de exercício deste poder, através de instrumentos próprios para a construção de uma democracia formal (a representação, o procedimento legislativo, os instrumentos da democracia direta, etc.), o que veio em satisfação de uma demanda surgida a partir de um dos princípios teórico-filosóficos fundamentais do liberalismo, qual seja, o princípio da confiança (*principle of fairness*), cuja expressão fundamental era a antecipação da regras do jogo e o estabelecimento de preceitos determinados para os seus processos de modificação.

Mesmo quando o princípio democrático teve uma função mais formal/procedimentalista, o sistema de garantias já acenava com alguns traços mais substanciais, enquanto buscava o estabelecimento de limites, basicamente negativos, e não já somente restritos ao procedimento de produção legislativa, mas ao próprio produto legislativo. O respeito a estes limites constitucionais não conseguiu desbordar a sua validade, entretanto, além de órgãos diversos do poder legislativo. Os grandes princípios do direito penal, por exemplo, refletem de modo particularmente evidente esta dupla dimensão liberal estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantias de outro. A jurisdição constitucional, neste contexto, teve uma função um tanto quanto negativa, contralegislativa, voltada principalmente a uma atividade de limpeza permanente do ordenamento jurídico contaminado por inconstitucionalidades⁸.

A jurisdição constitucional teve, assim, nos primórdios do constitucionalismo, funções e atribuições que em praticamente nada conflitavam com o princípio democrático, especialmente por duas razões: primeiro, porque sua função de contralegislador não invadiu historicamente a atuação dos demais poderes, nem alterou significativamente seus produtos; segundo, porque nos modelos constitucionais liberais a consistência do princípio democrático com viés liberal foi até mesmo complementada pelo sistema de garantias fundamentais, face à natureza e forma dos próprios direitos individuais e dos objetivos um tanto quanto formais e procedimentais do produto político que então se construía: a democracia liberal.

Não podemos falar neste momento conjuntural histórico-liberal de uma potencial e relevante tensão interna entre os órgãos titulares das diversas funções, quando

8 Além desta função, devemos lembrar com Vital Moreira que nos Estados Unidos, o berço da judicial review esta teve a finalidade de fazer prevalecer a Constituição contra os atos do poder em três domínios característicos, isolada ou conjuntamente: os direitos individuais, a separação dos poderes sobretudo o legislativo e o executivo, além da definição entre as fronteiras entre os poderes federais e os dos Estados-membros no caso das federações. Refere ainda o pesquisador português que a criação da jurisdição constitucional austríaca, através da Constituição de 1920, dirigia-se a resolução de conflitos de competência entre a federação e os estados-membros, visto que o acesso ao TC cabia apenas ao governo federal, quanto às normas do Lander, e aos governos regionais, quanto às normas da federação. Já na França, o sentido originário da criao do Conselho Constitucional foi o de manter o poder legislativo do parlamento dentro dos estreitos limites que estabeleceu a Constituio. Ver a respeito Moreira, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: Legitimidade e Legitimao da Justiça constitucional, pp. 177-199.

se punha em operação a jurisdição constitucional. Esse quadro de tensionamento de baixa densidade entre poderes foi decorrente também, por outro lado, de dois outros fatores:

- a) Da falta de uma teoria jurídica adequada, especialmente constitucional, que permitisse, com maior intensidade, a utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade pelos operadores jurídicos; e
- b) E, em consequência disto, da falta de uma maior introjeção no imaginário dos integrantes do Judiciário acerca de sua função de efetivos realizadores dos valores éticos normatizados constitucionalmente.

Os modelos constitucionais - mexicano de 1917 e alemão de 1919 - que inauguraram a segunda fase do constitucionalismo e do Estado moderno – como Estado Social -, geraram uma nova situação de tensionamento entre os poderes públicos, considerando-se que a partir dessa nova fase do Estado Constitucional, houve uma ampliação conceitual e operacional do princípio democrático e da função de garantia.

Desde a entrada em vigor destas duas Cartas, os textos constitucionais, além das tradicionais regulações, circunscritas à normatização do poder, das suas competências e relações recíprocas, além da definição nos Estados federais das relações entre federação e estados-membros e, principalmente, direitos e garantias individuais, também se ocuparam em integrar os princípios fundamentais da ordem econômica e social, traduzidos por uma regulação constitucional da intervenção estatal na economia. Com isso, o âmbito dos tradicionais direitos fundamentais do homem, de matriz marcadamente liberal-individualista, ampliou-se em direção a novas categorias de direitos políticos, de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais de caráter positivo, de direitos essencialmente coletivos. Posteriormente, a tais camadas de direitos próprias do Estado de Bem-Estar Social, foram agregados direitos transindividuais e difusos, como os direitos ao ambiente, ao patrimônio cultural, às relações de consumo reguladas e com uma última camada de direitos fundamentais materializadores da diferença em seus múltiplos aspectos cuja demanda principal é o reconhecimento de posições/condições identitárias. Tudo isto dá forma constitucional a uma estrutura normativa de direitos que caracterizam o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Quanto a isto, inteira razão assiste a Vital Moreira (1995, p.181), quando refere que

a própria densidade da regulação constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições, num movimento de progressiva *constitucionalização e juridificação do processo político*. Ora, com o alargamento do espaço constitucional restringe-se correspondentemente o âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e intensidade da sua vinculação constitucional cresce; a sua autonomia diminui correspondentemente.

Em razão dessa ampliação do rol de direitos fundamentais e, conseqüentemente, da complexidade institucional do Estado moderno imposta pelas demandas sociais para a satisfação destes distintos tipos de direitos, não estamos diante simplesmente de um Estado de Direito, mas, de acordo com Ferrajoli (1997), de um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado diferentemente do Estado liberal em dois planos:

- a) No *plano formal*, pelo princípio da legalidade, em razão do qual todo poder público passa a ser subordinado a leis gerais e abstratas que disciplinam sua forma de exercício e cuja observância se acha submetida ao controle de legitimidade por parte dos juízes;
- b) No *plano substancial*, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua constituição dos debates públicos correspondentes, é dizer, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfação aos direitos sociais, assim como os correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial.

A essas alterações nos textos constitucionais do século XX, consistentes na agregação de conteúdos que impõem obrigações positivas ao Estado, somam-se outras três, referentes ao equilíbrio institucional, que também são determinantes no que se refere a metamorfoses sofridas pelo princípio democrático.

Alterou-se não só o entendimento da lei, mas o próprio estatuto da maioria como sua fonte primordial. A concepção clássica da lei, como produto da “vontade geral” corporizada na representação parlamentar independente e do executivo subordinado à lei, foi substituída por um entendimento baseado na constatação de que a lei é um produto de vontades partidárias ou coligações majoritárias, em que o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o próprio conteúdo das leis (Canotilho, 1994).

Outra alteração significativa que atinge/modula frontalmente a concepção clássica do princípio democrático refere-se aos postulados clássicos da separação de poderes entre o legislativo e o executivo, os quais deixaram de ter uma correspondência na realidade. Segundo Vital Moreira, a separação hoje relevante é a que se estabelece entre maioria governamental e a oposição, e a questão constitucional mais importante deixou de ser apenas, ou sobretudo, a supremacia do legislativo sobre o executivo, mas sim as garantias da oposição face ao poder da maioria existente no governo e no parlamento, sem desconsiderar o papel atribuído à função jurisdicional do Estado na efetivação dos valores constitucionais (Moreira Vital, 1995).

Enfim, uma última constatação que devemos fazer em relação às alterações experimentadas pelo Estado, refere-se à superação da concepção clássica estatal, concebida monolítica e homogeneamente como materializadora institucional da esfera pública, sendo substituída por uma outra realidade, política e administrativamente descentralizada, regionalizada e marcada pelo surgimento de um sem número de organizações sociais de natureza econômica, profissional e promotoras dos interesses e valores públicos de minorias sociais, que tem a ver com a compreensão da perda de exclusividade da ação estatal em face dos demais *loci* de poder presentes na sociedade contemporânea.

Todas estas alterações sofridas pelo Estado e pela própria sociedade determinaram um novo patamar de limitação da autodeterminação dos Estados e um novo

condicionamento do princípio democrático nas sociedades e organizações sociais e estatais contemporâneas.

Surgem, dessa nova realidade, algumas situações bastante relevantes, tanto no plano jurídico quanto nos planos institucional e funcional. No primeiro, houve uma necessária (re) configuração da forma dos enunciados jurídicos, em função das necessidades reclamadas pela normatização dos diferentes tipos de direitos que transcenderam o âmbito individual e, no segundo, um redimensionamento do âmbito de exercício das funções do Estado.

A forma linguística exigida e utilizada para a positivação constitucional dos direitos de natureza coletiva diferenciou-se totalmente da utilizada para os direitos individuais. Enquanto para estes últimos o texto legal tinha uma forma bastante precisa, enxuta, taxativamente determinada, com termos fixados dentro de padrões que se ligavam a um rigor conceitual analítico, o que vinha em atendimento a toda uma pretensão de certeza que caracterizou o Estado liberal, até mesmo como forma de superação dos modelos anteriores – absolutistas e/ou medievais –, em todos os sentidos marcados pela incerteza, para os direitos coletivos a fórmula linguística encontrada foi a de textos mais genéricos que mais se aproximavam de princípios de programação política futura, com termos um tanto quanto abertos⁹, o que caracterizou o surgimento de um constitucionalismo principiológico.

No plano da concretização destes diferentes tipos de direitos, as consequências ficaram historicamente bem demarcadas. Enquanto à realização dos direitos individuais bastou uma abstenção do Estado e de todos os demais membros da sociedade em relação ao titular do direito cuja proteção era invocada, a realização dos direitos não individuais encontrou uma série de dificuldades a mais, seja pela necessidade de realização de prestações positivas pelos próprios poderes públicos que demandavam a inversão de verbas e prestações públicas para tanto, seja pela própria inexistência de instrumentos jurídicos que permitissem a sua concretização com a mesma eficácia que um *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por exemplo, permitem a realização dos direitos individuais.

Diante do quadro de baixa efetivação desses novos direitos, hoje ainda mais aprofundado, uma vez que o rol teve o acréscimo de novas gerações, todas elas cada vez mais distantes da individualidade, foi-se, paulatinamente, em decorrência principalmente da construção de uma nova teoria jurídica destinada a fornecer os instrumentos teóricos capazes de permitir a concretização dos direitos não individuais, exigindo uma reconfiguração da própria função clássica dos diversos poderes públicos,

9 Utilizando-se da linguagem de Luhmann, enquanto os direitos individuais representaram uma programação condicionada, os direitos sociais caracterizaram-se por serem programações finalísticas. Ver a respeito Luhmann (1995).

e, especialmente, dos atributos da função judicial constitucional, que em muito ultrapassa os limites funcionais judiciais liberais¹⁰.

Com essa necessidade de alteração das áreas de interseção da atuação dos poderes, alterou-se, e não poderia ser diferente, a intensidade e o grau de variabilidade do tensionamento entre os poderes, levando-se em consideração as características estruturais linguísticas de cada texto que faz a função de parâmetro de constitucionalidade, bem como o grau de satisfação social em relação ao conteúdo ético nele positivado.

Neste enfoque, poderíamos dizer que três são as variáveis que influenciam o grau de tensão entre democracia e garantia na utilização do parâmetro ou princípio constitucional de juízo. Em primeiro lugar, é claro que quanto mais o texto legal se apresenta rígido e definido em seus conteúdos, mais estreito resultará o vínculo para o legislador, e tanto mais certo e definido será o limite à intervenção da Corte constitucional com a finalidade de dar efetivação ao direito protegido. Neste plano estariam os direitos individuais que, pela natureza do texto legal que manifesta sua positivação, têm um pequeno potencial de geração de tensionamento entre os poderes. Ao contrário, quanto mais elástico e aberto for o conteúdo do texto constitucional, tanto mais numerosas e agudas serão as ocasiões de possíveis contendas entre legisladores e Corte constitucional.

Em segundo lugar, quanto mais a natureza do parâmetro de constitucionalidade consinta em impelir o controle para dentro do conteúdo substancial e específico da lei que de limitá-lo aos seus aspectos procedimentais ou extrínsecos e gerais, tanto mais intensa será a tensão que resulta entre a escolha legislativa e o controle de constitucionalidade.

Por fim, uma terceira variável nos é dada, não já em cima da característica intrínseca do parâmetro textual de constitucionalidade ou da situação político-legislativa na qual esse vem a encontrar-se, mas mais restrita a questões ligadas à práxis dos próprios poderes, ou seja: se os princípios constitucionais não encontram ressonância nas ações concretas dos poderes legislativo e executivo, aumenta significativamente o risco de uma tensão entre estes e o Judiciário, que em nosso País abriga, através do STF, a

10 O juiz do século XXI passa a integrar a política. Suas decisões não são meramente formais e técnicas. Elas ultrapassam essa fronteira e encontram seu lugar na definição de direitos dos cidadãos, tendo como base a utilização dos mecanismos processuais estabelecidos na Constituição, e como pressuposto a inércia tanto do Executivo em estabelecer políticas públicas, como também a do Legislativo, que não complementa o texto constitucional com as famigeradas leis infraconstitucionais complementares/regulamentadoras. O juiz tem agora uma função ativa na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, pois ele está vinculado ao conteúdo axiológico da Constituição, na qual está estampada um novo Constitucionalismo: comprometido com a ética e com a justiça. O juiz deve escolher entre valores e modelos de justiça, tem sempre em mente o princípio da proporcionalidade. No século XXI, o juiz é visto como um construtor de equilíbrio entre interesses supraindividuais. Apoiámo-nos, neste aspecto, nas palavras de Bonavides, para quem “Os juristas do Estado Social [e do Estado Democrático de Direito, seu complemento, como já vimos], quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o libertário na alma; querem a Constituição viva, aberta, real, às avessas, pois, dos juristas do Estado Liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a estrutura, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e, portanto, à legitimidade do ordenamento do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.” Ver a respeito Bonavides (1996, p.19).

função de controle e realização constitucional, e, portanto, disso surge um tensionamento exacerbado entre princípio democrático e garantia.

Particularmente em relação ao último aspecto levantado no parágrafo anterior, a questão fundamental que se coloca é a de ser ou não possível/tolerável/recomendável que um poder, especialmente o jurisdicional, invada a seara de atribuições dos outros para garantir a realização de direitos fundamentais, notadamente os de natureza não individual, quando estes não realizem as ações reclamadas para tanto.

Defrontamo-nos, mais uma vez, com o dilema de dar-se relevância ao princípio democrático ou à função de garantia, ou de reassentarmos os seus parâmetros descritivos e prescritivos, a fim de que possamos ter uma melhor definição acerca dos limites da atuação de cada poder para a realização do Estado Democrático de Direito, e em especial, do STF na sua atuação jurisprudencializadora da Constituição de 1988.

A questão central que aqui se coloca é a seguinte: a atuação do STF, como Corte constitucional, pode efetivamente avançar cooperativamente no âmbito de atribuições dos outros poderes, e, desta forma, realizar – sem fragmentar a unidade estatal –, mediante atividade judicial, ações que deveriam ser realizadas pelos demais, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais das mais diversas naturezas, ou, pelo contrário, deve restringir a sua atuação a uma função de mero contralegislador, própria à jurisdição constitucional liberal, devendo, assim, somente tratar dos expurgos do sistema jurídico dos textos infraconstitucionais que contrariem os princípios constitucionais?

A resposta a tal problema vivido pelos Estados constitucionais contemporâneos, especialmente aqueles em que os direitos não individuais ainda encontram um longo caminho a percorrer em direção a sua efetiva concretização – os chamados Estados de modernidade tardia, como diz Lenio Streck (2000) –, demanda, como já apontado nas notas introdutórias, uma rediscussão de toda teoria das crises do Estado, em particular aquela que diz com o projeto político do Iluminismo, o democrático.

Esse debate que se impõe, tendo como objetivo último o estabelecimento dos limites da atuação do STF na construção jurisprudencial de nossa Constituição, não pode estar assentado meramente em bases descritivas, mas, principalmente, a partir de critérios epistemológicos e normativos, ancorados no espírito do constitucionalismo, que levem em consideração as demandas democráticas específicas de nossa sociedade, o que poderá, conseqüentemente, determinar uma configuração um tanto quanto particularizada das áreas de interseção e *zonas de tolerância* dos poderes públicos, vistos como espaços de ação da unidade do Estado, no que tange à efetivação da Constituição.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIAS

A factibilidade de uma atuação jurisdicional constitucional com maior protagonismo, nos marcos de um Estado Democrático de Direito, expõe algu-

mas dificuldades de se determinar os limites legitimados de um “ativismo”, uma vez que há uma polissemia e uma multifuncionalidade institucional que orbitam o termo democracia.

2.1. A LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL NA VISÃO PROCEDIMENTALISTA-LIBERAL

Certamente o termo democracia encerra, no âmbito da ciência política e do direito constitucional, uma plurivocidade infinitamente maior do que qualquer outro. Tal amplitude conceitual emergiu de forma definitiva a partir do pós- Segunda Guerra, pois, até então, seja considerando-a como uma corrente discursiva teórico-política que remonta a Platão e Aristóteles, seja como um produto político da civilização ocidental, tinha desfrutado de uma identidade conceitual inabalável: a identidade liberal.

Com a evolução do Estado moderno em suas diferentes formas, os marcos políticos e institucionais do *welfare state* afetam a sólida posição da democracia liberal, que passa a ser atingida frontalmente por novos posicionamentos que determinaram um desvio conceitual sobre uma terminologia que usufruía de uma tranquilidade teórica. Ao longo dos séculos XIX e XX, não só a segurança do conceito liberal de democracia foi desfeita, mas a sua própria posição hegemônica no universo teórico mundial¹¹.

Não podemos mais dizer que possuímos uma corrente central no estabelecimento da identidade democrática, que na visão do cientista político italiano Giovanni Sartori (1999; 2000) vem a ser liberal/procedimentalista. Nem tampouco concordamos com o seu posicionamento consistente em que a causa da debilidade da corrente teórica central da democracia venha a ser a degradação do vocabulário político. Esta tentativa de restrição do universo conceitual do termo democracia, a partir de uma matriz epistemológica

11 A democracia liberal, que combina a democracia representativa com princípios liberais para proteger direitos e liberdades individuais, tem sido objeto de críticas de várias perspectivas ao longo da história. Sucintamente, as principais correntes críticas à democracia liberal podem ser assim sistematizadas:

1. Marxistas. Marx argumentou que a democracia liberal, em sociedades capitalistas, serve aos interesses da classe dominante (burguesia) e perpetua a desigualdade econômica. Ele acreditava que o Estado, sob a democracia liberal, é um instrumento da burguesia para manter o proletariado (classe trabalhadora) subjugado.
2. Populistas. Populistas de várias persuasões frequentemente veem as elites políticas e econômicas como estando desvinculadas das preocupações das pessoas comuns, argumentando que a democracia liberal frequentemente favorece os interesses estabelecidos em detrimento do “povo”.
3. Comunitaristas. Comunitaristas como Michael Sandel e Charles Taylor argumentam que a democracia liberal, com sua ênfase nos direitos individuais, pode minar a coesão social e os valores comunitários.
4. Totalitárias. Líderes e ideólogos de regimes totalitários (fascistas, nazistas, comunistas estalinistas) criticaram a democracia liberal por considerá-la fraca, indecisa ou corrupta. Eles frequentemente favoreciam um estado mais autoritário e centralizado.
5. Pós-Coloniais. Alguns argumentam que a democracia liberal é um produto das tradições ocidentais e pode não ser aplicável ou desejável em todas as culturas ou sociedades. Eles também criticam o papel do Ocidente em impor seus valores e sistemas a outras nações.
6. Pós-estruturalistas e Pós-modernistas. Pensadores como Michel Foucault e Jacques Derrida questionam as noções fundamentais de verdade, razão e liberdade nas quais a democracia liberal se baseia. Eles argumentam que o poder e o conhecimento estão intrinsecamente ligados e que a democracia liberal pode ser uma forma de controle disfarçado.

É importante notar que essas críticas vêm de uma variedade de perspectivas e muitas vezes são direcionadas a diferentes aspectos ou interpretações da democracia liberal. Além disso, a democracia liberal tem muitos defensores e tem mostrado resiliência e adaptabilidade em face de desafios ao longo do tempo.

analítica, encerra por si só uma postura não democrática e até mesmo contraditória. O mesmo Sartori (2000, p.31) entende que:

Un elemento ideal o normativo es ciertamente constitutivo de la democracia: sin tensión ideal una democracia no nace y, una vez nacida, rápidamente se distiende. Más que cualquier otro régimen político, la democracia va contracorriente, contra las leyes de la inercia que gobiernan a los agregados humanos. Las monocracias, las autocracias, las dictaduras son fáciles, se derrumban por sí solas; las democracias son difíciles, deben ser promovidas y “creídas”.

Ora, se esta afirmação é válida no plano pragmático, também deve ser, no mínimo, aceitável no plano teórico. Uma prática científica democrática exige uma convivência com a possibilidade de ruptura das correntes teóricas centrais e majoritárias, sob pena de termos que negar com veemência a própria afirmação do mesmo Sartori (2000, p.27) de que *“la democracia está especialmente abierta, y depende de la tensión entre hechos y valores, pois, como ele mesmo diz, puede afirmarse, por tanto, que sólo la democracia debe su misma existencia a sus valores. Y ésta es la razón por la que precisamos del término democracia”*.

O que Sartori identifica como degradação do vocabulário político, preferimos entender como um natural processo de reconstrução da terminologia política na redefinição de democracia, em função das exigências teórico-pragmáticas que a complexidade do mundo contemporâneo impôs à Ciência Política, exatamente como corolário das mudanças tecnológicas, sociais, políticas e jurídicas. É um quadro de tensionamento científico que por esta própria natureza é também altamente democrático.

A agregação de conteúdos materiais às conquistas majoritariamente formais de natureza liberal, fenômeno próprio do Estado de Bem-Estar Social, modificou não só o paradigma de direito positivo, mas também a própria concepção de democracia teve de ser reformulada diante de uma série de novas demandas que não mais podiam ser satisfeitas somente com a execução do projeto democrático liberal.

A necessidade e urgência de concretização da parcela social, cultural e identitária do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõe repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa¹², e reclama que

12 Há aproximadamente dois séculos e meio a democracia, ou pelo menos o termo democracia tem aparecido como um denominador comum de todos os regimes que se desenvolveram nos países econômica e politicamente mais avançados. Fala-se, muitas vezes inadvertidamente, de liberalismo ou de socialismo democrático, o que implica seriamente em concepções totalmente distintas. Num primeiro momento, podemos entender democracia, adotando as palavras de Bobbio, como um método ou um conjunto de regras de procedimentos para a constituição de um Governo e para a formação das decisões políticas mais do que uma ideologia. Para este autor, na teoria política contemporânea, as definições de democracia tendem a resolver-se e esgotar-se num elenco mais ou menos amplo de regras do jogo, ou, com outra expressão, em “procedimentos universais” destinados ao estabelecimento de como se deve chegar à decisão política, deixando de lado o que se deve ou não decidir. Dentro desta concepção teríamos, segundo o senador peninsular, um conceito formal de democracia no qual as principais regras do jogo seriam:

- a) A existência de um órgão máximo legislativo eleito direta ou indiretamente pelo povo;
- b) A necessidade de coexistência junto ao órgão legislativo de outras instituições com dirigentes eleitos;
- c) O corpo de eleitores formados por todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade;
- d) O voto igual (one man, one vote);

todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização, dentro da unidade do Estado e da constante interlocução deste com a sociedade. Algumas parcelas do ordenamento e da estrutura institucional devem contribuir mais do que outras. E neste sentido, o Poder Judiciário, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.

A tradicional teoria liberal da democracia considera-a, sem dúvida alguma, em função dos efeitos substanciais que potencialmente podem surgir a partir do estabelecimento e cumprimento das regras formais do jogo, como o melhor e mais seguro caminho para a justiça concreta, sendo, assim, ela a forma exata de organização do estado de justiça, não havendo, neste quadro, possíveis tensões entre democracia e justiça.

Partindo-se dessa nota conceitual sobre democracia formal, e jamais desprezando o processo histórico por ela caracterizado, não é possível crer-se que o simples respeito aos procedimentos formais democráticos possa garantir que uma decisão política venha a satisfazer a realização de uma pretensão de justiça voltada para a concretização dos direitos humanos. Neste aspecto, razão parece ter Höffe (1991, p. 370) quando diz que:

Os procedimentos democráticos de decisão são determinados por regras de maioria, mas decisões de maioria são, quando muito, vantajosas, para a maioria e, de modo algum, para todos. Mas a maioria pode impor seus interesses à minoria, de modo que a democracia pode se tornar uma variante do “direito do mais forte”¹³.

É exatamente dentro de uma perspectiva formal/procedimentalista que a maior parte das construções teóricas analisam a legitimidade da atuação e dos produtos dos tribunais constitucionais. Para os procedimentalistas, a correta análise da natureza da função desempenhada por esta espécie de tribunais, e, por consequência os limites de sua atuação, envolvem em grande parte uma abordagem acerca da estrutura institucional, a forma de designação de seus membros, a composição da corte, as garantias de seus membros, o método seguido para alcançar a decisão em matéria de jurisdição constitucional, além de outros aspectos menos relevantes que direcionam a justificação da atuação e dos próprios produtos dentro de parâmetros eminentemente tecnocráticos (Tavares, 1998).

Nesta perspectiva procedimentalista, entende Habermas que a Constituição já não pode entender-se como uma ordem-marco que primariamente regule a relação

e) O voto livre, segundo a opinião a ser formada o mais livremente possível;

f) O oferecimento de alternativas de escolha para o eleitor;

g) O princípio da maioria numérica;

h) A imposição de que as decisões tomadas pela maioria não devem limitar os direitos da minoria, especialmente de se tornar maioria;

i) A necessidade de o órgão do governo gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

13 É necessário destacar que inobstante tenhamos observado nos últimos dois séculos uma significativa evolução no conceito e na realização da democracia formal, não raras vezes observamos a ocorrência de uma das mais acreditadas regularidades ou uniformidades captadas pela ciência política, transformada até mesmo em dogma científico por Roberto Michels: a lei férrea da oligarquia, segundo a qual em cada regime, seja qual for sua “fórmula política”, é sempre uma minoria organizada ou um número muito restrito de minorias, em luta entre elas, que governam um país. A respeito ver Bobbio (1994).

do Estado com os cidadãos. Para ele, a Constituição, em condições de pluralismo social e cultural, tampouco pode entender-se como uma ordem jurídica global de tipo concreto que impusesse *a priori* à sociedade uma determinada forma de vida. Dentro dessa visão democrática procedimentalista, o pensador alemão manifesta-se no sentido de que a Constituição, antes de qualquer coisa, fixa os procedimentos políticos conforme aos quais os cidadãos, exercitando seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente e com perspectivas de êxito o projeto de estabelecer formas justas de vida. Neste sentido, somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito estabelecido

Partindo desta compreensão democrática deliberativa de fundo, Habermas (1998) dá às competências do tribunal constitucional um sentido que responda à intenção que no Estado de Direito atenda à divisão dos poderes: o tribunal constitucional haveria de proteger precisamente esse sistema dos direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Também John Hart Ely situa-se numa posição formal/ procedimentalista em relação ao papel dos tribunais constitucionais. Busca ele descarregar a atividade judicial da orientação por princípios de procedência moral ou ética, dentro de uma leitura bastante cética da atividade dos tribunais. Segundo sua concepção, não são regulações materiais, mas regulações formais, como a *equal protection* ou o *due process of law*, as que constituem a substância da Constituição. Se as cortes constitucionais têm a função de vigiar a observância da Constituição, antes de tudo hão de prestar a atenção às normas de procedimento e organização. Para J. H. Ely (1980), os tribunais constitucionais só podem conservar sua imparcialidade se resistem à tentação de cobrir seu âmbito de interpretação com juízos valorativos de tipo moral. O seu ceticismo, nas palavras de Habermas, se endereça da mesma forma contra uma “jurisprudência dos valores” e contra uma interpretação orientada por princípios no sentido da interpretação construtiva de Dworkin.

Entendemos que estas análises procedimentalistas, dentre outras, estão profundamente caracterizadas e influenciadas por uma visão eminentemente liberal da função da Constituição e da divisão dos poderes, não sendo demasiado afirmar que estabelecem uma estreita relação de compatibilidade entre os princípios do Estado de Direito somente com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais como liberdades subjetivas de ação imediatamente válidas e oponíveis contra o Estado. Ao negarem às Constituições um valor normativo específico, particularmente com relação às regras de natureza não individual, buscam inviabilizar a realização de um estado de justiça política, pela utilização de mecanismos e concepções de Constituição inteiramente liberal-individualistas.

Seria ingenuidade de nossa parte imaginarmos que uma atuação passiva do STF, dentro dos limites clássicos de divisão dos poderes, e restrita a garantir a observância dos direitos fundamentais de matriz liberal-individualista, poderia proporcionar as

condições procedimentais e materiais para a concretização de uma sociedade democrática tanto sob o aspecto da participação política e da garantia das “liberdades para”, quanto sob o enfoque socioeconômico, cultural e identitário. A história brasileira, neste sentido, tem nos mostrado exatamente o contrário. A repartição de competências dos poderes públicos em nosso estrutural institucional estatal, a partir da clássica divisão de poderes, tem dificultado a realização de uma série de direitos fundamentais, especialmente de natureza não individual, que ao longo de nossa história foram constitucionalizados. E isso deu-se exatamente em função de que as atuações políticas do executivo e do legislativo não tiveram a necessária vinculação aos modelos constitucionais, nem, por outro lado, puderam ser limitadas ou direcionadas pela atuação do Poder Judiciário.

Essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda nossa história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros da nossa Corte máxima. Os resultados políticos daí decorrentes são previsíveis, e não são raras as ocasiões em que o STF tem até mesmo apoiado as políticas executivas em detrimento da realização da Constituição. Vejam-se, por exemplo, os posicionamentos dos ministros do STF nomeados pelo ex-presidente Jair Bolsonaro – Kassio Nunes Marques e André Mendonça –, os quais parecem seguir fielmente os posicionamentos ideológicos conservadores do mandatário que os nomeou.

Disso decorre a necessidade de rediscutirmos a atuação dos poderes públicos tendo como referencial fundamental o projeto de Estado Democrático de Direito positivado constitucionalmente que, nas palavras de Streck (2000), “*representa a vontade constitucional de realização do Estado Social*”.

2.2. DEMOCRACIA SUBSTANCIAL, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE PODERES

Às posturas procedimentalistas opõem-se os que partilham uma visão substancialista de democracia, de Constituição e, como consequência última, da própria atuação e limites das cortes constitucionais. Este debate polarizado entre forma e substância, entre democracia liberal e democracia social, entre Constituição concebida como conjunto de disposições normativas procedimentais da gênese democrática e Constituição como ordem concreta de valores deve, partindo de tipos ideais, buscar contextualizadamente qual o melhor modelo político de exercício de poder para a realização das promessas sociais constitucionalizadas.

Até mesmo Rousseau (S.D, p. 74), um dos teóricos clássicos da democracia liberal, reclama, “como uma de suas condições suplementares a existência de *bastante igualdade nas classes e nas riquezas, sem o que a igualdade não poderia subsistir muito tempo nos direitos e na autoridade*”.

Repensar a concepção de democracia importa na revisão dos modelos de sociedade, de Estado e de instituições desejadas, além das próprias relações e áreas de interseção entre os poderes públicos.

A sociedade brasileira, inobstante não ter jamais observado, e ainda não observando de forma plena, todas as regras do jogo democrático formal, estabeleceu, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um pacto dirigido a um novo modelo de sociedade, fundado no paradigma do Estado Democrático de Direito, pelo qual se delimitou claramente as abstenções dos poderes públicos frente às garantias individuais liberais dos cidadãos, bem como as obrigações de fazer do Estado a fim de satisfazer os direitos não individuais de sua população.

A partir desse momento histórico, com a necessidade de refazermos a noção de democracia no imaginário social de nosso povo e de nossos governantes, também surgiu a demanda teórica de reconstruirmos o universo conceitual e pragmático da função de garantia. O deslocamento conceitual da concepção de democracia do plano formal para o plano substancial, levou consigo também a noção de garantia, pela qual a concretização de certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, especialmente o igualitarismo, não só jurídico, mas também social e econômico, passou a ter relevância sobre a noção de garantia negativa, consistente nas proibições de intervenções arbitrárias do Estado.

Importante salientar neste ponto que ambas as noções de democracia e garantia – formal e substancial - não são excludentes umas das outras, mas, pelo contrário, complementares, ressaltando-se apenas que, em nosso atual contexto social e institucional, o aspecto material situa-se num lugar de destaque, especialmente em função das desigualdades sociais presentes em nosso país, uma vez que incorpora, no plano axiológico, valores cuja realização por ora afigura-se como mais urgente.

Recorrendo-se a Ferrajoli (1997), veremos que em um sentido não formal e político, mas substancial e social de democracia, esta se equipara ao Estado de Direito, refletindo não só a vontade da maioria, mas, muito além disto, os interesses e as necessidades vitais de todos. Para o garantista italiano, as garantias, tanto liberais quanto sociais, expressam, com efeito, os direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado, os interesses dos fracos em relação aos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou discrepantes em relação às majorias integradas, as razões de *los de abajo respecto a los de arriba*. Neste sentido, para ele, não existe diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: também os direitos sociais como cada vez se faz mais evidente nos países ricos, em que a pobreza tende a converter-se em uma condição minoritária, são direitos individuais virtualmente contrários à vontade e aos interesses da maioria.

A partir disso, propõe Ferrajoli uma redefinição do conceito de democracia, chamando de democracia *substancial* ou *social* ao “Estado de Direito” dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, e democracia *formal* ou *política* ao “Estado po-

lítico representativo”, é dizer, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Arrola, neste passo, duas categorias de normas: a) as *substanciais*, em relação às *formais* de democracia política, são as normas consideradas secundárias que enunciam tais condições, as quais, de maneira diferente das normas sobre o “*que*” e sobre o “*como*” se deve decidir, que se referem às fontes e às formas de produção das normas primárias, fazem referência ao “*que*” se deve ou não decidir; b) e *sociais*, em relação às políticas em matéria de representação, podem ser consideradas suas funções: enquanto o Estado representativo supõe que a soberania resida no povo e, por conseguinte, seu exercício seja legítimo enquanto represente a vontade da maioria, o Estado de Direito requer que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos dirigidos à satisfação dos interesses primários de todos e sejam, portanto, legítimas enquanto tutelem e realizem concretamente tais interesses.

Como consectário dessas exigências da democracia substancial, o princípio da democracia política, relativo ao *quem* decide, encontra-se subordinado aos princípios da democracia social relativos ao *que não é lícito decidir e ao que é lícito deixar de decidir*.

Para Ferrajoli (1997), a expansão democrática a partir de sua concepção substancial pode acontecer não só mediante a multiplicação das sedes não políticas nas quais resulta formalmente democratizado o *quem* e o *como* das decisões, mas sobretudo mediante a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos, burocráticos, públicos e privados – e pela elaboração de novas técnicas garantistas aptas para assegurar uma maior efetividade.

Neste projeto de democracia social deve ser observada uma expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, o que em outros termos importa uma maximização das liberdades e expectativas e uma minimização dos poderes.

A partir daqui começa a se desenhar uma proposta de um Estado liberal mínimo e de um Estado social máximo, o que implica um Estado e um Direito mínimo na esfera penal e, por outro lado, um Estado e um Direito máximo na esfera social. Com essa fórmula, que não cremos nem pretendemos seja mágica, achamos possível resgatar grande parte das pretensões de um Estado Democrático de Direito, que temos pactuado em nossa Constituição, especialmente no campo social.

Nesta concepção, a democracia passa não mais a ser uma série de meios e procedimentos visando atender, no que se refere aos processos decisórios, ao princípio da maioria, mas, noutro sentido, um conjunto de fins, com função de proteção das minorias, garantindo a igualdade em direitos em relação àqueles que não possuem as mesmas convicções econômicas, sociais, políticas, religiosas e formação linguístico-cultural da maioria.

Para isso, adiante da consolidação e institucionalização dos direitos humanos, devem os princípios e normas constitucionais de natureza social, cultural e identitária

ser considerados como parte do direito positivo de um Estado. Deve ser ultrapassada a sua consideração dentro de um plano ideal, como solenes declarações de intenção, programas de governo, de esperanças, postulados genéricos inatingíveis ou irrealizáveis. Muito mais do que isso, são eles princípios de legalidade, componentes de um pacto social traduzido em uma Constituição, e para a sua realização não basta a observância do princípio da maioria nos processos decisórios. Exige a concretização dos direitos humanos e o cumprimento da Constituição não só pelos cidadãos componentes da população de um Estado, mas, principalmente, pelos próprios poderes públicos que têm uma função de proteção. Com isso, realizam-se no plano concreto as pretensões dos destinatários dos direitos fundamentais positivados no que se refere ao seu significado de proteção, seja em relação aos outros cidadãos, seja contra as instâncias de poder público ou privado.

