

HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR

MOVIMENTOS SOCIAIS E COAUTORIA CONSTITUCIONAL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2018

HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR

MOVIMENTOS SOCIAIS E COAUTORIA CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR

MOVIMENTOS SOCIAIS E COAUTORIA CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes.

Orientador:

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva

Prof. Dr. Diego Werneck Arguelhes

Prof. Dr. Daniel Sarmento

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Caçado Júnior, Hazenclever Lopes

Movimentos sociais e coautoria constitucional / Hazenclever Lopes

Caçado Júnior. – São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2018.

149 f.

Orientador: Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Estado, 2014.

1. Movimentos sociais. 2. Cultura constitucional. 3. I. Conrado Hübner Mendes. II. Título.

CDU

“Hay hombres que luchan un día y son buenos. Hay otros que luchan un año y son mejores. Hay quienes luchan muchos años, y son muy buenos. Pero los hay que luchan toda la vida: esos son los imprescindibles.”

(Bertold Brecht, recitado por Milton “Bituca” Nascimento, em 8/12/2018)

“Não sou capaz de apontar rumos, e não gosto que em geral eles me sejam apontados. Somos tão pequeninos diante da realidade...

Mas as mudanças se operam, e é preciso ter confiança no espírito criativo dos homens.”

(Carlos Drummond de Andrade, em resposta escrita em 21/11/1976, quando questionado sobre os rumos da literatura por um estudante de ensino médio no Rio de Janeiro que viria a se tornar meu professor universitário)

RESUMO

Cançado Júnior, Hazenclever. Movimentos sociais e coautoria constitucional. 149 folhas, Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

Cortes constitucionais estabeleceram-se como incontestáveis arenas de disputa por interpretações e significados, e universalizaram uma linguagem de direitos que confere substrato à cultura. Sua jurisprudência aponta para a relevância de seu papel não como ator primário, mas como um dos espaços de interlocução entre os poderes públicos e a sociedade civil aptos a promoverem transformações sociais, mesmo em face de intensas reações populares. Nessa concepção, atores sociais marginalizados e informais adquirem legitimidade para visibilizar suas narrativas e pautar suas visões. A hipótese submetida à investigação neste trabalho é a de que os movimentos sociais atuam como coautores constitucionais por meio da esfera pública quando canalizados por um direito constitucional acessível e responsivo às releituras difusas na sociedade. Dentro de um modelo democrático deliberativo cujo valor epistêmico reside na participação argumentativamente qualificada de todos os interessados nos processos de tomada de decisão coletiva, os movimentos sociais são capazes de moldar a cultura constitucional e realizar política constitucional que gere transformações sociais por meio do questionamento e rearranjo de instituições e discursos sociais independentemente de rompimentos ou da energização esporádica de momentos fundacionais ou constitucionais. Nessa concepção, a política transformativa é operada pela participação cívica nos espaços e processos ordinários institucionais – como o judicial – e extra-institucionais – como a desobediência civil. A cultura de direitos, interpretações e significados constitucionais torna-se, portanto, uma moldura para a agência dos atores constitucionais.

Palavras-chave: Movimentos Sociais, Transformação Social, *Backlash*, Coautoria Constitucional, Constitucionalismo Democrático, Cultura Constitucional, Constitucionalismo Difuso, Democracia Deliberativa, Política Transformativa, Momentos Constitucionais.

ABSTRACT

Cançado Júnior, Hazenclever. *Social Movements and Constitutional Co-authoring*. 149 pages. Masters – Faculty of Law, University of São Paulo, 2018.

Constitutional Courts have established themselves as indisputable battlefields over interpretations and meanings, and universalized a language of rights that confers substrate to culture. Its jurisprudence points to the relevance of its role not as a primary actor, but rather as one of the spaces for dialogue between public branches and civil society capable of promoting change, even in the face of intense popular reactions. In this conception, marginalized and informal social actors acquire legitimacy to make their narratives visible and to rule their agendas. The hypothesis submitted to scrutiny in this research is that social movements act as constitutional co-authors through the public sphere when channeled by a constitutional law that is both accessible and responsive to diffuse re-readings in society. Within a deliberative democracy model whose epistemic value lies in the argumentatively qualified participation of all those interested in the processes of collective decision making, social movements are able to shape the constitutional culture and carry out constitutional politics that generates social transformations through the questioning and rearrangement of social institutions and discourses irrespective of ruptures or the sporadic energizing of foundational or constitutional moments. In this conception, transformative politics is operated by civic participation in ordinary institutions and processes – such as the judicial – and extra-institutional – such as civil disobedience. Thus, the culture of constitutional rights, interpretations and meanings becomes a framework for the agency of constitutional actors.

Keywords: Social Movements, Social Transformation, Backlash, Constitutional Co-authoring, Democratic Constitutionalism, Constitutional Culture, Diffuse Constitutionalism, Deliberative Democracy, Transformative Politics, Constitutional Moments.

AGRADECIMENTOS

Expressar gratidão é despir-se. É abrir o peito e sair de si para reviver, recontar e revisitar. É celebrar o que se foi sem deixar partido, e o que se era sem ter perdido. Sempre com outros olhos, jamais sem esperança.

O nome solitário na capa desta dissertação transparece um inevitável fardo do pesquisador acadêmico, que, consumido por curiosidade e paixão, viu-se muitas vezes paralisado entre os custos e sacrifícios de um lado, e a satisfação e a realização de outro. Mas também esconde todo um cenário e uma imensidão de coautores que conferiram sentido a esses últimos três anos. Sem ambos, nem a primeira nem a última palavra teriam sido gravadas.

Agradeço ao meu Deus, minha realidade mais lúcida e vívida. Sua graça me concedeu o privilégio do encontro comigo mesmo. Ao vê-Lo, abracei quem sou e descobri para onde caminho. Seu amor já me permitiu alcançar muito além do que sonhei e, mais importante, me ensinou a viver uma vida plena, com olhos maravilhados colecionando belezas, enchendo pessoas de afeto e o mundo de sentido.

Agradeço a meu pai e a minha mãe por terem chorado e sorrido comigo nesses três anos. Carrego cada abraço de despedida e cada beijo de reencontro, porque eles me ensinaram a não ter nada por garantido. Nos dias mais difíceis e nas noites mais longas, encontrei neles uma rocha tão firme quanto amorosa. Se há algum mérito em mim ou no que faço, ele se deve ao inabalável encorajamento e à firme insistência que vocês têm em acreditar em mim. A graça que vocês me estendem é a mesma graça que tento replicar aos outros.

Agradeço às minhas irmãs, com quem formo meu mais bonito, afetuoso e sonhador mosaico de encontros. Somos parte constitutiva um do outro e não há um olhar para mim sem que se lhes veja. São elas quem me conhecem do avesso e me resgatam quando eu me escondo e me isolo. Somos tanto, que por vezes penso que é demais, mas nunca se esgota. Com elas compartilhei minhas maiores frustrações, medos e fracassos, e delas ouvi as palavras que me devolveram o fôlego.

Agradeço ao professor Conrado, meu orientador, que me ofereceu oportunidade para desenvolver esta pesquisa com liberdade criativa equilibrada com aconselhamentos precisos e convivência produtiva. Suas indicações de cursos e de leituras, suas críticas ao trabalho, as trocas em sala de aula e a colaboração em disciplinas da graduação foram fundamentais à minha consciência acadêmica e à

formação da minha própria voz como pesquisador. O espaço ativo que me conferiu nas extensões e monitorias estão diretamente ligadas aos méritos deste trabalho e estou seguro de que reforçou em mim a paixão pelo ambiente acadêmico.

Agradeço ao professor Virgílio, um presente e disponível co-orientador informal, que também se tornou uma inspiração acadêmica tanto pelo rigor e lucidez com que escreve e participa de discussões, palestras e aulas, quanto pela acessibilidade e horizontalidade nas reuniões de grupos, seminários de pesquisa, seminários, monitorias, confraternizações. Seu incentivo a colocar todos os argumentos à prova e a superar os limites pessoais de exposição e de autoridade, bem como seu encorajamento a meus projetos pessoais, contribuíram massivamente para minha trajetória nesses últimos três anos.