E nesse sentido, utilizando as palavras de Höffe (1991), é pela estruturação jurídica do Estado constitucional democrático, com tribunais independentes, que se torna possível o cumprimento das vinculações do poder estatal e a monitoração dos poderes individuais. É por este caminho, desde uma eliminação do monopólio e da ilimitação do poder, por uma múltipla articulação da rede de poderes públicos, com um sistema de controle recíproco entre eles, que se apresenta como possível a efetiva realização dos direitos fundamentais. A estas palavras de Höffe, especialmente no que se refere à necessidade de um controle recíproco dos poderes, agregamos a necessidade não só de controle recíproco, mas principalmente a ideia de uma cooperação recíproca.

O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se tornem concretas juridicamente nos contornos do Estado de Direito.

O princípio legitimador deste modelo de Estado, ainda que muito abstrato e genérico, tendo pela frente a compatibilização das funções de bloqueio e de legitimação das aspirações sociais, deve ser baseado na possibilidade de impedimento de que as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação.

Por outro lado, também não podemos esquecer que não mais se admite levar à interpretação da Constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação liberal-individualista ou aos métodos que tinham como função central legitimar o campo ideológico das escolas jurídicas como bem alertava Warat (1994). A Constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob pena de fazermos o inverso, impedindo a realização do Estado Social.

Somente a positivação constitucional de um novo projeto social e estatal, como ocorrida em 1988, seria suficiente para que fosse exigida uma rediscussão dos papéis destinados a todos os poderes públicos, visando a uma otimização das técnicas políticas e jurídicas destinadas à concretização do novo paradigma estabelecido. No Brasil, além desta realidade hipotético-normativa existente, um outro dado torna ainda mais urgente esta

tarefa: o fato consistente na não realização daquilo que foi pactuado constitucionalmente em termos sociais. Subscrevendo tais afirmações, Streck (2000, p. 39-40) professa que:

O conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países com o Brasil, cujo processo constituinte assumiu uma postura que Cittadino denomina “comunitarista”, onde os constitucionalistas (Comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição.

Neste contexto de tensionamento entre a realidade e o ideal democrático pretendido constitucionalmente, entre o “ser” e o “dever ser” da democracia em nosso país, não há mais qualquer dúvida de que o legado deixado pelo liberalismo, através de seus instrumentos e técnicas institucionais e legais não mais possuem a potencialidade, se é que em algum momento do Estado social tiveram, de realizar o projeto democrático de cunho não mais eminentemente liberal-individualista, mas também e principalmente social e solidário. Este quadro coloca em questão, como observa com acuidade Paulo Bonavides (1993), a própria validade da democracia representativa clássica e tradicional, ao modelo vigente na América latina, de natureza presidencialista. É a constatação, nas palavras do mestre cearense, da perempção da velha democracia que, sem os meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, do bem-estar, da justiça e da prosperidade social, encontra-se desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular.

Impelidos pela situação socioeconômica pela qual passamos, e tendo em mira o atual quadro institucional de nosso país, não temos qualquer motivo para temer uma ampliação das atribuições e competências do STF, até mesmo como poder (re) construtor e concretizador da Constituição. Qualquer receio de uma possível ditadura judicial, tal como preconizava Maquiavel quando o príncipe falhasse, e tal como vem alardeando a direita ultraconservadora no Brasil, não parece ter o menor fundamento.

Já é passada a hora de rediscutirmos a independência e a harmonia dos poderes públicos, especialmente em função de uma série de mecanismos legais que têm desequilibrado as relações entre eles. Por um lado, a balança pesa em favor do Poder Executivo, quando medidas provisórias são utilizadas totalmente fora de casos de relevância e urgência, conforme prevê o art. 62 da CF/88, em situações que deveriam ser legisladas por via de processos legislativos ordinários. Este expediente tem sido larga e excessivamente utilizado por todos os ocupantes do Poder Executivo, independentemente das diferenças ideológicas¹⁴.

14 No governo Fernando Henrique, após a edição da Emenda Constitucional n. 32, foram editadas em média 50,5 MPs por ano, com uma taxa de conversão em lei de 82,4%. No primeiro governo Lula, a média foi de 60 MPs por ano, sendo 90% convertidas em lei. No segundo governo Lula, 45 MPs por ano, 83% convertidas. No primeiro governo Dilma, a média foi de 36 MPs por ano, com 74,5% delas convertidas em lei. Entre 2015 e 2018, nos governos Dilma e depois Temer, a média

Também há de ser considerado como mecanismo de fortalecimento do Poder Executivo em relação aos outros poderes e, portanto, de desequilíbrio na harmonia entre os poderes, a liberação das emendas parlamentares realizadas no PLOA (Projeto de Lei Orçamentária Anual). Para entendermos o que são as emendas parlamentares e o peso e importância deste mecanismo orçamentário na relação entre os poderes, precisamos ter em mente que o ciclo orçamentário é composto por quatro grandes fases: 1) elaboração da proposta pelo Poder Executivo; 2) apreciação legislativa pelo Congresso Nacional; 3) execução pelo Poder Executivo e 4) controle e avaliação pelo Congresso Nacional, com apoio do Tribunal de Contas da União (TCU).

Nesse contexto, a emenda parlamentar¹⁵ é um instrumento que o Congresso Nacional pode utilizar na fase de apreciação legislativa para influir no processo de elaboração do orçamento anual. Tais emendas podem acrescentar, suprimir ou modificar determinados itens (rubricas) do projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo. Ou seja, por meio das emendas parlamentares os deputados e senadores podem opinar ou influir na alocação de recursos públicos em função de compromissos políticos que assumiram durante seu mandato, tanto junto aos Estados e Municípios quanto a instituições.

Mas o que é, sem dúvida, mais importante destacar aqui é que o Poder Executivo não é obrigado a dar cumprimento a todas as emendas parlamentares. As únicas emendas que devem ter execução orçamentária e financeira obrigatórias são as emendas individuais, limitadas a 1,2% da Receita Corrente Líquida¹⁶ (RCL), e as emendas de bancada, limitadas a 1% da RCL. As restantes podem ser utilizadas como moeda de troca no jogo político entre o Executivo e o Legislativo, situação bastante comum nos últimos tempos, em que o

foi de 51 medidas provisórias por ano, e 63% se transformaram em lei. Por fim, no governo Bolsonaro, houve a maior utilização de MPs após a criação desta espécie legislativa pela CF/88. Em média, foram 70 MPs por ano, com um percentual de conversão em lei de 47,1%. Dados conforme a Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-anteriores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>. Acesso em 10 ago. 2023.

- 15 Os tipos de emenda parlamentar são:
- Individuais: propostas por cada parlamentar
 - De bancada: de autoria das bancadas estaduais no Congresso Nacional relativa a matérias de interesse de cada Estado ou do Distrito Federal;
 - De comissão: apresentadas pelas comissões técnicas da Câmara e do Senado, bem como as propostas pelas Mesas Diretores das duas Casas;
 - Do relator: de autoria do deputado ou senador que, naquele determinado ano, foi escolhido para produzir o parecer final (relatório geral) sobre o Orçamento. Há ainda as emendas dos relatores setoriais, destacados para dar parecer sobre assuntos específicos divididos em dez áreas temáticas do orçamento.
- 16 Por Receita Corrente Líquida entende-se o indicador financeiro calculado a partir da receita corrente total do ente federado, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal e as contribuições mencionadas na alínea "a" do inciso I e no inciso II do art. 195 (contribuição social patronal, do trabalhador e dos demais segurados da previdência social) e no art. 239 (PIS/PASEP) da Constituição Federal; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

Executivo tem obtido maiorias mediante um sistema que hoje é chamado de presidencialismo de coalizão orçamentária.

A utilização não republicana das emendas parlamentares chegou ao seu ápice com as chamadas emendas do relator ou popularmente denominadas de orçamento secreto (implementadas durante o governo de Bolsonaro). Com este tipo de expediente estabeleceu-se um esquema de barganha política por meio do qual o Executivo favorecia os integrantes de sua base parlamentar mediante a liberação de emendas orçamentárias em troca de apoio legislativo no Congresso Nacional, valendo-se do instrumento das emendas do relator para ocultar a identidade dos parlamentares envolvidos e a quantia (cota ou quinhão) que lhe cabia na partilha informal do orçamento. Nesta tentativa de institucionalização espúria havia um paradoxo que tocava a relação entre o Executivo e o Legislativo, pois ao mesmo tempo em que permitia ao Executivo estabelecer uma predominância sobre o Congresso Nacional para a obtenção de maiorias mediante a liberação de emendas sem identificação, o que facilitava até mesmo a cooptação de parlamentares de oposição, também deu ao Legislativo um poder de negociação maior com o Executivo, podendo levar até mesmo, mediante uma destinação expressiva de valores concentrada no relator, a uma redução da possibilidade do Executivo de definir áreas e ações prioritárias. A possibilidade de que o relator alterasse o orçamento enviado pelo presidente da República, sem limites materiais ou percentuais, poderia esvaziar imensamente o poder do chefe do Executivo na composição da governabilidade, no modelo de presidencialismo de coalizão praticado no Brasil.

O STF rechaçou este mecanismo orçamentário ao julgar as ADPFs 850 e 851 integralmente conhecidas e as ADPFs 854 e 1014 conhecidas em parte. Em suma, manifestou-se o STF no sentido de que:

A partilha secreta do orçamento público operada por meio das emendas do relator configura prática institucional inadmissível diante de uma ordem constitucional fundada no primado do ideal republicano, no predomínio dos valores democráticos e no reconhecimento da soberania popular (CF, art. 1º); inaceitável em face dos postulados constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (CF, art. 37, caput); inconciliável com o planejamento orçamentário (CF, art. 166) e com a responsabilidade na gestão fiscal (LC nº 101/2000; além de incompatível com o direito fundamental a informação (CF, art. 5º, XXXIII) e com as diretrizes que informam os princípios da máxima divulgação, da transparência ativa, da acessibilidade das informações, do fomento à cultura da transparência e do controle social (CF, art. 5º, XXXIII, “a” e “b”, 37, caput e § 3º, II, 165-A e Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I a V) (BRASIL, 2022).

Com tal posicionamento do STF, pouco ou nada mudou na relação entre Executivo e Legislativo, pois continua o jogo de barganhas políticas através das emendas parlamentares não secretas, apenas que com uma consciência maior do Parlamento do seu poder de negociação com o Executivo.

Por fim, o Executivo tem uma certa interferência em relação ao Judiciário na medida em que a Constituição estabelece que ao Presidente da República compete a indicação dos membros de grande parte dos tribunais do país, especialmente dos tribunais superiores, cuja situação mais importante tem sido a da indicação dos Ministros do STF.

Já em relação ao posicionamento do Poder Judiciário nessa relação de forças com os outros poderes, a grande questão que se coloca é quanto à possibilidade de uma atuação mais política do STF, através de um ativismo judicial ou de uma judicialização da política, tema que será retomado logo adiante. Cabe apenas antecipar que a ampliação da atuação do STF, em matéria jurisdicional constitucional, pode significar, dentre outras possibilidades, uma técnica garantista de asseguramento de uma real efetividade dos direitos fundamentais reclamada pelos novos padrões democráticos e institucionais no Estado Democrático de Direito. E para tanto, inúmeros mecanismos processuais foram oferecidos pelo texto constitucional de 1988, e somente não foram eficazes em razão de restrições que o modelo liberal de separação de poderes impôs à atuação de nossa Corte Suprema.

O problema, em última análise, está situado na discussão que se trava acerca dos limites da atuação das cortes constitucionais voltada a uma constante construção jurisprudencial da Constituição e das próprias concepções de democracia e garantia que dão o suporte teórico às nossas instituições jurídicas e políticas. Para esta discussão, extremamente valiosa é a contribuição teórica de Eduardo Garcia de Enterría (1991, p. 45), quando afirma que:

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.

É sobre os limites da atuação das cortes constitucionais, mais especificamente do STF, que trataremos a seguir.

3. O MODELO POLÍTICO BRASILEIRO E A LEGITIMIDADE DA AMPLIAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF COMO “CORTE CONSTITUCIONAL”

Diante da significativa alteração dos paradigmas normativos de Estado, sociedade, direito e democracia, ocorridos a partir a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente diante da não concretização da proposta social, fraterna, igualitária e não discriminatória constitucionalizada, uma atitude verdadeira-

mente democrática a ser adotada, por ora, consiste numa substancialização estrutural e funcional de nossas instituições e poderes, a fim de possibilitar uma maior cooperação entre os poderes para o atingimento deste fim. Nesse sentido é que deve ser entendido o posicionamento de Enterria (1991), quando advoga a relativização do princípio da separação dos poderes como técnica operativa para garantir a efetivação dos valores éticos constitucionalizados.

Seguindo os caminhos do modelo político-democrático tradicional, marcadamente liberal, jamais veremos a concretização da proposta social democrática construída em nossa Constituição. Há uma necessidade emergente de (re) construirmos nossas instituições para que não reste inacabado o processo de construção, ainda incipiente, de uma enorme gama de direitos fundamentais, que somente deram um primeiro passo, qual seja, o da positivação jurídica constitucional. Precisamos reinventar nossa democracia, para que efetivamente possamos desfrutá-la; precisamos questionar nosso produto democrático vigente sob pena de experimentarmos um processo involutivo em nossa história político-institucional. Essa é a essência de uma postura democrática, o que nos leva ao encontro de Marilena Chauí (1987, p.7), quando diz que:

A invenção democrática significa, apenas, que a democracia tem a capacidade extraordinária de questionar-se a si mesma questionando suas próprias instituições e abrindo-se para a história, sem dispor de garantias prévias quanto aos resultados da prática política. A democracia não é algo que foi inventado certa vez. É reinvenção contínua da política.

É com essa disposição de contestação do instituído que devemos mirar as consequências conservadoras que a aplicação do tradicional princípio da divisão dos poderes tem proporcionado ao nosso sistema político. Avançamos democraticamente quando, num processo de mobilização nacional, conseguimos a positivação constitucional de uma série de novos direitos que até então jamais tínhamos tido em nossa experiência histórica, mas estamos marcando passo quando, de posse dos instrumentos jurídicos que nos disponibilizam o exercício desses direitos, não submetemos as estruturas de poder tradicionais, que até agora nada ou muito pouco realizaram em termos de satisfação desses novos direitos, a processos de desestabilização, transformação ou recriação.

A ineficácia de nosso modelo constitucional até o presente deve-se, em grande medida, ao fato de que os agentes que ocupam as estruturas do poder ainda mantêm suas ações dentro de padrões políticos tradicionais, já reiteradamente tentados e instituídos, sem uma produção satisfatória de resultados em termos de modificação da estrutura social profundamente desigual até aqui estabilizada. A atitude democrática, neste aspecto, reside em criar novas fórmulas de experiência política, novos modos de convivência social, inventando contrapoderes sociais capazes de enfrentar a onipotência conferida ao Estado e às administrações burocráticas (Chauí, 1987).

A questão fundamental que cerca toda essa discussão pode ser posta nos seguintes termos: ou damos primazia à concretização dos direitos fundamentais positivados, especialmente aqueles cuja urgência social, cultural e identitária é inquestio-

nável, ou damos preferência à manutenção do funcionamento de um sistema político cujas principais motivação e objetivo vêm a ser a certeza e segurança jurídica tradicionalmente observadas. Mas estas certeza e segurança têm servido aos interesses de quem? Certamente, não são aos interesses das distintas minorias que compõem boa parte de nossa população.

O Estado de Direito sempre implicou uma possibilidade de oposição ao poder e de contrariedade ao instituído, pois como bem coloca Lefort, a partir do momento que os direitos do homem (ou falando politicamente correto, dos seres humanos) são postos como referência última, o direito estabelecido está destinado ao questionamento. Ora, ali onde o direito está em questão, a sociedade, entenda-se a ordem estabelecida, está sob interrogação (Lefort, 1987). E neste sentido, na visão deste destacado filósofo político francês, o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de Direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente, os devires minoritários em constante movimento.

Toda essa luta que ainda se trava, e provavelmente jamais deixará de existir, pelos direitos humanos, impõe uma permanente revisão das relações com a política, não só dos cidadãos, mas também por parte dos poderes públicos. E isso se dá exatamente porque os direitos humanos são o principal gerador da democracia. Esse processo de permanente gestação democrática somente mantém sua continuidade na medida em que as instituições são animadas pela adesão aos conteúdos ético-valorativos que constituem a essência destes direitos.

Mais uma vez, estamos diante de uma problemática já conhecida: substancialismo versus procedimentalismo. Nesta dialética, conforme deixamos delineado ao longo deste trabalho, ao subscrevermos os posicionamentos substancialistas, entendemos que o Poder Judiciário tem, dentro do projeto democrático social já positivado, mas ainda carente de concretização, a obrigação de rever a sua relação com as questões políticas fundamentais para a modificação positiva de nossa sociedade. Nesta linha de entendimento, diz Cappelletti (1999) que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas e direitos no processo judicial.

A primeira parte deste processo de alteração da relação dos poderes públicos com as questões políticas fundamentais parece ter sido cumprida satisfatoriamente com a formulação do nosso sistema constitucional de direitos fundamentais em 1988, que, indubitavelmente, pode ser situado dentre os melhores do mundo. Entretanto, uma segunda fase, e esta vem a ser a mais espinhosa, ainda se encontra num estágio bastante tímido: a

fase da efetivação concreta destes direitos não individuais a partir do texto constitucional, ou seja, transformá-lo em norma eficaz.

Para isso, já não é necessário por parte do STF inventar, mas principalmente interpretar construtivamente, submetendo à reflexão uma prática jurisdicional profundamente arraigada a padrões e produtos políticos sem a potencialidade exigida para as modificações reclamadas por nossa sociedade. Não pode mais nosso Poder Judiciário imaginar que as regras constitucionais que preveem os direitos não individuais sejam soluções políticas globais, sob pena de, mediante decisões com pretensões de magnitude nacional, não ser solucionado um caso particular qualquer. Nem tampouco pode ter nossa Corte Constitucional o receio de, ao pronunciar-se pela concretização de algum direito social, cultural ou identitário, que tenha uma amplitude bastante grande em relação ao número de destinatários, poder alterar significativamente as relações de equilíbrio entre os poderes. Ao criar as condições para a efetivação do Estado social, mesmo que de forma paulatina, cobrindo áreas de atuação dos outros poderes públicos, a jurisdição constitucional efetivamente estará contribuindo com a manutenção dos poderes estabelecidos, uma vez que não são raras as situações históricas em que a não realização de demandas de grandes parcelas da população levou a convulsões sociais que finalizaram com a destruição de todo *establishment*.

Sem sair das raias normativas constitucionais estabelecidas para o desenvolvimento do jogo institucional entre os poderes, pode o Poder Judiciário reconstruir a legalidade constitucional ou dar eficácia a alguns instrumentos processuais que até o momento não foram utilizados adequadamente para cumprir as finalidades às quais se destinam. As ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão são uma expressão bastante significativa da gravidade deste problema para a estabilidade do quadro social e institucional de nosso País. Por força do texto contido no parágrafo segundo do art. 102 da Constituição Federal, uma vez “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência (grifo nosso) ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Neste caso, a própria lei refere, conforme grifado, que apenas haverá ciência de um Poder a outro, sem que disso decorra qualquer obrigatoriedade de realização de medidas visando à satisfação do direito positivado pela norma constitucional. Entretanto, há de considerar-se que a decisão prolatada na ADO 26 constitui-se como um marco histórico nas relações entre os poderes no que tange à eficácia das decisões em matéria de inconstitucionalidades por omissão¹⁷.

17 A decisão da ADO 26 determinou que até a superveniência de lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). Houve, nesta ADO, uma normatização provisória altamente criticada pela dogmática penal

Também o mandado de injunção (MI), previsto no inciso LXXI, do artigo 5º da CF/88, expressa problema do mesmo tipo. A ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não possui este *writ* constitucional potencialidade efetiva para impor qualquer obrigação institucional ao poder legislativo. Tendo sido interpostos apenas 48 MI desde sua criação com a Carta Constitucional de 1988, o MI perde sua eficácia no seu próprio enunciado normativo constitucional, quando dispõe sobre a falta de norma regulamentadora que torne *inviável* (grifo nosso) o exercício de direitos e liberdades etc. Aqui há um elemento normativo que remete a uma concretude neste exercício, pois os poderes contra os quais seja interposto um MI poderão sempre alegar, salvo casos excepcionalíssimos, que um direito mesmo não realizado plenamente, está sendo efetivado ainda que parcialmente para uma pequena parcela da população.

Vê-se, claramente, nos dois casos citados, que há uma preferência pelo princípio democrático considerado formalmente, em detrimento da garantia do direito fundamental não realizado. Neste caso, não vemos qualquer problema ao equilíbrio institucional entre os poderes, se o STF, para dar efetividade às ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, lance mão da eficácia executiva da sentença, para garantir a concretização da medida necessária a tornar efetiva a norma constitucional, especialmente se a mesma versar sobre direitos fundamentais.

No caso do mandado de injunção, também não entendemos, contrariamente ao posicionamento de Vital Moreira, que haja qualquer risco institucional decorrente da possibilidade de normatização provisória pela decisão judicial, enquanto não houver a regulamentação definitiva pela matéria pelo Poder Legislativo. Esta necessária cooperação entre os poderes vem somente reforçar a cultura democrática em nosso País, tão carente disto em seu imaginário político.

O atendimento das reivindicações sociais mediante a atuação do Poder Judiciário deve deitar suas bases sobre a consciência jurídica e política que os poderes devem ter para garantir a legitimidade de sua atuação. E ao mesmo tempo em que buscamos a manutenção de uma ordem estabelecida, até mesmo porque nela estão inseridos os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, também não podemos admitir que justificativas formais da atuação dos poderes possam sobrepor-se à efetivação de conteúdos éticos-comunitários, que tenham como objetivo fundamental o estabelecimento de uma sociedade mais justa e solidária e livre de preconceitos e discriminações. Isto recoloca

mais tradicional, especialmente pelo fato de ela ter violado o princípio da legalidade penal. Cabe destacar que até a presente data não foi aprovada, pelo Parlamento, lei alguma que criminalize as condutas homofóbicas e transfóbicas, o que, em certa medida revela o acerto teleológico do STF nesta decisão, ainda que sobrem críticas quanto ao procedimento.

a discussão em torno do caráter fundamental que deve ter a atuação jurisdicional constitucional do STF: será ela preferencialmente política ou jurídica?¹⁸

Neste sentido, entendemos que a atuação do Poder Judiciário voltada a uma jurisprudencialização da Constituição, visando a sua efetiva concretização junto à sociedade, somente pode ser limitada pela proibição do retrocesso social. Será plenamente justificada a atividade jurisdicional constitucional sempre que materialmente atenda à realização do rol de direitos constitucionalizados. E, para tanto, não desprezando aspectos procedimentais, cremos ser de vital importância a utilização por nossa Corte Constitucional de conceitos-chave do direito constitucional como são, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos por direitos fundamentais de terceiros ou proteção dos direitos fundamentais mediante organização e procedimento.

Em suma, a não concretização do Estado social no Brasil impõe, para a manutenção da própria democracia, não mais restrita aos cânones liberais, que repensemos os limites da atuação dos poderes, e neste sentido, os limites da atuação do Poder Judiciário, como guardião constitucional, somente podem ser definidos pela realização de uma justiça política dentro de padrões éticos constitucionais, tendo como referencial a velha “justa medida” grega.

4. METODOLOGIA DO DIREITO E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO/LEGITIMAÇÃO DE DECISÕES PROTAGONISTAS

Outro aspecto que merece especial atenção, quando analisamos as possibilidades de protagonismo do Poder Judiciário, é a correção de suas decisões na ausência de dispositivos legais específicos para um determinado caso concreto, ou quando há princípios constitucionais, positivados através de enunciados significativamente abertos, possíveis de serem aplicados multifuncionalmente a subcampos jurídicos bastante diversos. Neste aspecto, as abordagens teórico-metodológicas construídas pela jurisprudência de conceitos, pela jurisprudência dos interesses e pela jurisprudência

18 Há um debate intenso sobre o peso político das decisões emanadas destes tribunais, juntamente sobre o conteúdo criativo e a legitimidade dessas decisões/interpretações que ocupam aquelas “terras do mistério”. Afinal de contas, o Tribunal Constitucional desempenha uma função jurídica ou política? Ou será que é as duas ao mesmo tempo? Se for as duas, qual o peso de uma e de outra? Vejamos a partir de agora todas essas questões. A polêmica entre Hans Kelsen e Karl Schmitt nos servirá como exemplo para uma resposta sobre estas questões, para que possamos ver os argumentos utilizados e a polêmicas que ainda hoje persistem. O primeiro, Kelsen, dizia que a atividade do tribunal é a de um legislador negativo, sendo mais relevante o controle a priori, abstrato, do que o realizado no caso concreto, além de a forma desse apresentar padrões jurídicos que se aproximam em muito dos conteúdos políticos. O segundo, Schmitt, por sua vez, desafiando Kelsen, dizia que a solução dessas dúvidas constitucionais não tinha nada de jurisdicional, pelo contrário, era uma atividade nitidamente política, mesmo sendo revestida, na sua forma/técnica, de maneira judicial. Podemos concluir, tentando unir essas duas posições, que é óbvia a existência de elementos políticos, mas, sem dúvida nenhuma, eles não são capazes e fortes o bastante para afastarem as características mais marcantes desse controle, sua forma judicial. Nesse mesmo quadro referencial de ideias, afirma Rocha (1998, p. 123): “Assim, a lei tem um momento político – o de sua constituição – mas, a partir de sua vigência, sofre um processo de neutralização, que coloca em torno da validade jurídica qualquer questionamento. Na verdade, como sabemos, a significação plena da norma jurídica apenas é obtida no contexto das relações de forças das decisões jurisdicionais. Cada decisão é fundamentalmente política.”

dência de valores nos dão alguns parâmetros de legitimidade para possíveis decisões com viés de proteção e garantia de nossa Corte Suprema.

Cada uma destas escolas oferece uma perspectiva única sobre critérios de correção de decisões judiciais. Ainda que tenham sido elaboradas como críticas umas das outras, possuem alguns pontos de complementariedade que hoje nos ajudam a construir um conhecimento mais consistente sobre possibilidades de legitimação de atuações ativistas do Poder Judiciário, quando reclamado a construir soluções decisoriais dentro dos marcos de um constitucionalismo principiológico.

Compreender essas abordagens e a possibilidade de que todas elas têm algo a contribuir para a elaboração de decisões judiciais que sejam o mais justas possíveis é crucial para garantir que a atuação de um tribunal seja legítima não apenas por estar emoldurada pelos marcos de um sistema jurídico dogmático/conceitual ou normativo rígidos e, portanto, dogmática e legalmente correta, mas, também, na hipótese de silêncios legais ou prenhizes simbólicas principiológicas, ser socialmente justa e eticamente sólida. A interação entre essas escolas/tradições de pensamento metodológico jurídico oferece uma base rica para a análise crítica e o estabelecimento de critérios de correção de decisões judiciais, contribuindo, assim, para um sistema jurídico mais dinâmico e adaptável às complexidades da sociedade moderna.

4.1. SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DE CONCEITOS

A jurisprudência de conceitos, com seus caracteres sistemático e filosófico enraizados na ideia de sistema herdada da Escola de Direito Natural, assim como na filosofia do idealismo alemão de Fichte, Schelling e Hegel, ao lado do que Savigny agregou o caráter “histórico” da ciência do Direito (Larenz, 1983)¹⁹, enfatiza a aplicação rigorosa e sistemática das normas, valorizando a análise lógica e a coerência interna do sistema jurídico e concentrando-se na aplicação rigorosa de conceitos jurídicos abstratos e na dedução de regras a partir de princípios gerais.

O surgimento desta escola ocorreu em um período em que o formalismo jurídico ganhava força, influenciando significativamente a maneira como os juristas alemães e de outros países viam e aplicavam o direito. A Jurisprudência de Conceitos é vista como uma reação ao método de interpretação mais livre e subjetiva, buscando uma maior objetividade e previsibilidade nas decisões judiciais.

19 Ainda que alguns atribuam um forte cariz positivista à jurisprudência de conceitos, é incorreto equipará-la de modo puro e simples ao positivismo como frequentemente se faz. Puchta, por exemplo, ao elaborar uma “genealogia dos conceitos” sob um formato de pirâmide, entende que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, que co-determina todos os outros através de seu conteúdo, procede da filosofia do Direito, e que, portanto, não é inferido do Direito positivo. Nesta perspectiva, só pode ser “Direito” o que se deixa subordinar a esse conceito fundamental, o que leva à conclusão de que o legislador não pode arbitrariamente decidir o que é Direito, coisa que ele está em condições de fazer de acordo com a tese central do positivismo, mas apenas e somente enquanto se conserve nos limites do quadro dos conceitos fundamentais antecipadamente dados.

Para esta escola, os conceitos jurídicos não são meramente interpretados em relação a casos específicos; em vez disso, são construídos e compreendidos como partes de um sistema coeso e lógico. Os juristas, nesta perspectiva, partem de conceitos originados da Filosofia do Direito como já referido, e também já consolidados na lei, e os utilizam como base para desenvolver novos conceitos. Este processo de construção de conceitos, a partir de outros preexistentes, visa garantir a consistência interna do sistema jurídico. A ideia central é que, ao se aplicar uma lógica quase matemática, as decisões judiciais podem ser deduzidas de maneira precisa e objetiva, reduzindo a ambiguidade e aumentando a previsibilidade das interpretações legais, acentuando-se aí, a influência do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Christian Wolf (Larenz, 1983).

Essencialmente, a Jurisprudência de Conceitos transforma o Direito em uma ciência de natureza quase exata, onde a clareza e a precisão conceitual são vistas como fundamentais para a correta aplicação e interpretação das leis. Este formalismo constitui, segundo a visão crítica de Wieacker, “a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito” (1967, p. 401) ou, então, como refere Larenz (1983, p. 23), o vício mais sério da Jurisprudência de Conceitos consistente no afastamento das simples proposições jurídicas do seu particular escopo ou de sua particular função no contexto significativo do instituto jurídico correspondente ou de uma regulamentação mais ampla, permanecendo apenas no âmbito do escalão da pirâmide de conceitos, ou numa genealogia de conceitos tal como aparece no pensamento de Puchta, em que ela se integram.

Em decorrência dessa posição altamente formal da Jurisprudência de Conceitos, a correção de uma decisão judicial, mesmo na ausência de um dispositivo legal específico, é concebida através da aplicação rigorosa e sistemática das normas jurídicas existentes. Em geral, esta escola de pensamento argumenta que, mesmo sem um artigo de lei diretamente aplicável, é possível deduzir uma solução coerente e logicamente consistente com base na estrutura conceitual global do sistema jurídico.

Os juristas adeptos desta abordagem buscam, portanto, uma interpretação que se alinhe com a lógica interna de um sistema conceitual originado da Filosofia do Direito, mas também com a lógica do sistema legal, utilizando conceitos jurídicos já estabelecidos para analisar e resolver novos problemas legais. Em outras palavras, mesmo em situações não previstas explicitamente pela legislação, a decisão judicial deve ser derivada de uma cadeia lógica de raciocínio baseada nos princípios e conceitos gerais do Direito. Este método não só assegura a manutenção da coesão e consistência do sistema legal, mesmo diante de casos inéditos ou complexos, mas a própria segurança jurídica tão cara ao imaginário oitocentista e novecentista europeu.

Ora, tomando em conta que uma das críticas mais contundentes ao denunciado “ativismo” de nossa Suprema Corte está relacionado com a insegurança jurídica que decisões tidas como ativistas podem gerar por ultrapassarem os limites do sistema legal, há de se considerar que um protagonismo decisório pode construir boa parte de sua legitimidade ao adotar concepções e conceitos jurídicos rígidos, aplicados até mesmo por analogia para solucionar conflitos sem hipóteses normativas especificamente a eles dirigidas. É o que, em certa medida ocorreu na ADO 26, quando o STF, por unanimidade, qualificou as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTQIA+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão. Houve, nesta decisão, uma derivação conceitual extraída de dentro do próprio sistema jurídico.

É evidente, como sabemos, que a forma procedimentalmente mais adequada para se tratar desse tema seria por intermédio da atuação legislativa e pela criação de um tipo penal específico. Contudo, não se pode negar que a proteção dos grupos sexuais minoritários contra a violência sistemática a si dirigida é, também, uma obrigação constitucionalmente imperiosa que deve receber um tratamento jurídico e uma interpretação responsiva por parte do poder responsável pela guarda constitucional. Isto é, mais do que se falar, nesse caso, em ativismo judicial, em excesso de decisão, se pode falar em decisão judicial responsiva que indica uma posição de trato constitucional que a corte considera ser necessária e constitutiva do próprio direito desses grupos minoritários.

4.2. SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Por outro lado, e em crítica à Jurisprudência de Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses se concentra nos impactos sociais e individuais das decisões, buscando equilibrar diversos interesses em jogo. Essa guinada teórica representa um marco significativo no estudo e na aplicação do Direito, oferecendo uma abordagem dinâmica e contextualizada na interpretação das leis. Este conceito desafia a visão tradicional de jurisprudência, que frequentemente se baseia na aplicação estrita e literal das normas legais, e enfatiza a importância da consideração dos interesses sociais e individuais envolvidos em questões jurídicas.

Referindo-se à prática de interpretar e aplicar a lei com base nos interesses e valores subjacentes a uma situação legal específica, em vez de se concentrar exclu-

sivamente no texto da lei, este enfoque prioriza a identificação e a ponderação dos diversos interesses em jogo, como os direitos individuais, as necessidades sociais, e os objetivos políticos e econômicos.

A Jurisprudência dos Interesses, ao se fundamentar na adequação das decisões judiciais aos interesses sociais e individuais afetados, propõe um critério de correção para o Direito que transcende a mera conformidade com o texto legal. Este enfoque traz à tona a complexidade das relações sociais e a necessidade de uma aplicação do direito que seja sensível aos contextos variados e às demandas específicas de cada caso. Explorar este tema envolve entender como a adequação da decisão aos interesses afetados serve como um critério de correção no direito segundo a Jurisprudência dos Interesses.

Neste sentido, a relevância da Jurisprudência dos Interesses é multifacetada, tendo tido uma forte influência na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, cabendo destacar, neste aspecto, os seguintes pontos que sustentam seus critérios de correção das soluções jurídicas:

- Flexibilidade, adaptabilidade e casuística. Ao focar nos interesses subjacentes às disputas legais, esta abordagem permite que o Direito seja mais adaptável e responsivo às mudanças sociais e culturais. Isso é especialmente importante em uma sociedade em constante evolução, onde novos desafios e situações complexas surgem frequentemente. Essa abordagem introduz um alto grau de flexibilidade e casuística na prática jurídica. Ao invés de aplicar rigidamente a lei, os juízes são encorajados a considerar as particularidades de cada caso, permitindo soluções mais personalizadas e adequadas às necessidades específicas dos envolvidos;
- Promoção da Justiça. A Jurisprudência dos Interesses possibilitou a construção de decisões judiciais mais justas e equitativas ao priorizar as circunstâncias específicas de cada caso e os impactos potenciais das decisões sobre as partes envolvidas. Isso implica considerar as consequências práticas das decisões judiciais sobre as partes envolvidas e a sociedade em geral. Ao fazer isso, a jurisprudência dos interesses busca evitar soluções legais que, embora tecnicamente corretas, resultem em injustiças ou desequilíbrios sociais;
- Enriquecimento do Debate Legal. Os enfoques da Jurisprudência dos Interesses mias conectados à concretude dos conflitos incentivou uma análise mais profunda das questões legais, promovendo um debate mais rico e informado sobre como as leis devem ser interpretadas e aplicadas.
- Reconhecimento da Complexidade do Direito e a necessidade de sua adequação à complexidade social. A Jurisprudência dos Interesses reconheceu que o Direito não opera no vácuo conceitual ou na abstração

do sistema normativo, mas está intrinsecamente ligado a fatores sociais, econômicos e políticos, num mundo em constante transformação, trazendo novos desafios e situações que as leis existentes podem não abordar de forma adequada diante de uma complexidade que não para de crescer, especialmente em decorrência das novas tecnologias e seus impactos nas relações sociais.