Aos professores Conrado e Virgílio pela dedicação incansável à criação e ao estabelecimento de um ambiente acadêmico coletivo de construção de conhecimento e de colaboração em técnicas pedagógicas e de escrita, com seriedade, leveza e horizontalidade.

Ao grupo de pesquisa Constituição, Política & Instituições, cujas reuniões, discussões e seminários formaram em mim atitude crítica e postura acadêmica que me desenvolveram enquanto pesquisador, professor, aluno e pessoa. O envolvimento nas atividades do grupo e o contato com professores e colegas de todo o mundo ao longo de três anos me expuseram a toda sorte de ideias, concepções de mundo e formas de vida e manteve nutrido pelas novidades acadêmicas, além de desenvolver habilidades pedagógicas necessárias a um pesquisador e professor. Agradeço particularmente à Isadora Almeida, que com muita alegria e gentileza facilitou minha estadia em São Paulo no primeiro semestre de mestrado.

Às colegas de Pós-Graduação Clio Radomysler, Luiza Andrade, Livia Guimarães, Carolina Marinho, Cecília Barreto e Rafael Bezerra Nunes, pelas trocas despreziosas nos almoços coletivos, pela convivência em sala de aula, pelas leituras críticas e pelo exemplo acadêmico.

Aos colegas de Direito Constitucional Avançado, Rafael Bezerra Nunes, Pedro Arcain Riccetto, Ana Clara Pamplona e Filipe Gaspari, pela companhia às terças-feiras, por abraçarem esse desafio e por compartilharem todos os sonhos ainda em curso a respeito do futuro dessa extensão.

A todos os alunos de Graduação com os quais tive contato em sala de aula – em monitoria, extensões, palestras e seminários – por questionarem meus entendimentos e renovarem minhas concepções.

Às colegas do Núcleo Direito, Discriminação e Diversidade e do Departamento Jurídico XI de Agosto, cujos ensinamentos, questionamentos, reuniões e conversas me desconstruíram e me refizeram enquanto pesquisador, professor e, acima de tudo, como pessoa, deixando-me sempre atento e forte, jamais silente às discriminações, especialmente em ambientes universitários.

Aos colegas do grupo PósDebate, Rafael Bezerra Nunes, Túlio Jales e Pedro Arcain Riccetto, pela dedicação à manutenção de ambiente honesto e rigoroso de debate e crítica, mas sempre com espaço para bons encontros e divertida amizade.

Agradeço à genial professora Siri Gloppen, ao querido professor Bruce Wilson, ao talentoso professor Malcolm Langford, ao gentil professor Daniel Brinks e às excepcionais pesquisadoras Lara Côrtes, Luciana Gross Cunha e Martha Machado pelos ricos debates e generosas contribuições ao meu trabalho ao longo do curso Ph.D *Effects of Lawfare*, na Universidade de Bergen, na Noruega. A imersão no maravilhoso, produtivo e desafiador ambiente acadêmico do *Centre on Law & Social Transformation* no *Chr. Michelsen Institute*, foi determinante para os rumos desta pesquisa, não só pelas leituras e contatos pessoais, mas principalmente, pela amplitude e magnitude dos núcleos de pesquisa lá desenvolvidos, como *Child Rights*, *Migration*, *Gender*, *Sexuality & the Law*, *Inequality & Effects of Law*, *Natural Resources & Climate Warfare*, *Transitional Justice & Legal Empowerment*, etc., pela naturalidade das refeições em conjunto e pelo espírito comunitário criado dentro de casas, nas ruas e nos espaços comuns universitários, inclusive ao som de música brasileira. Agradeço aos colegas Patrícia Rezende, Ankit Bahtia, Jon Kåre Skiple, Mathilde Thorsen, Jana Belshner e Satang Nabaneh, pela convivência extremamente prazerosa e fértil durante minha estadia em Bergen e, ainda, pelas excepcionais conversas com Rashida Manjoo (*former UN Special Rapporteur on Violence Against Women*), Kathryn Sikkink (*Harvard University*) e Howard Morrison (*International Criminal Court*), que plantaram em mim sonhos e me fizeram ter ainda mais convicção no caminho trilhado até aqui.

Aos membros da banca de qualificação e da banca examinadora, pelo aceite na participação, pela leitura atenta e crítica.

Ao fundamental financiamento da bolsa CAPES, sem a qual minha permanência em São Paulo teria sido seriamente comprometida, e ao apoio de todos os funcionários da FDUSP.

Agradeço à Ana Beatriz Robalinho, pela parceria, companheirismo e verdadeira irmandade que superam as fronteiras do espaço-tempo e se aprofundam ano após ano. Acompanhar a desenvoltura de sua carreira acadêmica há quase dez anos nos permite debater ideias com franqueza, criticar argumentos com seriedade e fazer leituras atentas com rigor e colaborar na escrita com criatividade. Mas todas essas tarefas, por mais árduas e demandantes que sejam, tornam-se pequenas perto do significado que é vivenciar em conjunto diferentes experiências, nos Estados Unidos ou na Noruega, compartilhar sonhos, desenhar projetos, dividir choros e viver a vida ao lado um do outro com confiança, reciprocidade, alegria e bastante encorajamento.

Agradeço aos meus sete irmãos que, depois de 18 anos, ainda não sei se escolhi, se me escolheram, ou se Deus em sua bondade me deu. Eles engrandecem meus sonhos e celebram as pequenas vitórias. Nos fazemos em muitos e carregamos essa ânsia de viver tudo, esse anelo de estar e de ser, nada menos, nada mais. Como quem fecha numa gota o oceano.

Aos meus amigos Bilscoitos, dos quais recebo mais do que dou, o tempo só nos faz mais fortes, mais unidos, mais um. Ao amigo Antonio Borges, que tanto admiro e com quem divido minhas maiores simplicidades, meu abraço mais arrastado.

À Hillsong São Paulo e aos amigos (e irmãos) que ela me deu, por serem casa, abrigo, abraço, samba, fotografia e cozinha; por serem resistência, esperança, serviço, poesia e rua; por serem exposição, museu, show e festival; por serem fé, esperança e amor. Vocês me dividiram com a USP, Brasília e João Pinheiro, e ainda assim encontraram razão para permanecerem e lugar para ocuparem. Com vocês vivi São Paulo e embelezei o Centro. Por vocês eu sempre volto.

Este trabalho só faz sentido – no conteúdo, na forma, no espírito, nas razões e nos agradecimentos – porque pensado, refletido, vivido, cantado, declamado e escrito no plural. Só pelas afluências diretas de todos esses rios, mares e oceanos é que me enchi de energia, criatividade e resistência, tão mais necessárias de agora em diante.

“How beautiful mankind is! / O brave new world / That has such people in’t!”. Agradecer por tudo isso é pouco. D’agora para frente, sigo assim: “não quero faca nem queijo. Quero a fome”. “Fome de tudo – de conhecer por dentro – fome do miolo todo, do bagaço, da última gota de caldo”.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
Apresentação do tema e do problema	21
Estrutura do argumento e objetivos	24
CAPÍTULO 1: CORTES CONSTITUCIONAIS IMPORTAM	28
1.1 Introdução	28
1.2 <i>Lawfare</i> : cortes como arenas de disputa pela interpretação constitucional	29
1.3 Casos paradigmáticos de <i>lawfare</i>	37
1.3.1 Discriminação de raça	39
1.3.2 Discriminação de gênero	44
1.3.3 Direitos socioeconômicos	53
1.4 A política do <i>backlash</i>	57
1.5 A resposta do constitucionalismo democrático	61
1.6 Desfecho	65
CAPÍTULO 2: MUDAÇA SOCIAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL	67
2.1 Introdução	67
2.2 “Esperança vazia”: a crítica ao desempenho das cortes na mudança social	68
2.2.1 Mudança social significativa	73
2.2.2 Impacto na burocracia administrativa	76
2.2.3 Diálogo com minorias e grupos vulneráveis	80
2.3 Interações entre cortes e sociedade civil	81
2.4 A consolidação de uma cultura constitucional	87
2.5 Desfecho	93
CAPÍTULO 3: EXPECTATIVA REDIRECIONADA: MOVIMENTOS SOCIAIS E COAUTORIA CONSTITUCIONAL	95
3.1 Introdução	95
3.2 A canalização dos movimentos sociais pelo direito constitucional	96
3.3 Reivindicação da autoria constitucional pela esfera pública política	100
3.4 Fundamentos democráticos de um constitucionalismo difuso	109
3.5 Desfecho	116