Em boa medida, tais critérios de correção propostos pela Jurisprudência dos Interesses são enfrentados pelo voto prolatado pela Relatora Rosa Weber na ADPF 442 (BRASIL, 2023), na qual, desde uma audiência pública realizada no ano de 2018, convocada pela ministra, iniciou-se um debate não só com especialistas, mas também com representantes de entidades governamentais e da sociedade civil, vindo à tona não só argumentos técnico-científicos, filosóficos ou religiosos, mas também questões políticas e sociais que abarcaram os interesses em jogo neste tipo de conflito, tal como, por exemplo, o interesse do Estado em termos de saúde pública, de priorizar a proteção à saúde da gestante ao permitir a realização deste tipo de procedimento em estabelecimentos de saúde adequados, evidenciando, com isso, o interesse em diminuir, em contrapartida, os procedimentos em clínicas clandestinas e, portanto, reduzindo o número de mortes ou de gestantes lesionadas em decorrência das precárias condições em que tais intervenções são realizadas.

Também é possível identificar o critério de correção a partir da consideração dos interesses envolvidos na causa na decisão da ADO 26 (BRASIL, 2019), pois neste caso, os interesses do Estado e da comunidade LGBTQIA+ em proteger os membros deste grupo, assumiram uma posição prioritária até mesmo em relação ao princípio da legalidade penal positivado no inc. XXXIX, do art. 5º, da CF/88, pois foram criadas novas possibilidades de tipificação penal para atender os interesses postos no conflito em detrimento da própria positividade constitucional de um princípio tão caro ao direito penal da Modernidade. O próprio acórdão refere-se à necessidade de considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso país.

4.3. SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DE VALORES

Por fim, a Jurisprudência de Valores. Esta escola tem seu foco na integração de princípios éticos e morais, ressaltando a necessidade de as decisões refletirem os valores fundamentais da sociedade. A abordagem da Jurisprudência de Valores carrega uma perspectiva na interpretação e aplicação do Direito que enfatiza a importância dos valores éticos e morais na tomada de decisões judiciais. Essa abordagem considera que o Direito não deve ser apenas um conjunto de

regras formais, mas também um instrumento para promover a justiça, a equidade e os valores fundamentais da sociedade.

Ao adotar critérios de correção decisional oriundos da Jurisprudência de Valores, os juristas e juízes buscam interpretar as leis à luz de princípios éticos e morais subjacentes. Isso implica em uma análise mais ampla e contextualizada das normas jurídicas, levando em consideração os valores que fundamentam essas normas e como elas se relacionam com os valores mais amplos da sociedade.

Essa abordagem reconhece que o Direito não é algo estático, mas sim dinâmico e sensível às mudanças sociais e culturais. Portanto, a Jurisprudência de Valores defende que as decisões judiciais devem evoluir para refletir os valores emergentes e as transformações na compreensão ética da sociedade.

É importante notar que a aplicação dos critérios da Jurisprudência de Valores pode variar dependendo do contexto jurídico, cultural e histórico de cada sistema legal. Além disso, críticos dessa abordagem argumentam que ela pode ser subjetiva e abrir espaço para interpretações divergentes, o que destaca a complexidade inerente à interação entre direito, ética e moral na prática jurídica.

Nessa perspectiva, os princípios jurídicos não são vistos apenas como normas abstratas, mas como expressões concretas dos valores que orientam a convivência social. Os princípios e valores fundamentais desempenham um papel central na Jurisprudência de Valores, pois fornecem a bússola ética para a interpretação das normas jurídicas. Ao invés de uma abordagem estritamente formalista, essa perspectiva reconhece que o Direito é um instrumento dinâmico que deve refletir a evolução ética da sociedade. Os princípios, muitas vezes incorporados nas Constituições e documentos legais fundamentais, servem como alicerce para a construção de um ordenamento jurídico que respeita e promove valores essenciais, como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e a justiça.

A flexibilidade inerente à jurisprudência de valores permite que o Direito se adapte às mudanças na compreensão ética da sociedade, garantindo que as decisões judiciais não fiquem obsoletas diante de novos desafios e realidades. Assim, a Jurisprudência de Valores não apenas enriquece a aplicação do Direito, mas também fortalece a legitimidade do sistema jurídico ao assegurar que ele esteja alinhado com os valores fundamentais que refletem a consciência coletiva. Em última análise, a importância dos princípios e valores fundamentais na Jurisprudência de Valores reside na capacidade de proporcionar uma justiça que não apenas segue regras, mas que, acima de tudo, promove a ética e a moralidade na sociedade.

A correta aplicação da jurisprudência dos valores implica em uma análise profunda e contextualizada das questões apresentadas, considerando não apenas a letra da lei, mas a sua conexão intrínseca com os valores que ela visa preservar. Uma decisão judicial, nesse contexto, é avaliada não apenas por sua aderência

técnica, mas pela sua capacidade de traduzir e promover os princípios e valores que são caros à coletividade.

Ao adotar essa abordagem, os tribunais tornam-se não apenas intérpretes da lei, mas guardiões dos valores fundamentais que sustentam a ordem social. Isso implica uma responsabilidade significativa de compreender as nuances éticas e morais envolvidas em cada caso, reconhecendo que o direito não é estático e deve evoluir para refletir as transformações na consciência coletiva.

Assim, uma decisão judicial correta, à luz da Jurisprudência dos Valores, não é apenas aquela que segue um raciocínio lógico ou uma interpretação estrita da lei, mas aquela que, de maneira justa e equitativa, incorpora e promove os valores fundamentais da sociedade. Ao fazer isso, o sistema jurídico não apenas cumpre seu papel de resolver conflitos, mas também contribui para a construção de uma sociedade mais justa e ética, refletindo os valores que moldam a identidade coletiva.

Tal perspectiva de correção a partir da consideração de valores foi materializada, por exemplo, na ADI 4.277 (BRASIL, 2011), ocasião em que o STF fundamentou a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles e a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal em homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural.

Em meio à complexidade jurídica, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) adotar conjuntamente as perspectivas da Jurisprudência de Conceitos, da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência de Valores, em casos nos quais a legislação específica seja escassa ou ausente, surge como uma abordagem enriquecedora e necessária. Estas abordagens, embora distintas em suas ênfases, convergem para preencher lacunas normativas e buscar soluções justas e adequadas para situações desafiadoras.

A Jurisprudência de Conceitos, ao focar na interpretação técnica e semântica das normas existentes, proporciona uma base sólida para a compreensão do ordenamento jurídico. Entretanto, em casos nos quais a literalidade da lei não oferece respostas claras, a integração da Jurisprudência dos Interesses torna-se crucial, trazendo a concretude do conflito como critério de legitimação da decisão. Por sua vez, a Jurisprudência de Valores destaca-se como um guia ético e moral na tomada de decisões judiciais. Quando a lei específica é omissa, essa perspectiva permite que os magistrados ponderem sobre os valores fundamentais da sociedade presentes no direito, adaptando-o à evolução da consciência coletiva. A justiça, nesse contexto, não é meramente uma questão de aplicar regras, mas de promover princípios que sustentam a dignidade, a igualdade e a liberdade, especialmente em sistemas jurídicos orientados por um constitucionalismo principiológico como o brasileiro.

Adotar conjuntamente essas perspectivas não implica em uma abordagem arbitrária ou subjetiva, mas sim em reconhecer a natureza multifacetada da jurisprudência. O STF, ao incorporar elementos de conceitos, interesses e valores, estará contribuindo para uma maior flexibilidade e adaptabilidade do Direito diante de desafios contemporâneos. Essa abordagem composta oferece uma resposta mais completa e equilibrada em casos nos quais a legislação não é suficientemente clara.

No entanto, é crucial que essa integração seja realizada com cautela, respeitando os limites e garantindo a coerência no desenvolvimento do Direito. A transparência nos fundamentos das decisões e a consistência na aplicação dessas perspectivas são elementos-chave para preservar a legitimidade do processo judicial.

Em última análise, a relevância de o STF adotar conjuntamente os critérios de correção da Jurisprudência de Conceitos, dos Interesses e de Valores reside na capacidade de fornecer respostas jurídicas mais abrangentes e justas em situações desafiadoras. Ao harmonizar essas diferentes abordagens, a mais alta corte do país pode desempenhar um papel crucial na construção de um sistema jurídico que não apenas resolva conflitos, mas que também promova a justiça, a equidade e a legitimidade.

5. PROTAGONISMO DO STF: ATIVISMO JUDICIAL OU GARANTIAS?

As discussões acerca de uma atuação ativista de nossa Suprema Corte, já existentes em nosso país há algum tempo, ganharam uma força extra a partir de uma narrativa iniciada pelo ex-Presidente da República Jair Bolsonaro e socializada fortemente por seus seguidores. Esta questão ultrapassou as esferas de discussão estabelecidas no campo jurídico por especialistas, seja nos tribunais ou nas faculdades de Direito, seja em artigos doutrinários, chegando aos círculos do senso comum, às rodas de bar ou às conversas da esquina. A pergunta que não cala em todas estas discussões, tentando sermos um pouco mais rigorosos cientificamente é a seguinte: as decisões que o STF vem prolatando, especialmente em sede de controle de constitucionalidade, que têm implicado em (re) interpretação da Constituição, podem ser classificadas como ativismo judicial ou como garantidoras de direitos?

A resposta a esta questão tem uma certa complexidade, especialmente se considerarmos um certo grau de paralaxe na observação do fenômeno. Em primeiro lugar, é importante destacar que decisões importantes e históricas do STF, referentes a grandes temas que impactam a vida política brasileira, estão sendo prolatadas dentro dos marcos de um constitucionalismo principiológico, que positivou um modelo normativo de Estado, de sociedade e de Direito hodiernamente nomeado como Estado Democrático e Social de Direito. A complexidade axiológico-normativa deste novo modelo vigente a partir de 1988 reclama uma adaptação de estruturas e funcionalidades institucionais, como, por exemplo, a possibilidade de

que o âmbito decisório de uma Suprema Corte possa ser ampliado, a fim de que direitos fundamentais possam ser concretizados ou garantidos, especialmente diante da inércia dos outros poderes públicos. Tal demanda de readequação é ainda mais potencializada quando nos deparamos com um texto constitucional recheado de princípios caracterizados por possuírem enunciação genérica e aberta, conteúdos com previsão de valores fundamentais à vida privada e coletiva, validade que decorre de seu próprio conteúdo, aplicação que não admite subsunção a um suporte fático específico apenas e, por fim, uma multifuncionalidade que permite sua aplicação aos mais distintos temas e mais diferentes ramos do Direito.

Quanto a este ponto, a hermenêutica, especialmente a partir de uma Nova Crítica do Direito, trouxe-nos importantes contribuições, especialmente em relação à importância de compreendermos que o sentido de um texto jurídico não está nele embutido abstratamente pelo legislador, sendo o processo de interpretação algo como um desacoplamento de um sentido latente. O sentido, tomando em conta o significado de base do texto, precisa ser construído no momento da aplicação do dispositivo normativo ao conflito que reclama sua aplicação, e nesta construção não é o sentido isolado de um artigo ou parágrafo que deva ser considerado, mas uma totalidade muito mais ampla, que parte do texto normativo para o estabelecimento de uma resposta decisória moralmente adequada a projetos civilizatórios e emancipatórios que se vislumbrem como objetivos a serem realizados constitucionalmente. Assim, por exemplo, não há um sentido previamente e fixamente determinado e embutido no texto do art. 1º da CF/88 ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Há, isto sim, um indício formal acerca de dignidade da pessoa humana, uma ideia de algo que é positivo, virtuosos e que deve, em última instância, priorizar a vida humana como critério de verdade. Exemplo forte do que estamos falando é o conteúdo da decisão prolatada na ADPF 153:

A dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. (...) A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do País, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. (...). Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (...) O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar

a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera (BRASIL, 2010).

O que temos visto, em muitas e muitas decisões do STF, são construções de sentido de princípios positivados constitucionalmente no momento da aplicação destes mesmos princípios, e tais construções de sentido, não raro, dão sentido até mesmo a normas específicas que estão, aparentemente, muitos mais próximas do conflito a ser solucionado do que propriamente o princípio constitucional que lhes dá nova modulação de sentido. Veja-se o caso, *v.g.*, da ADI 4.277 que definiu que o sentido do Art. 1.723 do Código Civil, inobstante ter praticamente o mesmo texto que o § 3º do Art. 226 da CF/88, não poderia restringir somente o reconhecimento pelo Estado de uniões estáveis entre pessoas de sexos distintos, mas também assim seriam consideradas as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Essa decisão é paradigmática neste aspecto, pois ao considerar uma série de princípios e valores constitucionais, numa interpretação conforme à Constituição, ampliou o sentido da referida norma infraconstitucional. Isto é ativismo ou garantismo? Não há dúvida alguma que é garantia de direitos fundamentais, especialmente se tomarmos em consideração o fato de que seu fundamento está alicerçado no próprio texto constitucional, não havendo nada de subjetivismo dos julgadores em sua construção. A questão central, ao contrário do que afirmam alguns, não é estabelecer um juízo moral sobre a sexualidade, no sentido de ser boa ou ruim, mas sim reconhecer direitos (sucessórios, previdenciários, etc.) às pessoas independentemente de qualquer orientação sexual.

Em segundo lugar, é importante sobrelevar a correção no plano teleológico de uma série de decisões taxadas de ativistas. A maior parte dessas decisões, senão a sua totalidade, positivou valores que representam um avanço civilizatório/emancipatório inquestionável, pois criaram espaços e posições ampliados de vida e liberdade a partir de critérios de verdade não somente teóricos ou formais, como pretendeu ou pretende a tradição analítica ou positivista ao priorizar uma linguagem formalizada, mas fundamentalmente práticos, através dos quais a verdade deve ser estabelecida a partir da atualidade do real na subjetividade humana. Neste sentido, uma ética normativa deve estar vinculada ao real, ao empírico, pois, do contrário, significa borrar toda referência da realidade extralinguística, tal como a vida humana como modo de realidade.

Aqui é preciso ter em conta, ao menos, três níveis na questão da verdade: a) o da coerência significativa ou do sentido do “mundo” linguístico (*formal* desde Frege a Davidson, ou *ontológico* desde Humboldt a Heidegger); b) o da intersubjetividade válida dos acordos de uma comunidade de comunicação (desde Peirce a Apel ou Habermas); c) o da tentativa de “abrir-se”, pela problemática da “referencialidade” ao real, aos “objetos” ou às “coisas” reais (desde um Kripke a

Putnam e à própria Ética da Liberação) (Dussel, 2011, p. 108). Sobre isto, total sentido fazem as palavras de Himkelammert (1995, p. 32), para quem:

Los juicios de hecho cuyo *critério de verdade es la vida y muerte* son a la vez los juicios constituyentes de la realidad *objetiva* [...] La realidad *objetiva* no es algo dado independientemente de la vida del hombre, La vida del hombre, al lograr evitar la muerte, mantiene la realidad como realidad *objetiva*. Por eso, en el suicídio se disuelve la realidad, y en el suicídio colectivo de la humanidad la realidad se disuelve definitivamente [...] La *objetividade* de la realidad no antecede la vida humana, sino es tanto su produto como su presupuesto.

O que aqui queremos frisar é que em termos substanciais-teleológicos as decisões do STF tidas como ativistas (notadamente as que tratam dos direitos das minorias) são verdadeiramente decisões garantidoras de direitos que materializam proteção à vida em um sentido amplo, considerada em seu conjunto de possibilidades de manifestação e potencialização do humano. É neste sentido que entendemos o conteúdo das decisões prolatadas na ADPF 54 (anencefálicos), na ADI 3.510 (células tronco), ADI 4.277 (união estável entre pessoas do mesmo sexo), ADO 26 (criminalização da homotransfobia), ADCs 43 e 44 (vedação da prisão em segunda instância), ADI 2.649 (inclusão de portadores de necessidades especiais na sociedade), além de um sem número de outras decisões.

Alguns reparos críticos podem ser feitos em relação aos meios utilizados pelo STF para chegar ao mérito de tais decisões. Um exemplo é o caso da ADO 26 que determinou, mediante decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade, a tipificação dos crimes de homotransfobia nos tipos penais da Lei n. 7.716/89, que em momento algum se refere à discriminação em função de gênero, o que teria violado frontalmente o princípio da legalidade penal, insculpido no inciso XXXIX do Art. 5º da CF/88. Não há dúvidas de que houve uma violação da legalidade penal que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ao optar o STF por criar esta possibilidade de tipificação. Esta decisão criou um precedente que pode ser perigoso no futuro, especialmente se considerarmos a possibilidade de uma Corte conservadora em termos penais, vinculada a um direito penal máximo, pois é possível, a partir do precedente da ADO 26, novas tipificações sem lei penal específica. Essa normatização tipificadora criada pelo STF através da técnica da interpretação conforme foi dada nos seguintes termos:

- c) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e

liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão (BRASIL, 2019).

Entretanto, ainda que não haja dispositivo algum na Constituição ou na Lei n. 9.868/99 que autorize este tipo de atuação protagonista do STF, mediante a prolação de decisões, em sede de inconstitucionalidade por omissão, não apenas informativas, mas também de cunho mandamental, aditivo e normativo conforme os contornos da violação inconstitucional detectada em cada caso, já existe uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial a admitir tais possibilidades, especialmente de aplicação, por analogia, de normas correlatas. Tal solução foi adotada em sessão plenária do dia 15.04.2009, quando, então, o Plenário do STF, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo.

O que é inquestionável, é que permanecendo a interpretação restritiva do Art. 103, § 2º, da CF/88, permitindo apenas decisões de caráter informativo e mandamental, as ADOs teriam pouca ou nenhuma eficácia, pois há vários casos em que a ordem dada pelo STF, com prazo determinado para que o legislativo colmatasse as lacunas legais, foi e continua sendo totalmente ignorada por anos e anos.

A edição de decisões de caráter integrativo/aditivo nas ADOs, consistentes em recorrer a medidas legislativas já existentes para aplicação analógica ao caso omissivo, a fim de que não permaneça a inconstitucionalidade, originária do direito italiano, tem, dentre suas finalidades, permitir que não se substitua o Judiciário nas funções do legislador, pois, segundo Cunha Jr. (2016, p. 286):

Nessa hipótese, como houve apenas um “esquecimento” ou “equivoco”, sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equivoco e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas *sentenças aditivas*, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa. Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal corrige uma situação normativa que obsta a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações iguais, que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado.

O queremos aqui ressaltar é que é inexorável que em um país como o Brasil, com contrastes sociais violentíssimos, onde praticamente um terço da população vive com carências calóricas diariamente, e também onde temos um

projeto constitucional de primeiríssimo mundo, com um catálogo de direitos fundamentais positivado de dar inveja a qualquer nação do mundo, é preciso rediscutir a função do Estado e do Direito, assim como as condições de realização da democracia e dos direitos fundamentais, considerados como elementos centrais de um projeto civilizatório/emancipatório. Nesta perspectiva, consideramos que a maioria esmagadora das decisões do STF, respondendo mais uma vez à pergunta sobre se são ativistas ou garantistas, especialmente em sede de controle de constitucionalidade, uma vez que têm importado na realização de direitos fundamentais, ampliando os âmbitos de garantia da vida, são manifestações garantistas e não ativistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate tensionado que se tem mantido ao redor de um ativismo judicial do STF, notadamente no âmbito de sua jurisdição constitucional, tem ocupado não só os bancos das academias de Direito, mas também os púlpitos de nossos poderes políticos e as páginas de nossa mídia. Jamais houve em toda a história institucional brasileira uma Corte Suprema tão protagonista em relação a conflitos que emergem no seio de graves questões políticas como a que se observa nas últimas 2 ou 3 décadas de atuação do STF.

Os grandes temas que se materializam neste debate têm sido, por um lado, a possibilidade de usurpação pelo STF de um tradicional sistema de separação dos poderes, tal como consagrado em nossa Constituição e, por outro, a correção de decisões que, não raro, tem escapado das fronteiras rígidas do ordenamento jurídico positiva.

Em primeiro lugar, não é mais possível deixar de observar que já tarda o momento de rediscutirmos nosso sistema institucionalizado de separação de poderes, deixando no passado um padrão de partição rígida, em que os poderes funcionam com bastante isolamento, para pensarmos em uma nova fórmula de atuação cooperativa, colaborativa entre eles, mais próxima dos parâmetros parlamentaristas.

O papel do Poder Judiciário, especialmente do STF, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, na qual positivou-se um novo projeto estatal e social, cristalizado no paradigma de Estado Democrático de Direito, alterou-se significativamente em relação às tradicionais atribuições e competências que lhe eram delegadas nos modelos constitucionais anteriores, de matriz eminentemente liberal-individualista. Passou o Judiciário de uma posição passiva, de mero aplicador da lei e, quando muito, em relação à jurisdição constitucional, de contralegislador, para uma posição ativa, da qual decorrem exigências de posturas muito mais políticas de nossa Suprema Corte, especialmente em litígios que envolvam a realização

de direitos sociais, reconhecimentos identitários e processos de redistribuição da riqueza, dos quais nossa sociedade ainda permanece bastante carente.

Essa nova posição institucional em que foi colocado o STF a partir de uma série de demandas sociais prometidas e insatisfeitas desde o novo pacto constitucional, rendeu uma nova situação de tensionamento entre os poderes públicos, uma vez que, pela possibilidade de concretização judicial de uma série de direitos constitucionalizados, as posições tradicionais dos demais poderes no quadro clássico de divisão de atribuições ficou passível de uma suposta constante vulneração pela atuação jurisprudencial construtiva do Poder Judiciário. Mas essa situação, que não cremos possa ser elevada à condição de problema, nada mais é que um consectário natural do novo paradigma estatal e social constitucionalizado.

As promessas democráticas constitucionalizadas e as demandas sociais emergentes de nossa realidade social altamente desequilibrada impõem, sem dúvida alguma, uma reengenharia institucional em nosso País, sob pena de não a fazendo, vermos sucumbir todo uma perspectiva de garantias constitucionais em termos sociais, dando margem a movimentos populistas com potencial de corrosão de nossa jovem democracia, como se observou recentemente em nosso país.

Essa necessidade de reconstrução de nosso modelo institucional, com a redefinição das atribuições e competências clássicas, decorre também da alteração das concepções de democracia e garantia forjadas a partir do paradigma constitucional. De noções liberais-individualistas, assentadas em fundamentos basicamente formais, passamos para concepções democráticas e garantistas substanciais, nas quais os conteúdos éticos normatizados passam a ser preponderantes sobre formas e procedimentos que sempre lastrearam a legitimidade das atuações e produtos decisórios dos poderes públicos. Muitas das críticas tecidas contra o STF assentam-se no argumento da violência arraigada aos meios utilizados pela Corte para o atingimento de determinados fins.

Nesse sentido, enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de Direito, este sentido se inverteu, estando, agora, num fluxo contrário que determina muito mais, a politização do jurídico. Nesta perspectiva, o Poder Judiciário tem que assumir uma nova postura, um tanto quanto mais política, uma vez que a ele também cabe, ao lado dos demais poderes, dar uma nova dimensão concreta às normas e princípios constitucionais, antes tratados como meros programas futuros, dependentes especialmente de ações do Poder Executivo para a sua realização.

Por outro lado, não podemos deixar de por em questão as reações que têm se estruturado desde o lugar dos outros Poderes contra este protagonismo jurisdicional constitucional. Lembremos da recente aprovação pelo Senado Federal da PEC 8/2021, em 23/11/2023, através da qual busca-se limitar a prolação de

decisões monocráticas no âmbito do STF. Neste caso seria mais democrática a legitimação do Legislativo para interferir no modo de funcionamento processual da Corte Suprema que a ação ativista desta em decisões com alto conteúdo político? Cremos que não, pois em suma, esta PEC significa uma interferência de um Poder na atuação de outro, com uma redefinição das atribuições constitucionais.

Em segundo lugar, o outro ponto polêmico que encerra o ativismo jurisdicional constitucional do STF refere-se à correção de suas decisões, ou seja, ao seu sentido de justiça. Neste aspecto, muito do que vem sendo feito pelo STF, e qualificado de ativismo judicial, no qual as consciências individuais dos julgadores estariam colocando num segundo plano uma certa objetividade ético-constitucional, tem atingido um grau de correção ética e jurídica que, sem sombra de dúvidas, coloca nossa sociedade em um outro patamar civilizatório em relação a algumas questões que se transformaram em verdadeiras chagas políticas e sociais no Brasil. Citemos como exemplos os conflitos envolvendo homossexuais, negros, indígenas, mulheres e outras minorias que diuturnamente têm sido protegidas por decisões do STF diante das omissões dos outros Poderes, particularmente do Legislativo. Não se trata, portanto, de uma atuação heróica do STF, de uma posição de rebeldia institucional, mas tão somente de uma atuação de proteção e defesa dos direitos e garantias dos grupos vulneráveis.

Entendemos que os critérios de correção propostos especialmente pela Jurisprudência dos Interesses e de Valores têm um potencial enorme de legitimação desta atuação ativista do STF, pois, assim como o Tribunal Constitucional alemão, nossa Corte Suprema tem dado uma concretude sem precedentes ao Direito produzido pelas decisões de seus ministros. O STF nunca esteve tão próximo dos problemas mundanos como atualmente se encontra. Ainda que seja um tribunal formado por indicação do Chefe do Executivo, forma de acesso que também entendemos deva ser rediscutida e modificada, não há dúvidas quanto ao caráter democrático de sua composição e de suas decisões.

Por fim, não há como deixar de reconhecer que os fins atingidos pelas decisões do STF nos últimos tempos, representam um avanço civilizatório consistente em estados de emancipação e constituição de cidadania, e não manifestações de violência institucional como muito tem se dito. Esta avaliação teleológica da atuação do STF nos conduz à conclusão de que há muito mais nelas de garantismo do que propriamente ativismos.

ATIVISMO JUDICIAL, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À DIFERENÇA

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um trabalho anterior tentamos estabelecer uma crítica, no sentido kantiano do termo – crítica como delimitação dos limites de algo -, acerca das possibilidades de atuação proativa do Poder Judiciário, para a solução de problemas sociais que envolvessem pleitos à diferença, originariamente de competência dos ramos políticos do Estado legitimados eleitoralmente, nos termos da teoria política e constitucional mais tradicional. Nesta ocasião, partindo de uma distinção estabelecida pela filosofia política contemporânea – demandas de redistribuição e demandas de reconhecimento -, nos posicionamos no sentido da legitimidade democrática das decisões judiciais (por muitos tidas como ativistas) somente quando o objeto das decisões fosse o reconhecimento de identidades (étnicas, raciais, religiosas, de gênero etc.) ou a determinação de atuação dos demais poderes, desde que não houvesse repercussões orçamentárias decorrentes dessas deliberações judiciais. Ou seja, decisões judiciais protetivas da diferença seriam democraticamente legítimas nas “demandas de reconhecimento”, sendo questionável, nos marcos do constitucionalismo democrático e social de Direito, em relação a “demandas de redistribuição”.

Com a continuidade de nossas pesquisas acerca do tema da legitimidade democrática dos ativismos judiciais nos Estados democráticos de Direito em conflitos que envolvam a questão da diferença, chegamos a novas conclusões que trazem algumas modulações às nossas reflexões anteriores acerca da legitimidade democrática do protagonismo judicial. Ao comungar mais proximamente com a posição de Fraser de que alguns problemas de desigualdade reclamam conjuntamente tanto remédios de redistribuição quanto de reconhecimento, não pudemos evitar a ampliação de nossas preocupações para além da legitimação das decisões judiciais restritas ao âmbito cultural dos reconhecimentos identitários, o que nos levou a debruçarmo-nos com mais profundidade e detalhamento em possíveis alternativas de decisões judiciais legitimamente democráticas nos quais o reconhecimento está associado umbilicalmente à eliminação de injustiças socioeconômicas, mesmo com implicações de aumento de despesas públicas, situação que, em certa medida, se distancia de nossa posição anterior.

Em nada modificamos nossa posição acerca da legitimidade democrática dos posicionamentos judiciais (que na verdade é um sistema de garantias) que visem a atender demandas de reconhecimento, mas, por outro, avançamos para possíveis situações de protagonismos do Poder Judiciário democraticamente legítimos quando o objeto da deliberação, além do reconhecimento, aponte também para a redistribuição de bens sociais que, distante de ser uma função que não deva ser atribuída ao Estado, é um fim genuíno das organizações estatais, que ganham em legitimidade ao fazê-las igualitariamente, pois a eliminação de desigualdades econômicas potencializa a supressão de outras desigualdades.

Assim, o objeto do presente capítulo, partindo de uma delimitação teórica acerca do que pode significar a diferença em termos de demandas judicializáveis, busca investigar os sentidos que têm sido atribuídos ao direito à diferença por algumas decisões paradigmáticas do Poder Judiciário brasileiro, além de se ponderar se tais interpretações são democraticamente legítimas nos marcos constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito.

1. O QUE PODE SIGNIFICAR A IDEIA DE DIFERENÇA EM TERMOS DE CONFLITOS JUDICIALIZÁVEIS? UMA REFLEXÃO ACERCA DAS DEMANDAS DE REDISTRIBUIÇÃO E DE RECONHECIMENTO

Para tentar estabelecer uma melhor forma de construção de nossas instituições sociais, bem como de atuação dos poderes públicos para a efetivação de políticas públicas relacionadas à eliminação de desigualdades e/ou garantia de posições sociais de diferença, especialmente do Poder Judiciário, nos marcos de um Estado democrático de Direito, parece-nos importante buscar uma melhor aproximação acerca das relações entre violências/injustiças socioeconômicas e culturais e, conseqüentemente, possíveis respostas voltadas a sua eliminação ou mitigação.

Partindo do pressuposto por nós já colocado de que, como propõem as grandes tradições teóricas igualitaristas, das violências/injustiças socioeconômicas e culturais decorrem demandas por redistribuição e/ou reconhecimento, é importante entendermos em que medida tais gramáticas conflituais possuem uma dinâmica e uma racionalidade próprias, reclamando soluções institucionais isoladas e específicas, ou, noutro sentido, se há pontos de interseção, de relacionamento causal e, conseqüentemente, de possíveis respostas institucionais combinando políticas de reconhecimento e redistribuição.

Um primeiro conjunto de reflexões teóricas a respeito dessas relações convida a deixar de lado a ênfase nas injustiças socioeconômicas e em políticas de redistribuição para focar a atenção nas relações sociais como um componente essencial da igualdade. Em sua crítica ao igualitarismo de sorte, Elizabeth Anderson (1995) sugere que a insistência da filosofia igualitária contemporânea em

corrigir o que ela chama de injustiças cósmicas (o resultado de talentos naturais pobres e da má sorte em geral) resultou em um distanciamento do que essa autora entende que são os objetivos políticos próprios do igualitarismo. De acordo com Anderson, os objetivos negativos da justiça igualitária não são eliminar o impacto da má sorte, mas acabar com as relações sociais opressivas, e seu objetivo positivo é o de criar uma comunidade de sujeitos em relação de igualdade. Nesta perspectiva, para Anderson, a desigualdade está mais relacionada às relações entre pessoas “inferiores” e “superiores” que com a distribuição da riqueza (1995, p. 288). Conforme este ponto de vista, o igualitarismo deve buscar a abolição deste tipo de relações sociais e não a mera compensação por desvantagens não merecidas. A reflexão de Anderson é importante na medida em que, por sua crítica ao igualitarismo de sorte, vai mais além do paradigma da redistribuição como elemento central para o desenho das instituições sociais e para a delimitação dos limites da atuação dos poderes públicos.

O deslocamento da ênfase das injustiças/violências distributivas para as relações sociais também é compartilhado por outros proponentes da política de reconhecimento como Taylor, por exemplo. No artigo denominado “A política do reconhecimento” (2000) e em seu opúsculo/ensaio “El multiculturalismo y la política del reconocimiento” (2001), Taylor situa o começo do discurso de reconhecimento no deslocamento que sofreu o antigo conceito de honra para a ideia moderna de dignidade (2001, p. 242). A honra é, por definição, um conceito excludente; para que alguns tenham honra é preciso que outros não a tenham. A dignidade, ao contrário, é um conceito inclusivo: o mesmo repousa no pressuposto de que é compartilhada por todos. Segundo Taylor, com o colapso do sistema hierárquico que caracterizou o Antigo Regime e o nascimento da democracia, era inevitável que o conceito de honra fosse deslocado (2001, p. 242).

Em consequência disto, certas formas de reconhecimento assumiram um papel essencial na nova cultura democrática. Nas palavras do próprio Taylor: “A democracia levou a uma política de igual reconhecimento, a qual tomou várias formas através dos anos, e retornou na forma de demandas pelo igual status de todas as culturas e gêneros” (2001, p. 243). O discurso do reconhecimento se intensificou ao final do século XVIII com o nascimento de uma nova maneira de entender o conceito da identidade individual, ao qual Taylor identifica com o ideal da autenticidade. Este ideal está relacionado à ideia de que os seres humanos possuem a capacidade para distinguir o “bem do mal”. Taylor associa esta ideia à concepção rousseuniana da moralidade como o “seguir a voz da natureza em

nós”. Mas é em Herder que Taylor encontra o ideal moral que se apresenta nas democracias contemporâneas²⁰.

Se todo mundo tem uma maneira original de ser, a ideia de uma identidade rígida, baseada na posição social, característica das sociedades hierárquicas, deve ser rechaçada, pois dita maneira particular de ser não pode ser socialmente derivada, mas gerada por cada indivíduo. Mas, se eu gero minha própria identidade, qual é a relação entre esta e seu reconhecimento, o qual necessariamente envolve a presença de outros? Para Taylor, a identidade se negocia através de um diálogo em parte externo, em parte interno, com os demais: nossa identidade sempre é o resultado de nossas relações e diálogo com os *outros* (2001, p. 248). Tal como assinala Olchowy (1999), os seres humanos não podem seguir assumindo que possuem identidades autossuficientes.

Taylor não pretende argumentar que em épocas anteriores o reconhecimento não fora importante. O que distingue a época moderna é o fato de que, já que como as identidades não estão arraigadas a uma posição social, o reconhecimento tem que ser “ganho” e, como sugere Taylor, a tentativa de obtê-lo pode falar. Assim, o reconhecimento se torna crucial, pois seu rechaço pode causar um dano real àqueles a quem é negado, resultando em uma forma de opressão, encarcerando alguém a um modo falso, distorcido e reduzido de ser. O reconhecimento igual é, inevitavelmente, a modalidade adequada a uma sociedade democrática saudável (Taylor, 2001, p. 249).

Assim, o discurso de reconhecimento tornou-se familiar em dois níveis. Em primeiro lugar, na esfera íntima, em que compreendemos que a formação da identidade e do *Self* ocorre num contínuo diálogo e luta com outros significativos. E, em segundo, na esfera pública, na qual uma política de reconhecimento igual veio a desempenhar um papel cada vez mais importante (Taylor, 2001, p. 250). Na verdade, ela veio significar duas coisas bem diferentes, vinculadas, respectivamente, com as duas mudanças que Taylor descreve. Com a passagem da honra à dignidade de todos os cidadãos, veio uma política do universalismo que enfatizou a igual dignidade de todos os cidadãos, política cujo conteúdo tem sido a equalização de direitos e privilégios. Em contrapartida, a segunda mudança, o desenvolvimento da moderna noção de identidade, originou a política da diferença, pela qual *todos* devem ter reconhecida sua identidade peculiar. Com a política da diferença, pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse

20 Com as palavras do próprio Taylor: “O ideal da autenticidade assume caráter crucial graças ao desenvolvimento pós-Rousseau que associa ao nome de Herder – mais uma vez, antes como seu primeiro articulador do que como seu originador. Herder apresentou a ideia de que cada um de nós tem um modo original de ser humano: cada pessoa tem sua própria “medida”. Essa ideia mergulhou profundamente na consciência moderna. Ela é uma nova ideia. Antes do final do século XVIII, ninguém pensava que as diferenças entre os seres humanos tivessem esse tipo de significação moral. Há um certo modo de ser humano que é meu modo. Sou chamado a levar minha vida assim, e não imitando a de outrem” (Taylor, 2001, p. 244-245).

indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas. 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 da autenticidade (Taylor, 2001, p. 250-251).

Subjaz a essa exigência um princípio da igualdade universal. A política da diferença, para Taylor, está repleta de denúncias de discriminações e recusas que produzem cidadanias de segunda classe. Isso dá ao princípio da igualdade universal um ponto de entrada na política da dignidade. Contudo, uma vez dentro dela, suas exigências não se assimilam a essa política com facilidade. Por isso, ele pede que demos reconhecimento e *status* a algo que não é universalmente partilhado. Por outras palavras, só damos o devido reconhecimento àquilo que está universalmente presente – todos têm uma identidade – por meio do reconhecimento do que há de peculiar a cada um. A exigência universal fortalece o reconhecimento da especificidade (Taylor, 2001, p. 251).

Para Taylor, por fim, se a redefinição socioeconômica justificou programas sociais redistributivos altamente controversos, ao abrir oportunidades especiais oferecidas a certas parcelas da população, e consideradas pelos críticos como formas de favoritismo indevido, conflitos semelhantes advêm hoje em torno da política da diferença. Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem “cegas” às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado, o que leva a que certos grupos de uma mesma população nacional tenham certos direitos e poderes que outros, dentro do mesmo espaço geopolítico, não tenham, ou que certas minorias tenham o direito de excluir outras a fim de preservar sua integridade cultural (Taylor, 2001, p. 251).

Outra perspectiva completamente distinta da política da diferença busca desenvolver uma concepção de justiça que integre problemas culturais e econômicos. Aqui podemos alocar as políticas da diferença de Iris Marion Young e Nancy Fraser. Young tenta deslocar a discussão acerca da justiça desde a mera distribuição da riqueza até um enfoque cujo ponto central seja a dominação e a opressão (1990). Nas palavras da autora:

Existe um sem-número de demandas sobre justiça e injustiça em nossa sociedade que não tratam primordialmente acerca da distribuição de salários, recursos ou posições. Concentrar-se na distribuição de bens materiais e recursos restringe de maneira inapropriada o alcance da justiça, pois não logra colocar sob avaliação as estruturas sociais e os contextos institucionais (1990, p. 20).

A partir de uma análise dos movimentos sociais contemporâneos e da limitação que os paradigmas distributivos apresentam no tratamento de diversas demandas que não são redutíveis à lógica da distribuição, tal como direitos,

oportunidades e autorrespeito, Young propõe uma definição de injustiça como dominação: o constrangimento institucional à autodeterminação; e opressão: o constrangimento institucional ao autodesenvolvimento. De acordo com essa definição que, segundo Young, recupera a maneira pela qual os novos movimentos sociais concebem a injustiça, justiça social diz respeito ao grau em que uma sociedade promove as condições necessárias para o autodesenvolvimento, definido como desenvolvimento e exercício da capacidade dos sujeitos de expressarem suas capacidades, e à autodeterminação, entendida como participação do sujeito na determinação de suas ações e das condições destas.

Para Young, a opressão é uma condição estrutural que atinge os *grupos sociais* e no sentido mais geral se caracteriza pelas injustiças às quais alguns grupos são submetidos, resultado da inibição de suas habilidades para desenvolver e exercer suas capacidades, assim como para expressar suas necessidades, ideias e sentimentos (Young, 1990, p. 40). São práticas sociais sistemáticas e muitas vezes inconscientes, que colocam certos grupos em posição de desvantagem perante os grupos dominantes. Desta forma, as relações de opressão estão sempre atreladas à noção de grupo. “Opressão faz referência a fenômenos estruturais que imobilizam ou diminuem um grupo” (Young, 1990, p. 42). Assim, a opressão na visão de Young consiste em uma série de processos institucionais sistemáticos que impedem que algumas pessoas aprendam a utilizar destrezas satisfatórias em cenários sociais reconhecidos ou processos institucionais que inibem a habilidade das pessoas interatuar e de comunicar-se com os demais ou expressar seus sentimentos e perspectivas sobre a vida social em contextos onde outros possam escutá-los (Young, 1990, p. 38).

As ideias de Young foram fortemente criticadas por Fraser, que insiste em que ainda que a versão de Young da ‘política do reconhecimento’ aparente atender ao mesmo tempo tantos problemas de natureza cultural quanto de ordem econômica, seu enfoque privilegia o primeiro tipo de injustiça em detrimento do segundo (Fraser, 1997).

Segundo Fraser, a construção de Young se caracteriza por uma tensão não resolvida. Ela contém uma cara cultural, exemplificada nas cláusulas que se referem à inibição da habilidade das pessoas de interatuar com os demais e expressar suas experiências em contextos públicos. Nestas cláusulas, a opressão se identifica com certa inibição da expressão e da comunicação, enraizada na falta de reconhecimento cultural. A cara político-econômica da definição pode identificar-se nas referências a limites no desenvolvimento e exercício das capacidades e nos “processos institucionais sistemáticos que impedem que algumas pessoas aprendam a utilizar destrezas satisfatórias em cenários sociais reconhecidos”. Aqui, a opressão se define como uma inibição no desenvolvimento de destrezas, enraizada em desigualdades na divisão do poder (Fraser, 1997, p. 193).

Esta visão, assinala Fraser, não integra de maneira adequada as injustiças do tipo cultural e as de ordem econômica. Por um lado, a dimensão cultural da definição sugere que os oprimidos possuem certas capacidades e talentos que se encontram intactos. A injustiça desta dimensão da definição consiste na inibição e na falta de reconhecimento de modos específicos de expressão cultural (Fraser, 1997, p. 193). Por outro lado, a dimensão econômica da definição sugere que algumas capacidades e destrezas dos grupos oprimidos se encontram subdesenvolvidas (Fraser, 1997, p. 194). Neste sentido, o que se sofre é uma falta de oportunidade para aprender e desenvolver destrezas relacionadas ao mundo da produção. Para remediar esta injustiça seria necessário prover à gente que sofre oportunidades para o autodesenvolvimento, e isso é um assunto redistributivo que a política da diferença não contempla.

Fraser também encontra um problema similar com o que Young entende por 'grupo social'. Young define 'grupo social' como um coletivo de pessoas que têm afinidade entre si como resultado de uma série de práticas ou modos de vida compartilhados, que se diferencia ou pode ser diferenciado de pelo menos outro grupo (YOUNG, 1990, p. 186). Para Young, as afinidades que constituem um grupo social surgem como resultado do compartilhamento de uma posição na divisão do trabalho, ou como resultado de uma experiência comum de hostilidade proveniente do exterior (Fraser, 1997, p. 195). Tal como sucede em sua definição da opressão, Young utiliza um só conceito – neste caso, 'grupos sociais' – para referir-se a um fenômeno que é cultural e econômico ao mesmo tempo.

Ainda que a concepção de Young dos grupos sociais possua a vantagem de incluir distintos tipos de coletividades, Fraser insiste em que a mesma não deixa de ser problemática. A assimilação de grupos raciais, étnicos, de gênero e de classe no conceito de 'grupo social', pode resultar no não fazer justiça a cada um deles. A preocupação de Fraser é que a política da diferença privilegia aos grupos sociais baseados na cultura, cujo paradigma é o grupo étnico. No caso deste grupo, a afirmação da diferença pode ser emancipatória, mas quando as diferenças não repousam na etnicidade, mas na posição de um grupo no mundo da produção, a afirmação da diferença perde relevância e o que a justiça requer é precisamente fragilizar a diferença e reestruturar a divisão do trabalho (Young, 1990, p. 207).

Em sua tentativa por oferecer uma solução a este problema, Fraser pede que imaginemos um espectro conceitual de coletividades sociais no qual em um extremo se situariam grupos que entrariam no modelo redistributivo e, em outro, grupos que entrariam no modelo do reconhecimento. Neste espectro conceitual poderíamos identificar a 'classe' como o grupo ideal da redistribuição e os grupos diferentes por sua sexualidade como o grupo ideal para o reconhecimento. Em outras palavras, 'classe' (conforme o marxismo tradicional) é um modo de diferenciação social claramente enraizado na estrutura econômica da sociedade,

enquanto os grupos diferenciados por sua sexualidade, como os homossexuais, sofrem uma injustiça sofrida claramente fundada na cultura. O remédio para a injustiça sofrida pelos membros da classe explorada seria a redistribuição, enquanto o remédio para aqueles rechaçados por sua sexualidade é o reconhecimento.

O problema surge com coletividades localizadas no centro do espectro conceitual, que combinam, por exemplo, características da classe explorada com características dos grupos discriminados por sua sexualidade. Fraser identifica tais coletividades como 'coletividades bivalentes'. Estas coletividades se distinguem tanto na cultura quanto na economia, e em consequência disto, necessitam de remédios redistributivos e de reconhecimento (Fraser, 1997). Mais recentemente a autora fala ainda sobre a necessidade desses grupos terem representação e participação nos setores sociais estratégicos de decisões políticas. Assim, para eliminar as injustiças socioeconômicas relacionadas à violência de gênero, seria necessário abolir a divisão do trabalho baseada nestas diferenças. Mas o gênero também envolve injustiças culturais (por exemplo, normas sociais que privilegiam traços associados com a masculinidade) (Fraser, 1995).

Nesse sentido, quando a mulher sofre dois tipos de injustiças e necessita dois tipos de remédio, surge o dilema redistribuição-reconhecimento: a lógica da redistribuição aponta para a abolição do gênero, enquanto a lógica do reconhecimento aponta até a valorização da sua especificidade. Para enfrentar este dilema, Fraser propõe dois tipos de remédios distintos: a afirmação e a transformação. No caso das injustiças de tipo cultural, os remédios afirmativos apontam até a revalorização das identidades dos grupos sem modificar seu conteúdo nem os dos grupos dos quais são diferenciados. Por exemplo, no caso dos homossexuais, isto simplesmente significaria afirmar a diferença (Fraser, 1995, p. 79). De acordo com esta perspectiva, esta positividade subsistirá por si mesma, necessitando somente reconhecimento adicional. Em contraste, os remédios transformativos, ao serem aplicados à cultura, atenderiam o caso da homossexualidade desestabilizando identidades e diferenciações de grupos existentes, criando diferenças sexuais ambivalentes e constantemente em modificação, ou, de outra forma, as políticas de cotas destinadas a afrodescendentes, situação em que há o reconhecimento/afirmação da identidade ao mesmo tempo que se redistribui bens sociais (vagas em universidades públicas) equalizadores no plano socioeconômico.

Diferentemente de Fraser, para Axel Honneth, o reconhecimento é uma categoria moral fundamental, suprema, sendo o problema da distribuição apenas uma derivação. O ideal socialista da redistribuição é considerado como uma decorrência, como uma subespécie da luta por reconhecimento. Honneth entende que o conceito de reconhecimento, desde que bem compreendido, pode levar a uma versão modificada do paradigma marxista de redistribuição econômica. O autor sugere que as injustiças distributivas devem ser entendidas com a expressão

institucional da falta de respeito social ou, melhor dizendo, de algumas relações injustificadas de reconhecimento. Argumentando contra o posicionamento de Fraser, Honneth alega que “orientar en sentido normativo una teoría social crítica hacia las demandas públicamente perceptibles de los movimientos sociales tiene la consecuencia no buscada de reproducir las exclusiones políticas” (Honneth, 2006, p. 100). De tal modo, o autor acredita que o pensamento de Fraser dá a impressão de que os grupos sociais estão lutando basicamente por recursos materiais ou pelo reconhecimento cultural, de modo que se surpreende que Fraser não encontre nenhuma expressão sistemática para a luta pela igualdade jurídica.

O autor alemão, igualmente a Hegel, que o inspira, considera que os conflitos sociais são constitutivos, tanto de intersubjetividades, quanto dos próprios sujeitos. O conflito é travado intersubjetivamente e caracteriza-se por uma luta moral na medida em que os sujeitos lutam por reconhecimento recíproco de suas identidades, o que gera uma pressão social para o estabelecimento prático de instituições garantidoras da liberdade. Apoiado em Georg H. Mead, psicólogo americano, Honneth reafirma o caráter social da identidade e a ideia de que se pode perceber a evolução moral da sociedade nas lutas por reconhecimento. A identidade se constrói de modo conflitual, intersubjetivo, visando a um reconhecimento que decreta o fim de uma situação de violência causada pelo não reconhecimento. São os conflitos sociais, intersubjetivos, que constituem as diferentes lutas pelo reconhecimento recíproco de cada uma das identidades conflitantes.

Honneth valoriza os padrões de reconhecimento intersubjetivo na estrutura das relações sociais. O reconhecimento não é uma categoria que se esgota nos processos coletivos de socialização, nas formas institucionais da vida pública apenas. Nas relações privadas, interpessoais, intersubjetivas, residem as principais experiências de reconhecimento que resultam na identidade pessoal. Para Honneth, atualizando Hegel (que já falava em amor, Direito e eticidade como três esferas do reconhecimento) e Mead, esses padrões de reconhecimento intersubjetivo seriam o amor, o direito e a solidariedade.

O amor, o afeto, é a primeira esfera de reconhecimento que liga o sujeito ao semelhante mais próximo, aos seus familiares. Apoiado em Winnicott, defende que as relações afetivas da primeira infância entre mãe e criança formam laços de confiança substanciais, reforçam o amor do outro e a confiança no outro, que geram autoconfiança e amor em si mesmo. Justamente por precisarem uma da outra, criança e mãe necessitam construir um pouco de independência para si para continuar a vida. O amor, para Honneth, é um fundamento estrutural de toda a eticidade.

A segunda esfera de reconhecimento intersubjetivo se dá pelo Direito. Segundo Honneth (2003), o reconhecimento jurídico está sustentado na natureza ética dos sujeitos que pretendem afirmar seus direitos mediante a supressão dos

particularismos e posições unilaterais subsistentes na relação das diferenças. Nos conflitos multiculturais, as lutas por reconhecimento se caracterizam por um aspecto fundamental da coexistência positiva das diferenças. Honneth entende que a lei, por ser constituída de maneira universalista, sob condições modernas, tutela os direitos de forma igualitária, desvinculando o reconhecimento jurídico de qualquer espécie de status social ou estamento. O reconhecimento jurídico cumpre um papel importante na formação do autorrespeito na pessoa, consubstanciado pela possibilidade de se referir a si mesmo de modo positivo, como sujeito de direitos e participante dos acordos discursivos de uma coletividade.

O terceiro padrão de reconhecimento intersubjetivo descrito pelo autor é a solidariedade. Em palavras objetivas, solidariedade é uma forma de reconhecimento baseada em relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados. As pessoas se ligam reciprocamente por considerarem importantes as potencialidades e capacidades do outro nas ações comuns. Relações desse tipo são solidárias porque acolhem e dão valor positivo à particularidade individual de outro sujeito, demonstram interesse afetivo pelo outro e cuidam para que tais propriedades possam desenvolver-se e tornarem possíveis os interesses comuns. Em condições de solidariedade, o sujeito sabe-se estimado pelos outros, se reconhece como “membro de um grupo social que está em condições de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os demais membros” (Honneth, 2003, p. 209). E esse sentimento tende a ficar ainda mais intenso em momentos de dificuldade, como acontece nos casos de guerra.

Após estabelecer os três padrões de reconhecimento, Honneth inverte a análise e pontua situações de desrespeito e degradação que impedem a realização do indivíduo em sua totalidade. Cada padrão de reconhecimento pode ser interpretado, na direção do não reconhecimento, como uma espécie de ofensa. A violência física afeta a integridade corporal dos sujeitos e é uma forma de ofensa que fragiliza a autoconfiança básica. Esse tipo de ofensa, além da dor física propriamente dita, comenta Honneth, priva o ofendido de seu próprio corpo e compromete seu senso de realidade; o ofendido deixa de pertencer-se por conta do ato violento. A privação ou negação de direitos é retratada pelo autor como uma segunda forma de não reconhecimento, pela qual é negado ao sujeito o direito de interagir com os demais membros da comunidade em igualdade de condições. A humilhação ou desvalorização dos estilos de vida é a terceira forma de não reconhecimento. Essas ofensas ao reconhecimento funcionam como mecanismos de autocompreensão negativa, que destroem a identidade e, por conta disso, tendem a desprestigiar ou mesmo eliminar as diferenças. Por isso, a degradação da estima social, a violação da autonomia e a privação de direitos são compreendidas, pelo autor, como provocações que devem estimular a ação política em favor das lutas por reconhecimento.

Sendo, para Honneth, o conflito social a base da interação, sua gramática, a luta por reconhecimento, inclui um modelo de compreensão da realidade social num momento em que os conflitos sociais, mais do que a demanda por uma justa distribuição de bens materiais, incluem em pauta a luta pela dignidade humana, pela integridade física e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida. Portanto, “é possível ver nas diversas lutas por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais” (Honneth, 2003, p. 18). Dessa forma, Honneth acaba por impor um peso enorme na luta por reconhecimento, relegando, a segundo plano, a luta de classes pela detenção do capital simbólico existente na sociedade contemporânea. Do mesmo modo, entende que todos os conflitos sociais têm sempre a natureza do reconhecimento se sobrepondo à luta pela redistribuição de renda.

2. DECISÃO JUDICIAL, GARANTIAS, IGUALDADE E DEMOCRACIA

O devir da diferença nas últimas seis décadas pode ser escalonado em três grandes movimentos de desterritorialização e reterritorialização, não separados de modo claro em termos de sucessão temporal. O primeiro foi marcado pelas grandes resistências, revoltas e, segundo alguns, revoluções culturais e comportamentais, que ocorreram a partir dos anos 60, período que culminou no maio de 68; o segundo grande movimento foi o teórico, caracterizado pelo surgimento e consolidação de toda uma tradição de vertente crítica, cujo ponto central das reflexões tem sido a diferença. Assim, por exemplo o pós-estruturalismo francês, o criticismo negro, o feminismo em suas múltiplas manifestações etc.; por fim, o terceiro passo desse vir-a-ser da diferença é a sua institucionalização política e jurídica. Sem nos adentrarmos, em razão da limitação espacial do trabalho, com profundidade no primeiro aspecto, e após uma breve mas considerável delimitação do que se tem entendido por diferença em termos de possibilidades de estabelecimento de políticas públicas e demandas judicializáveis (reconhecimento e redistribuição, afirmação e transformação), o tópico central deste trabalho refere-se a como têm se materializado e operado institucionalmente estas ideias igualitárias, a partir da propulsão gerada pelo (s) conceito (s) de diferença, especialmente no plano de atuação do Poder Judiciário.

Um primeiro aspecto dessa questão é a de se as ideias igualitárias que tem como elemento central a diferença poderia aspirar a uma positivação constitucional (internacional e nacional) e infraconstitucional. A este questionamento, algumas respostas já foram elaboradas (Copetti Santos e Lucas, 2015a; 2019b), demonstrando a prodigalidade do constitucionalismo internacional em termos de convenções e declarações de direito, bem como do constitucionalismo latino-americano na normatização da tutela da diferença. A tendência a incorporar nos textos constitucionais referências normativas a direitos que visem a tutelar mi-

norias, especialmente naqueles que se situam nos marcos do constitucionalismo democrático e social de Direito, tem se demonstrado cada vez mais forte, inobstante os espasmos xenofóbicos, misóginos, racistas e homofóbicos, dentre outras possibilidades de manifestações discriminatórias abomináveis que têm movido contemporaneamente alguns governos radicais ultraconservadores. Já no âmbito infraconstitucional, esse movimento de positivação não tem tido a mesma potência do que acontece no plano constitucional, havendo várias lacunas que, não raro, têm exigido sua colmatação pela atuação judicial.

Essa última situação tem colocado um grande interrogante sobre os papéis que devem cumprir os órgãos políticos e judiciais na implementação democrática dessas ideias. O que aqui se coloca como problema a ser resolvido no plano institucional diz respeito ao alcance do poder dos órgãos judiciais em contraste com os ramos políticos do Estado na concretização de direitos de minorias, cuja demanda central seja o reconhecimento de uma diferença identitária ou a eliminação de diferenças socioeconômicas. O que se nota nos sistemas jurídicos que adotaram modelos constitucionais principiológicos é um significativo aumento do protagonismo judicial no atendimento de demandas cuja tutela não foi estabelecida normativamente pelo ramo político-legislativo do Estado ou através de políticas públicas pelo Executivo. Tal situação tem gerado um forte debate sobre os limites e a legitimidade democrática do ativismo judicial²¹.

Uma questão importante a ser respondida para melhor entender e justificar decisões judiciais (por muito tidas como ativistas) em termos de efetivação do direito à diferença, refere-se aos fatores que explicam um significativo aumento do protagonismo do Poder Judiciário em termos de concretização de políticas públicas. A literatura tem identificado distintos fatores causais deste fenômeno. Dentre vários elementos que podem ser apontados como causa deste fenômeno, destacamos três, que entendemos serem de fundamental importância. Em primeiro lugar, destacamos os fatores que estão vinculados com as mudanças da estrutura de oportunidades de regulação (Slumovitz, 2008, p. 291). Um dos principais pilares da intervenção judicial sobre as políticas públicas voltadas à efetivação do direito à diferença reside na ordem normativa existente. Tais mudanças normativas ocorreram nas últimas décadas tanto no âmbito internacional, com a edição de um grande número de Cartas e Convenções, quanto no plano nacional (Copetti Santos e Lucas, 2019). No caso brasileiro, inobstante uma série de avanços no plano infraconstitucional a partir de indicações normatizadoras presente na CF/88, ainda permanecem debilidades e lacunas, tanto

21 Sobre as dimensões do ativismo judicial do STF, ver Azevedo Campos (2014). Para uma compreensão conceitual detalhada acerca do que seja ativismo judicial, ver Ramos (2015). Acerca da diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, ver Streck (2016).

em termos materiais quanto procedimentais. Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988 foram positivados uma série de princípios e de regras programáticas que permitiram novas possibilidades hermenêuticas da Constituição, criando condições normativas para atuações interventivas do Poder Judiciário a partir de silêncios dos ramos políticos do Estado. Em outras palavras, a partir de uma institucionalização normativo-constitucional, emergiram as condições para uma institucionalização judicial da diferença. Esta alteração da estrutura normativo-constitucional foi muito significativa, pois jamais ocorrera em nosso constitucionalismo uma positivação da ideia de um igualitarismo que tomasse como ponto de partida a diferença. O que ficou claro, ao longo de 36 anos da promulgação da CF/88, é que foi sobre este marco normativo constitucional que tem se apoiado decisões judiciais identitárias no Brasil (sejam elas boas ou não).

A existência deste marco normativo constitucional soma-se um segundo fator, de cariz institucional, qual seja, o acontecimento de uma cultura jurídica de valorização do texto constitucional, desde as faculdades de Direito até portões institucionais de acesso às profissões jurídicas, fator que repercutiu enormemente na formação dos operadores jurídicos. Uma nova geração de profissionais do Direito, com uma base constitucionalista em sua formação, deu origem a novas demandas, a novos pareceres e posicionamentos e a novas decisões judiciais. Tratam-se de novos advogados, defensores, procuradores, promotores e juízes que lavraram uma nova jurisprudência bastante inovadora, especialmente aquela baseada em demandas igualitárias. Soma-se a isto novas tecnologias processuais, que ainda precisam ser aperfeiçoadas, mas que já têm permitido levar adiante essas novas demandas.

Um terceiro fator relevante, que opera sobre o fenômeno da intervenção judicial em matéria de direito à diferença, diz respeito à presença de importantes “estruturas de apoio”, conformadas por organizações que garantem o desenvolvimento dos litígios, especialmente através da provisão de conhecimento especializado e financiamento. Ainda que a literatura tenha posições desconstruídas acerca da importância da presença de estruturas de apoio para o desenvolvimento do protagonismo judicial, o certo é que no caso da intervenção judicial para a concretização de políticas anti-discriminação tais estruturas têm sido fundamentais.

Enumeradas e analisadas brevemente estas causalidades do protagonismo judicial na efetivação de políticas públicas, mais especificamente em relação à efetivação do direito à diferença, outra pergunta que não pode ser evitada refere-se a que conteúdos podem ter as decisões do Poder Judiciário neste campo tão nebuloso em termos de ações estatais, separação dos poderes, interpretação da Constituição e efetivação da democracia? Aqui, como ponto de partida, servimo-nos da seguinte classificação proposta por Abramovich, cujo cerne são possíveis

relações entre decisões judiciais e políticas públicas e, por consequência, possíveis interferências do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo²².

Em termos jurídicos mais restritos, especificamente no âmbito processual, os êxitos obtidos nos tribunais, as dificuldades registradas na implementação de decisões favoráveis e as inovações produzidas pelo protagonismo judicial têm propiciado debates e reflexões sobre os remédios judiciais (Sabel, Simon, 2004; Bergallo, 2005; Rodríguez Garavito, Rodríguez Franco; 2010). Alegre (2012, p. 205) refere, neste aspecto, que os juízes que assumam seu dever de proteção dos direitos socioeconômicos básicos, aos quais acrescentaríamos os direitos culturais com base na ideia de diferença, têm ao seu alcance diversas formas de forçar o resto do Estado. Podem invalidar medidas que vulnerarem o mínimo social, ordenar as prestações que lhes correspondam, declarar a inconstitucionalidade de normas etc. Aqui, também, cabe uma vez mais destacar a caracterização de Abramovich relativa aos tipos de medidas buscadas nos processos judiciais, que podem classificar-se em:

a) Remedios declarativos; b) emisión de órdenes detalles y completas de cumplir prestaciones y servicios; c) emisión de instrucciones generales para definir políticas o cursos de acción al gobierno o al Congreso y un sistema de supervisión; d) emisión de instrucciones generales de definir una política y diseño de procedimientos de diálogo, concertación o intercambio de información para calificar el proceso de elaboración o implementación de esta política (Abramovich, 2009, p. 57).

Trazendo essas classificações para o âmbito mais empírico das decisões judiciais, buscaremos prospectar e analisar os sentidos políticos (reconhecimento e/ou redistribuição, afirmação e/ou transformação) que têm sido dados pelo Poder Judiciário brasileiro em algumas decisões paradigmáticas nas quais um dos pilares argumentativos centrais tenha sido a ideia de diferença.

2.1. UM CONSTITUCIONALISMO DE RECONHECIMENTO/IDENTITÁRIO?

Renovamos, com um aprofundamento empírico de justificações, nosso entendimento de que são legitimamente democráticos e adequados aos marcos do constitucionalismo social republicano as decisões judiciais voltadas especificamente ao reconhecimento de diferenças identitárias, sem repercussões em termos de aumento de despesas no orçamento público, materializados através de remédios judiciais declaratórios afirmativos. Ilustram bem esta situação de legitimidade de uma sequência de decisões, pelos tribunais brasileiros, que criaram um espaço

22 De acordo com Abramovich, as decisões judiciais que se relacionam com políticas públicas podem ser classificadas da seguinte forma: "a) decisiones judiciales que invalidam políticas públicas por ser contrarias a estándares jurídicos; b) decisiones judiciales que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales; c) decisiones judiciales que obligan a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social, a partir de la aplicación directa de normas constitucionales; d) decisiones judiciales que reconfiguran aspectos parciales de políticas públicas, obligando a extender las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados; e) decisiones judiciales que ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información" (Abramovich, 2009, p. 50).

de cidadania, sem precedentes em nossa história, para os indivíduos que amam e desejam pessoas do mesmo sexo. Decisões que foram inicialmente tomadas em tribunais inferiores culminaram com a decisão prolatada na ADI 4277 (BRASI, 2011), decorrente da encampação dos argumentos da ADPF 132, que reinterpretou o art. 1.723 do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico, aproximando o mundo artificial das instituições do mundo natural da vida em suas mais eróticas manifestações²³.

Essa postura reiteradamente ativa dos tribunais brasileiros na tutela das demandas dos homossexuais também foi positivada na decisão prolatada na ADO 26 (BRASIL, 2019), a qual: a) declarou a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que tornasse efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando a cientificação do Poder Legislativo para a colmatação do estado de mora constitucional; b) concedeu interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. Esta decisão, que tem sido que alvo de fortes críticas por parte de penalistas mais tradicionais, aferrados ao princípio da legalidade, é tipicamente o que entendemos com um julgado protagonista e legitimamente democrático, pois, diante da estagnação legislativa em produzir uma proteção normativa para uma minoria historicamente violentada, sacramentou, por via judicial, uma tutela absolutamente importante para um avanço civilizatório de nossa sociedade.

Também relevante para a suavização das relações de gênero foi a decisão do STF na ADPF 291 (BRASIL, 2016), que reinterpretou o art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem”. Decidiu a Suprema Corte brasileira pela não recepção parcial do referido dispositivo legal pela Constituição de 1988. O entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição

23 Essa decisão veio na esteira de outras decisões referentes a casais homoafetivos que se referiam a outros tipos de demandas, tais como: a adoção de menores por casais homossexuais (Recurso Especial nº 889.852 – RS 2006, Ap. Cível nº 1.0470.08.047254-6/001/MG, Ap. Cível 582499-9/PR), o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato para fins de partilha de bens (Resp. 648.763/RS), o reconhecimento do direito à pensão por morte de um dos membros da união homoafetiva em razão da morte do titular do plano de previdência (Resp. 1.026.981/RJ, 238.715RS), a geração do direito a um dos membros da união homoafetiva de ser incluso no plano de saúde do companheiro (Resp. 238.715RS), reconhecimento do direito à herança (Apelação Cível n. 0007309-38.2003.8.19.0204/RJ), reconhecimento do direito a verbas rescisórias do de cujus a serem divididas igualmente entre sua filha e seu companheiro (Ap. Cível n. 0003873-96.2002.8.19.0207/ RJ).

de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. A manutenção da redação original do artigo consistiria em “manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados”.

Por fim, o coroamento das decisões judiciais de reconhecimento absolutamente democrático, construído para a atendimento das demandas dos homossexuais, foi estabelecido na decisão recente da ADI 5543 (BRASIL, 2017), na qual o STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, as quais criaram uma política restritiva para a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras. Trata-se, segundo a excelsa Corte, de discriminação injustificável, pois não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria”.

Duas outras decisões em sede de controle de constitucionalidade revelam esse protagonismo judicial de reconhecimento perpetrado pelo STF. Referimo-nos especificamente à ADI 4424 (BRASIL, 2014) e ADC 19 (BRASIL, 2014a). Reconhecendo o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônico com a Constituição Federal, uma vez que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira, o STF, na primeira, dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticada contra a mulher no ambiente doméstico, enquanto na segunda, declarou a constitucionalidade dos artigos 33 e 42 da mesma Lei, para firmar a conveniência da instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e afastar a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes de violência doméstica, medidas declaratórias que afastaram qualquer traço de menor potencial ofensivo neste tipo de delito.

2.2 DECISÕES JUDICIAIS DE REDISTRIBUIÇÃO PARA CONSOLIDAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA

Por outro lado, seguindo a reflexão de Fraser exposta no item anterior, que se posiciona no sentido de que questões de reconhecimento e redistribuição estão integradas, entendemos que há algumas situações em que, mesmo com consequências redistributivas e orçamentárias, as decisões judiciais são legítimas

sem afetarem as virtudes democráticas de um sistema de divisão de poderes constitucionalmente institucionalizado.

Aqui, de forma preliminar a este nosso raciocínio, lançamos mão da concepção igualitarista de Alegre (2012). Para o professor argentino, o igualitarismo, em termos socioeconômicos, pressupõe um piso e um teto. Sobre o piso, refere Alegre que o igualitarismo deve tirar proveito de certas intuições acerca da especial relevância de determinadas *necessidades básicas*. É claro que os igualitários pretendem muito mais que a satisfação destas necessidades, mas seria insensato não aproveitar a aceitação quase universal, até mesmo por liberais não igualitários, da ideia de que é tarefa inafastável dos Estados o atendimento destas necessidades. O igualitarismo na visão deste autor deve desenvolver o princípio da prioridade, mostrando como de sua aceitação se seguem outras importantes consequências. E se é responsabilidade do Estado a atenção a interesses básicos, então não é seu dever garantir, referindo-se ao teto, a satisfação de interesses frívolos ou despojados de qualquer conteúdo de necessidade ou urgência (Alegre, 2012, p. 192).

De um apoio simultâneo na visão de Fraser acerca da necessária imbricação entre políticas de reconhecimento e de redistribuição e na de Alegre relativa à prioridade das ações estatais voltadas a atender o piso das necessidades existenciais básicas, emerge, em nosso entendimento, um novo campo de legitimação democrática para uma atuação do Poder Judiciário, especialmente quando há lacunas deixadas pela inércia dos ramos políticos do Estado. Neste sentido, temos a convicção da total legitimidade democrática de uma atuação judicial interventiva proibindo que se viole este mínimo ou ordenando que se adote medidas tendentes à satisfação, quando ações políticas de reconhecimento dependem de uma complementação material através de políticas de redistribuição, como forma de garantir a consolidação da posição sociojurídica reconhecida, pela satisfação de um piso existencial. Entendemos que posições judiciais com este escopo são absolutamente legítimas. Se diferenças culturais ou comportamentais reclamam uma ação redistributiva associada, não temos qualquer dúvida que uma posição judicial com tal escopo igualitário reforça a qualidade democrática não só das instituições de Estado, mas da própria sociedade.

Não há dúvida de que os ramos políticos dos poderes de Estado são os principais responsáveis pelos programas igualitários, especialmente por apoiarem sua legitimidade sobre a regra da maioria, e notadamente quando referidos a um teto existencial. A regra da maioria, no plano formal/procedimental, considerado como um método idealizado de tomada de decisões, é essencial à democracia, e assim sendo, seria um contrassenso democrático que minorias pudessem tomar decisões que viessem a afetar a maioria, e uma forma distinta de tomar decisões coletivas implicaria o reconhecimento de que certas pessoas ou grupos são merecedores de maior respeito ou que possuem uma maior dignidade. Mas no

plano material/substancial a situação é um pouco distinta. Se no âmbito formal/procedimental uma tomada de decisões por minoria é uma violação do sentido igualitário desta regra, no plano material/substancial a negação de um direito a uma minoria, seja ele socioeconômico ou cultural/comportamental, também se constitui como uma violação ao princípio igualitário. Assim, tanto negar o acesso a uma pessoa a um mínimo de recursos fundamental para sua existência, quanto negar o reconhecimento de uma determinada condição diferencial de uma pessoa ou grupo, ou, ainda mais, negar as duas situações quando a consolidação de ambas somente se perfaz conjuntamente, são situações em que a maioria, impondo uma condição de indignidade, está violando o caráter igualitário da democracia. E deste modo, não constitui uma boa resposta normativa, frente a uma pessoa que não dispõe do mínimo necessário ou do reconhecimento de sua identidade para levar uma vida com um sentido de dignidade, dizer-lhe que deve respeitar a decisão majoritária que a comunidade, diretamente ou por representantes, tomou em seu desfavor.

A violação do sentido igualitário da regra da maioria e, por consequência, da própria democracia, levou à construção, no plano jurídico-constitucional, das concepções/funções contramajoritárias das Constituições contemporâneas, as quais traduzem, institucionalmente, o resultado das lutas pelo relaxamento dos limites impostos às minorias pelas majorias. Os textos constitucionais de nosso tempo possuem uma verdadeira potencialidade terapêutica contra possíveis abusos de uma maioria constante reificada, seja no que toca às imposições de abstenções discriminatórias, seja em relação às determinações de realização de ações de afirmação da cidadania em seus mais variados aspectos.

No plano institucional de funcionamento dos poderes públicos, este constitucionalismo contramajoritário tem sido um dos principais, senão o principal fundamento de legitimação democrática das decisões judiciais que visem à afirmação de uma condição diferencial identitária ou transformação de uma condição de desigualdade socioeconômica negativa. Ora, se for aceita, sem maiores questionamentos quanto a sua legitimidade democrática, a atuação do Poder Judiciário para invalidar ou declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros poderes públicos, que vulnerarem demandas de minorias com base na diferença, porque razão devem ser considerados danosos à democracia os protagonismos judiciais que ordenem prestações ou reconheçam determinados *status* diferenciais de minorias, quando os ramos políticos do Estado que deveriam fazer tais ações simplesmente silenciam?

Algumas decisões importantíssimas da Suprema Corte brasileira adotam este viés simbiótico entre reconhecimento e redistribuição, entre afirmação e transformação. Neste sentido, emblemática e portadora de uma substancial filosofia da alteridade é a decisão na Ação Popular nº 3388, distribuída no ano de

2005, que decidiu pela demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. A decisão dessa ação vem exatamente ao encontro de demandas históricas dos povos originários no sentido da reivindicação de territórios por eles ancestralmente ocupados. Esse julgado consagrou os dispositivos constitucionais constantes nos Art. 231 e 232 da CF/88 que determinam a tutela dos direitos originários dos indígenas sobre suas terras. Houve o reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade, com a adoção de um modelo contínuo de demarcação, consolidando-se, assim, um regime constitucional de demarcação/redistribuição das terras indígenas, a partir da Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. Os argumentos da decisão são relevantes na medida em que consideram a demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal e, também, reforçam a importância da demarcação como fator de inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Mas, provavelmente, a decisão exarada na ADPF 186 (BRASIL, 2012) seja das mais simbólicas no que tange à associação de medidas de reconhecimento e redistribuição, quando se trata de materializar remédios judiciais em demandas por diferença. Ao julgar improcedente esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o STF reconheceu a constitucionalidade dos atos que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Entendeu o STF que o sistema de cotas não só não contraria, mas, ao contrário, prestigia o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, que se constitui numa possibilidade ao Estado de lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. Neste julgado, reconheceu a Corte que o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. Nas razões de decidir dessa ADPF, fica demonstrada cabalmente a adoção, pelo STF, da ideia de diferença, materializada em um remédio judicial que, concomitantemente, reconhece e redistribui, afirma e transforma²⁴.

24 A seguinte passagem da referida ADPF ilustra bem a ideia de diferença como reconhecimento e redistribuição, afirmação e transformação: "Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles (BRASIL, 2012).