CAPÍTULO 4: PARÂMETROS PARA UMA POLÍTICA CONSTITUCIONAL TRANSFORMATIVA	118
4.1 Introdução	118
4.2 Política transformativa e momentos constitucionais	119
4.3 A moldura da cultura constitucional	124
4.4 Desafios à doutrina e à jurisdição constitucionais	128
4.5 Desfecho	131
CONCLUSÕES	133
BIBLIOGRAFIA	137
Material encontrado em sites	148

INTRODUÇÃO

“We inhabit a *nomos* – a normative universe.”¹

Os seres humanos não habitamos nem somos determinados apenas pelo visível e mensurável universo físico de massa, energia e tempo. Somos constituídos de moralidade, racionalidade e sociabilidade, e, a partir dessas perspectivas, criamos e mantemos, por uma série de estruturas, arranjos, discursos e convenções, universos de certo e errado, justo e injusto, bom e mau, válido e inválido.

Esses mundos normativos abrangem textos e prescrições legais e jurídicas indissociáveis das narrativas no tempo e no espaço que lhes dão interpretação, significado e concretude. Nessa intersecção entre dois universos nos quais habitamos, o direito é um tecido que nos envolve e ao qual damos forma e molde; ele é um dos principais mecanismos pelos quais conferimos sentido à realidade.

Esse processo de criação e concessão de significado opera essencialmente por meio da cultura e é coletivo, dialógico e combativo, mas nem sempre contínuo. Muitas vezes, o tecido é bruscamente rompido ou estendido ao limite; outras, é remendado. Mas alterações e reajustes acontecem e não podem ser completa nem previamente controlados. As narrativas em disputa – em âmbito privado e público – são os fios que conduzem mudanças e, quando detentoras de força normativa, tornam-se compromissos públicos e convenções sociais.

Historicamente, diversos textos adquiriram força normativa e tornaram-se epicentros de interpretação e significados: a Torá, o Código de Hamurabi, os Concílios do Vaticano, a Carta Magna, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, declarações nacionais de independência, etc.

Mais recentemente, constituições ao redor do mundo tornaram-se um desses compromissos públicos disputados – interpretados e reinterpretados, significados e ressignificados por agentes públicos e privados, mediante o uso da força ou não, e alguns formalmente alterados mais do que outros.

Mudanças culturais operam constantemente na sociedade. É provável que atualmente elas sejam mais rápidas e dinâmicas, impondo novos tipos de desafios e

¹ COVER: 1983. As civilizações grega e hebraica são reconhecidos exemplos do uso de narrativas para explorar questões normativas. Seus notórios legados jurídicos dizem mais respeito à variedade, riqueza e complexidade do universo normativo que criaram do que necessariamente à técnica ou retórica qualificadas no tratamento das questões políticas. Para

dificuldades ao direito. Desde que o monopólio das cortes na interpretação constitucional foi questionado no contexto sócio-político e cultural do pós-guerra, mediante a emancipação de grupos sociais e o empoderamento de novos atores como legitimados a construir suas próprias narrativas e expandirem o universo normativo, o tecido do direito tem sido disputado com novas ferramentas – como a linguagem de direitos humanos – e em novas arenas – como as cortes constitucionais.

The Times They Are A-Changing é uma canção composta por Bob Dylan em 1964 e mundialmente reproduzida e admirada. Na efervescência do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, da cultura de massa e dos meios de comunicação, da liberdade sexual e da emancipação (ainda que parcial) das mulheres, Dylan propôs-se a escrever sobre as profundas mudanças sociais em desdobramento.

Como qualquer texto escrito, sua interpretação é aberta e passível de disputa. Em leitura própria, ilustro que as estrofes da canção dialogam diretamente com as relações entre mudança cultural, mudança social e mudança jurídico-legal que aqui se pretende analisar.

“Come gather ‘round people
Wherever you roam
And admit that the waters
Around you have grown
And accept it that soon
You’ll be drenched to the bone.
If your time to you
Is worth savin’
Then you better start swimmin’
Or you’ll sink like a stone
For the times they are a-changin’.”

Dylan alerta para uma mudança em curso nas águas, isso é, em comportamentos, discursos e visões de mundo – elas estão subindo ao redor de nós e a resistência em aceitá-las só nos fará afogar. Se resistirmos às mudanças, afundaremos como pedras duras, impenetráveis e inflexíveis, mas se as aceitarmos, melhor que começemos a nadar (a favor da maré).

“Come writers and critics
Who prophesize with your pen
And keep your eyes wide
The chance won’t come again
And don’t speak too soon
For the wheel’s still in spin

And there's no tellin' who
That it's namin'
For the loser now
Will be later to win
For the times they are a-changin'."

Àqueles que têm o poder da caneta, de conferir sentidos e interpretações, ditar rumos e dizer o futuro – aos juízes e cortes, às instituições – Dylan recomenda a vívida atenção ao movimento das águas para que não se movam demasiadamente lento, porque a chance para salvar-se pode não vir duas vezes, nem se antecipem abruptamente, porque as ondas ainda estão tomando forma e a roda ainda está tomando direção. Nesse erro de cálculo e de leitura do curso das águas, aquele ator ou aquela instituição que propõe-se a dar o rumo pela palavra, ainda que pareça vencedora, pode sofrer severa derrota logo em seguida.

"Come senators, congressman
Please heel the call
Don't stand in the doorway
Don't block up the hall
For he that gets hurt
Will be he who has stalled
There's a battle outside
And it's ragin'
It'll soon shake your windows
And rattle your walls
For the times they are a-changin'."

Aqui, dirige-se aos representantes eleitos, àqueles naturalmente sensíveis às águas e suas turbulências: há uma disputa acontecendo além de suas próprias arenas e logo ela lhes baterá à porta, mas não necessariamente de forma sutil. Então, que não criem bloqueios ou obstáculos ao que virá.

"Come mothers and fathers
Throughout the land
And don't criticize
What you can't understand
Your sons and your daughters
Are beyond your command
Your old road is
Rapidly agin'
Please get out of the new one
If you can't lend your hand
For the times they are a-changin'."

Mudanças culturais operam também no âmbito privado e tomam forma entre gerações. É como se as mais novas constantemente pressionassem as mais velhas – nas quais se inserem os poderes e instituições públicas – à crítica, à reformulação, à desconstrução e à reconstrução. É como se o novo sempre viesse, como na canção de Belchior², e, nesse caso, melhor que o deixem passar.

“The line it is drawn
The curse it is cast
The slow one now
Will later be fast
As the present now
Will later be past
The order is
Rapidly fadin’
And the first one now
Will be last
For the times they are a-changin’.”

A última estrofe parece enfatizar não só que as configurações e ordens sociais mudam ou desaparecem, mas também que agentes interpretativos e decisórios são eles próprios removidos ou substituídos.

As mudanças sociais acontecem a partir de conflitos de forças que se dão, inclusive e mais recentemente com bastante repercussão e consequências, em arenas judiciais. O mundo normativo em que vivemos é, hoje, profundamente atravessado pelos significados que atribuímos por meio do direito.

A direção dessas transformações não pode ser prevista nem controlada. Ainda que existam defensores de um progressismo moral da história inescapavelmente determinista, nem todas as mudanças podem ser consideradas benéficas; reconfigurações de poder e novos vencedores surgem em variados contextos sociais tanto para expandir quanto para restringir as interpretações de conceitos e direitos como liberdade e igualdade.

Prova disso são contextos políticos autoritários onde o constitucionalismo não funciona propriamente. Benvindo (2017:206-2011) faz crítica interessante ao dizer que as categorias paradigmáticas da democracia constitucional nos seduzem por suas potencialidades de promover novos futuros, levando-nos ao limite de defendê-las mesmo em face de seus próprios rompimentos. Na aplicação dessas categorias (deliberação, participação e liberdade de expressão, por exemplo) há diversas

² Como Nossos Pais, de 1976.

fragilidades que podem subverter uma ordem constitucional em direção abusiva e autoritária, quando não lidas dentro de um amplo quadro socioeconômico e cultural.³

Particularmente no Brasil, a Constituição de 1988 instaurou uma ordem democrática cujas autoria normativa foi diretamente reivindicada por grupos sociais excluídos ou marginalizados.

A esse respeito, James Holston (2015) desenvolve belíssima pesquisa acerca da apropriação e ressignificação do conceito jurídico “cidadania” pela periferia urbana brasileira, com foco empírico na cidade de São Paulo. Antes de 1988, a lei era instrumento de humilhação, medida por burocracia inacessível e refletia hierarquia: às elites, tudo; aos pobres, aos invasores, aos (i)migrantes e aos grevistas, o rigor da lei. Os novos métodos de participação e mobilização cívica a partir dos anos 80 contribuíram diretamente para a compreensão coletiva de que as necessidades socioeconômicas básicas poderiam ser repensadas na linguagem dos direitos humanos, culminando na participação maciça e sem precedentes no processo constituinte⁴.

Para além do formalismo democrático, a articulação popular se organizou e se educou em torno da construção estratégica de normas que incluíssem na agenda da Assembleia Nacional Constituinte demandas de iniciativas populares, inclusive para monitorar a aprovação de seus projetos. Holston enfatiza que a participação cívica de grupos vulneráveis gerou uma transformação da cidadania que partiu dos níveis locais em direção ao nacional: práticas locais de atores sociais marginalizados e tradicionalmente excluídos tornaram-se fontes de direito constitucional

Esse processo de criação de novos entendimentos e práticas acerca dos direitos deixou marcas profundas no imaginário coletivo e social brasileiro e tornou-se responsável por uma verdadeira formação de cultura constitucional. Nas entrevistas conduzidas por Holston com moradores de periferias urbanas, grande parte da

³ Em leitura crítica da narrativa de Joshua Braver sobre a criação da Constituição de 1999 na Venezuela, Benvindo defende a interpretação do constitucionalismo inclusive por suas falhas, sem a sedução da confiança em seus pontos fortes. Isso se dará somente dentro de um quadro maior que considera os fatores econômicos, sociais e culturais que permeiam aquela sociedade. Esses sistemas constitucionais disruptivos devem ser lidos e analisados à luz de suas práticas de restrição democrática; para isso, Benvindo faz menção de categorizações como *abusive constitutionalism* e *stealth constitutionalism*.

⁴ A organização nacional da iniciativa popular na elaboração do texto constitucional se deu majoritariamente por meio do Movimento Nacional pela Participação Popular na Constituinte (Rio de Janeiro, 1985) e do Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte (São Paulo, 1985). A esse respeito, ver Michiles e outros (1989).

consciência de direitos se deu pela auto-identificação como destinatário do texto constitucional escrito:

“Mas hoje eu penso o seguinte: eu tenho direitos porque a Constituinte [a Constituição] me dá esses direitos. Mas eu tenho que correr atrás dos meus direitos, porque se eu não for correr atrás dos meus direitos, eles não vão cair do céu. (...)” Morador do Jardim das Camélias desde 1970, trabalhador da indústria têxtil aposentado (Holston 2015:340-341)

“Antes de 1988, não era escrito, não era claro. Antigamente você falava: eu tenho direito, mas não estava comprovado em lei na Constituição. (...) Hoje está em lei tudo aquilo que eu posso fazer. Hoje você tem um livro [a Constituição] que você pode ir lá ver, olha, eu posso fazer isso, posso fazer aquilo. (...) A Constituinte fala mais direito, o direito assim, mais do cidadão mesmo. A lei está escrita. Eu posso ali pesquisar na lei. Olha, eu posso estar usufruindo desse bem.” Moradora de segunda geração do Lar Nacional (Holston 2015:340-341)

“Eu acho que por mais analfabeto que seja a pessoa, tem que saber os seus direitos na Constituinte. Tem dúvida, tem lá, a lei do País, a Constituinte [a Constituição]. Você tem que chegar lá e ler o que significa. Não sabe, procura uma pessoa que sabe. [...] É o conhecimento da Constituição que dá esse direito para você lutar pelos seus direitos.” Morador pioneiro do Jardim das Camélias (Holston 2015:340-341)

A prévia cultura de deferência e inércia foi frontalmente desafiada pela mobilização social que resultou na participação ativa do processo constituinte e na construção de uma cultura constitucional de direitos escritos, a qual serviu posteriormente às lutas sociais por sua realização e satisfação.

Nas últimas décadas, as mobilizações procuraram reivindicar judicialmente a aplicação do texto escrito para suas realidades e configurações sociais, pressupondo a totalidade dos direitos possíveis. A judicialização dos direitos sociais, a luta pelo reconhecimento de identidades e o combate a privilégios passaram a pautar a agenda de políticas públicas e das cortes, aprofundando a divisão social acerca das interpretações e significados constitucionais.

Ao mesmo tempo em que narrativas antes marginalizadas costuram e visibilizam novos discursos e interpretações constitucionais, parlamentos restam

paralisados diante da complexidade da realidade e sem saber como oferecer as respostas formais adequadas, e as cortes agigantam-se como bastiões iluministas e paternalistas das sociedades.

Essa reconfiguração tem sido reproduzida em diferentes sistemas políticos e ordenamentos constitucionais no mundo, segundo suas particularidades, fazendo quase que universais os desafios impostos pela realidade ao direito constitucional.

Apresentação do tema e do problema

Nesse jogo político que disputa a interpretação constitucional, a frente de batalha foi majoritariamente transferida para uma nova arena: as cortes constitucionais. Movimentos sociais – ligados a partidos ou não – apropriaram-se da linguagem dos direitos e voltaram-se às cortes para avançarem suas agendas.

O cânone constitucional tradicional é constituído pelo texto constitucional e por suas emendas oficiais, as quais expressam as mudanças na identidade constitucional. Contudo, parte significativa das conquistas constitucionais das últimas décadas se deu fora do *locus* formal da política constitucional. Pergunta fundamental sobre a qual essa pesquisa se debruça é: que ferramentas a teoria constitucional tem oferecido para dar conta dos episódios históricos de mudança constitucional informal a partir das mobilizações sociais que têm se tornado cada vez mais frequentes, impactantes e naturalizados em diferentes sistemas constitucionais?

A literatura predominante no direito constitucional concentra-se na figura do juiz – seu comportamento individual e coletivo, suas técnicas de decisão e sua argumentação – tanto para explicar as razões, vantagens e eficácia de sua atuação hercúlea na garantia e promoção das liberdades civis e dos direitos constitucionais básicos como saúde, educação e moradia, quanto para criticar sua politização, sua parcialidade e seu agigantamento em face dos demais poderes.

Essa racionalização, contudo, distorce a realidade ao desconsiderar a performance estratégica de diversos atores constitucionais na condução da interpretação judicial da linguagem de textura aberta das garantias constitucionais. Fenômenos como o *de facto ERA*, a incorporação das Cartas de Direitos pelos sistemas constitucionais regidos pelo direito comum e a judicialização dos direitos

sociais não são suficientemente explicados por mera interpretação judicial, processo legislativo e de emendamento constitucional.

Partindo desse problema, este estudo pretende analisar as possibilidades e potencialidades de os cidadãos coletivamente reivindicarem a autoria do direito constitucional por meio da consolidação de uma cultura constitucional a que os poderes públicos em geral e as cortes constitucionais em particular devam deferência, responsividade e *accountability* ao realizarem política constitucional.