A título de encerramento, cabe destacar que uma característica importante que tem singularizado o protagonismo judicial no Brasil, seja ele de reconhecimento/afirmação, seja de redistribuição/transformação, aplicados separados ou em conjunto, é a de que a sua atuação tem se dado dentro dos marcos constitucionais, utilizando-se, majoritariamente, dos remédios disponíveis no sistema de controle de constitucionalidade. O conteúdo das decisões tem sido mais no sentido de invalidação de espécies normativas em decorrência de sua inconstitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão (esta última em um número mais reduzido), ou então de confirmação de constitucionalidade. Em menor quantidade também há remédios que substancializam emissão de instruções gerais para definir políticas ou cursos de ação ao governo ou ao Congresso e um sistema de supervisão, tal como classificado por Abramovich (2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O silêncio e a leniência dos ramos políticos dos poderes públicos (legislativo e executivo) diante de uma estrutura normativa constitucional que positiva possibilidades de tutela a direitos baseados na diferença e legítimos meios para sua defesa, com a conseqüente não efetivação de tais direitos, têm levado a que diferentes atores e grupos sociais encontrem no Poder Judiciário uma opção para tentar obter reconhecimento e materialização desses direitos. Isso gerou uma tendência de atuação “ativista” por parte dos órgãos judiciais em vários países do mundo, conjuntura que não tem sido diferente no Brasil, notadamente após a promulgação da Carta da República de 1988. Esse protagonismo político judicial tem recebido sérias críticas, cujo cerne repousa sobre a ilegitimidade democrática dessa atuação, que constituiria uma invasão na seara de competência dos demais poderes.

Esse tipo de decisões judiciais para tutela da diferença tem construído um importante conjunto jurisprudencial em alguns assuntos que envolvem demandas de minorias, como direitos de homossexuais, indígenas, afrodescendentes, pessoas com deficiência etc., e os remédios judiciais têm propiciado reconhecimento/afirmação e redistribuição/transformação.

A partir da jurisprudência compilada na presente investigação é importante destacar a utilização, em boa parte delas, como fundamentos da decisão, não só da Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional, mas também de documentos normativos do âmbito constitucional internacional.

Esse modelo adotado pela jurisdição constitucional brasileira, na ampla maioria dos casos, em função da base material principiológica que adota, está muito longe de ferir qualquer sistema democrático de separação de poderes. Ao contrário, pelos tipos de remédios que vem utilizando e pelos resultados socioeconômicos que vem gerando, elevando consideravelmente os avanços civilizatórios em nossa

sociedade, encontra-se perfeitamente legitimado dentro dos marcos do nosso Estado Democrático de Direito constitucionalizado e dentro do movimento histórico emancipatório do constitucionalismo internacional e latino-americano.

O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea tem protagonizado com grande frequência reivindicações de cunho identitário que reclamam o reconhecimento jurídico de suas diferenças. E sobre isso falamos longamente neste livro. Notadamente no Brasil crescem as legislações, decisões judiciais, produção teórica e políticas públicas que incorporam na agenda democrática a defesa jurídica da diferença/diversidade (questões de gênero, étnicas, de cor, de idade, deficiência, nacionalidade, etc.) como um valor fundamental para a proteção e inclusão das “minorias”. Por isso, entender as causas, os limites, a densidade e a extensão desse movimento político-jurídico brasileiro em nome das causas identitárias e sua repercussão no campo da teoria jurídica é importante para a formação de saberes e práticas que estimulem e situem o diálogo entre a igualdade e a diferença no contexto de um Direito e de um Estado democráticos.

As decisões do STF, nesse sentido, têm ocupado um lugar central nesse processo de reconhecimento e proteção identitária. Nesse cenário de ambivalências e de reclamos por reconhecimento das diferenças, este livro tem se debatido sobre os seguintes questionamentos: quais os elementos fundadores do direito à diferença identitária que estão presentes nas decisões paradigmas do Supremo Tribunal Federal nas últimas duas décadas? A Corte tem promovido excessos ativistas nesse tipo de decisão? É possível extrair das decisões do Supremo Tribunal Federal elementos substanciais que indiquem o surgimento de um constitucionalismo de tipo identitário e uma teoria constitucional do direito à diversidade? Nesse capítulo pretendemos destacar que, independentemente do que se possa pensar sobre a atuação do Judiciário brasileiro, e nós já nos posicionamos a respeito de seus acertos, é inegável que sua atuação tem promovido e consolidado o que designamos neste livro como um constitucionalismo de tipo identitário, que substancializa e se acresce as demais funções já desempenhadas pela Corte.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: REFLEXÕES SOBRE UM CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO

São muitas as adjetivações recentes ao termo constitucionalismo. Constitucionalismo altruísta, plural, global, cosmopolita, digital, feminista, multinível, abusivo, latino-americano, autoritário, simbólico, transnacional, ambiental, etc. Esse conjunto de novos nomes é o resultado de muitos e diferentes movimentos teóricos e jurisdicionais, nem sempre convergentes. O fato é que o nome que se dá as coisas é, também, o modo de constitui-las e acessá-las, mesmo como uma tentativa. Poderia se falar, então, de uma espécie de “abstração” que repousa sobre a própria ideia mais geral de Constituição que passou a exigir adjetivações que lhe recuperassem o sentido factual, histórico e pragmático de sua normatividade. Como se fosse necessário falar da potência de suas partes como condição de possibilidade para acessá-la organicamente, como de fato hoje se fala da cor de uma pessoa, de sua sexualidade, como forma de identificá-la. Esse excesso de atomização do termo constitucionalismo pode também configurar um desejo (positivo) de a Constituição povoar todos os ambientes sociais e de se adaptar ao conjunto de problemas contemporâneos cada vez mais complexo e especificado. Não nos parece que sejam necessários tantos adjetivos para se alcançar esse objetivo, mas é evidente que esse cenário reflete o processo contemporâneo (às vezes excessivo e perigoso) de atomização dos temas (não só jurídicos) e das novas agendas que reclamam proteção constitucional. Reflete, ainda, um novo tipo de constitucionalismo, de base principiológica, que irradia sentidos normativos ditos mais “abertos” e que alcançam diferentes temas e as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa.

O conjunto desses novos temas modificou a atuação das Cortes constitucionais e modificou as expectativas sociais sobre o seu modo de operar e os limites de sua atuação. No Brasil isso é particularmente evidente e tem suscitado grandes debates políticos, muitos estudos acadêmicos e até mesmo provocado reações entre leigos nas discussões mais populares (lembramos das muitas manifestações recentes de apoio ao ex-presidente Jair Bolsonaro, em que as pessoas empunhavam cartazes sugerindo o fechamento do STF ou a prisão de alguns de seus ministros).

É inegável que a atuação do STF foi profundamente modificada nas últimas décadas. A realidade contemporânea se tornou muito complexa e novos temas, que sempre foram ou deveriam ser da seara política, chegam à corte a todo momento. Não é exagero afirmar que o STF passou a ter um protagonismo na República bastante expressivo e para muitos analistas exagerado e indevido. Seja em temas considerados sensivelmente morais (como casamento de pessoas do mesmo sexo ou aborto) ou temas políticos (critérios eleitorais e procedimentos de impedimento), o STF é quase sempre incitado a se pronunciar. Com o cres-

cimento da comunicação digital, não demorou a se tornar, também, um assunto público não institucional, do senso comum, alvo de apoio, mas também de críticas odiosas. Mas não sejamos ingênuos. O acesso ao STF é ainda mais facilitado aos núcleos formais do poder político e econômico, do que aos grupos periféricos e vulneráveis. Apesar de ter enfrentado temas importantes sobre identidade, diferença e diversidade, a Corte máxima de nosso país ainda não é uma caixa de ressonância plena dos direitos mais amplos das minorias excluídas. E as estatísticas de acesso ao STF, aduz Nunes (2020), comprovam isso.

No campo teórico, e isso tratamos ao longo deste livro, muitos acusam o STF de ativismo, de invadir as competências do parlamento, de dizer mais do que a própria Constituição permitiria dizer. E alerte-se: no Brasil, ativismo é considerado, como afirma Abboud (2022), pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções pessoais, é discricionariedade e voluntarismo judicial, adoção de valores pessoais como se fossem jurídicos (ao qual nos opomos radicalmente). Os limites entre a política e o direito parece que foram estreitados pela Corte, aduzem aqueles que denunciam uma postura ativista que tem judicializado excessivamente a vida social e que teria tornado o STF um protagonista ilegítimo, se comparado com os outros poderes. Outros sustentam, sem definir limites muito claros para tanto, que o STF deve ter uma atuação substancialista capaz de concretizar direitos e garantir a eficácia dos conteúdos constitucionais. Quase todos, contudo, defendem que as Cortes constitucionais têm uma missão contramajoritária que se revela fundamental para proteger o direito das minorias dos arroubos estatais e mesmo das vontades das maiorias eventuais. Nesse cenário de muitas divergências sobre os limites da jurisdição constitucional, o certo é que os procedimentos, os temas e os atores que compõe o itinerário do constitucionalismo contemporâneo foram profundamente alterados nas últimas décadas e tem exigido novas análises e colocado, para a práxis jurídica, novos desafios.

Independentemente de outras questões que de fato podem ser problematizadas em relação ao STF, não há dúvida de que a sua atuação contramajoritária na proteção dos direitos das minorias se configura como um dos movimentos mais notórios da Corte e de certo modo do constitucionalismo nos últimos 20 anos. Especialmente no Brasil as minorias e suas pautas identitárias, que têm pouco apoio no parlamento, acabaram encontrando no STF um caminho para o reconhecimento de seus direitos. O número significativo de sujeitos legitimados para propor ações constitucionais garantiu, em certa medida, o aumento de participação das minorias no debate constitucional.

A interpretação da Constituição tem que estar aberta a todos os atores sociais e a todas as trocas intersubjetivas, capaz de contemplar todas as narrativas em disputa. Nesse sentido, refere Nunes (2020, p. 85), “sobretudo no caso das minorias não representadas em processos políticos majoritários, a importân-

cia dos movimentos sociais e de sua capacidade de participar da construção da Constituição através da jurisdição constitucional é ainda mais patente. ” Afinal, prossegue Nunes, existe uma relação necessária entre democratização das pautas decisórias dos Tribunais e “a potencialidade de uma paridade participativa real”.

As minorias precisam fazer parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Seus argumentos e demandas devem ser ponderados no jogo nem sempre amistoso das narrativas jurídicas. Se uma das atribuições da jurisdição constitucional é a sua função contramajoritária em defesa das minorias, não faz sentido a imposição de barreiras que impeçam o acesso desses grupos às diversas esferas de atuação da Corte. A democracia ocorre, também, e de modo privilegiado, nos debates constitucionais realizados no Judiciário. Por isso, os grupos sociais historicamente excluídos do processo político devem marcar uma presença importante no cenário de interpretação de seus direitos fundamentais (contramajoritários), se de fato pretendemos manter e estimular uma sociedade substancialmente democrática.

As minorias, portanto, para além de terem suas pautas discutidas nos tribunais, precisam garantir uma representatividade mais paritária de atuação nesses espaços. Veja-se, nesse cenário, que o conceito de “entidades de classe”, art. 103 da CF, como legitimadas para ajuizar ações diretas de constitucionalidade vem recebendo, em poucos casos ainda, interpretação mais ampliada para incluir entidades que tivessem o propósito de tutelar direitos fundamentais de grupos minoritários (e não somente interesses econômicos e profissionais), como se deu na ADPF 527, que aceitou como entidade de classe a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), a qual questionava decisões judiciais contraditórias na aplicação da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação 1/2014, a respeito de parâmetros de acolhimento do público LGBT submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

De fato, se pode objetar se esse foi o melhor caminho, já que temas desse calibre deveriam ser tratados pelos órgãos democraticamente eleitos. Mas o fato é que muitas minorias foram reconhecidas e protegidas juridicamente por decisões do STF, muitas vezes antes da legislação. E é igualmente verdadeiro que o tema da diferença e da diversidade estão mais presentes na gramática decisória da Corte. Como muitos desses temas são considerados sensíveis por parte da sociedade brasileira, não é de se estranhar que grupos conservadores (para não dizer reacionários) tenham se pronunciado radicalmente contra muitas dessas decisões e contra a própria Corte.

O STF, portanto, tem se inserido, mesmo que lentamente, num constitucionalismo que denominamos de tipo identitário, em que o direito à diferença,

à diversidade, passa a ocupar um lugar de destaque. Como dissemos anteriormente, muitas decisões desse tipo, não sem críticas, foram tomadas no âmbito da Corte, e muitas ações dessa natureza estão pendentes de julgamento, como a ADPF 442 que trata da descriminalização do aborto. Esse tipo de decisões, de cunho contramajoritário, de proteção aos grupos minoritários, não fazia parte da tradição moderna do constitucionalismo, baseado sobretudo na ideia de igualdade e individualidade abstratas. O objeto dos direitos era o sujeito individual standard, que atendesse aos padrões de titularidade de direitos, portanto apenas o homem branco, hétero, cristão e proprietário. Somente no final XX que a teoria do direito, as leis e as decisões judiciais começaram a reconhecer e proteger os grupos historicamente vulnerabilizados. Mas é apenas no decorrer deste século XXI que as Cortes constitucionais como a brasileira passaram a enfrentar esses temas de modo mais rotineiro. Ou seja, é apenas quando as minorias se organizam e passam a reclamar um estatuto jurídico próprio para a sua diferença em igualdade de condições, que o Estado e a sociedade nacional e internacional criam mecanismos de reconhecimento e proteção jurídicas.

Evidentemente que o novo papel das Cortes Constitucionais tem relação com um novo tipo de constitucionalismo, que aflora no segundo pós-guerra e reconhece a positividade e concretude ampla das normas constitucionais principiológicas, estabelece normas programáticas consistentes em metas a serem atingidas pelo Estado, bem como atua na proteção contramajoritária de minorias a cargo do Poder Judiciário. Esse novo pensamento se reflete no conteúdo das Constituições. Se antes elas se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado, agora passam a prever valores e opções políticas gerais e específicas que instrumentalizam uma nova forma de julgar. Luís Roberto Barroso (2005), nesse sentido, leciona que o neoconstitucionalismo identifica um amplo conjunto de modificações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, apontando os marcos histórico, filosófico e teórico que subsidiam o surgimento do neoconstitucionalismo.

O marco teórico do neoconstitucionalismo, a seu turno, é o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. O reconhecimento da força normativa da Constituição, dirá Hesse (1991), busca garantir concretização dos valores inseridos no texto constitucional. A Constituição não pode e não deve ser vista como uma mera carta de intenções, mas como um conjunto de valores transformados em direito que deve ter realização prática.

Com a ênfase dada aos direitos fundamentais, é imperativo que a jurisdição constitucional passe a ganhar novos contornos. Passa a ser tarefa, também,

do Poder Judiciário, proteger os direitos fundamentais, assumindo inclusive uma postura contramajoritária. Segundo Cardinali (2018, p. 114):

Uma das justificativa mais comuns para o exercício contramajoritário da jurisdição constitucional é a tutela dos direitos fundamentais das minorias, principalmente daquelas socialmente estigmatizadas, a partir da ideia de que direitos fundamentais operam como *trunfos*, não estando submetidos a considerações majoritárias. Assim, o Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte teriam o papel de servir como o refúgio dos párias sociais para fazer valer os seus direitos fundamentais, não adequadamente tutelados pelos poderes políticos representativos.

Dworkin (2002), ao tratar os direitos como trunfos, refere que os direitos devem se sobrepôr a meros cálculos de utilidade social e concepções de moralidade, mesmo que estas sejam majoritárias. Ao enfrentar o argumento de que os tribunais não possuem legitimidade para decidir sobre questões constitucionais importantes, uma vez que não se compõem de magistrados eleitos, devendo tais assuntos ser resolvidos pela maioria política, Dworkin destaca que uma das principais características do constitucionalismo moderno é garantir os direitos individuais, mesmo das minorias, pela limitação dos poderes políticos da maioria, razão pela qual não parece que essa mesma maioria seja a mais indicada para julgar as suas próprias questões. Em outras palavras, como a Constituição opera como um limitador da vontade da maioria, declinar em favor desta mesma maioria o poder de decidir de modo exclusivo sobre os seus próprios limites não satisfaz qualquer argumento derivado da democracia. Dworkin alega, ainda, que os legisladores não se encontram, institucionalmente, em situação mais privilegiada que os magistrados para decidirem sobre questões de direito, e que, por consequência, não há nenhuma razão plausível para imaginar que as decisões do Legislativo sobre direitos sejam mais acertadas que as tomadas pelo Judiciário.

Isso não significa, contudo, que Dworkin concorde com decisões discricionárias, voluntaristas e populistas. Pelo contrário. A criação jurisprudencial, defende o autor, deve respeitar os princípios formulados ao longo da história de uma comunidade, de modo que cada decisão judicial se origine de uma referência jurídica compartilhada, parâmetro de um processo sucessivo de decisões que sustentam a integridade contínua do direito. “A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que sua interpretação deve estar constringida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política.” (Vianna, 1999, p. 39). Todas as inovações e alterações no direito devem respeitar esta coerência histórica que preserva o enredo do direito e que, por isso, permite a elaboração de novos princípios que reforcem a ordem jurídica de que ele faça parte.

Streck (2013), na mesma direção, critica radicalmente o ativismo à brasileira que, segundo ele, mesmo no STF, promove decisões seguindo padrões estritamente políticos, a partir de argumentos utilitaristas/consequencialistas.

Destaca que os “diversos grupos que leva(ra)m as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde, etc.”, tiveram as suas “reivindicações” atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo). O autor é enfático:

Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in) competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia (Streck, 2013, p. 212).

É inegável que o papel contramajoritário das Cortes Supremas, e isso vale para o STF, encontra certos limitadores no mecanismo de freios e contrapesos que permite a ação e reação do Poder Legislativo, por exemplo, por meio do chamado efeito *backlash*, cada vez mais frequente, à medida em que avança a pauta contramajoritária na Suprema Corte. O constitucionalismo popular, por exemplo, propugna o uso estratégico do *backlash* como uma poderosa ferramenta de pressão sobre os tribunais. Nesse sentido, o efeito *backlash* pode ser entendido como a contraforça que surge, no seio da sociedade, ante decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição (Pimentel, 2017). Por isso, decisões do STF sobre temas considerados impopulares não encerram a questão e nem convertem a oposição política. A disputa sobre os significados constitucionais, portanto, continua por muito tempo. (Cardinali, 2018). Especialmente no Brasil, que tem um parlamento bastante conservador e avesso às demandas das minorias, as reações do legislativo contra as decisões contramajoritárias da Corte têm sido cada vez mais frequentes.

Luís Roberto Barroso (2017, p. 15), perspectivando aquilo que ele chama de “judicialização da vida”, fala também no papel representativo, que funciona ao lado do contramajoritário e consiste no “atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.” Fato é que o Supremo Tribunal Federal tem aludido em seus votos sobre uma série de novos constitucionalismos, dentre os quais é possível citar o constitucionalismo fraternal, o constitucionalismo abusivo (também chamado de legalismo autocrático ou democracia iliberal), o constitucionalismo latino-americano, o constitucionalismo popular (segundo o qual o intérprete final da Constituição deve ser o povo) etc. Nessa mesma direção, portanto, não se fala de contramajoritário somente no sentido de ser contra a maioria formal do legislativo, mas de uma resistência popular dominante que, por conta do nosso

modelo eleitoral e de representatividade, é de fato majoritariamente contrária a determinada lei ou política pública.

A questão central é saber, contudo, se as decisões judiciais (em sua maioria) que reconhecem e protegem o direito constitucional das minorias se enquadram ou não no que os autores comumente chamam de ativismo judicial, de voluntarismo e decisionismo. Ou seja, como alertou Streck 2013, p. 212): “Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo.”

Nós apontamos, desde o início deste livro, que não se trata de ativismo, ao menos não na maioria dos casos julgados. Se trata, sim, de decisões que protegem, respeitados os padrões formais e substanciais da Constituição, o direito de indivíduos e grupos historicamente vulnerabilizados e violentados pelas escolhas (também morais presente no direito) das majorias eventuais. Vamos nos questionar de modo diferente. Qual seria o argumento jurídico constitucional para tratar gays, trans, negros, etc., de maneira desigual e lhes impedir o mesmo tratamento ao sistema de direitos brasileiro? A moralidade heteronormativa e sexista (já que se fala tanto em moralidade) presente nas regras jurídicas é avalizada pelo texto constitucional, a ponto de a Corte precisar se curvar a ela (e, portanto, à vontade dos sexistas)? Evidentemente que não.

Com isso não se está defendendo qualquer tipo de decisão identitarista, sem critério e sem limite constitucional. Por mais importantes que sejam, e de fato são, os direitos das minorias, o direito à identidade e a proteção da diversidade, é preciso ter cuidado para não avançar de qualquer modo e de qualquer maneira, fomentando decisionismos voluntaristas e perigosos. O limite material e procedimental é sempre a Constituição. Decisões contramajoritárias devem ser fundadas nos exatos termos da legalidade constitucional, sem avançar nas legítimas funções do Poder Legislativo. Não se pode, por melhor que seja a agenda (mesmo que identitária), desconfigurar os arranjos institucionais da República e colocar em risco a própria noção do que é entendido como direito e o que é entendido como política. O judiciário precisa se proteger da política, da economia e do subjetivismo infundado (Abboud, 2022). Uma decisão contramajoritária não pode ser qualquer decisão, mesmo que alcance um tema identitário; não pode fomentar ativismos de nenhuma ordem, seja ele moralista, messiânico, populista, etc.

Entendemos, no entanto, que na maioria dos casos acima retratados, os direitos das minorias têm sido garantidos porque são juridicamente protegidos, porque amparam-se na tradição constitucional brasileira. Trata-se, portanto, de um sistema de garantias que reconhece e potencializa o igual direito de as minorias viverem a sua diferença em igualdade de condições. E, por isso, tais decisões não são ativistas (no sentido negativo que lhe é dado), mas sustentam-se na robustez material da Constituição Brasileira. Vamos explorar um exemplo: a decisão do STF

que reconheceu o direito de união estável e o casamento para as pessoas do mesmo sexo (que para muitos foi considerada ativista). Neste caso específico a Corte não manifestou, em momento algum, preferências de natureza moral ou religiosa sobre o comportamento sexual dos casais. Não disse que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é moral, ético ou amparado religiosamente. Tampouco disse que o casamento heterossexual seja isso tudo. Ou seja, não se trata de uma discussão sobre valores, mas, sim, sobre direitos. O que decidiu a Corte, verdadeiramente, foi considerar que todas as pessoas casadas, independentemente da natureza sexual do casamento, possuem os mesmos direitos de natureza patrimonial, sucessória, previdenciária, etc. É com base em igualdade de direitos, portanto uma questão constitucional, que a decisão do STF foi tomada, sem importar nenhum argumento de natureza moral voluntarista, como querem sugerir alguns que definem dita decisão como ativista. Não se trata de uma discussão moral ou religiosa sobre o casamento, mas sobre os direitos subjetivos dele decorrentes. Suspeitamos que muitos juristas contrários às decisões que viabilizaram o casamento das pessoas do mesmo sexo, por exemplo, alegando ativismo judicial, ao contrário do que defendem, valem-se de argumentos jurídicos para confirmarem e esconderem suas próprias percepções morais sobre a sexualidade. E isso, essa tendência de escolher pautas que agradam e afastar juridicamente as que desagradam, pode ser tão ou ainda mais perigoso quanto o ativismo que alegam combater.

Se pode discutir, contudo, se a Corte, em julgados muitos específicos (e não estamos discutindo o mérito), extrapolou seus poderes e tenha afirmado mais do que comumente se espera que uma Corte o faça (o caso de equiparação do crime de LGBTIfobia com racismo, nas ADO 26 e MI 4733, é, sem dúvida um desses casos polêmicos). É inegável, porém, que esse debate está em aberto e não nos parece que tenha promovido um consenso uníssono da comunidade jurídica, o que de fato revela a oportunidade desses temas serem tratados constitucionalmente pela Corte, que é provocada justamente para isso. Esta pesquisa trabalha com a hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal (apesar de algumas controvérsias) vem encabeçando, sobretudo nas últimas duas décadas, um novo constitucionalismo, de corte identitário, vocacionado a concretizar, mesmo que de modo lento e errático, os direitos fundamentais dos grupos minoritários e historicamente vulneráveis. Diferença, diversidade, identidade, multiculturalismo, são termos cada vez mais presentes nas decisões da Corte máxima do país. Apesar de os avanços serem sempre maiores quanto maior é a aceitabilidade da opinião pública, é inegável que esses novos temas estão implicando a cena da jurisdição constitucional e alterando seu protagonismo nas questões republicanas. Vejamos na sequência algumas dessas decisões que nos permitem concluir nessa direção.

2. IGUALDADE E DIFERENÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ITINERÁRIOS DE UMA AMBIVALÊNCIA

Nesta seção a análise centrar-se-á, apenas de modo noticioso, sobre os casos do Supremo Tribunal Federal que implicaram, ou ao menos tem evidenciado, para uma virada paradigmática na atuação da Suprema Corte, no sentido de fazer do seu atuar contramajoritário um instrumento de proteção das diferenças identitárias. Nos interessa aqui é demonstrar que esses temas têm ocupado um espaço privilegiado na jurisdição constitucional, que tem acolhido, mesmo que tardiamente e de modo ainda incipiente, as demandas identitárias e consagrado o direito à diversidade e à diferença como condições para o exercício efetivo da igualdade material.

É importante advertir que os casos analisados foram escolhidos levando-se em consideração, primeiramente, a sua relevância temática para o direito das respectivas minorias que são indicadas em cada tópico. Outrossim, partiu-se do pressuposto de que esse movimento constitucional se instalou no Brasil com mais vigor nas últimas duas décadas, de modo que o recorte temporal é aquele do período compreendido entre os anos de 2000 e 2024.

2.1. RAÇA, RACISMO E (DES)IGUALDADE

O racismo está na base constitutiva do Brasil e ainda ecoa forte e de diversas maneiras em nossa sociedade. Enfrentar esse tema de modo sério é uma obrigação republicana e absolutamente indispensável para se construir alternativas de promoção social para a comunidade negra historicamente violentada e excluída. A formação de políticas públicas e o surgimento de leis protetivas para referidos grupos (como o Estatuto da igualdade racial, Lei de cotas, etc.), somente nas últimas décadas, desencadeou um debate constitucional sobre o tema. Pode se dizer que até o século 21 o Brasil não enfrentou institucionalmente as questões raciais. Excluindo-se as leis que trataram da tipificação precária do racismo como contravenção penal na década de 1950 e 1980, todas as leis e políticas públicas com intenção de combater o racismo e de promover a igualdade racial surgiram apenas nos últimos 20 anos. Ou seja, historicamente o direito permitiu a escravidão entre os séculos XVI e XIX e de fato pouco disse sobre promoção e igualdade racial no século XX. Só mais recentemente, mas com muita resistência política, o debate racial passou a implicar o direito, questionar seus modos de regulação, exclusão e promoção, o que tornou o tema política e juridicamente uma agenda necessária.

Nos interessa neste livro discutir como a questão racial tem sido enfrentada no Poder judiciário brasileiro, notadamente no STF. As discussões travadas nas ações dedicadas ao tema revelam um tensionamento e divergências sobre um ideário constitucional mais afirmativo que tenha como parâmetro decisório o direito à diversidade e a igualdade material. A Corte, contudo, a parir deste século

21 adotou, quanto a matéria, uma posição bastante clara em defesa dos grupos raciais historicamente vulnerabilizados.

É paradigmático e inaugural sobre o tema o HC nº 82.424: caso Ellwanger, que discutiu sobre os conceitos de raça e racismo e o alcance da liberdade de expressão. O paciente, que tinha publicado livros com ideias antissemitas e que defendia o nazismo e negava o holocausto, alegava estar amparado constitucionalmente no livre direito de expressão. Na oportunidade (2012) a Corte condenou a discriminação a grupos sociais historicamente racializados, endossando que o discurso discriminatório não é protegido pelo direito à liberdade de expressão. Neste julgado o STF negou a existência de diferentes raças e defendeu que a “divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.” Refere a “Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo”. O Estado, portanto, decidiu a Corte, deve combater as discriminações raciais e impedir que os sujeitos sejam inferiorizados e aviltados pela pretensa liberdade de expressão.

Um dos mais importantes julgamentos da última década do Supremo Tribunal Federal teve como pano de fundo o tema das cotas raciais e a questão do racismo estrutural e institucional. A ADPF 186, julgada em 2012, envolveu o sistema de cotas utilizado pela Universidade de Brasília (UnB), a primeira Universidade Federal a adotar esse mecanismo. Em 2009 o DEM questionou, por meio da ADPF 186, os atos administrativos que na UnB determinaram a reserva de vagas oferecidas pela universidade (medida que era efetivada desde 2004). O partido alegou que a política de cotas adotada na UnB feria vários preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, entre outros, além de dispositivos que estabelecem o direito universal à educação. No julgamento, em 26 de abril de 2012 (acórdão publicado em 2014), todos os ministros seguiram o voto do relator, ministro Lewandowski, pela improcedência da ADPF. Esse posicionamento repercutiu em outras ações que trataram da mesma matéria e consolidou o entendimento da Corte sobre a constitucionalidade da Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012).

A decisão do STF sustenta a tese de que as ações afirmativas, praticadas por prazo limitado, em benefício de determinados grupos específicos historicamente prejudicados, prestigia (em vez de contrariar) o princípio constitucional da igualdade material. Destaca que “o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes

de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”. Uma leitura da Constituição, centrada na ideia de **pluralidade e diversidade como valores positivos**, permite defender que a “Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla **valores culturais diversificados**, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. ” (BRASIL. STF. ADPF nº 186. 2012). A Procuradoria Geral da República, nessa mesma ADPF 186, representada pela Vice Procuradora Geral, Débora Duprat, é enfática ao defender que políticas afirmativas dessa natureza, apoiadas nos arts. 215 e 216 da CF, reconhecem e protegem, expressamente, **o caráter plural da sociedade brasileira, recuperando o espaço ontológico da diferença.**

Ao final, prevaleceu o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2012, p. 46), segundo o qual:

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da **diversidade cultural** na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.

O voto do relator Lewandowski relembra duas decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos que trataram dessa temática: uma de 1978, que é o Caso Bakke x Regents, que decidiu sobre a viabilidade constitucional da utilização do critério “raça” na seleção pelas universidades; e uma decisão de 2003, o conhecido Caso Grutter, que confirmou Bakke nessa mesma direção. É importante destacar que a Corte Americana considerou a importância da interação social que a universidade pode e deve promover, como um argumento central para a possibilidade de se fazer um vestibular que considere a questão racial como critério de seleção. Em outras palavras, não se trata apenas de uma questão de redistribuição financeira, mas sobretudo de garantir a participação plural de todas as pessoas no espaço público, estimulando a redução do sentimento de segregação. No julgamento do caso Bakke, parcialmente reproduzido na sentença da ADPF 186, a Corte Americana defendeu que as:

Universidades (...) representam o local de treinamento de um grande número de nossos líderes (...). A fim de conferir legitimidade a nossos líderes aos olhos da comunidade, é necessário que o caminho para a liderança seja visivelmente aberto a indivíduos qualificados e talentosos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa sociedade heterogênea devem ter confiança na abertura e integridade das instituições de ensino que fornecem esse treinamento (...). O acesso (...) à educação (...) deve estar aberto a indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias, de modo a que todos os membros de nossa sociedade heterogênea possam ingressar nas instituições de ensino que fornecem o treinamento e a educação necessária ao êxito na América. (Grutter v. Bollinger 539 U.S. 306 (2003), p. 333. Citado em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. 2012)

Recentemente, em junho de 2017, na ADC 41, o STF reafirmou unanimemente a sua posição ao reconhecer a constitucionalidade de Lei 12.990/2014, que estabeleceu uma cota aos negros de 20% das vagas em concursos públicos realizados no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Entre os fundamentos, destaca-se que essa ação afirmativa “se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a **igualdade material (redistribuição)** entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do **reconhecimento da população afrodescendente**. ” Vejamos uma parte importante da decisão:

Além da redistribuição, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014 tem como meta contribuir para o ganho de autoestima da população negra, a **eliminação dos estereótipos raciais**, e para o **aumento da diversidade e do pluralismo** do serviço público. Nessa linha, conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.738, a reserva de vagas para negros em concursos públicos busca garantir que ‘os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a **diversidade existente na população brasileira**’. ” “O racismo estrutural produz injustiças que não se confinam à estrutura econômica da sociedade, envolvendo, ainda, a ordem cultural ou simbólica existente. [...] O remédio demandado, nesse caso, seria, assim, o **reconhecimento**, que envolve a modificação de determinados padrões de aceitabilidade social e a **valorização da diferença**.”

Também em relação aos quilombolas o STF tem reconhecido a condição de grupo étnico-racial minoritário e dispensado proteção constitucional específica, nos termos do art. 68 do ADCT. Na ADI 3.239, julgado em 2018, a Corte reconheceu que tal dispositivo “assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam - direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata.” A questão da identidade e diversidade quilombola adquire lugar de destaque neste julgamento:

6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da **identidade distintiva de grupo étnico-cultural** – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. 7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a “**consciência da própria identidade**” como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, **enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal**.

Já no RE 494.601 (2019) se discutiu a constitucionalidade de uma lei estadual que autorizava o sacrifício de animais no caso de rituais em cultos e liturgias de matriz africana. O STF declarou constitucional a lei, salientando “a proteção constitucional conferida à liberdade de religião e aos direitos culturais de **grupos minoritários**, ressaltando a condição de especial vulnerabilidade de

seus praticantes, quer por se tratar de crença **extremamente minoritária**, quer por ser comumente alvo de **discriminação** e de violência de cunho racial. ”

Outra decisão importante da Corte, nessa mesma direção, de 2020, foi a medida incidental em medida cautelar na ADPF 635, deferida para o fim de determinar que não fossem realizadas operações policiais nas favelas no Rio de Janeiro durante a pandemia de covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, dando cumprimento à sentença interamericana proferida no caso Favela Nova Brasília, a fim de resguardar o direito à vida, à integridade física e à segurança dos moradores, considerando ainda o impacto desproporcional sobre a população negra ou parda de tais comunidades. Veja-se, aqui, que o reconhecimento, pelo STF, da discriminação estrutural contra de negros e pardos pela violência policial é o núcleo central da decisão.

Nessa mesma direção afirmativa, merece destaque a liminar na ADPF 738, de 2020, que reconheceu a possibilidade de se aplicar já nas eleições daquele ano ações afirmativas para candidaturas eleitorais de pessoas negras. No Julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes aduziu, ao referendar a decisão do relator, que “o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a **desigualdade racial**, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista. O mesmo sempre ocorreu em relação à questão de gênero, cuja legislação vem avançando em busca de uma efetiva e concreta igualdade de oportunidades com a adoção de mecanismos de ações afirmativas. ”

Outras decisões importantes seguem a mesma orientação: ADPF 742, em 2021, que determinou medidas protetivas dos povos quilombolas em face da pandemia de covid-19. Neste mesmo ano o STF garantiu a reabertura do prazo para pedido de isenção de taxa para ENEM como medida de proteção em face da discriminação estrutural, na ADPF 874. Neste caso, entendeu-se que a medida era necessária para não prejudicar os grupos mais vulneráveis, já que em razão da pandemia não conseguiram participar do exame anterior, condição que se colocava para a isenção da taxa no ano seguinte.

O reconhecimento do crime de injúria racial como espécie do gênero racismo, no HC 154.248, 2021, também se insere no contexto contramajoritário e de reconhecimento constitucional das ações afirmativas para os grupos raciais minorizados. Como fundamento da decisão, a Corte recupera a ideia de racismo estrutural no Brasil, demonstra os contornos da relação entre racismo e ideologia e diferencia Racismo, discriminação racial e preconceito racial. Vejamos parte dessa decisão:

A estrutura racializada que observamos é alimentada por fatores (inter-relacionados), que promovem a subordinação: aqueles de ordem ideológica que constroem a inferioridade a partir das manifestações de desprezo, de ódio ou qualquer outra forma de violência; e aqueles de ordem material, que bloqueiam acessos aos mais diversos bens, como por exemplo, a educação, saúde e empregos. Quanto aos primeiros, não por outra razão, há um mandado constitucional de

criminalização: o art. 5o, XLII, da Constituição Federal, prevê que a sua prática, nos termos da lei, constitui crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão.

Todas essas decisões do Supremo Tribunal Federal estão em sintonia com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, já formalmente internalizada, e com Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmada pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013, e incorporada em 2022 ao ordenamento jurídico brasileiro na forma de emenda constitucional. A convenção internacional, destaca o Ministro o Celso de Mello, em se voto na ADC 41, “estimula, em suas diversas cláusulas, a adoção da chamada,

discriminação positiva ou reversa’, no sentido de que sejam acolhidas, no plano doméstico, medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar, em plenitude, os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, advertindo, ainda, que tais medidas não serão consideradas práticas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.