Os processos de tomada de decisão coletiva não operam no vácuo, na literalidade do cânone constitucional tradicional nem em completa dissonância com os demais atores. Eles são inseridos numa moldura de princípios, precedentes e valores aqui entendida como cultura constitucional.

A investigação de decisões de cortes constitucionais ao redor do mundo certifica o papel crescente dos movimentos sociais enquanto agentes interpretativos na perseguição de seus objetivos por meio da instrumentalização do direito. Para além de protestos e desobediência civil, as últimas décadas assistiram à tomada do processo constitucional e das emendas constitucionais como instrumentos de batalha.

Por meio da identificação das principais conquistas de direitos com participação dos movimentos sociais na história constitucional dos Estados Unidos – onde esse fenômeno acontece por mais tempo e com mais destaque e escrutínio – e de democracias recentes como Brasil, Colômbia e África do Sul, a pesquisa buscará entender como se operam a mudança social e a conquista de direitos dentro do arranjo contemporâneo da separação de poderes.

No caminho, serão analisados os reveses enfrentados por essas decisões e a interação política das cortes com os poderes representativos em contextos na disputa pela interpretação constitucional. Quando o poder público se desacopla da visão constitucional predominante na sociedade civil – seja pelo desembaraço em acelerar demais a engrenagem, seja pela letargia em ler e acompanhar as mudanças que na sociedade se operam –, o natural é que haja uma imediata e vigorosa reação popular⁵.

⁵ A convocação de reações populares pode vir, inclusive, da própria corte constitucional. Em *Lawrence v. Texas* (2003), o juiz Antonin Scalia deixou claro em sua opinião que autorizar o casamento gay no estado texano seria gradualmente estendido à nação norte-americana, a não ser que emergisse intensa mobilização contra a decisão da Corte. Em poucos dias a contra-mobilização estava organizada, inclusive para pedir o impeachment dos juízes favoráveis.

As críticas acadêmicas à capacidade de inovação e à habilidade das cortes em promoverem mudanças serão igualmente consideradas, a fim de que se aponte uma saída a essa trincheira dualística se cabe ou não às cortes responderem a tais demandas ou se há impacto ou não em suas decisões.

Como parte considerável da política constitucional tem ocorrido a partir da jurisdição constitucional, é natural que os poderes públicos e demais instituições reajam a um progressismo liberal que ameaça o *establishment* de maiorias políticas e elites tradicionalistas, polarizando discursos e levando partidos políticos a lados extremos do espectro político.

O que se segue – e se tem visto ao investigar diferentes sistemas nacionais – é o aprofundamento da divisão social, a extremização dos discursos políticos e a retração de cada instituição para dentro de seu próprio *modus operandi*; cortes, parlamentos e executivos permanecem demasiadamente preocupados com a reafirmação da própria legitimidade e capital, e pouco dialogam entre si, não obstante sofram influências mútuas a todo tempo. Suas forças parecem mais concentradas em conquistar a opinião pública, cada um a seu modo, intensificando as ondas de reações populares.

Nesse campo onde ainda há tantos espaços de atuação para serem conquistados e de diálogo a serem construídos, este estudo propõe-se a encontrar esperança no engajamento cívico e na deliberação coletiva dos indivíduos. Se a era constitucional dos direitos foi implantada por uma nova configuração da relação política indivíduo-sociedade, a democratização de seu acesso se dará por sua organização de dentro para fora.

A interação dos grupos sociais com o poder público para além do processo formal pressupõe um engajamento participativo em deliberação coletiva que compõe substrato fundamental do próprio princípio democrático. Por meio da deliberação constitucional, grupos, movimentos, instituições e comunidades expressam suas identidades e reivindicam valores constitucionais.

Essa participação popular oferece um meio criativo de responsividade democrática, comumente associada às práticas formais de mudança constitucional em momentos de crise ou transição. O instituto da soberania popular sobre o qual assentam a constituição e o Estado democrático de direito não pode limitar-se à fundação da ordem constitucional, mas deve ser contínua e intergeracionalmente re-

apropriada pela interação entre cidadãos e instituições, que exige, como se verá ao longo dos próximos capítulos, o recrutamento de novas vozes, a organização em grupos, a acomodação de visões contrárias, o alcance da mídia e a influência em alguma instituição.

Estrutura do argumento e objetivos

A pesquisa que resultou neste trabalho funda-se primariamente em três problemáticos diagnósticos:

(i) o agigantamento da jurisdição constitucional nos mais diferentes sistemas constitucionais – da América Latina à África do Sul, da Europa Oriental à Índia, do *commonwealth* britânico a Israel. Em todos esses contextos, as cortes assumiram proeminência no arranjo institucional e na política constitucional, conferida ou não por uma Carta de Direitos que viabilize uma jurisdição mais ativa ao estilo norte-americano. Para além da regra da maioria, o governo democrático pressupõe um genuíno compromisso com direitos individuais fundamentais entrincheirados na tentativa de salvaguardar grupos vulneráveis, o que abre caminho para a crença em mudança social a partir de direitos judicialmente afirmados.⁶

(ii) a ascendente relevância dos movimentos constitucionais no jogo político. Movimentos são construções sociais de crenças e objetivos plurais que organizam suas ações na correlação orientações-oportunidades (MELUCCI 1985). Organizar coletivamente indivíduos e mantê-los mobilizados demandam alocação de recursos, valores e capacidades. No novo espaço da esfera pública política, o objetivo não é necessariamente transformar os movimentos sociais em partidos políticos, mas ecoar suas mensagens na sociedade e traduzi-las em tomada de decisão política. O poder simbólico da ação coletiva tem desafiado a lógica da distribuição de poder entre as elites e a fragilidade de suas razões de ser. Antes de serem capazes de negociar valores e disputar interpretações, os movimentos sociais procuraram ultrapassar a invisibilidade e jogar luz sobre a neutralidade da dominação econômica ou cultural. Nada manteve-se inquestionável; pela primeira vez, as sociedades em geral tornaram-

⁶ Ronald Dworkin é talvez o mais proeminente teórico a sustentar normativamente o constitucionalismo e a jurisdição constitucional. As questões e dissensos referentes às condições democráticas são respondidas por um desenho institucional voltado ao resultado, e não ao procedimento. A esse respeito, ver Dworkin (1977, 1985 e 1986).

se conscientes de sua contingência. A autoridade da constituição é reivindicada e ratificada pelas interações substantivas provocadas pelos movimentos sociais.

(iii) o fetichismo institucional da análise jurídica em torno dos juízes e das cortes constitucionais. Conquanto sejam largamente defendidas como barreira de contenção majoritária⁷, as cortes não são capazes de por si só emanciparem os indivíduos e grupos vulneráveis ou de desenvolverem materialmente a sociedade. Destituído da bolsa e da espada (Madison 1993 [1787]), o Judiciário mostra-se incapaz de absorver e traduzir todos os ecos e irritações provenientes da sociedade civil. Seus procedimentos e linguagens podem mais afastar do que aproximar aqueles que deveriam ser protagonistas da disputa constitucional. A replicação do sistema norte-americano parece congelar a dimensão criativa do direito constitucional, reduzindo os resultados que ele pode produzir aos resultados que os juízes e cortes podem produzir.

Esse cenário deu causa a algumas perguntas incidentais que me permitem desenvolver a pesquisa: quais as origens dessa intensa judicialização dos interesses, disputas e narrativas políticas e a quem ela interessa? Quais os atores legitimados a atuarem nas esferas institucionais de disputa constitucional e, portanto, aptos a produzirem reformas constitucionais? Por quê ou como eles obtêm êxito? Em que medida a utilização da linguagem dos direitos e eventualmente das cortes contribui para uma efetiva mudança social ou reformas em termos de proteção e concretização de direitos?