Já no art. 5º da Convenção Interamericana é enfatizado que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

Como sabemos, ambos documentos fazem parte do arcabouço jurídico nacional e, junto da Constituição, reforçam o ideário de defesa dos direitos das minorias e da promoção da igualdade material. Esse diálogo de fontes entre Constituição e Tratados internacionais de Direitos Humanos aparece em quase todos os julgados do STF dedicado a esse tema. Em linhas gerais, portanto, o STF tem denunciado os limites da igualdade formal e a necessidade de o país avançar em estratégias promotoras da igualdade material, reconhecendo a diversidade, a diferença e a pluralidade como marcas distintivas e positivas das sociedades democráticas. Sustenta, ainda, que o modelo de justiça presente em nosso texto constitucional deve alinhar, conjuntamente, práticas distributivas e de reconhecimento, capazes de promover compensações históricas, mas, sobretudo, garantir em igualdade de condições a participação das minorias nos espaços públicos de nossa República.

A imagem abaixo mostra o itinerário das decisões do STF sobre o tema:

LINHA DO TEMPO STF E IGUALDADE RACIAL



Fonte: Caderno de Jurisprudência do STF. Concretizando Direitos Humanos. Direito à Igualdade Racial.

2.2. A QUESTÃO INDÍGENA

A realidade indígena de nosso país é desconhecida da maioria dos brasileiros e a impotência dos sistemas de proteção jurídica dos povos originários é a demonstração mais evidente do descaso com a sua cultura e seus diversos modos de vida. A Constituição introduziu um novo paradigma de proteção a esses grupos étnicos em substituição ao sistema de tutela do Estatuto do índio de 1973, mas os efeitos práticos das políticas indigenistas ainda são muito precários e incipientes.

A historicidade dos índios parece ganhar um espaço, ainda que pouco significativo, em algumas narrativas jurídicas mais atuais. Durante muito tempo (e ainda hoje) a cultura indígena foi invisibilizada, tornada inferior e desimportante para os conceitos de direito notadamente ocidentais e modernos. A maioria dos juristas desconhece a riqueza e a diversidade das inúmeras culturas indígenas que povoam nosso país. Acham que “índio” é um conceito único e que as diversas etnias indígenas representam uma espécie de homogeneização atrasada e pouco desenvolvida. Ocorre que conceitos básicos como família, propriedade, espiritualidade, etc., são muitos diferentes no contexto da vida cultural ocidental individualista do que nas experiências comunitárias dos indígenas. O diálogo intercultural aqui é uma necessidade para se construir ajustes e a mediação de conflitos. Algumas decisões judiciais recentes começaram a incorporar este novo paradigma de alteridade e diferença num sentido muito positivo e que sugere alguma esperança. Os recentes conflitos entre produtores rurais, garimpeiros e comunidades indígenas obrigaram os Tribunais a enfrentarem o assunto de maneira mais cuidadosa.

Segundo o art. 3º, inciso I do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

O art. 231 da Constituição Federal assegura aos indígenas o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, e proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O STF, depois de décadas da promulgação da Constituição de 1988, foi acionado para tratar das questões indígenas. Na Pet 3.388, conhecida como Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal entendeu que somente são consideradas “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” aquelas que eles habitavam na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, 05 de outubro de 1988, salvo nos casos do chamado renitente esbulho, e, complementarmente, se houver a efetiva relação dos indígenas com a terra, consistindo essa característica no marco da tradicionalidade da ocupação. Com isso, adotou-se a teoria do marco temporal. Assim, se, em 05 de outubro de 1988, a área em questão não era ocupada por indígenas, isso significa, em tese, que ela não terá a natureza indígena de que trata o art. 231 da Magna Carta.

A discussão, porém, voltou ao Plenário do Supremo diante do Tema 1.031, cujo objetivo é dar uma “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações

de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. ” O recurso discute, à luz dos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.

O Relator, Ministro Edson Fachin, se manifestou pela teoria do indigenato, ou seja, segundo a qual as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas constituem um direito inato, congênito, sendo anterior à própria criação do Estado brasileiro, a quem incumbe tão somente demarcar e declarar os limites territoriais. A natureza da decisão, então, é meramente declaratória.

No voto do Ministro Relator, as terras indígenas foram caracterizadas como “substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País. ” Para ele, a discussão perpassa pela diversidade do modo de ser indígena, pois:

A compreensão de uma sociedade plural e de **respeito à diversidade**, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história. Sendo assim, e estando completamente alijadas do modo de vida ocidental, de que modo farão prova essas comunidades de estarem nas áreas que ocupam em 05 de outubro de 1988? Se muitas dessas comunidades sequer são conhecidas pelo órgão indigenista, sendo meramente estimadas sua existência e quantidade de indivíduos, como assegurar com exatidão suas terras por meio do “fato indígena”?

O voto do Ministro Relator de fato confirmou uma virada jurisprudencial quanto à decisão anteriormente proferida, no bojo da Pet 3.388, de outubro de 2013, adotando-se, a partir de então, a teoria mais condizente com o direito das minorias, qual seja, a teoria do indigenato, defendida também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Povo Indígena Xucuru *vs.* República Federativa do Brasil, alusivo à demora de mais de dezesseis anos do processo de demarcação de terras indígenas da comunidade.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou, portanto, em setembro de 2023, a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Por 9 votos a 2, o Plenário decidiu que a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) não pode ser utilizada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031). A Corte destacou, expressamente, a importância da diversidade que constitui o território brasileiro e que tem nos povos indígenas a sua manifestação mais ancestral. Abaixo reportamos parte

da ementa do julgamento que confirma essa posição constitucional em defesa da diversidade e identidade indígenas:

1. A Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do indígena à sociedade nacional, a fim de que deixasse paulatinamente sua condição, para um paradigma de **reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural** e ao direito de existir como indígena. 2. Os direitos dos povos indígenas referentes à posse das terras tradicionais pelas Comunidades Indígenas, mesmo com o grande avanço que a Carta Constitucional de 1988 representou, ainda se encontram pendentes de concretização, a envolver a sobrevivência de pessoas, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a **pluralidade inerente à sociedade brasileira**. (...) 4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, **anteparo em face de maiorias eventuais**, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso. 5. O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo **modo de viver da comunidade**. 6. **A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade**, à conservação das **condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil**. 7. A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, nos termos do §1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade. (...) 10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional. (STF, RE 1.017.365, julgado em plenário dia 27/09/2023).

Num país que tem 305 etnias indígenas e 275 línguas distintas (segundo dados do último censo), gastronomia, espiritualidade, conceitos de família, sistemas jurídicos e noções sobre propriedade próprios, não reconhecer a diversidade ontológica dessas coletividades, para além de ser um apagamento real e simbólico de nossa própria história, é o mesmo que negar, em termos constitucionais, as condições materiais de exercício do direito desses grupos. Nesse sentido, a decisão do STF que reconhece a ancestralidade desses povos como condição de possibilidade para o reconhecimento e proteção de seus direitos é constitucionalmente acertada, uma vez que amparada no art. 231 e parágrafos da CF.

O STF reconheceu em seu julgado (o que há muitos anos os antropólogos já denunciavam) que o conceito de posse civil do direito ocidental, marcado pela subjetividade, individualidade e mercancia, não se confunde com a ideia existencial, coletiva e espiritual do conceito de terra-mãe que os indígenas contemplam. Se para um não indígena a terra tem uma função econômica que pode ser trocada por outra coisa de igual valor, para os indígenas a terra é existencial,

eles se confundem com ela, seus antepassados nela vivem, e por isso ela não pode simplesmente ser vendida, trocada, explorada. Ou seja, o conceito de “propriedade”, para além de existencial, nas culturas indígenas é comunitário, condição praticamente desconhecida pelo direito moderno ocidental. Não sem razão que a CF dedicou um capítulo específico (VIII) para retratar essa condição jurídica e ontológica especial que conformam as experiências indígenas. Além disso, a Corte Interamericana reconhece que o art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos humanos, que trata da propriedade privada, também se aplica e protege a noção de propriedade coletiva dos povos indígenas.

O conceito de propriedade individualista e fruto do melhoramento e do trabalho, tal como desenvolvido pelo viés colonialista de Locke, ecoa ainda hoje. Acusa-se os indígenas, como se fazia no passado, de não agirem sobre a terra, de não a tornarem produtivas com o seu trabalho e, portanto, não terem o direito sobre elas. Ou seja, o que desejam é impor seu conceito de trabalho e propriedade para grupos que não se relacionam com a coisa e com o mundo do mesmo modo que a modernidade nos obrigou a se relacionar. Lembremos que quando Locke (1999, p. 100-101) afirmava que “a extensão de terra que uma homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui sua propriedade”, a afirmação tinha então um contexto colonialista imediato e tratava, também, das terras do “novo mundo” como uma parte de terras que podiam ser ocupadas justamente porque os “selvagens” delas não se ocupavam com seu trabalho e, portanto, a eles não pertenciam.

Essa engenharia jurídica possessória moderna, consagrada na ideia de direito individual sobre a propriedade, não constitui o modo de ser das comunidades indígenas e isso nosso texto constitucional protegeu. A decisão do STF reconhece, portanto, o direito de os povos indígenas serem culturalmente diferentes, de se relacionarem com a terra a seu modo, de continuarem com seus próprios costumes e homenagearem sua ancestralidade. E para isso, a terra e seus vínculos comunitários são indispensáveis, são existenciais, condição que não raramente (para além não ser compreendida pelos ocidentais) conflita com a ideia de terra como lugar apenas produtivo, como objeto econômico. A interculturalidade é um traço desse tipo de conflito e, por isso, precisa ser compreendido e tratado de modo dialógico, pois a imposição de um modelo sobre o outro nunca produzirá uma resposta juridicamente satisfatória.

Em decisão monocrática, tratando da questão indígenas, o Ministro Barroso dá o tom desse novo momento contramajoritário do constitucionalismo protetivo das minorias:

A questão trazida no presente mandado de segurança envolve um aspecto extremamente sensível da teoria constitucional contemporânea. No constitucionalismo democrático, as constituições desempenham dois grandes papéis: (i) o de preservar os direitos fundamentais, inclusive e

sobretudo das minorias; e (ii) o de assegurar o governo da maioria, cujos representantes foram livremente eleitos. Não é incomum, no mundo plural e complexo em que vivemos, que surjam tensões entre esses dois polos, vale dizer, entre os **direitos fundamentais de uma minoria** e a vontade da maioria. É disso, precisamente, que trata a presente demanda, na qual se contrapõem interesses dos povos indígenas e a vontade (ao menos potencial) do Congresso Nacional. (...). No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/1988, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse — no sentido que os termos assumem no direito privado —, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura. Não é outra a orientação acolhida pelos tratados internacionais pertinentes, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/1988, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição. A circunstância de um grupo ser 174 direitos do índio sumário minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. Como já observado por este Tribunal, **“a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”**. Ademais, o modelo constitucional contemporâneo **reconhece o pluralismo** como uma marca das sociedades livres e democráticas, de modo que a proteção do que nos faz diferentes pode ser, e frequentemente é, tão importante quanto a tutela do que temos em comum. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. (...). Essas considerações suscitam relevantes dúvidas quanto à validade, em tese, da PEC 215/2000, tendo em vista não só os direitos dos índios, mas também outro direito fundamental — a proteção aos direitos adquiridos (CF/1988, art. 5º, XXXVI) — e, possivelmente, até a separação dos Poderes, igualmente acolhida como cláusula pétrea (CF/1988, arts. 2º e 60, § 4º, III). Por todas essas razões, é plausível a alegação dos impetrantes de que a proposta impugnada não poderia ser objeto de deliberação. [MS 32.262 MC, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 20-8-2013, DJE de 24-9-2013.

Não esqueçamos, porém, que era obrigação do Estado Brasileiro, segundo art. 67 das ADCTS, que a demarcação das terras indígenas fosse concluída em até 5 anos após a promulgação do texto constitucional, o que nunca se efetivou plenamente. A inércia do Estado brasileiro em atender essa disposição é responsável pelo agravamento desse tensionamento, que inclusive já rendeu condenação do nosso país na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Povo Indígena Xucuru x Brasil, em 2018.

Esse debate, porém, parece que ainda não está concluído e novos enfrentamentos políticos tendem a ocorrer no país. Afinal, em reação à posição da Corte e como um aceno aos setores mais reacionários da sociedade brasileira, o Congresso Brasileiro aprovou a Lei nº 14.701 de 20/10/2023, que institui a tese do marco temporal. Muito provavelmente, portanto, a depender dos resultados administrativos e políticos do processo demarcatório, a matéria tenderá a voltar para o STF.

Portanto, tal como anunciado desde a abertura deste livro, é evidente a denúncia contra a insuficiência da igualdade abstrata em tratar de problemas que envolvem culturas diversas e que exigem uma materialidade que dá sentido existencial e constitucional a pretensão de um conjunto de sujeitos

historicamente esquecidos. Isso não quer dizer que se está defendendo qualquer tipo de identidade ou diferença, mas que de fato a igualdade moderna precisa negociar e contemplar a diversidade dentro dos seus próprios limites. É preciso saber o tanto de diferença que a igualdade comporta para não se perder o seu sentido comum. O limite, nesse caso, é a Constituição, são os direitos humanos. O jogo ambivalente (as vezes de oposição) entre igualdade e diferença tem, portanto, marcadores irrenunciáveis.

2.3. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A diferença instalada no corpo pode ecoar de diversas maneiras. Muitas vezes se constitui como uma ou mais dificuldades físicas e/ou cognitivas de interagir com o mundo. Limitações motoras, visuais, mentais não descaracterizam o humano, mas com certeza o impede de alguns acessos que para serem superados necessitam de um atendimento especial. Ao longo da história os deficientes não tiveram vida fácil. Somente muito recentemente se pode dizer que está sendo firmado um estatuto jurídico e político para as pessoas que precisam um tipo de ajuda e auxílio diferente das demais. Uma sociedade completa é formada por toda a gama de diferencialidade. O direito se deu conta disso e as legislações e decisões judiciais indicam que a proteção das pessoas deficientes se sustenta numa nova gramática de reconhecimento.

Uma decisão modelar nessa direção se deu com o julgamento, em 09 de junho de 2016, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, na qual o STF julgou constitucionais os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) que determinam a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular, provendo as medidas de adaptação necessárias para tanto, sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades ou matrículas. A decisão reconheceu que: a) tanto a Constituição Brasileira quanto a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (que no Brasil tem status de emenda constitucional) garantem a igualdade como um fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade da pessoa humana; b) o ensino inclusivo é uma garantia constitucional; c) a igualdade abstrata precisa ser substancializada com o ideário pluralista defendido constitucionalmente como condição de possibilidade para a igualdade material; d) que “é somente com **o convívio com a diferença** e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB)”. Em seu voto, o ministro relator Edson Fachin refere que o “enclausuramento em face do **diferente** furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como **diferente**.”

A decisão sustenta que a diferença do deficiente não deve ser afastada, retirada de cena, escondida, como muito se fez outrora. Deve, numa direção propositiva, mostrar o humano diverso, lhe conceder espaço, fomentar suas potencialidades e deixar a riqueza de sua diferença construir suas próprias possibilidades que a educação em um sentido inclusivo pode oferecer. Mais que isso, é uma oportunidade para todos, não apenas para os diferentes; é uma oportunidade para a maioria conviver com as minorias numa perspectiva de acolhimento e alteridade.

Recentemente, a Suprema Corte também discutiu o Decreto nº 10.502/2020, que instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida” que, dentre outras, estabelecia a implementação de classes especializadas em escolas regulares e de escolas especializadas para pessoas com deficiência. O ato normativo foi impugnado por meio da ADI 6.590. Para o Supremo Tribunal Federal, o paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade, de modo que subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.

Nessa mesma direção, sempre reconhecendo a condição diferencial das pessoas com deficiência e a necessidade de implementação de políticas afirmativas, a corte se manifestou pela constitucionalidade da reserva de vagas para pessoas deficiente em concurso público. A ideia de equidade e correção material do princípio da igualdade, bem como a questão da diversidade, formam o núcleo desse tipo de decisão. Vejamos, a título de exemplo, um desses julgados:

Há a considerar (...), por relevante, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova York (2007) e incorporada, formalmente, ao plano do direito positivo interno brasileiro pelo Decreto 6.949/2009. Torna-se digno de nota registrar que essa Convenção Internacional, por veicular normas de direitos humanos, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 186/2008, cuja promulgação observou o procedimento ritual a que alude o art. 5º, § 3º, da Constituição da República, a significar, portanto, que esse importantíssimo ato de direito internacional público se reveste, na esfera doméstica, de hierarquia e de eficácia constitucionais. A Convenção Internacional em referência, ao estabelecer normas destinadas a assegurar à pessoa portadora de deficiência (ou portadora de necessidades especiais) o direito de acesso ao trabalho e ao emprego (art. 27), estabelece regras cuja eficácia desautoriza a pretensão recursal da União Federal, ora agravante, eis que a mens que informa a cláusula normativa fundada no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República visa a instituir **mecanismos compensatórios que traduzam ações afirmativas** a serem implementadas pelo Poder Público e que buscam, na realidade, “promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência”, corrigindo “as profundas desvantagens sociais” que afetam tais pessoas, em ordem a tornar efetiva “sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos” (Preâmbulo, y). Veja-se, portanto, que o **tratamento diferenciado** a ser conferido à pessoa portadora de deficiência, longe de vulnerar o princípio da isonomia, tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima as instituições republicanas, motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação do texto normativo que beneficia as pessoas portadoras de deficiência (ou de necessidades especiais), os vetores que, erigidos à condição de “princípios gerais”, informam o itinerário que referida Convenção Internacional

estabelece em cláusulas impregnadas de autoridade, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), como precedentemente já assinalado. [RMS 32.732 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014].

Portanto, o reconhecimento da diferença das pessoas com deficiência e a necessidade de se construir um parâmetro de equidade, capaz de garantir igualdade material para esses sujeitos, é o que tem caracterizado esse tipo de debate, ainda no começo, no STF.

2.4. DIREITOS DAS MULHERES

O direito das mulheres tem recebido um tratamento cada vez mais substancial nas democracias. E não é para menos. Afinal, as estruturas machistas e patriarcais ecoam forte ainda hoje. Na iniciativa privada as mulheres ganham menos que os homens fazendo a mesma coisa, e a violência sexual e de gênero é alarmante no Brasil. O fato de termos algumas legislações progressistas nessa matéria, não impede (em tese isso confirma um paradoxo) que tenhamos uma das piores realidades do mundo para as mulheres. Muito ainda precisa ser feito para que as mulheres vivam, de fato, em igualdade de condições.

A organização e a luta das mulheres, o surgimento de novas legislações e políticas públicas, fez com que a demanda das mulheres ganhasse evidência (e um novo debate) nos tribunais e particularmente no STF especialmente nos últimos 20 anos.

Atinente ao tema, talvez o julgamento mais importante (por conta dos argumentos apresentados) do Supremo Tribunal Federal seja aquele pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006. O Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente duas ações relacionadas com a Lei Maria da Penha: a ADC 19, proposta pela Presidência da República, que tinha como objetivo declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da normativa, e a ADI 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, para o fim de dar interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, 16 e 41, ambos da Lei nº 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Para os Ministros da Suprema Corte, a Lei não viola o princípio da igualdade, porquanto justamente cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exatamente como preconizado pelo § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e por outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. O Relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou que a Lei Maria da Penha promove a igualdade numa perspectiva material, sem, no entanto, restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes

ao gênero masculino. Ainda, no mesmo julgamento, o Supremo Tribunal Federal definiu que foi legítima a opção do legislador de excluir tais crimes do âmbito de incidência da Lei nº 9.099/95, isto é, da norma relativa aos crimes de menor potencial ofensivo. Os fundamentos da decisão reconhecem, como não poderia ser diferente: o sexo e o gênero como critério de diferenciação legítimo; a vulnerabilidade histórica das mulheres; a exagerada violência doméstica contra as mulheres; necessidade de se conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência.

Nesse mesmo cenário merece destaque a ADPF nº 54, julgada em 2012, que declarou inconstitucional a interpretação de que a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos é equivalente às condutas penais relacionadas ao crime de aborto. Nos fundamentos da decisão se sustentou que:

Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire. ” “Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.

Ou seja, o julgamento reconhece o protagonismo da mulher, os seus direitos de liberdade e autonomia quanto a sua condição reprodutiva.

Também paradigmática foi a ADI nº 5.617, julgada em 2018, que tratou do financiamento eleitoral de candidaturas femininas. A ação foi julgada procedente para:

(i) declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘três’ contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

A questão da diversidade, identidade e diferença, no caso de gênero, sustentam o núcleo de fundamentação. As principais razões constitucionais para a decisão seriam: 1. As ações afirmativas promovem igualdade material; 2. É incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela **discriminação** em relação ao sexo da pessoa. 3. A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados; 4. Em virtude do princípio da igualdade, não pode, pois, o partido político criar distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero. 5. Utilizar para qualquer outro fim a **diferença**, estabelecida com o objetivo de superar a discriminação, ofende o mesmo princípio da igualdade.

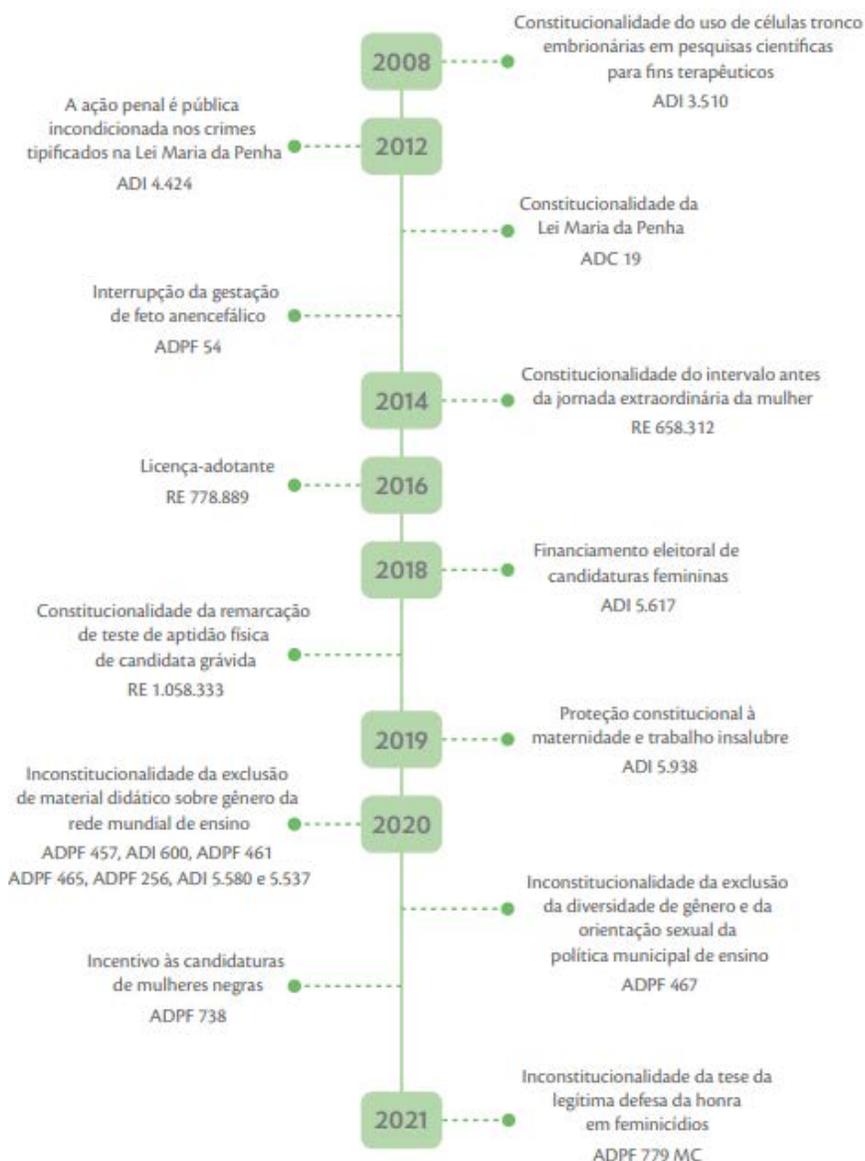
Outro julgamento importante diz respeito à possibilidade de remarcação de teste de aptidão física para candidata gestante à época de sua realização. A decisão foi tomada em novembro de 2018, no julgamento do RE 1.058.333, com repercussão geral reconhecida, firmando-se a tese segundo a qual “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”. Para o Relator do caso, Ministro Luiz Fux, negar esse direito à mulher em situação gestacional acirra a desigualdade entre homens e mulheres.

Finalmente, outro julgamento da mais extrema importância refere-se à inadmissibilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da legítima defesa da honra no Plenário do Tribunal do Júri. Na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (artigo 5º, da CF/88). Segundo o Ministro Relator, Dias Toffoli, além de ser atécnicamente, a ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores jurídicos, de institucionalização da **desigualdade entre homens e mulheres** e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

Muitas outras decisões do STF trataram da temática. Abaixo uma linha do tempo sobre tais decisões:

LINHA DO TEMPO

STF E DIREITOS DAS MULHERES



Fonte: Caderno de Jurisprudência do STF. Concretizando Direitos Humanos. Direito das mulheres

2.5. PESSOAS LGBTQIAPN+

Quanto à comunidade LGBTQIAPN+, um dos mais importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal foi o reconhecimento, no bojo da ADI 4.277 e da ADPF 132, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como dignas de proteção jurídica. Em maio de 2011 o Plenário do Supremo Tribunal Federal equiparou, de forma unânime, as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, portanto, a união homoafetiva como um núcleo familiar. O foco da discussão foi o art. 1.723 do Código Civil, que define como união estável aquela “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ao discorrer sobre o constitucionalismo fraternal, o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, mencionou o princípio da diferença, também estudado, segundo ele, pelo italiano Francesco Viola sob o conceito de “similitude”.

Como consequência lógica desse reconhecimento, o STF, no RE nº 646.721, julgado em 2017, declarou a tese de que “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.” Também nesse julgado, como não poderia ser diferente, a questão da diversidade dos tipos familiares ganha evidência e proteção.

Essas decisões seguem na esteira de outras decisões referentes a casais homoafetivos que tratavam de outros tipos de demandas, tais como: a adoção de menores por casais homossexuais (Recurso Especial nº 889.852 – RS 2006, Ap. Cível nº 1.0470.08.047254-6/001/MG, Ap. Cível 582499-9/PR), o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato para fins de partilha de bens (Resp. 648.763/RS), o reconhecimento do direito à pensão por morte de um dos membros da união homoafetiva em razão da morte do titular do plano de previdência (Resp. 1.026.981/RJ, 238.715RS), a geração do direito a um dos membros da união homoafetiva de ser incluso no plano de saúde do companheiro (Resp. 238.715RS), reconhecimento do direito à herança (Apelação Cível n. 0007309-38.2003.8.19.0204/RJ), reconhecimento do direito a verbas rescisórias do de cujus a serem divididas igualmente entre sua filha e seu companheiro (Ap. Cível n. 0003873-96.2002.8.19.0207/ RJ).

No ano de 2015, a Corte reconheceu a descriminalização da homossexualidade no âmbito militar, no julgamento da ADPF 291. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação e declarou não recepcionados pela Constituição Federal os termos “pederastia ou outro”, bem como a expressão “homossexual ou não”, constante do caput do dispositivo do art. 235 do Código

Penal Militar por conflitarem com o direito à liberdade de orientação sexual. A tese central é a de que:

Por se referir a uma liberdade existencial e estar relacionado a uma **minoria tradicionalmente discriminada**, o uso da orientação sexual como fator de diferenciação, é, via de regra, vedado. (...) Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma **discriminatória**, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade.”

Ainda nesse tema, tanto na ADI nº 4.275 quanto nos autos do RE 670.422, com repercussão geral reconhecida (Tema 761), ambas julgadas em 2018, decidiu-se que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto diretamente pela via administrativa. Consignou-se, também, que essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedando-se expressamente a inclusão do termo “transgênero”. Em seu voto, o Ministro Relator, Dias Toffoli, pontuou que :

Em uma ordem jurídico-constitucional em que o respeito à dignidade do ser humano e o poder-dever de garantir seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade brasileira, a **diversidade fática e o pluralismo jurídico** instituídos nos levam a concluir que algumas soluções imprecisas de outros ramos do Direito não se revelam adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

A Suprema Corte firmou a tese que restou redigida nos seguintes termos:

I - O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II - Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; III - Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV - Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Avançando na pauta das minorias sexuais, em 2019 o Supremo Tribunal Federal reconheceu aquilo que chamou de racismo social no bojo da ADO 26 e do MI nº 4.733, entendendo que a Lei nº 7.716/89 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e Transfóbicas. A Suprema Corte alude à “tolerância como expressão da **harmonia na diferença** e o respeito pela **diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos**”. Em seu voto, o Ministro Relator, Celso de Mello, preceitua que:

É possível constatar, a partir dessa breve exposição, que a comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, caracteriza-se, na verdade, pela **diversidade** de seus integrantes, sendo formada pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, apresentando elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Com isso, decidiu-se que,

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e Transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

A ementa do MI 4733 é um claro exemplo da vertente constitucionalista de tipo identitário que tem caracterizado o papel contramajoritário do STF nas últimas duas décadas:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. Direito das pessoas. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de **discriminação**, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua **identidade de gênero**. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessumese da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou Intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado precedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI 4733, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJe-238 de 29-09-2020).

O STF, ainda sobre a questão Trans, reconheceu a aplicação das Resoluções 348/ 2020 e Nº 366/2021, que estabelecem que o magistrado deve indagar à pessoa transexual sobre sua preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver; e sobre o convívio geral ou em alas e celas específicas. Este último questionamento também deve ser feito à pessoa gay, lésbica, bissexual, intersexo ou travesti.

Mais recentemente, em 2020, outras decisões merecem destaque para a presente pesquisa. A ADI 5. 543 teve como objeto o art. 64, IV, da Portaria nº

158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (RDC nº 34/2014 da ANVISA), que, em linhas gerais, proibiam a doação de sangue por homossexuais (por lapso de 12 meses após ato sexual), considerado um grupo de risco. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar inconstitucionais os referidos dispositivos, por configurarem indevida discriminação por orientação sexual e ofenderem a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Entre os fundamentos da decisão se encontram as seguintes ideias: Discriminação com base em grupos conforme sua orientação sexual e violação à dignidade humana; Direito à dignidade humana, identidade e reconhecimento; Direito à liberdade sexual e à autonomia; do indevido tratamento desigual; Movimento LGBTQIAP+ como intérprete da Constituição e Impacto desproporcional e violação à igualdade.

No mesmo sentido foi a ADPF nº 461, que tem como objeto a análise do art. 3º, X, parte final, da Lei 3.468/2015 do Município de Paranaguá (PR), que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, do dispositivo em questão, uma vez que a norma compromete o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral. Mais do que isso, a Corte fundamentou seu julgado (e é o que nos interessa aqui) destacando: 1. A necessidade de se compreender claramente os conceitos de sexo, orientação sexual e gênero; 2. O quadro geral de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+; 3. Resultado prático da vedação do ensino de gênero e orientação sexual; 4. Educação e promoção da igualdade; 5. Educação, pluralismo e emancipação; 6. Quadro de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+ nas escolas; 7. Educação sexual e proteção integral da criança e do adolescente. A decisão reconheceu, textualmente, que é “dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade.” Que não se pode violar à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214) e comprometer o papel transformador da educação. Refere, a decisão, ainda, que não se pode utilizar do “aparato estatal para manter **grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade**”. Destaca a importância da educação sobre **diversidade sexual** para crianças, adolescentes e jovens. Considera que os indivíduos especialmente vulneráveis podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado e que é dever do “Estado mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão.”

Sobre o mesmo tema²⁵ foi o julgamento da ADPF n.º 457, no ano de 2020, a fim de impugnar a Lei Municipal.º 1.516/2015 que visava a exclusão de qualquer referência à diversidade de gênero e à orientação sexual à política municipal de educação no município de Novo Gama, no Estado de Goiás. O STF decidiu que a referida proposta “não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero” (STF. ADPF 457, 2020), tendo sua inconstitucionalidade material reconhecida. De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes,

ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF).

Para finalizar esse tema, neste ano de 2024 o STF, no RE 1211446, reconheceu o direito à licença-maternidade para mulher não gestante em casamento homoafetivo, fixando-se a seguinte tese de repercussão geral: “A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade”.

Vejamus que todas essas decisões do STF repousam sobre a ideia de que a pluralidade das formas afetivas e sexuais são reconhecidas e devem ser protegidas constitucionalmente, já que que são modos particulares de a humanidade de cada ser revelar aquilo que se é, em igualdade de condições e em igual dignidade.

O “amor”, desejo e sexualidade como experiências plenas são fundamentais para a construção de espaços democráticos que dependem da autenticidade, da alteridade e do reconhecimento da diferença do outro. Tem um apelo ético, uma carga de sentido nunca completa que se alimenta da constante incerteza e insegurança que funda os desejos e os interesses de cada cidadão. Nessa direção, o amor, em seus diversos formatos e modos de representar, é importante para a justiça, para a formatação de uma sociedade de acontecimentos livres, autônomos e em igualdade de condições. Trata-se de uma função pública do amor, da possibilidade de ele conduzir todos os tipos de narrativas, de desejos, de gozos, de entendimentos compartilhados e abertamente vividos por todos os sujeitos como um direito de verdade. Se o amor é importante para a construção dos destinos e

25 Ver, ainda, sobre este tema: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600, que foram ajuizadas contra a Lei estadual 7.800/2016 de Alagoas, que proibia a doutrinação política e ideológica no sistema educacional estadual e veda que os professores incitem os alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas.

para a qualidade moral de cada ser individualmente, seguramente vai influenciar na reforma estrutural e na formação dos novos arranjos familiares. Cada pessoa individualmente considerada é a unidade da distribuição política e os direitos em igualdade de condições são a condição de possibilidade para que cada sujeito se realize como um projeto independente (Nussbaum, 2002).

Por isso, entendemos que o STF decidiu adequadamente quando reconheceu, por exemplo, mesmo sem legislação ordinária específica, o mesmo direito das uniões heterossexuais para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois potencializou a vida, a liberdade, a autonomia, valores e direitos fundamentais importantes em qualquer democracia. Alguns autores, na direção contrária, sustentaram que nesse caso o STF teria decidido erroneamente em razão de que o texto da Constituição não reconhecer expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo. Para além reproduzirem uma leitura exegética, que não ultrapassa a literalidade da lei, esse entendimento nega a dinamicidade do próprio texto constitucional que positivou, em vários artigos, a ideia de igualdade, de diversidade, de pluralidade, de dignidade, independentemente de sexo ou sexualidade. O texto constitucional, de fato, refere-se à união entre homem e mulher, mas a Constituição reconhece uma gama muito maior de direitos para as pessoas indistintamente do sexo, além de não se posicionar favoravelmente a uma divisão biológica e redutora dos gêneros. Nisso grandes juristas foram traídos, ao que parece, pelo próprio pré-conceito que encontrou lugar na redução literal que o texto constitucional anuncia ou, quem sabe, pela tradicional ideia de que o casamento heterossexual seja o único espaço do sexo, da família e, por isso o único que merece tutela estatal.

Ora, seria muito estranho considerar legítimas as políticas públicas (que de fato existem) nas escolas, no trabalho e na sociedade em geral que visam a eliminação dos pré-conceitos de gênero, e ao mesmo tempo negar, pela Corte maior do Judiciário, o direito de as pessoas do mesmo sexo poderem se unir afetivamente e receberem proteção jurídica nesse caso. Imaginemos a bizarra situação: todos quantos o desejo constituir podem ser gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, etc., e desenvolver atividades laborais de qualquer natureza (promotores, advogados e juízes), sem nenhuma restrição constitucional, mas não podem amar, não podem viver seu afeto, e nem gozar seu desejo de modo legítimo em termos jurídicos. Seria como se a Constituição e as decisões judiciais permitissem ao cidadão ser quase tudo na vida pública, mas ao mesmo tempo castrado na intimidade mais identitária que seu desejo lhe atribui. Seria a Constituição barrando o desejo e os laços amorosos. Por mais que tenha desagradado muitos juristas e cidadãos brasileiros, a decisão do STF nos pareceu adequada, pois (a) decorre de uma interpretação constitucional incluyente dos direitos individuais de liberdade e igualdade, (b) não afeta nenhum direito de terceiro, (c) não causa problemas de natureza orçamentária, e, sobretudo,

(d) potencializa a um grupo de cidadãos invisibilizados as condições paritárias para viverem suas experiências existenciais de maneira plena.