Revisar a literatura que me permite enfrentar esses questionamentos na trajetória deste trabalho oferecerá suporte factual para as reflexões normativas da pesquisa propriamente ditas. As perguntas primárias a que se pretende responder, pois, são: de que maneira(s) ou por meio de quais ferramentas o direito constitucional consegue responder às mudanças sociais intermitentes que se operam nas sociedades contemporâneas? A legitimação das mobilizações populares como coatores constitucionais auto-interessados confere um quadro normativo à maximização da democracia constitucional?

⁷ Para uma síntese desses autores, conferir Mendes (2008:55-77). Os principais argumentos a favor da supremacia judicial assentam-se na afirmação de que cortes protegem as pré-condições da democracia e os direitos das minorias, são menos falíveis em questões de princípios, promovem representação deliberativa e argumentativa e constituem veto à separação de poderes. De outro ângulo, defende-se a supremacia judicial ao criticar o parlamento como único tipo possível de representação e a racionalidade da regra da maioria.

Procuo contribuir para o enfrentamento dessas questões por meio de três argumentos principais, reunidos nos próximos capítulos.

Inicialmente, pretendo afirmar o litígio estratégico como instrumento relevante de disputa pela interpretação constitucional. No primeiro capítulo, faço uma retrospectiva de casos constitucionais de sucesso nos quais os movimentos sociais conseguiram pautar o debate e avançar sua agenda por meio do uso do papel contra-majoritário das cortes. Aqui, respondo a alguns reveses que sucederam à tomada de decisão judicial em razão da formação de uma política de *backlash* que desafia a autoridade das cortes e a implementação de suas decisões.

Em seguida, proponho-me a enfrentar as principais críticas à capacidade institucional das cortes de promoverem mudança e gerarem impacto social. O argumento sustentado por Gerald Rosenberg (1991) de que as cortes constitucionais oferecem uma esperança vazia parece desconsiderar ou, no mínimo, subestimar aspectos relevantes da interação que se dá no diálogo entre corte e sociedade civil no processo de tomada de decisão. Fecho o segundo capítulo em defesa da consolidação de uma cultura constitucional que funcione como uma moldura mais larga do que o cânone tradicional do direito constitucional para as cortes constitucionais se comportarem e construírem sua jurisprudência.

No capítulo três, discuto as razões e os benefícios em se redirecionar a expectativa social para o engajamento cívico e a ação coletiva, de tal sorte que conquistem cada vez mais espaço na cultura constitucional e mais sucesso como atores constitucionais. Para tanto, dedico-me à leitura crítica de teóricos do direito e das ciências sociais para expandir o cânone do direito constitucional, legitimar atores constitucionais antes periféricos e retirar não só a exclusividade da palavra das cortes em casos difíceis, como defendido por muitos teóricos constitucionais ao redor do mundo⁸, mas também dos juízes a centralidade na racionalização em torno dos direitos fundamentais.

⁸ Jeremy Waldron é certamente o autor que mais se destaca nessa tese, mas vale conferir também as visões e argumentos de Sunstein (2001), Rosenberg (1991) e Tushnet (1995). Em geral, essa defesa sustenta-se nos valores da representação eleitoral e da regra da maioria. O primeiro desdobra-se na crença de que o parlamento representativo é o mais próximo do ideal de manifestação popular e organiza-se em um processo que estimula a competição, o compromisso e a acomodação de extremos. O segundo, por sua vez, além de respeitar a força moral da igualdade, limita o poder. Contra a dominação das cortes no embate com o Legislativo pesam a ausência de imparcialidade, de representatividade e de meios de

Por fim, o capítulo quatro pretende pensar as possibilidades de um direito constitucional acessível a novos atores constitucionais e aberto às dinâmicas e interações sociais. Essa configuração é viabilizada por uma cultura constitucional coletivamente construída e respeitada pelos poderes públicos. Nela, qual seja a arena ou frente de batalha escolhida na aferição de significado constitucional, haverá espaço e oportunidade para impacto e mudança social por meio da conquista de direitos na vida comum daqueles que antes se viam excluídos e sub-representados no jogo constitucional. Argumento que essa é a realização epistêmica de um modelo de democracia deliberativa por meio de um constitucionalismo difuso que permite o rearranjo de instituições e discursos sociais em momentos de energização social dentro da política ordinária.

implementação; a falibilidade em questões de princípios, a incapacidade educativa e a inevitabilidade da tirania. Para essa sintetização, conferir Mendes (2008:78-96).

CAPÍTULO 1: CORTES CONSTITUCIONAIS IMPORTAM

1.1 Introdução

Reformas constitucionais nos mais diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo têm transferido significativo poder das instituições representativas para as judiciais (nacionais e supranacionais) tocando em matérias substantivas de profundo dissenso moral, repercussão macroeconômica e estabilidade democrática⁹; nesse cenário comum a democracias recentes e antigas, tudo se torna justiciável.

A esse fenômeno Ran Hirschl denominou ‘juristocracia’ (2004a e 2004b): um novo tipo de regime político de deferência às cortes constitucionais, as quais desempenham papel fundamental no debate e resolução de questões políticas centrais com o suporte tácito ou explícito dos poderes eleitos. O autor ilustra a confiança que se tem nas cortes constitucionais em definir a própria razão de ser da *polity* (2004a:7).

Sistemas políticos disfuncionais ou poderes representativos obstruídos, com alta rejeição popular ou graves acusações de corrupção provocam ingovernabilidade, que, por sua vez, abre caminho para a deferência a um órgão técnico de elite aparentemente apolítico.

O estabelecimento das cortes como arenas de resolução de conflitos primariamente políticos serve, portanto, aos interesses dos próprios atores eleitos; em seu cálculo, as decisões judiciais impõem custos e demandam capital político com os quais eles não podem arcar. Assim, a deferência judicial (especialmente de “batatas-quentes” como ações afirmativas, estabilidade do regime democrático e reconhecimento de identidades) não só reduz riscos institucionais como aumenta o crédito dos poderes públicos em geral.

⁹ Hirschl (2004a:7) levanta dado interessante: em um curto período de anos, as cortes constitucionais foram chamadas a decidir o futuro de líderes governamentais em casos de impeachment ou moção de desqualificação nas Filipinas, Tailândia, Paquistão, Peru, Rússia, Ilhas Fiji, Madagascar e, mais recentemente, no Brasil. Além disso, às cortes constitucionais foi conferido poder de decisão a respeito do resultado de eleições nacionais, como no nos Estados Unidos, da constitucionalidade de guerras, como na Chechênia, e da integração territorial, como no Canadá. Também assistiu-se à Corte da África do Sul rejeitar um novo texto constitucional elaborado por um órgão nacional constituinte.

Razão adicional para a transferência do *locus* das decisões políticas centrais é o auto-interesse da maioria provisória ou elite ameaçada que pretende garantir o entrincheiramento de sua preferência em face de grupos periféricos em crescimento¹⁰.

Neste capítulo, defendo que cortes constitucionais importam menos como agentes interpretativos e detentores da última palavra e mais como arena em disputa plural e acessível pela interpretação constitucional. Na trajetória, demonstro como indivíduos e grupos sociais participam de forma relevante e estratégica nos processos de conquista e de aplicação de direitos, de construção dos significados constitucionais e de consolidação da cultura constitucional por meio do *lawfare*.

Neste trabalho, os movimentos sociais são compreendidos a partir de Tarrow (2009:21) como “desafios coletivos baseados em objetivos comuns e solidariedade social numa interação sustentada com as elites, opositores e autoridade.” Eles são um subgênero da ação coletiva, cujo elemento central e indecomponível é o confronto entre quem detém poder e aqueles que, *a priori*, são destituídos dos meios institucionais de reivindicação.

Uma vez canalizados pelo direito constitucional, manejam-no mais ou menos como uma “arte marcial”, na qual a constituição é instrumento de luta em favor dos direitos fundamentais, da democracia e dos valores republicanos (Sarmiento 2018). As experiências humanas plurais e marginalizadas são traduzidas e condensadas por essas mobilizações em um código criativo, interativo e interpretativo capaz de gerar fissuras e disrupções nas estruturas sociais e, mais recentemente, internacionais, a partir do desenvolvimento dos movimentos sociais transnacionais (Tarrow 2009:231).