As decisões que viabilizam a realização identitária de uma pessoa ou de um grupo, para além de não afetarem direito de terceiros são indispensáveis para que os todos os cidadãos possam viver em igualdade de condições com os demais membros da sociedade. A igualdade apregoada pela Constituição não é apenas uma igualdade abstrata, que desconsidera a historicidade de cada sujeito, mas é uma igualdade substancializada e confrontada permanentemente pelos conteúdos da diferença. O Poder judiciário, ao proteger ativamente os direitos que garantem o reconhecimento e a pertença em igualdade de condições, está cumprindo uma função importante para a consolidação dos direitos individuais em sua acepção mais concreta possível (Copetti Santos; Lucas, 2017).

O direito pode impor o dever de cuidado, de zelo, respeito e proteção. Isso, além de desejável em qualquer relação, pode ser cobrado de quem quer que seja. É uma ação objetiva que se pode determinar, inclusive de modo financeiro. Contudo, não se pode cobrar amor de quem não tem para dar, simplesmente, pois amar não é uma obrigação, amar não é um acontecimento objetivo que possa ser encapsulado e exigido de modo material. Do mesmo modo não se pode castrar o desejo e o amor de quem o possui. Assim como não se pode obrigar alguém a apaixonar-se, o direito é incapaz de impedir que alguém ame ou deixe de amar. Todos podem amar e podem amar a seu modo, sem regulamentos, sem etiquetamentos e sem restrições (desde que pessoas livres, autônomas, conscientes e maiores de idade). Os novos nomes do amor se abrem como possibilidade e como liberdade. O Amor é, definitivamente, um evento a dois, uma democracia a dois (Beck; Beck-Gensheim, 2017). As decisões judiciais, nesse campo, ajudaram o amor a encontrar a liberdade de ser o que se é.

Há, portanto, um movimento ambivalente nesse processo de tutela jurídica: em termos jurídicos, a identidade – seja ela no que diz respeito à sexualidade, cor, gênero ou idade – não pode se constituir em um obstáculo à concretização de direitos fundamentais e, nesse sentido, é possível questionar a desnecessidade de demarcar estes rasgos de identificação dos sujeitos no campo normativo (já que a inclusão de determinadas categorias, por meio do reconhecimento legal, significa a exclusão de outras). Por outro lado, no que diz respeito ao mundo da vida, dos fatos, esses traços são fundamentais porque comunicam expectativas e (im) possibilidades para os indivíduos. Desse modo, é possível supor, por exemplo, que uma mulher lésbica queira se identificar como tal em termos existenciais a fim de evitar as investidas arbitrárias de homens que, muito provavelmente, não são seu objeto de desejo.

O terreno do sexo, da sexualidade, do gênero e do corpo, nas suas diversas interconexões, sempre foi controlado e disputado pelas narrativas jurídicas

heteronormativas, machistas e patriarcais. Por isso, o fato de essas temáticas ganharem evidência nos espaços institucionais, como é o caso do Judiciário e do Legislativo, significa um marcador de resistência e a possibilidade de construir uma paridade representativa que incorpore a agenda dos grupos sexuais inferiorizados, assim como uma janela para o surgimento de uma nova teoria jurídica implicada com esses temas.

A lógica binária do gênero colonizou o direito em praticamente todas as suas formas de representação e interdição. E essa gramática binária foi construída pelo domínio hetero-masculino, e justamente por isso que apelar para a continuidade dessa mesma gramática binária tende a impedir que muitos sujeitos se sintam incluídos de modo pleno. A questão do gênero por si só, refém do binarismo, entendida de modo identitariamente fechado e excludente, reproduz, mesmo sem querer, os velhos arquétipos de um dentro e um fora, um nós e um eles, amigos e inimigos, que embargam e encapsulam a causa inclusiva. Existem outras questões que implicam os processos de poder e de domínio numa sociedade capitalista e que devem ser considerados nesse contexto. Não é à toa que esses temas têm suscitado muitas divergências mesmo em setores progressistas da sociedade, como, por exemplo, entre o movimento feminista e o movimento trans e travesti, notadamente no que tange o discurso sobre o sexo e o feminino.

Estamos diante de um impasse, de uma dificuldade. Como podemos comunicar e regular (se é que devemos) a pluralidade das manifestações de sexualidade e identidade de gênero, se ainda estamos colonizados, no direito, pelas narrativas binárias? Conceitos de filiação, paternidade e maternidade, homem e mulher, falo, estão sendo revisitados e exigem uma nova narrativa que permite falar sobre a biografia dos corpos com mínima segurança jurídica. Estamos no começo dessa travessia e por isso uma teoria jurídica que dê conta dessa tarefa precisa ser elaborada respeitando a representatividade dos interessados e os limites materiais e substanciais da constituição.

E porque estamos falando disso? Porque tende-se a falar, por exemplo, da mulher em abstrato, mas ela nunca é em abstrato. Ela pode ser rica ou pobre, preta ou branca, cristã ou judia, pode ser hetero, bissexual, assexual, lésbica ou uma mulher trans. Poder isso e muito mais. E é na concretude de sua mundaneidade que o direito deve lhe garantir a igualdade de condição de ser o que quiser ser. Por isso, as reduções e apostas binárias sempre foram e continuarão sendo (mesmo nas suas versões críticas) simplificadoras e não includentes para um número expressivo de mulheres pensadas fora de sua historicidade.

No caso das mulheres e homens trans, por exemplo, a pobreza da narrativa jurídica é também uma forma de colonização e dominação epistemológica desses corpos e de tudo o que eles podem representar. Como na cartografia anatômica

binária só existem dois corpos e dois sexos, tudo que estiver fora desse binarismo é entendido apenas como patologia e deficiência, refere Preciado (2022). O autor defende uma posição que ele denomina de *Contrassexual*, capaz de romper com qualquer tipologia de gênero e orientação sexual tradicionais e de promover uma experimentação radical de novas práticas de emancipação sexual, uma nova configuração entre desejo e corpo, posição, portanto, contrária a pauta reformista e integracionista dos movimentos identitários de lésbicas, gays, bissexuais e trans. Trata-se de novas subjetividades que não podem ser representadas por meio da política identitária e que por isso não podem ser acessadas e nem comunicadas pela linguagem jurídica tradicional que reduz a sexualidade à diferença sexual e à identidade de gênero. Por isso que, prossegue Preciado (2020, p. 115):

“Mudar de sexo” não é, como quer a guarda do antigo regime sexual, dar um salto para a psicosse. Mas também não é, como pretende a nova gestão neoliberal da diferença sexual, um mero trâmite médico-legal que pode ser completado durante a puberdade para dar lugar a uma normalidade absoluta. Um processo de redesignação de gênero em uma sociedade dominada pelo axioma científico-mercantil do binarismo sexual, onde os espaços sociais, trabalhistas, afetivos, econômicos e gestacionais estão segmentados em termos de masculinidade ou feminilidade, de heterossexualidade ou homossexualidade, é cruzar aquela que talvez seja, juntamente com a raça, a mais violenta das fronteiras políticas inventadas pela humanidade. Cruzá-la é ao mesmo tempo saltar uma parede vertical interminável e caminhar sobre uma linha desenhada no ar. **Se o regime heteropatriarcal da diferença sexual é a religião científica do Ocidente, então mudar de sexo só pode ser um ato de heresia.**”

De fato, muitos corpos que reclamam importância não se reconhecem nesse jogo ambivalente das narrativas binárias do qual as discussões de gênero também se alimentam, mesmo quando desejam rompê-las. Segundo Butler (2015) a hegemonia heterossexual modera todo o debate sobre as questões sexuais e políticas. É como se toda a questão sexual fosse decorrente de uma aproximação ou repulsa desde o paradigma dominante da heterossexualidade. Em determinadas análises feministas, continua Butler, a homossexualidade masculina é retrata como algo relativo às mulheres, que numa visão extremada sugere uma espécie de colonização ao inverso, “una manera que tienen las mujeres feministas de convertirse en el centro de la actividad homosexual masculina”. O mesmo ocorre em relação às observações homofóbicas contra às mulheres lésbicas, tidas como aquelas mulheres que devem ter tido uma má experiência com homens ou que não encontraram o homem adequado. Esta lógica de repúdio instala o amor heterossexual como o ponto de partida, como a origem e a verdade tanto do lesbianismo quanto do travestismo, interpretando ambas as práticas como sintomas de um amor frustrado (Butler, 2015, p. 187).

Tomado pelo binarismo e pela heteronormatividade, não é de se estranhar que o direito (e as políticas públicas) tenha tido muita dificuldade de estabelecer uma linguagem jurídica adequada para solucionar demandas daqueles corpos que se não modelam a partir da dinâmica ambivalente e opositiva entre os sexos

e gêneros, e seus respectivos papéis. Se Butler tem razão ao afirmar que pode existir uma outra origem para a configuração do desejo que não é decorrente da aproximação ou repúdio à heterossexualidade, mas que tem a sua própria dinâmica, sem dúvida que faltam palavras e linguagem para acessarmos esse novo que reclama reconhecimento. E mais, nos exigiria libertar-se do jogo binário do sexo e do gênero que coloniza o desejo chamado legítimo e que dá substancialidade às instituições jurídico-políticas que lhe sustentam. Nos parece que Borrillo (2019, prefácio) problematiza bem essa questão:

Se as teorias políticas clássicas não questionaram a normalidade desde a perspectiva dos papéis sociais de sexo e da heterossexualidade obrigatória, uma teoria crítica da sexualidade aplicada ao Direito parte justamente da experiência daqueles que se encontram no limite da norma sociossexual para criticar dispositivos normativos como o estado civil, o matrimônio e a filiação, os quais negaram e seguem negando entidade jurídica aos que segundo dita lógica se acham no limite da cidadania. Uma teoria crítica da sexualidade constitui, portanto, uma proposição de justiça individual que integra todas as pessoas em um universo jurídico sem considerá-las de acordo com sexo, gênero e sexualidade, categorias, para mim, desprovidas de relevância jurídica.

A única maneira de integrar todas as subjetividades ao Direito é fazer delas uma norma des-subjetivada, ou seja, indiferente ao sentido que cada indivíduo dá aos seus papéis sexuais, à sua identidade ou à sua vida erótica. Uma teoria crítica questiona também as categorias utilizadas para proteger as supostas minorias, pois os efeitos secundários de dita proteção podem ser graves: confirmar os estereótipos e criar subjetividades não desejadas, por exemplo.

Apesar de alguns avanços em relação ao direito das minorias sexuais, não se pode dar a pauta por superada. Em muitas regiões do mundo as pessoas LGBTQIA+ ainda não adentraram na arena dos sujeitos socialmente reconhecidos do ponto de vista de sua cidadania. “Manter relacionamentos amorosos, algo que nos faz intrinsecamente humanos, ainda é, em termos legais, uma prerrogativa heterocentrada, marca da injustiça erótica e da opressão sexual que atinge gays e lésbicas no Brasil e na maior parte do planeta” (Mello, 2006, p. 506). Não há como negar que os desafios introduzidos pela diferença (e pela diferenciação) estão latentes e se colocam cada vez mais na ordem do dia, demandando um reconhecimento político cujas consequências se espraiam para outros campos, a exemplo do econômico. Isso significa que, superadas algumas pautas da agenda LGBTQIA+, outras surgirão, reivindicando novas respostas, mais criativas, capazes de incluir tais grupos outrora excluídos da vida pública numa noção de sexualidade efetivamente cidadã, a fim de que os direitos sexuais sejam eles também percebidos como parte do exercício da cidadania.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, também no cenário das pessoas LGBTQIA+, tem atuado de modo a reconhecer a existência digna das minorias, as especificidades que caracterizam as identidades de gênero e a orientação sexual. Esse tipo de discussão é ainda muito recente no direito brasileiro e, por isso mesmo, muitas divergências a respeito de uma possível atuação mais ativista do STF são recorrentemente apontadas. Contudo, é evidente que, como estamos afir-

mando desde o início deste livro, o tema da identidade, da diversidade, da pluralidade, também sobre as questões sexuais tidas como historicamente desviantes, fazem parte da agenda de um novo momento do constitucionalismo de garantias. A imagem abaixo mostra o itinerário das decisões do STF sobre o tema:

LINHA DO TEMPO STF E DIREITOS LGBTQIAP+



Fonte: Caderno de Jurisprudência do STF. Concretizando Direitos Humanos. Direito das pessoas LGBTQIAPN+

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das críticas ao modelo de atuação do STF, frequentemente acusado de ativista, é possível destacar que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando, mesmo que lentamente, um constitucionalismo identitário de tipo afirmativo, que dialoga e substancializa os limites materiais do princípio da igualdade e reconhece demandas de reconhecimento identitário de viés liberal. Para consolidar essa função, o papel contramajoritário da Suprema Corte tem sido fundamental, pois ele permite a defesa das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais de grupos historicamente excluídos, a exemplo dos abordados nesta pesquisa. Isso porque, não raras vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão danoso à democracia quanto qualquer outro. Além disso, o papel representativo impõe que o Poder Judiciário “olhe à sua volta” e decida tendo em mente a realidade concreta, o mundo da vida. Nesse sentido, seria importante ampliar o acesso à Corte às minorias periféricas, pois as estatísticas indicam uma participação ainda muito pequena desses grupos.

Recentemente, a propósito, o Supremo Tribunal Federal elaborou um conjunto de coletâneas que consolidam seus entendimentos jurisprudenciais vocacionados à proteção do direito das minorias numa série recente de publicações temáticas, o que denota uma preocupação crescente da Suprema Corte quanto a tais pautas identitárias. Se o constitucionalismo é o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais, não há como negar que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, tem desempenhado importante função no sentido do estabelecimento de um constitucionalismo de jaez identitário. Esse movimento é novo e, como dissemos, não é visto como totalmente positivo por todos os autores. Uma coisa, porém, é certa: as questões identitárias fazem parte da agenda de qualquer país democrático e é normal que as suas pautas por reconhecimento e proteção sejam cada dia mais habituais nos ambientes institucionais da República. O direito e a política estão incitados, cada um do seu lugar, a dizer algo e deverão elaborar as soluções para que esses grupos minoritários tenham o igual direito de viverem as suas diferenças.

Não se trata, contudo, apenas de uma estratégia de distribuir direitos, mas de reconhecer novos argumentos, novas identidades e novas histórias em narrativa, sem esquecer, contudo, que o pano de fundo do direito à diferença é uma exigência calcada na igualdade de tratamento. No caso do direito das mulheres, por exemplo, não se está falando do direito subjetivo de ser mulher, o que seria um estranho paradoxo (requerer ser o que já se é), mas está em cena um debate sobre sexualidade, sobre independência feminina, sobre autonomia sobre o corpo, sobre trabalho, enfim, sobre a conformação de um novo conceito de mulher, de feminino e de mãe, que até o momento não encontrou um lugar adequado e

bem cuidado dentro do direito. Problemas desse tipo não se resolvem apenas com medidas distributivas, típicas de uma sociedade industrial, mas requerem, também, ações de reconhecimento do outro diferente, requerem um novo conceito para a igualdade e um pacto de confirmação e correção de nossa historicidade. O certo é que o direito será pouco eficiente se insistir em conduzir respostas homogeneizadoras para tratar de demandas que reclamam o reconhecimento de diferenças, bem como correrá o risco de ser autoritário se fundar medidas de direito amparadas somente em atributos de diferença. Em outras palavras, dois riscos devem ser evitados: a universalidade de direitos não pode se transformar em homogeneização e tampouco a diferença pode ser confundida com desigualdade.

De fato, a conflituosidade inaugurada pelos problemas identitários não se deixa aprisionar. A igualdade abstrata perante a lei parece ser insuficiente quando o que está em jogo é uma demanda centrada na diferença; o sujeito de direito abstrato e genérico da juridicidade moderna é atropelado por sujeitos históricos que falam, de modo trans-escalar (e nisso reside um perigo) por intermédio de uma cor, de uma cultura, de um gênero, de um atributo de sexualidade, de uma religião, etc., enfim, que falam por meio de adjetivações objetivas; o conflito entre indivíduos, nesses casos, é substituído por uma espécie de retorno à defesa das agendas comunitárias, por disputas caracteristicamente marcadas pela afirmação de continuidades tradicionais e pela negação de tudo o que for estranho ao conceito de “nós”. O fato positivo de as identidades se tornarem reconhecidas e respeitadas juridicamente, gerando a inclusão de setores historicamente esquecidos e oprimidos, não pode, numa banda contrária, funcionar como mote para uma sedutora defesa das particularidades (cor, sexo, gênero, idade, etc.) como fonte exclusiva de fundamentação para o direito à identidade. Isso representaria um retrocesso. A sociedade já experimentou basear o direito em diferenças (naturais inclusive) e o resultado foi desastroso, violento, opressor, desigual. Basta lembrar que a escravidão, a violência institucional e velada contra a mulher, o trato indígena, os campos de concentração, etc. são experiências decorrentes de concepções negadoras da igualdade humana e defensoras de atributos particulares classificados como inferiores ou superiores.

As lutas contemporâneas por reconhecimento identitário desafiam substancialmente o direito. Primeiro porque o debate envolvendo o direito à diferença ganhou as ruas, ganhou visibilidade e publicidade e não parece ser um tema de muitos consensos, aumentando a importância política de uma solução democrática para as questões dessa natureza. Segundo – e essa é uma questão jurídica fundamental-, porque não se pode atribuir juridicamente identidade (cultural, sexual, religiosa, etc.) a alguém, não se pode reconhecer identidade para alguém, da mesma forma que não se pode obrigar alguém a ter determinada identidade. Em outras palavras, o direito à identidade é um paradoxo: querer ver reconhecido

o que, de algum modo, já se é (afinal, como se poderia negar ao negro sua condição de negritude, ou ao homossexual a sua preferência sexual?). Não se pode demandar identidade na lei e pela lei. Não se pode cobrar do outro ou do Estado o reconhecimento daquilo que já sou enquanto sujeito de uma cultura (mesmo que não queira), como possuidor de uma cor ou orientação sexual, daquilo que represento na minha condição de sujeito particular e participante de uma representação simbólica e imaginária de pertencimento. Esse elo de conjunções que elaboram a pauta identitária não é lógico e tampouco jurídico. É uma ligação baseada em reciprocidades e que reclama uma dimensão ética; depende de expectativas mútuas, de acordos recíprocos, de convivência com o outro semelhante e aceitação do outro diferente. Trata-se, portanto, de reconhecer o outro como igual, como livre em sua aventura de viver suas experiências objetivas ou simbólicas, nos limites de uma convivência compartilhada.

Por isso, talvez o direito à identidade fosse mais bem entendido se falássemos em um direito de igual historicidade, em um direito de ser livremente o que se é numa comunidade de regras previamente acordadas de forma conjunta. Falar de identidade, portanto, é falar de livre trânsito das diferenças culturais, biológicas, políticas e quaisquer outras que, de uma forma ou outra, constituem o sujeito como ele é. Por trás das lutas por reconhecimento se debruça uma conquista moderna: liberdade de poder ser em igualdade de condições; liberdade de exercer as diferenças sem ser tratado como desigual; liberdade na diferença. Foram as experiências históricas que deram tom a diferença e que a assumiram como matéria prima da desigualdade. Reconhecer, portanto, a historicidade presente na composição das identidades em conflito é o primeiro passo para poder transitar entre elas, perceber desencontros e apresentar uma pauta para o diálogo.

OS DIREITOS DAS MINORIAS E AS ARMADILHAS DO “IDENTITARISMO”

É evidente que os reclamos e as lutas identitárias fazem parte de um conjunto de conquistas jurídico-políticas das minorias, capaz de dar voz e um lugar para muitos sujeitos invisibilizados. Esse movimento político precisa ser enaltecido e ampliado, pois de fato estamos falando de uma nova agenda de reconhecimento e de proteção dos direitos das pessoas e coletividades que foram historicamente esquecidas, estigmatizadas e violentadas. E quanto a isso, quanto a proteção desses sujeitos minorizados, entendemos que o projeto constitucional brasileiro possui instrumentos capazes de potencializar sua autonomia e dignidade em igualdade de condições. Ou seja, estamos falando de um sistema jurídico de garantias e de direitos propriamente dito, e não de qualquer outra coisa que possa alguém alegar se tratar apenas de pautas morais ou ideológicas. E se estamos falando de direitos, de direitos das minorias, é óbvio que o desrespeito desses direitos deve ser pautado em todos os espaços que comumente tratam dos conflitos jurídicos, notadamente os Tribunais. Desse modo, se esses temas não são estranhos ao direito, não podem, evidentemente, serem estranhos à Jurisdição constitucional.

Feita essa importante observação, cabe uma ponderação de natureza diversa, em tom de alerta, que não anula os processos de luta por reconhecimentos das pautas identitárias, mas que procura problematizar sobre as atuais alternativas (lutas e tensionamentos políticos) exclusivamente identitárias de inclusão social. Estamos falando propriamente do que alguns críticos chamam de “identitarismo” e suas armadilhas. Ou seja, identitarismo entendido como um movimento obsessivo pela afirmação identitária a qualquer custo ou que se coloca como uma estratégia exclusiva de pertencimento. O apelo excessivo e fechado para esse tipo de demanda identitária pode colaborar para o surgimento de novos fundamentalismos e identidades estereotipadas, o acirramento das tensões e o crescimento da polarização entre o nós e o eles. Ou seja, a política identitária, inicialmente muito progressista em sua missão, parece ter sido virada do avesso e ter criado um tipo de desagregação e alienação que a direita reacionária rapidamente começou a explorar. Os movimentos nacionalistas antidemocráticos, por exemplo, ao mesmo que apelam para uma identidade homogeneizadora, se colocam contra a diversidade das várias identidades. (Neiman, 2023). Identidades rivalizam em vez de dialogarem; se alimentam de uma oposição permanente e reforçam a sua presença pela negação da diferença do outro. Nisso reside os riscos do identitarismo, amplamente denunciado.

Dissemos ao longo desse livro, apoiados em Resta (2011) e Remotti (2010), que a identidade (como traço de identificação e sem alteridade) é uma categoria que tem uma posição de ambivalência e que se nutre de oposição, especialmente porque une desunindo e desune unindo. Ela se alimenta dessa oposição permanentemente. Constrói, quase sempre, um dentro e um fora, um nós e um eles. Há quase nenhum espaço para a alteridade nesse tipo de estratégia fechada de identidade e justamente por isso a ideia de identidade vista como algo de mais do mesmo, mais de nós mesmos, muitas vezes (e é o que vemos), tende a se proliferar na grande maioria das estratégias discursivas, como se o outro tivesse que ser quase eliminado para que o mesmo/idêntico garantisse a sua presença. Ou seja, a aposta excessiva e exclusiva na agenda identitária esconde algumas questões que merecem ser ao menos problematizadas, pois está impactando tanto as subjetividades quanto a própria noção de vida coletiva, de espaço público.

No caso das redes sociais, nas quais esse discurso se potencializa, é cada vez mais normal se desejar o contato exclusivo entre iguais e se cancelar e deletar os diferentes. Do ponto de vista pessoal essa estratégia cobra o preço da mesmidade narcísica e do ponto de vista social é quase inevitável a ideia de polarização. Na sociedade em rede esse jogo de ambivalências do qual se alimenta a identidade é particularmente preocupante e adquire uma potência destruidora. Segundo Han (2018, p. 86), a comunicação digital é pobre de olhar, pobre do outro. Ela não é dialógica; “se mostra, muito antes, como uma máquina de ego narcísico”. O sentido de comunidade, já frágil, é ainda mais comprometido na sociedade digital. Os indivíduos digitais se formam ocasionalmente como resultado de aglomerações ocasionais ou como resultado de aproximações temáticas que reforçam a identidade do grupo contra a diferença do entorno. Sujeitos atomizados veem na identidade comum do outro uma presença, um pertencimento e um sentido que tendem a levar ao grau máximo de defesa. Numa sociedade egotizada, hiperindividualizada, desintegra-se o comum e o comunitário, condições para que a privatização avance até a alma, refere Han (2018). A identidade aparece, nesse contexto, como uma ilha de segurança, como a única e exclusiva alternativa para se acessar o mundo como sujeito social e como individualidade subjetiva. Ela sugere ser, no contexto contemporâneo de insegurança, uma zona de proteção, uma promessa de certeza e estabilidade. Enfim, como dirá Bauman (2003, p. 20) “a identidade brota entre os túmulos das comunidades, mas floresce graças à promessa da ressurreição dos mortos”.

Ao manifestarmos concordância com a agenda de resistência e de luta dos grupos minoritários não significa que concordamos, como já deixamos bem assinalado, com a compulsão identitária e com o narcisismo das minorias cada vez mais proeminente por toda parte. A diferença que reclama visibilidade e que requer proteção do direito não pode sustentar-se numa racionalidade solipsista

e negar o outro enquanto outro. A redução e o fechamento das identidades em torno de si (típico de uma sociedade hiperindividualizada), como já destacamos, produz lógicas trans-escalares de enfrentamento da realidade, afasta sujeitos e impede que se compartilhe experiências e entendimentos. Certamente que, como dirá Byung-Chul Han (2014), numa sociedade na qual o outro é erodido, invisibilizado, tornado nulo, desimportante para presença de si, a democracia tende a fragilizar sua potência, pois não há sustentação democrática sob o regime do “eu”. A democracia necessita de trocas intersubjetivas, portanto precisa do outro, da diferença do outro. Na relação em que só convivem idênticos é pobre de comunicação e de alteridade. Esse vazio é também um vazio de si, um vazio narcísico excessivo, que toma o outro como concorrente, como inimigo e que o faz uma ameaça permanente. Por isso, apostar no identitarismo significa ampliar a guerra de nós contra eles, fomentar uma relação amigo/inimigo, e tornar muito difícil os projetos comuns.

A hiperindividualização da vida fortalece esse discurso do “eu soberano”, estimula o encontro de individualidades que se reconhecem naquilo que é idêntico, naquilo que é o “mesmo de mim no outro”. Ao tratar das derivas identitárias Roudinesco (2022, p. 20) é enfática:

Nada tem efeito mais regressivo para a civilização e a socialização que reivindicar uma hierarquia das identidades de pertencimento. Claro que a afirmação identitária é sempre uma tentativa de combater a supressão das minorias oprimidas, mas ela atua por meio do excesso de reivindicação de si, quicá por um desejo louco de não se misturar mais com nenhuma outra comunidade exceto a sua. E quem adota esse recorte hierárquico da realidade está imediatamente condenado a inventar um novo ostracismo para aqueles que não serão incluídos nesse entre-si específico. **Assim, longe de ser emancipador, o processo de redução identitária reconstrói aquilo que pretende desfazer.**

Num ambiente do eu contra os outros diferentes, de disputa entre uma identidade contra outra identidade, algumas demandas (de esquerda inclusive) que surgiram preocupadas com a proteção das minorias e o respeito às diferenças, foram tragadas pelo capitalismo liberalizado que se sustenta no culto do indivíduo e se transformaram em defensoras de “um narcisismo das pequenas diferenças, a ponto de enredar-se na lógica mortífera do camaleão” (Roudinesco, 2022, p. 216).²⁶

Como a ideia da diferença e da identidade têm ocupado um lugar destacado nessas posições identitaristas, valores como igualdade e universalidade de direitos, importantes noções iluministas modernas, parecem representar, por vezes até mesmo para setores da esquerda, como algo ultrapassado, algo instrumentalizado pela direita, razão pela qual se deve rejeitar integralmente essas ideias, pondera

26 Apontamentos sobre os reducionismos e limites dos movimentos identitaristas, tal como aqui descrevemos, também ecoam nos estudos sobre sexualidade e identidade sexual de Preciado (2022) e Butler (2012). Segundo Butler (2012, p. 23), “a identidade do sujeito feminista não deve ser o fundamento da política feminista, pois a formação do sujeito ocorre no interior de um campo de poder sistematicamente encoberto pela afirmação desse fundamento”.

Neiman (2023). Ao se focar exclusivamente nas partes das identidades que são marginalizadas, multiplicando-as em um campo de traumas, refere Neiman, se privilegia as diferenças de poder e se deixa de lado o próprio conceito de Justiça. É por isso que a autora alerta (e essa é uma posição sua muito particular) para não se reduzir e confundir a esquerda com o que se tem definido como movimento woke (emoção e empatia pelos oprimidos e marginalizados e a determinação de lidar com a reparação dos crimes históricos, apostando sempre na identidade marginalizada e denunciando qualquer tipo de universalismo), pois, segundo ela, as emoções que caracterizam essa posição são minadas por suposições filosóficas generalizadas de origem reacionária. E mais:

Como resultado, o wokeism entra em conflito com as ideias que guiaram a esquerda por mais de 200 anos: um compromisso com o universalismo, uma distinção firme entre justiça e poder e uma crença na possibilidade de progresso. Sem essas ideias, o woke continuará a minar seus próprios objetivos e a se desviar, inexorável e involuntariamente, para a direita.

(Descrição do livro *A Esquerda não é woke*, In: <https://ayine.com.br/catalogo/a-esquerda-nao-e-woke/>).

Segundo Neiman (2023), a política identitária, que ela prefere chamar de um “tribalismo” que se opõe ao universalismo, além de reduzir os múltiplos componentes de nossas identidades a um só, essencializa o componente sobre o qual temos menos controle. Estranhamente, segue ela, no passado, essencializar as pessoas era considerado ofensivo, estúpido, antiliberal, antiprogressista, mas agora isso não é apenas permitido como parece ser uma estratégia de empoderamento. Se antes o que unia e definia a esquerda eram ideias universalistas, como solidariedade internacional, no qual as convicções eram mais importantes que as diferenças, a aposta no identitarismo centra-se quase sempre na vítima, no seu estigma, na diferença inferiorizada, deixando de lado, segundo ela, as discussões sobre como o poder é usado, sobre temas e objetivos mais amplos. As pessoas não podem ser vistas apenas como vítimas, pois sua capacidade de ação e de transformação social é mais do que isso. A culpa dos opressores leva-os a negarem a voz daqueles que defendem posições de direitos consideradas universalistas.

É evidente que esse movimento de reescrever o lugar da vítima nasceu da mais profunda generosidade e preocupação social, mas a autora teme de que o caminho tenha se invertido e se tornado até mesmo perverso. Ainda que se refira a problemas que todos reconhecem, “a expressão política identitária se tornou tóxica, adotada por conservadores que não sabem que estão praticando sua própria política identitária” (Neiman, 2023, p. 37). Neiman é judia (também kantiana) e sabe bem o que a diferença inferiorizadora pode provocar. Sua preocupação, portanto, não é contra a demanda das minorias, mas com a potência dessa discussão ser mais ampla, ancorada numa ideia de inclusão máxima e não apenas numa posição de grupos específicos, de identidade. Mesmo que possamos considerar a sua versão sobre política identitária mais pessimista do que de fato ela tem se revelado ser,

seu alerta contra o “tribalismo” e seu apelo para a retomada do universalismo de direitos encontra eco entre outros autores progressistas que se dedicam ao tema.²⁷

Comungamos com as preocupações de Neiman com os excessos da política identitária e de sua particular preocupação com o fato de a direita rapidamente se apropriar dessa estratégia e fazer sua própria política identitária, tal como também aponta Mounk (2023). É inegável, contudo, que essas demandas nasceram com o melhor dos propósitos de realização da justiça social, como uma reação organizada das minorias contra as maiorias eventuais que nunca reconheceram e protegeram os direitos dos grupos identitários inferiorizados. As minorias precisavam reagir e denunciar sua condição histórica de exclusão, denunciar que sua diferença não tinha acolhimento institucional em igualdade de condições, que o universalismo não lhes chegava. E essa missão ainda não está concluída. Há um longo caminho para que todas as pessoas sejam incluídas sem que a sua diferença seja um motivo de estigmatização e exclusão. O que os autores alertam, e isso de fato preocupa, é que apostar exclusivamente na diferença identitária, na política baseada na diferença de grupos, além de não ser capaz de reformular as estruturas de como o poder se constitui e se manifesta, poderá promover novas gramáticas identitárias essencialistas, novos fundamentalismos e novas modalidades de exclusão que, inicialmente, se pretendia evitar. “O tribalismo é um jogo perigoso, como a direita percebeu rapidamente”, alerta Neiman (2023, p. 45).²⁸

Fraser (1997) alerta que o “identitarismo” tende a apostar exclusivamente nas pautas de reconhecimento, adotando estratégias neoliberais que desconsideram as tensões e contradições econômicas que caracterizam os processos de dominação e exclusão. Ao se falar da identidade como potência única de presença, as contradições do capitalismo são postas de lado e desconsideradas nos processos de reconhecimento dos diversos sujeitos dentro de um mesmo grupo minoritário que, não raramente, precisam se dividir internamente para dar conta das especificidades dentro da própria ideia de diferença. Assim, por exemplo, muitas demandas importantes (e que de fato são) das mulheres tornaram-se conquistas mais evidentes para um grupo específico e privilegiado a partir dos marcadores do capital. Não é por outra razão que Fraser defende que o feminismo que pretende libertar todas as mulheres deve ser anticapitalista. Em palavras bem claras,

27 “As diferenças culturais podem ser valorizadas sem serem negligenciadas. Um mundo sem diferenças culturais seria tão sombrio quanto uma reunião de esqueletos. Mas, quando pensamos e agimos politicamente, as categorias culturais não devem ocupar o centro do palco. Na melhor das hipóteses, as categorias culturais e políticas podem se reforçar mutuamente. O pluralismo cultural fortalece a solidariedade política, pois, quanto mais s conhece outra cultura, maior a probabilidade de sua simpatia por ela crescer. Ao experimentar uma cultura diferente, nota-se que todos somos humanos e isso fortalece nosso compromisso com o universalismo” (Neiman, 2023, p.82).

28 “Dividir os membros de um movimento em aliados e não aliados mina as bases da solidariedade profunda e destrói o que significa ser de esquerda.” (Neiman, 2023, p. 51).

o identitarismo desconsidera, em grande medida, a questão econômica e política, e aposta proposadamente na cultura. Nesse sentido, é um filho bem atuante e, muitas vezes, bem eloquente do neoliberalismo que foi capaz de seduzir até mesmo algumas vozes se dizentes da esquerda progressista.

A luta de classe parece ter sido deixada de lado e tudo virou cultura, como se as tensões e contradições do capitalismo pudessem ser apartadas da agenda de reconhecimento. Para se construir um ambiente de justiça social, prossegue Fraser, é preciso articular respostas que garantam, ao mesmo tempo e na proporção exigida, reconhecimento, redistribuição e participação. Por isso, uma aposta única e exclusiva no reconhecimento identitário pode até ser importante para determinados grupos, mas com certeza deixará de fora do processo de reconhecimento um significativo coletivo de pessoas que não tem condições econômicas de exercerem plenamente a sua condição identitária. Por isso a autora propõe uma visão não identitária de reconhecimento.

A autora manifesta preocupação com as lutas por reconhecimento que tomam o formato de um comunitarismo que “simplifica e reifica drasticamente as identidades de grupo”, fomentando o separatismo, a intolerância, o chauvinismo e o autoritarismo. Segundo a filósofa norte-americana, é necessário revisar o conceito de reconhecimento e forjar uma concepção não-identitária, que desestime o isolamento e promova a interação entre as diferenças. Para isso, é preciso desencorajar o falso reconhecimento desenvolvido pela depreciação da identidade do “eu” exercida pela cultura dominante. Os integrantes das coletividades necessitam rejeitar as imagens construídas “desde cima” e projetar publicamente suas próprias representações.

Além disso, uma nova política de reconhecimento deve levar em conta – o que, segundo Fraser, não é feito pelas políticas de reconhecimento baseadas apenas na identidade – que o falso reconhecimento não se constitui como um mal cultural independente, isolado, mas que decorre e está diretamente associado ao problema da má distribuição. Na opinião de Fraser, o reconhecimento é uma questão de estatuto social, pois o que requer reconhecimento em uma sociedade globalizada não é a identidade cultural, de grupo, mas o “estatuto individual de seus membros como parceiros de pleno direito na interação social”. Desse modo, o problema da falta de reconhecimento não é um problema específico do grupo, mas representa a necessidade de se superar as relações de subordinação em uma comunidade, garantindo a todos a possibilidade de participarem da vida social em situação de paridade. Ademais, ainda segundo Fraser, ao se recusar as políticas de falso reconhecimento, pode-se estabelecer a paridade de participação como critério normativo, capaz de submeter todos as pautas de reconhecimento a processos democráticos de justificação pública. Assim, “evita o monologismo autoritário da política de autenticidade e valoriza a interação transcultural por

oposição ao separatismo e ao enclausuramento do grupo. Por conseguinte, longe de encorajar o comunitarismo repressivo, o modelo de estatuto combate-o frontalmente” (Fraser, 2002, p.16). Pode-se dizer, enfim, que as pessoas que sofrem das injustiças culturais e das injustiças econômicas precisam tanto do reconhecimento quanto da redistribuição. Nas palavras de Fraser (2002, p. 15):

Relativamente ao modelo identitário, portanto, a política de reconhecimento significa política de identidade. É indubitável que este modelo identitário contém algumas ideias verdadeiramente esclarecedoras a respeito dos efeitos psicológicos do racismo, sexismo, colonização e imperialismo cultural. Contudo, falha em pelo menos dois aspectos importantes. Primeiro, tende a reificar as identidades de grupo e a ocultar eixos entrecruzados de subordinação. Em consequência, recicla frequentemente estereótipos relativos a grupos, ao mesmo tempo que fomenta o separatismo e o comunitarismo repressivo. Segundo, o modelo identitário trata o falso reconhecimento como um mal cultural independente e, como consequência, oculta as suas ligações com a má distribuição, impedindo assim os esforços para combater simultaneamente ambos os aspectos da injustiça. Por estas razões, proponho uma concepção alternativa de reconhecimento. Na minha opinião, baseada no que pode designar-se por um “modelo de estatuto”, o reconhecimento é uma questão de estatuto social. O que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de pleno direito na interação social. Desta forma, o falso reconhecimento não significa a depreciação e deformação da identidade do grupo, mas antes a subordinação social, isto é, o impedimento da participação paritária na vida social. A reparação desta injustiça requer uma política de reconhecimento, mas isto não significa uma política de identidade. No modelo de estatuto, pelo contrário, significa uma política que visa superar a subordinação através da instituição da parte reconhecida distorcidamente como membro pleno da sociedade, capaz de participar ao mesmo nível dos outros.