1.2 *Lawfare*: cortes como arenas de disputa pela interpretação constitucional

A teoria constitucional é essencialmente marcada pela discussão acerca do papel das cortes entre os defensores e os críticos do judicialismo constitucional

¹⁰ A esse respeito, Rischl (2004a:9-10) cita os casos da institucionalização do regime constitucional da África do Sul nos últimos suspiros do *apartheid*; do estabelecimento de controle judicial de constitucionalidade e do apoio à jurisprudência antirreligiosa em Israel na primeira metade da década de 1990 sustentados pela elite secular, cujo histórico apoio popular estava em declínio; da adoção da Carta de Direitos pelo Canadá como resposta estratégica das elites federalistas à crescente ameaça separatista da província de Quebec; da institucionalização de cortes constitucionais com controle de constitucionalidade em regimes políticos islâmicos como Egito, Turquia e Paquistão, como parte de estratégia das elites seculares contra o significativo crescimento das forças políticas religiosas.

(Sarmiento 2018). De um lado, a constituição é compreendida como limite externo à política, e o Judiciário é compreendido como seu guardião, fórum de razão pública capacitado a resolver conflitos insulados dos interesses e ideologias políticas. De outro, capitaneado pelo que se denomina “constitucionalismo popular”, a constituição é compreendida como uma inspiração e guia permanente à política.

Este trabalho afilia-se ao espaço intermediário que reconhece o papel exercido pelas cortes na defesa dos princípios democráticos, dos direitos fundamentais e das minorias, sem negligenciar ou menosprezar as fontes de direito constitucional externas aos poderes públicos, encontrando valor e legitimidade nas reivindicações da sociedade civil que imputam sentidos e significados à ordem constitucional por meio de disputas e interações na pluralidade de fóruns.

Todas as instituições sociais são políticas, inclusive o direito constitucional, enquanto atividade de concepção da sociedade a partir de um compromisso que expressa a identidade política de um povo, confere-lhe coesão social e provoca um sentimento de autoria. Não se trata aqui de uma política ordinária demagoga e fisiológica, completamente dominada por interesses partidários e preferências ideológicas; mas política transformativa, que se propõe a gradualmente rearranjar instituições e discursos sociais livre da ilusão de que qualquer transformação profunda exija históricos momentos fundacionais ou de alta energização social.

A política ordinária ganha um complemento transformativo com a quebra do monopólio interpretativo e com a abertura e legitimação dos cidadãos organizados como atores, titulares do poder de protestar, denunciar, reformular as práticas e sentidos constitucionais, dentro e fora das cortes. Mais do que atores, os cidadãos devem reclamar para si o papel de autores constitucionais permanentes, sem aquiescer com a finalidade dessa tarefa em qualquer instituição.¹¹

A atuação dos movimentos sociais orientada para o litígio jurídico-constitucional constitui fenômeno recente cujo epicentro se deu há pouco mais de

¹¹ A partir de uma analogia ao questionamento dos protestantes ao monopólio interpretativo da Bíblia sustentado pelo catolicismo, Levinson (2011:18-30) conferiu à constituição uma multiplicidade de intérpretes, de modo que nenhuma instituição tenha a exclusividade na determinação de seu sentido. Contudo, a constituição apresenta natureza diferente: o povo é seu autor por excelência, continuamente ressignificando e reinterpretando seu texto por meio de seus representantes. Se a autoria da Bíblia é ligada ao divino e seus intérpretes devem manter-se como tal, isso é, apenas intérpretes, cabe ao povo qualificar-se como e assumir a posição de autor constitucional, inclusive fora dos espaços tradicionais do parlamento, dos partidos políticos e das cortes.

meio século, mas que recebeu atenção limitada pelas ciências sociais e antropológicas. Uma revisão cuidadosa da literatura vai apontar uma crescente produção nas últimas duas a três décadas (Scheingold 2004 [1974]); McCann 1994 e 2004; Sarat and Scheingold 1998; Rubin 2001; Levitsky 2006; Sarat and Scheingold 2006; Boutcher 2010).

A organização dessa mobilização em torno de atores constitucionais com poderes para desafiar interpretações constitucionais tradicionais acerca da extensão dos direitos conferidos (ou não) a grupos sociais politicamente sub-representados tem suscitado controversos debates a respeito do sucesso e da eficácia dessa estratégia como rota para a promoção de mudança social.

O engajamento no processo judicial requer dos movimentos sociais (i) a apropriação dos procedimentos jurídicos e da linguagem de direitos e (ii) a organização de clínicas universitárias e núcleos de advogados profissionais que se especializam na litigância constitucional, a exemplo do *Legal Defense and Educational Fund* da *National Association for the Advancement of Colored People* e da *American Civil Liberties* nos Estados Unidos, que influenciaram diretamente a formação de outras unidades como a *Mexican American Legal Defense and Education Fund*, e a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, no Brasil.

A transferência da demanda individual para a coletiva se deu particularmente em razão da efervescência de uma consciência cívica e cultura constitucional a partir dos anos 1960 em torno do movimentos dos direitos civis e das mulheres (Burstein and Monaghan 1986; Tushnet 1987; O'Connor 1980).

No campo da filosofia do direito, Norberto Bobbio (2004:7-32 [1992]) descreve essa cultura de direitos e discursos simbólicos como fundada na radical inversão de perspectiva na relação entre Estado e cidadão, servindo de base ao que ele denomina “era dos direitos”. Para compreender a sociedade e suas relações sociais, é preciso partir de baixo, em contraposição à concepção orgânica tradicional de que a sociedade vem antes dos indivíduos. Se os cidadãos mudam suas visões de mundo e interpretações acerca do justo, do bom e do belo, a sociedade muda.

Segundo o autor, os direitos naturais são, a bem da verdade, históricos, e nasceram com a era moderna e sua concepção individualista da sociedade, por meio da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Indo além, Bobbio acredita que esses direitos são gradualmente conquistados por gerações

e constituem, portanto, um dos principais indicadores de um caminho contínuo de progresso histórico (2004:7-8). A apropriação da linguagem dos direitos empresta força normativa às reivindicações sociais para a satisfação de demandas cada vez maiores; não se deve ignorar, contudo, a sobrevivência do que Bobbio denuncia como “massa dos sem-direitos”.

Se as normas constitucionais constituem os compromissos políticos mais caros e fundamentais à *polity*, uma de suas funções mais óbvias é expressar os valores constitucionais cuja interpretação e significado permanecem em disputa. Todas elas são entrincheiradas por regras especiais de emendamento, mas alguns sistemas escalonaram essa dificuldade até petrificar algumas conquistas históricas e direitos individuais como absolutamente não-emendáveis, a exemplo da dignidade humana, na Alemanha; do socialismo, em Cuba; da religião islâmica, no Afeganistão; do federalismo, no Brasil; da forma republicana do Estado, em Camarões.¹²

A rota primária para a alteração constitucional é a prevista pelas regras de emendamento formal contidas no texto constitucional; elas servem à hierarquização da constituição em relação às leis ordinárias, à pacificação de correções e mudanças, à vinculação dos atores políticos de gerações futuras e ao freio aos poderes políticos.¹³ A essas funções, Richard Albert (2013) acrescenta a expressão de valores constitucionais, que será desenvolvida ao longo deste trabalho.

Contudo, elas não encerram todas as vias de alteração constitucional. A principal via informal que tem ganhado força e impacto é o recurso às cortes constitucionais, cuja ocorrência se desdobra na interpretação judicial, no controle de

¹² Richard Albert (2013) identifica uma hierarquia de normas constitucionais a partir da combinação de regras formais e restrições substantivas de emendamento. Na Ucrânia, por exemplo, a integridade territorial, a independência nacional, os direitos fundamentais e as liberdades civis são formalmente não-emendáveis, ao passo que para as normas referentes às eleições e referendo e as que regulam o próprio emendamento, exige-se um caminho intermediário de alteração, envolvendo Executivo, Legislativo e ratificação popular por meio de referendo. As demais normas obedecem ao mais simples ou fácil processo de emendamento constitucional. A constituição portuguesa, a seu turno, prevê uma escala de dois níveis, separando as normas imunes ao processo de emendamento das demais.