Sendo o indivíduo a base ontológica do liberalismo, a palavra sujeito, como refere Butler, aponta para dois sentidos: como alguém dotado da capacidade de ação, de ser capaz de exercer poder, mas também como alguém subordinado, sob o controle de um poder externo. Nesse sentido, a afirmação de direitos e a reivindicação de benefícios só pode ser realizada tomando por base uma identidade singular ofendida. Assim, sugere Butler (*apud* Haider, 2019, p. 35) que “o que chamamos de política identitária é produzida por um Estado que só pode dar reconhecimento e direitos a sujeitos totalizados pela particularidade que constitui seu status de demandante”. Ou seja, se podemos reclamar que somos lesados com base em nossa identidade, podemos demandar reconhecimento perante ao Estado com base nisso. “E uma vez que são a condição da política liberal, as identidades se tornam cada vez mais totalizantes e reducionistas” (Haider, 2019, p. 35). E por isso, para Butler, é urgente a tarefa de se propor mecanismos que recusem “o tipo de individualidade correspondente ao aparato disciplinar do Estado moderno”.

Sobre os riscos do identitarismo, Yascha Mounk (2023) é bastante radical. Segundo ele, tanto a esquerda identitária quanto a extrema direita populista parecem apostar, por razões diferentes, não mesma solução. Cometem, portanto, o mesmo erro. Mais separam do que unem a sociedade. O autor refere que “a síntese identitária, como a chamo, e o populismo de extrema direita, são talvez

opostos um ao outro ideologicamente, mas em termos práticos e políticos, cada um ajuda a polarizar a sociedade e acaba por reforçar a posição do outro.” Mounk destaca que uma parte da política progressista ou da esquerda contemporânea passou a privilegiar a identidade sobre todas as outras pautas na hora de desenvolver políticas públicas e de se posicionar no debate político. Obviamente que essa agenda é muito importante, prossegue o autor, mas não pode ofuscar e eclipsar outras pautas que são centrais para combater as injustiças sociais, como as questões econômicas por exemplo.

Asad Haider (2019), um não branco americano de origem paquistanesa, caminha na mesma direção. O problema para ele não é a identidade em si, já que ela é objetiva, vinculada à materialidade do mundo. “A identidade se torna uma armadilha quando se converte em uma política, ou, mais precisamente, em política de identidade ou identitarismo” (Almeida in: Haider, 2019, do prefácio). Para Haider, se deve rejeitar a identidade como base para se pensar a política identitária. Mas por quê? A identidade é fruto de uma história, é um produto ideológico, e por essa razão não pode ser compreendida, segundo o autor, por meio de concepções igualmente ideológicas. Para ser bem compreendida a identidade não pode ser afastada, apartada, das condições sociais mais amplas que lhe definem. Não pode ser vista e analisada como o resultado alheio e exterior às determinações que constituem a realidade social com um todo.

O reforço das subjetividades por meio da afirmação de mais direitos às identidades, por mais importante que seja, funciona como ajuste para os modelos neoliberais que precisam de pequenas reformas para continuarem se reproduzindo. Não atacar, enfrentar e denunciar as contradições do próprio capitalismo no processo de formação das identidades (como instâncias ideológicas), apostando na identidade em si mesma como o foco principal da política, é o mesmo que reforçá-lo. Ao se separar as demandas, isolá-las, como se pudéssemos fazer uma fragmentação sociológica dos problemas sociais, as condições para que as reformas estruturais aconteçam ficam ainda mais difíceis. Apenas reforçar identidades subjetivas e lhes suscitar mais direitos (o que evidentemente tem importância), como tem se posicionado parte da esquerda tragada pelo liberalismo identitário, não altera o quadro estrutural de exclusões do qual a formação das próprias identidades é um resultado. Ou seja, o desafio da transformação exige atacar as contradições estruturais que fizeram com que cada identidade se tornasse o que ela é. Afinal, os grandes sistemas de opressão estão interligados. Por isso, sustenta Almeida (prefaciando a obra de Haider, 2019, p. 13):

A política identitária sem um horizonte de transformação do próprio “maquinário social” que produz as identidades sociais gera uma camisa de força que faz com que o “sujeito” negro, mulher, LGBT possa ser, no máximo, uma versão melhorada e menos sofrida daquilo que o mundo historicamente lhe reserva.

Mas a alternativa também não é, como sugere a esquerda marxista mais radical, ser contra a identidade e resumir tudo à noção de classe social, como se de fato ela pudesse ser tomada como uma categoria abstrata que não comportasse contradições. É fundamental compreender a identidade, sua materialidade histórica, o seu papel de rotular, classificar, estereotipar, normatizar e estabelecer formas de estar e de acessar o mundo. É no contexto complexo das relações econômicas, filosóficas, políticas, em que o poder se institui e se reproduz, que a identidade tem o seu lugar e é nesse lugar que precisamos escavá-la. Não é na pureza abstrata de sua narrativa que podemos de fato compreendê-la. Mas é na sua mundaneidade, nas formas mais perversas que o seu sentido também foi definido. A negritude que dá sentido a uma identidade, por exemplo, precisa ser pensada no contexto de um processo de poder do qual o racismo é uma condição material desse poder. Nesse sentido, o poder elabora identidades, lhe dá forma, e normatiza os seus papéis, inferiores ou superiores, melhores ou piores. Portanto, devemos mirar sobre o poder que faz da identidade o que ela é, e não apenas apostar que, isoladamente e sozinhas, as identidades se salvem, elas mesmas, pelos próprios cabelos. Daí a crítica de Haider (2019, p. 49-50) ao identitarismo:

Na sua forma ideológica contemporânea, diferentemente da sua forma inicial como teorização da prática política revolucionária, a política identitária é um método individualista. Ela é baseada na demanda individual por reconhecimento e toma essa identidade individual com ponto de partida. Ela assume essa identidade como dada e esconde o fato de que todas as identidades são construídas socialmente. E porque todos nós temos necessariamente uma identidade que é diferente da de todos os outros, ela enfraquece a possibilidade de auto-organização coletiva. O paradigma da identidade reduz a política a quem você é como indivíduo e a ganhar reconhecimento como indivíduo, em vez de ser baseada no seu pertencimento a uma coletividade e na luta coletiva contra uma estrutura social opressora. Como resultado, a política identitária paradoxalmente acaba reforçando as próprias normas que se propõe a criticar.

Obviamente que por razões diferentes, a extrema direita e autores conservadores também denunciam o identitarismo e o excesso de políticas identitárias. Ou seja, se apropriam, também, da política identitária para reafirmar suas próprias identidades e esconder o contexto ideológico que elas reproduzem. A insistência da direita na construção individual e subjetiva do sujeito, da sua identidade, é marca tradicional do individualismo neoliberal. Nesse cenário, a direita identitarista reforça o nacionalismo que não combina com a diversidade e com o multiculturalismo, assim como suas posições morais e religiosas conservadoras não aceitam as novas formas de amor, de sexualidade e de arranjos familiares. Por isso, reclamam e apelam para uma tradição que sustenta um tipo de pertença homogeneizadora, uma identidade que deve ser oposta contra a diversidade considerada inimiga da nação, da família e dos bons costumes. O escritor conservador britânico Douglas Murray (2021, p. 11), por exemplo, comenta que a política de identidade de grupo é provavelmente o mais audacioso e abrangente esforço, desde o fim da guerra fria, de se criar uma nova ideologia. Evidentemente que

em tom de crítica à diversidade, o autor acusa a política identitária de encorajar “grupos minoritários a simultaneamente se atomizar, se organizar e se pronunciar”, retórica que, segundo ele, exacerba as divisões existente e cria várias outras.

Ou seja, de fato, estamos, por razões distintas, polarizados. Nessa realidade rasa e sem esperança, parece que alguns escolheram o consolo do fundamentalismo, enquanto outros o consolo da identidade (Haider, 2019). Os reclamos por identidade é uma agenda tanto do campo progressista quanto do campo conservador, ao passo que esses mesmos campos reforçam a sua identidade denunciando o excesso e o perigo da identidade do outro. Esse é o paradoxo da identidade que, fechada em si mesma, alimenta-se de oposição permanente, constrói um interno a custo do seu entorno, reforça a disputa do dentro e do fora, do nós e do eles, pois, afinal, une desunindo e desune unindo. Lembremos do paradoxo do muro: o muro que separa dois países é o mesmo muro que os une. Esse é o risco do identitarismo.

Nessa disputa de identidades, os identitaristas de extrema direita (os populistas e reacionários do século XXI) fomentam uma fórmula brutalmente perigosa do identitarismo. Recorrem à identidade como uma estratégia de reestabelecer a ordem social pela afirmação e reconhecimento do que consideram ser a melhor forma de pertencimento, estereotipando e refutando identidades que consideram ameaças. Numa sociedade atomizada, apelam para o sentimento de comunidade, de tradição, capaz, segundo eles, de recolocar as coisas no seu devido lugar e unir as pessoas em torno de uma identidade comum e separá-las das diferentes. Essa obsessão identitária alimenta-se, como diria Resta (2014) de um jogo de oposição permanente e ambivalente, que separa unindo e une separando. É cada vez mais comum os reacionários valerem-se dessa estratégia homogeneizante que nega a diversidade e, mais do que isso, a consideram uma ameaça. Esses novos fundamentalismos são bem potentes e apelativos. Defendem uma pureza nacionalista contra os imigrantes, uma família tradicional contra os diferentes arranjos sexuais e familiares, fomentam a pureza e superioridade racial e ética, associam certas religiões ao terrorismo e aos cultos satânicos, tudo isso para supostamente defender a manutenção da comunidade, de sua identidade que deve ser preservada, não invalidada e nem modificada. Ou seja, o outro, o estranho, o diferente, é um inimigo da identidade, por isso deve ser deixado de fora, combatido, expulso. Essa agenda já a algum tempo tem sido propagandeada como estratégia política por grupos reacionários.

Essa posição identitarista, por exemplo, tem ganhado relevo nas posições extremadas dos nacionalistas e alimentado uma ideia fechada de nacionalidade e cidadania que instrumentaliza políticas públicas contra a imigração e contra os direitos dos imigrantes. A cidadania continua sua trajetória paradoxal. Separa os de dentro e os de fora, se alimenta de oposição entre nacionais e estrangeiros, coloca divisas que definem o acesso e o não acesso. Por outro lado, entre os

considerados iguais, no interior dos países, ela não garante os mesmos acessos para a totalidade dos nacionais. O fato de todos serem institucionalmente reconhecidos como brasileiros, por exemplo, não impede que tenhamos uma brutal desigualdade social que torna uns bem mais iguais que outros e que se normalize uma sociedade com cidadãos de primeira, segunda e terceira classes. A cidadania moderna pode até ter rompido com a ideia de estamento ao defender, como fazia Rousseau, que ela fosse estendida para todos os membros do povo que aderissem ao pacto independentemente de hierarquia, mas nunca colocou em causa o problema das classes sociais. Ou seja, ela construiu (e isso foi importante) um novo modelo de pertencimento (o mais importante da modernidade), de identificação, valendo-se de novos arquétipos de diferenciação, interna e externamente. Continuou, portanto, diferenciando e separando, rotulando, identificando, fazendo valer a nacionalidade dos semelhantes contra a ameaça dos estrangeiros. Por isso se diz que os direitos universais, o iluminismo cosmopolita, encontram na cidadania moderna, no nacionalismo, uma barreira praticamente intransponível, uma impossibilidade para a alteridade. A esse respeito são importantes as palavras de Alfonso de Julios-Campuzano (2003, p.4-5):

Si la modernidad supuso la abolición de las diferencias estamentales y la vertebración de una sociedad al menos aparentemente igualitaria mediante la creación del status de ciudadano, en la actualidad retornamos a una concepción “premoderna” de la ciudadanía, en la que ésta opera como motivo de exclusión y de diferenciación social: es el resurgimiento de una ciudadanía estamental, que divide a la sociedad entre quienes ostentan la condición de ciudadanos y quienes se ven privados de ella. (...). Podemos decir, entonces, que la progresiva diferenciación en función de la titularidad de estos derechos se traduce finalmente en una fragmentación social: aquella que deriva de la configuración de la ciudadanía como estamento privilegiado en nuestras sociedades multiculturales y que se traduce en la distinción entre dos status bien diferenciados: los ciudadanos y los no-ciudadanos.

Por isso é preciso estar atento. A diversidade e a proteção dos direitos das minorias não pode ser e nem pode fomentar novos tipos de fundamentalismos ou a defesa de um tipo de narcisismo das diferenças, incapaz de dialogar e de promover encontros plurais, como sugere Roudinesco. Assim como a ideia de igualdade não pode homogeneizar, a defesa da diferença não pode descaracterizar e impedir acessos ao outro e ao diferente, respeitadas as regras definidas constitucionalmente e nos tratados internacionais de direitos humanos. Por isso insistimos, desde o início deste livro, que a igualdade precisa ser substancializada, historicizada, mas não negada. A ideia da diversidade como valor jurídico é que todos possam viver em igualdade de condições a sua diferença. Quando o identitarismo se nutre da rivalização de identidades, esse movimento em torno da igualdade e da universalidade de direitos se torna uma disputa entre visões sobre a própria ideia do que deve ser universal e aquilo que lhe escapa.

A identidade não pode ser vista como resultado de um fechamento narcísico, como o produto de mais do mesmo, como enunciava a fórmula $A=A$ de

Parmênides. É na relação com o outro, com a sua diferença, que nos constituímos. Insistimos nos primeiros capítulos que a diferença, depositada no outro diferente, permite que eu me confirme, me perceba pela repetição e pela falta que o outro instala em qualquer sujeito. Ou seja, somos o que somos numa permanente relação de oposição com o outro semelhante, mas também com o outro diferente. Precisamos tanto do outro para confirmar nossa presença no mundo, que as trocas intersubjetivas são condições de possibilidade para perceber e para comunicar o que representa a nossa identidade.

O fato de a identidade cumprir funções muito importantes, privadas e públicas, mantém a vivacidade e a potência de sua posição no cenário social. Acessamos a vida e somos acessados pelos outros por meio dos rótulos que a identidade sugere. Até a década de 1950, refere Appiah (2018), a identidade de alguém era aquilo que distinguia uma pessoa da outra e não o que ligava aos outros, como atualmente. Segundo o autor, há três dimensões que são importantes para se compreender a natureza das identidades sociais e sobre como pensamos elas atualmente. Primeiramente, as identidades exigem rótulos. Não que eles sejam estáticos no sentido que não se pode ter mais de um rótulo ou que não possam ser alterados e que vão se transformando com o tempo. Esses rótulos são contestáveis em suas fronteiras, pois em situações limites uma identidade pode ser questionada e não ter uma resposta fechada (um filho de um negro com uma esquimó criada no Alasca e realmente negro?). A segunda dimensão da identidade, prossegue Appiah, é precisamente que há normas ligadas as identidades sociais que o autor denomina de normas de identificação e normas de tratamento. Nesse sentido, a identidade é normativa, pois ela determina como se deve agir e atuar, o que as pessoas devem ou não fazer. Por último, as identidades são subjetivas, na medida em que sua importância advém do papel que desempenham nos pensamentos e nos atos de seus dos seus portadores. Esses traços podem explicar por que hoje em dia, segundo o autor, nos acostumamos a nos referir às identidades como algo socialmente construído. Assim, conclui Appiah, se em cada identidade há rótulos, normas e identificações subjetivas, não faz sentido querer ser a favor ou contra uma identidade, mas apenas teríamos que lidar com elas.

A identidade nasceu, de fato, para identificar mais do mesmo ($A=A$), e assim permaneceu, como reprodutora de uma ideia de essência, até a Idade Moderna. No entanto, mesmo que aos poucos, seu percurso paradoxal encontrou novas possibilidades. Para Nietzsche (2003) a identidade é sempre provisória, precária, uma possibilidade que não firma sua presença como uma essência; está sempre em mudança e muitas outras estão sendo construídas. Temos muitas identidades diria Hall (2005) e somos muito mais do que certos traços e marcadores de identificação permitem dizer sobre cada indivíduo. Etnia, nacionalidade, gênero, etc., são importantes traços de identificação generalizáveis que dizem sobre alguém,

mas nunca de modo completo. A identidade entendida como uma essencialidade só é possível como imposição arbitrária. E exemplos vicejam: o feminismo luta contra as identidades definidas pelo patriado; o movimento negro não aceita e denuncia as identidades raciais sustentadas pelo racismo científico; o movimento LGBTQIAPN+ não comunga dos padrões de identidade e sexualidade normalizados pelo império heteronormativo. Portanto, não se pode combater políticas identitárias opressoras pela adoção de novos identitarismos, novos fechamentos, novas separações. A identidade que se quer reconhecer e proteger precisa ser o resultado de trocas entre as diferenças, de um movimento de diálogos e de alteridade, jamais de homogeneizações ou de fechamentos narcísicos. É do vir da fala de todos, e sobretudo dos que foram inviabilizados, que surgirá novos arranjos de sustentação e proteção das diferenças em igualdade de condições. Não podemos neutralizar as identidades e considerá-las como conceitos abstratos. Identidades devem ser percebidas, elas mesmas, como resultados dos processos de poder, razão pela qual a emancipação dos seus sujeitos passa necessariamente pela disputa material e histórica que marcam esses processos.

É sob esse signo da diversidade, da alteridade, que nos interessa falar da identidade como projeto de resistência inclusiva, como possibilidade de todos viverem em igualdade de condições a sua diferença. E por isso rejeitamos o identitarismo, política que se alimenta de mais do mesmo, que nega a identidade que não é a sua, que se fecha em torno de si e reforça o seu interior rivalizando com o seu entorno. Ao denunciarmos os riscos do identitarismo, portanto, estamos afirmando que as agendas excessiva e exclusivamente identitárias podem produzir um tensionamento e uma polarização muito perigosa que, ao menos tese, se pretendia evitar. A direita reacionária já se deu conta disso e tem explorado de maneira muito apelativa e populista essa estratégia de identificação. Por isso os temas da agenda reacionária, muito presente dos discursos políticos e nos sites mais visitados por seus simpatizantes, são essencialmente identitários: migração, nacionalismo, família tradicional, questões religiosas, temas étnicos, etc.

Estejamos alertas. Os limites desse debate tenso entre igualdade e diferenças deve ser a Constituição, devem ser os Direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial. Os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- ABRAMOVICH Victor. El rol de la justicia em la articulación de políticas y derechos sociales. In: **Revisión judicial de políticas sociales. Un estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- ALCALÁ, J. Alberto del Real. Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural. In: RUIZ, Ruiz Ramón; et al. (Editores). **Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo**. Madrid: Dykinson, 2005.
- ALEGRE, Marcelo. Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Orgs.). **El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- ANDERSON, Elizabeth. What is the point of equality. *Ethics*. v. 109, n. 2, 1999, p. 287-337.
- APPIAH, Kwame Anthony. A identidade como problema. In: Brasília Sallum Jr; Lilia M. Schwarcz; Diana Vidal; Afrânio Catani (Orgs.). **Identidades**. São Paulo: Edusp, 2018.
- AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**. Vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. De Peregrino a turista, o uma breve história de la identidad. In: HALL, Stuart; GAY, Paul du. (Comps.). **Cuestiones de identidad cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo. La función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. In: **Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política. Derecho y Pobreza (SELA)**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- BÍBLIA SAGRADA. 28. reimp. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1988.
- BINDER, Guyora e WEISBERG, Robert. **Literary Criticisms of Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 6. ed. Co-ordenação da Tradução: João Ferreira. Brasília: UnB, 1994.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Direitos Humanos “Globais (Universais)”? De todos, em todos os lugares, In PIOVESAN, Flavia (Org.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad. 2002.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BORRILLO Daniel. Prefácio. In: LUCAS, Douglas Cesar; COPETTI SANTOS, André Leonardo; GHISLENI, Pâmela Copetti. **Eros pede passagem**. Corpo, amor e desejo no direito contemporâneo. 2019.

BOTERO, Giovanni. **On the Cause of the Greatness of Cities**. Toronto: University of Toronto Press, 2012.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural**: possibilidades jurídicas e filosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020**. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10502.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 08 jun. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09 fev. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 MC-Referendo/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em: 9 jun. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.244. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09 fev. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 05 out. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. ADPF n. 153. Relator Min. Eros Roberto Grau. Julgado em: 29-4-2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 abr. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 13 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – **Direito dos povos indígenas**. Brasília: STF/CNJ, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – **Direito das pessoas LGBTQIAP+**. Brasília: STF/CNJ, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – **Direito à igualdade racial**. Brasília: STF/CNJ, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – **Direitos das mulheres**. Brasília: STF/CNJ, 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Petição nº 3.388. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em: 23 out. 2013.

- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Recurso Extraordinário nº 670.422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 15 ago. 2018.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031 de Repercussão Geral). Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Pendente de julgamento.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**. 2014a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADC&documento=&cs1=19&numProcesso=19>. DJ 29 abr. 2014. Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277**. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 1 dez. 2023
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.424**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&cs1=4424&numProcesso=4424>. DJ 01 ago. 2014. Acesso em: 21 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543**. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&cs1=5543&numProcesso=5543>. Julgada em Plenário em 26 out. 2017. Acesso em: 21 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Brasília, DF, 6 de outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&cs1=186&numProcesso=186>. Julgada em Plenário em 26 abr. 2012. Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 291**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&cs1=291&numProcesso=291>. DJ 11 mai. 2016. Acesso em: 21 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442**. Brasília, DF, 25 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 1 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**. Brasília, DF, julgada em 15 de agosto de 2023
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Brasília, DF, julgada em 05/05/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Brasília, DF, julgada em 12/04/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 850**. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767276438>. Acesso em: 14 ago. 2023.
- BRONOWOSKI, Jacob. **L'indettà dell'uomo**. Milano: Edizione di Comunità, 1968.
- BRUNER, Jerome. **Fabricando histórias: Direito, Literatura, Vida**. São Paulo: Letra e Voz, 2014.
- BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan**. Sobre los limites materiales y discursivos del "sexo". Buenos Aires: Paidós, 2015.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 16. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**. Limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes, 2018.
- CARDOZO, Benjamin. Law and Literature. **Yale Law Journal**, n. 48, 1938, pp. 489-507.
- CARDOZO, Benjamin. **The Nature of Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1991.
- CASTLES, Stephen; HAAS, Hein de; MILLER, Mark J. **The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World**. 15. ed. New York: The Guilford Press, 2013.

- CHAUÍ, Marilena. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Os limites do totalitarismo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- COLÓN-RIOS, Joel; HEVIA, Martín. De la redistribución ao reconocimiento. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Orgs.). **El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo. Reterritorializando saberes sobre as mobilidades humanas contemporâneas. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (et al). **Direitos humanos, migração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, pp. 63-92.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. **A (In) Diferença no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. A institucionalização da diferença na América Latina. In: Morais, José Luiz Bolzan de; Copetti Neto, Alfredo. (Org.). **Estado e Constituição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, v. 1, p. 223-256.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas César. Crítica do Protagonismo do Poder Judiciário. O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIO-JURÍDICAS**, v. 17, p. 197-230, 2017.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas César. **A (In) Diferença no Direito. Minorias, Diversidade e Direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença. **Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. 05 fev. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.
- CUNHA JR., Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPODVUM, 2016.
- DELEUZE, Giles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.
- DELEUZE, Gilles. **Nietzsche y la filosofía**. Barcelona: Anagrama, 2008.
- DIETZ, Gunther. **Multiculturalismo, interculturalidad y diversidad en educación**. Una aproximación antropológica. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUBAR, Claude. **La Crise des identités**. 3^o.éd. corrigée, Paris : PUF, 2007.
- DUSSEL, Enrique. **1942 – O encobrimento do outro**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. 2. ed. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- ELY, J. H. **Democracy and Distrust**. A Theory of Judicial Review. Massachusetts: Cambridge, 1980.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.
- EPP, Charles. Law as an Instrument of Social Reforms. In: CALDEIRA, Gregory A. (Ed). **Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ESCOBAR, Arturo. Culture, Economics and Politics in Latin American Social Movements Theory and Research. In: ESCOBAR, Arturo; ALVAREZ, Sonia. (Eds.) **The making of Social Movements in Latin America: Identity, Strategy and Democracy**. Boulder, CO: Westview, p. 62-85, 1992.
- FEATHERSTONE, Mike. Trasformazioni. Corpo, imagine ed affect nella cultura dei consumi. In: **Identità incorporate**. Segni, immagini, differenze. GUIZZARDI, Gustavo. Bologna: Mulino, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. In: José Alcebiades de Oliveira Júnior. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- FERRO, Marc. História das colonizações. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

- FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**. Política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- FISH, Stanley. Don't Know Much About the Middle Ages: Posner on Law and Literature. **Yale Law Review**, n. 97, 1987, pp. 777-793.
- FISS, Owen. **The Bureaucratization of the Judiciary**. Yale Law Journal, n. 92, 1982, pp. 1442-1968.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 63, out. 2002.
- FRASER, Nancy. Feminist Politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice. **Studies in Social Justice**, v. 23, n. 1, 2007, p. 23-35.
- FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas on justice in a "postsocialist age. **New Left Review**, v. 68, 1995.
- FRASER, Nancy. **Justice Interrupts: critical reflections on the "Postsocialist" condition**. London: Routledge, 1997.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas: Papirus, 1992
- GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1978.
- GALEANO, Eduardo. Espelhos. **Uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&CPM Editores, 2008.
- GALEANO, Eduardo. **Mulheres**. Porto Alegre: LPM, 1997.
- GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: LPM, 2011.
- GALEANO, Eduardo. **Os filhos dos dias**. 3. ed. Porto Alegre: LPM, 2014.
- GAMA, Marta. **Entrelugares entre direito e arte. Experiência artística e criação na formação do jurista**. Fortaleza: EdUECE, 2019.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement Of Social and Economic Rights in the Developing World**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios filosóficos do Direito Público Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GROSFUGUEL, Ramón. Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, nº. 80, pp. 115-147, março de 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998.
- HADOT, Pierre. **O que é a Filosofia Antiga?** São Paulo: Loyola, 1999.
- HAIDER, Asad. **Armadilha da identidade: raça e classe nos dias de hoje**. Tradução por Léo Vinicius Liberato. São Paulo: Editora Veneta. 2018.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Relógio D'Água, 2014.
- HAN, Byung-Chul. **No exame**. Perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.
- HEGEL, Friedrich G. W. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio**. Tradução de Paulo Meneses. V. I São Paulo: ATLAS, 1999.

- HEGEL, Friedrich G. W. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio**. Tradução de Paulo Meneses. V. I São Paulo: Loyola, 1995.
- HEGEL, Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em epítome**. Lisboa: Edições 70, 1999.
- HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do Espírito**. 2. ed. Petrópolis, 1992. 2 v.
- HEIDEGGER, Martin. **Identidad y diferencia/Identität und differenzi**. Edición bilingüe. Barcelona: Anthropos, 1990.
- HEIDEGGER, Martin. **Introducción a la Filosofía**. 2. ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabbris Editor, 1991.
- HINKLAMMERT, Franz. **Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión**. San José, Costa Rica: DEL, 1995.
- HOBSBAWN, Eric. **The Age of Extremes**. London: Michael Joseph, 1994.
- HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Porto Alegre: Artemd, 2008.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Globalización ilustrada**. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo. Madrid: Dykinson, 2003
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. La paradoja de la ciudadanía: Inmigración y derechos en un mundo globalizado. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, 7, 1-24 p.
- KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 1996.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LARUELLE, François. **As Filosofias da Diferença**. Porto: Rés Editora, 1987.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Os limites da dominação totalitária. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- LEVINSON, Cynthia; LEVINSON, Sanford; SHEWD, Ally. **Fault lines in the Constitution: The graphic novel**. New York: First Second, 2019.
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: vozes, 1999.
- LUCAS, Douglas Cesar. A Identidade como Memória Biográfica do Corpo e sua Proteção Jurídica: itinerários de um paradoxo. **Sequência**. n. 65, p. 125-154, dez. 2012.
- LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.
- LUCAS, Douglas Cesar. Direitos humanos, diversidade cultural e imigração: a ambivalência das narrativas modernas e a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (et al). **Direitos humanos, migração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, pp. 93-154.
- LUCAS, Douglas Cesar; COPETTI SANTOS, André Leonardo; GHISLENI, Pâmela Copetti. **Eros pede passagem**. Corpo, amor e desejo no direito contemporâneo. 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985
- LYOTARD, Jean-François. **La condición postmoderna**. Informe sobre el saber. Traducción de Mariano Antolín Rato. 8. ed. Cátedra: Madrid, 2004.
- MAFFESSOLI, Michel. **O Instante Eterno. O retorno do trágico nas sociedades pós-modernas**. São Paulo: Zouk, 2003.

- MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- MARTUCCELLI, Danilo. As contradições políticas do multiculturalismo. In: **Revista Brasileira de Educação**, n. 2, maio/jun./ago. 1996.
- MELLO, Luiz. Familismo (anti) homossexual e regulação da cidadania no Brasil. **Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, jan. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000200010/7761>>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- MIGNOLO, Walter D. Colonialidade. O lado mais escuro da modernidade. In: **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - VOL. 32 Nº 94**. jun/2017: e329402.
- MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MORAWETZ, Thomas. **Literature and Law**. Riverwoods, IL: Aspen publishers, 2007.
- MOREIRA, Nelson Camatta e OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. **Direito e Literatura e os múltiplos horizontes de compreensão pela arte**. Ijuí: Unijuí, 2015.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Lisboa, Coimbra Editora, 1995.
- MOUNK, Yascha. **Entrevista à BBC News Brasil**. 'Esquerda identitária e extrema direita populista são responsáveis por polarizar a sociedade'. Novembro de 2023. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cjk7kyg6ryyo>. Acesso em 15/04/2024.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: companhia das Letras, 2019.
- MOUNK, Yascha. **The Identity Trap: A Story of Ideas and Power in Our Time**. Londres: Penguin Press, 2023.
- MURO, Víctor Gabriel; CANTO CHAC, Manuel. *Introducción*. In: MURO, Víctor Gabriel; CANTO CHAC, Manuel (coord.) **El estudio de los movimientos sociales: teoría y método**. Zamora, Mich: El Colegio de Michoacán, pp. 9-18, 1991.
- MURRAY, Douglas. **A loucura das massas**. Gênero. Raça e identidade. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- NEIMAN, Susan. **A esquerda não é woke**. Belo Horizonte: Âyné, 2023.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. Porto Alegre: L&PM, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do Mal**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. Entre impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- NUSSBAUM, Martha. **Emociones políticas**. ¿Por qué el amor es importante para la justicia? Barcelona: Paidós, 2014.
- NUSSBAUM, Martha. **Justiça Poética. La imaginación literaria y la vida pública**. Barcelona: Andres Bello, 1997.
- NUSSBAUM, Martha. **Las mujeres y el desarrollo humano**. Barcelona: Herder, 2002.
- NYE JR. Joseph S. **O paradoxo do poder americano. Por que a única superpotência do mundo não pode seguir isolada**. Tradução de Luiz Antônio oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: **Novos Estudos Cebrap** n. 31/out-91, pp. 25-40.
- OLCHOWY, James R. Inside mclung j.a.'s "closet" in vriend v. Alberta: the indignity of misrecognition, the tool of oppressive privacy, and an ideology of equality. **Alberta Law Review**, v. 37, n. 3, 1999, p. 648-682.
- OLIVÉ, León. **Multiculturalismo y pluralismo**. Paidós: México, 1999.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PAREKH, Bhikhu. **Repensando el multiculturalismo**. Diversidad cultural y teoría política. Traducción de Sandra Chaparro. Madrid: Istmo, 2000.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard. **Law and Literature. A relation reargued**. Chicago: University of Chicago Law School, 1986.

POSNER, Richard. **Cardozo- a Study on Reputation**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

POSNER, Richard. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon, 2007.

PRECIADO, Paul. **Manifesto Contrassexual**. Práticas subversivas de identidade sexual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2022.

PRECIADO, Paul. **Um apartamento em Urano**: Crônicas da travessia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. **Perspectivas Latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RASCHKE, J. Sobre el concepto de movimiento social. **Zona Abierta**, n. 69, p. 121-134.

REMOTTI, Francesco. **L'ossessione identitaria**. Roma-Bari: Laterza, 2010.

RESTA, Eligio. L'identità nel corpo. In: RODOTÀ, Stefano; ZATTI Paolo. **Il governo del corpo**. Giuffrè Editore, 2011.

RESTA, Eligio. **Le stelle e le masserizie**. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari, 1997.

RESTA, Eligio. **Percursos da Indentidade**. Uma abordagem jus-filosófica. Tradução de Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijui, 2014.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**. As Minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RICOEUR, Paul. **Percorso do reconhecimento**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César.; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. In: **Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010.

ROTMAN DE MIRANDA, Martha S. **Filo-Arte**. Buenos Aires: Dunker, 2010.

ROUDINESCO, Elisabeth. **O eu soberano. Ensaios sobre derivas identitárias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, s.d.

SABEL, Charles; SIMON William H. Desestabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, 2004, p. 1015-1101.

SANCHEZ VASQUEZ, Adolfo. **Ética**. 16.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociologia jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs). **As epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009a.

SARAMAGO, J. **O evangelho segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de Teoría Política**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia**. El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SLATER, David. Power and Social Movements in the Other Occident: Latin America in an International Context. In: **Latin America Perspectives** 21, n. 2 (edición 81), p. 11-37, 1994.
- SMULOVITZ, Catalina. La política por otros médios. Judicialización y movilización legal em la Argentina. **Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales**, 48, jan. 2010, p. 287-303.
- SMULOVITZ, Catalina. Law and courts' impact on development and democratization. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. (eds.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford University Press, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 17, n. 3, 2016, p. 721-732.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org.). **Direito e Literatura. Da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la "política del reconocimiento**. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- TAYLOR, Charles. **Hegel**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- TORRE, Giuseppe Dalla. La multiculturalità come dato di fatto e come programma etico-politico. In: TORRE, Giuseppe Dalla; D'AGOSTINO, Francesco (Orgs.). **La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito e Literatura**. Porto Alegre. Sergio Fabris Editor, 2020.
- TRINDADE, André Karam; BERNST, Luísa Giuliani. **O Estudo de Direito e Literatura no Brasil**. Surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 3, n.1, jan-jun, 2017.
- VATTIMO, Gianni. **La sociedad transparente**. Barcelona: Paidós, 1990.
- VATTIMO, Gianni. Posmoderno. ¿Una sociedad transparente? In: ARDITI, Benjamin. **El reverso da diferencia**. Identidad y política. Caracas: Nueva Sociedad, 2000.
- VEGA, Pedro de, Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX, in: **Teoría de la Constitución**. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- VERTOVEC, Steven. "Superdiversity' and its implications". In: **Ethnic and racial studies**. v. 30, n. 6, 2007, pp. 1024-1054.
- VIANNA, Luiz Werneck. et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILHENA, Oscar; RUBENS, Glezer. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.
- WARAT, Luis Alberto. A Fantasia Jurídica da Igualdade. **Sequência**, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, 1992.
- WEBER, Max. **Sociologia das Religiões**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2006.
- WEISBERG, Richard. Coming of Some More: "Law and Literature" Beyond the Cradle. **Nova Law Review**, n. 13, 1988, pp. 107-124.
- WEISBERG, Richard. *Law, Literature and Cardozo's Judicial Poetics*. **Cardozo Law Review**, n. 1, 1979, pp. 283-342.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (ORGS.) **Constitucionalismo, descolonização y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. (Org.) **Direito à diferença e constitucionalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na Modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br