¹³ Ver Carl Schmitt (2008) *Constitutional Theory*, Durham: Duke University Press; Edward Schreier (2006), *Crafting Constitutional Democracies: The Politics of Institutional Design*, New York: Rowman & Littlefield; John Vile (1993), *Contemporary Questions Surrounding the Constitutional Amending Process*, Westport, Conn: Praeger.

constitucionalidade e no alargamento ou restrição da composição da corte ou dos poderes judiciais.¹⁴

Ao fim e ao cabo, o texto constitucional que codifica os ideais e estruturas mais significativos para a sociedade não permanece estático; ao contrário, mudanças são esperadas. Os significados das palavras mudam e as noções a respeito dos valores entrenchados no texto constitucional evoluem. Mudanças operam a partir do abandono e/ou incorporação de narrativas, o que acontece, por sua vez, quando há uma substituição ou deslocamento de narradores.

No contexto atual, a soberania constitucional parece fragmentada entre atores constitucionais, impedindo que um ator detenha o controle de todo o processo de mudança constitucional e ao mesmo tempo a palavra final. Contudo, é possível identificar os atores em disputa e, não raras vezes, o juiz está presente, seja de forma ativa pelo controle de constitucionalidade ou interpretação constitucional, seja pela estimulação do legislador, seja pelo diálogo com a doutrina constitucional e com tribunais supranacionais de direitos humanos.¹⁵ Em cada um desses diálogos, os atores disputam rodadas de decisão – ou ao menos quem sinaliza que aquela conversa acabou, ainda que provisoriamente (Tushnet 2006).

Ao analisar o uso estratégico da adjudicação constitucional para contestar violações de direitos e reivindicar reconhecimento e justiça a partir da atuação constitucional dos movimentos feministas, Siri Gloppen (2017) propõe uma conceituação analítica: *lawfare* – direito como ferramenta de disputa/batalha/guerra, em tradução livre.¹⁶

Na literatura acadêmica tradicional, *lawfare* abrange diferentes conceituações: (i) esforço para conquistar e/ou controlar pelo uso coercivo dos meios judiciais (Comaroff 2001:306); (ii) ferramenta ou arma que pode ser usada em conformidade

¹⁴ Ver Bruce Ackerman (1988), “Transformative Appointments”, *Harvard Law Review* 101(6). Para seus críticos: James E. Fleming (1998), “We the Unconventional American People”, *University of Chicago Law Review* 1513(65); Michael J. Klarman (1992), “Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman’s Theory of Constitutional Moments”, *Stanford Law Review* 759(44).

¹⁵ Para explorar o tema, ver: L.D. Kramer (2005), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press; Powe, Jr., L.A. (2005), “Are ‘the People’ Missing in Action (and Should Anyone Care?)”, *Texas Law Review*, 83(3).

¹⁶ A partir da análise da reivindicação dos direitos sexuais e reprodutivos para as mulheres – sua relevância política em todas as regiões do mundo e judicial em âmbito nacional e supranacional, Gloppen traça a utilidade da constituição das cortes constitucionais como campo de batalha. (Gloppen 2017)

com o estado democrático de direito ou não (Dunlap 2008:146); (iii) recurso à violência inerente ao direito para coerção política¹⁷ (Jean e John Comaroff 2008).

Todos esses conceitos suscitam críticas e resistência razoáveis, seja por suas conotações ideológicas, seja pelo uso instrumental do direito para fins políticos. Não obstante, Gloppen (2017) reconhece um denominador comum ao termo que servirá de base às análises desta pesquisa: uso estratégico dos direitos, do direito e da litigância por atores de diferentes classes e grupos para fazer avançar objetivos políticos e sociais contestados.

Segundo a autora, o uso desse conceito oferece uma imagem descritiva do fenômeno: firme disputa entre partes divididas por profundas diferenças ideológicas ou morais que ocorre nas arenas das cortes.

Em sua análise das disputas constitucionais pela (des)criminalização do aborto na América Latina e da homossexualidade na África, Gloppen vê um padrão dinâmico de conflitos e disputas nas quais ambos os lados recorrem às cortes para promover suas identidades e visões constitucionais por meio de múltiplos atores como principal campo de batalha, mas sem abrir mão das disputas que ocorrem nas eleições, no processo legislativo e dentro dos sistemas cultural e religioso, seguindo as especificidades de suas linguagens, procedimentos e operações.

Isso posto, muito embora o conceito de *lawfare* contemple estratégias que não a adjudicação constitucional (ex: lobby, campanhas eleitorais, artísticas e de mídia ou atos legislativos) e reconheça o engajamento de atores que não as mobilizações da sociedade civil organizada (ex: maiorias parlamentares e partidos de oposição), seu

¹⁷ “Lawfare can be limited or it can reduce people to “bare life”; in some postcolonies it has mutated into a deadly necropolitics with a rising body count. But it always seeks to launder brute power in a wash of legitimacy, ethics, propriety. Sometimes it is put to work, as it was in many colonial contexts, to make new sorts of human subjects; sometimes it is the vehicle by which oligarchs seize the sinews of state to further their economic ends; sometimes it is a weapon of the weak, turning authority back on itself by commissioning the sanction of the court to make claims for resources, recognition, voice, integrity, sovereignty. But ultimately, it is neither the weak nor the meek nor the marginal who predominate in such things. It is those equipped to play most potently inside the dialectic of law and disorder.” (Comaroff e Comaroff 2007:31). O uso do direito para declarar a ilegalidade de assentamentos e a alienação de direitos dos imigrantes podem ser considerados exemplos de *lawfare* de cima para baixo, ao passo que a *lawfare* insurgente ou de guerrilha caracteriza a mobilização judicial como campo de batalha pela contestação de violações de direitos por grupos sociais minoritários (Gloppen 2016).

sentido mais estrito diz respeito à litigância constitucional por movimentos sociais voltada ao avanço ou obstáculo de reformas políticas e mudança social.

É sobre esse conceito estreito apresentado por Gloppen que se desenvolve este trabalho: litigância só se torna *lawfare* se fizer parte de uma estratégia mais ampla (progressista ou conservadora) de promoção ou retração de mudança social, a qual é aqui entendida como virada normativa ou material que reduz a relevância de circunstâncias morais insignificantes (Gloppen 2017:9).

O termo circunscreve perguntas que serão abordadas nesse e nos próximos capítulos: em que medida cortes constitucionais importam como arena de defesa e concretização de direitos fundamentais? (Capítulo 1). Quais os problemas e os riscos que a estratégia do litígio constitucional como meio para avançar pautas sociais pode provocar? (Capítulos 1 e 2). Em que circunstâncias a orientação da mobilização para a litigância constitucional provoca mudanças desejadas no direito, na sociedade e na cultura? (Capítulos 2 e 3). O que está em jogo para os poderes públicos e para os movimentos sociais nesse contexto? (Capítulos 2 e 3).

Em resposta à primeira pergunta, defendo que o *lawfare* oferece benefícios e vantagens normativas às mobilizações sociais na operação de mudança social maiores do que os riscos. O primeiro deles é que o *lawfare* confere substância e força normativa aos compromissos políticos firmados no texto constitucional. Decisões provenientes de cortes constitucionais, se não obedecidas diretamente, criam ônus argumentativo e dialógico e custo político ao Legislativo e ao Executivo para superarem sua decisão. No mínimo, elas podem compelir os demais poderes a levarem mais a sério a justificação de suas políticas públicas¹⁸.

O segundo, é que as decisões judiciais que afirmam direitos constitucionais possuem um caráter educativo em estabelecer parâmetros argumentativos e acrescentar simbolismo e expressividade aos significados constitucionais dentro de uma cultura constitucional. Esse revestimento da linguagem de direitos oferece aos movimentos sociais uma arma eficaz que produz efeitos indiretos mais amplos na sociedade, ainda que a decisão judicial falhe em produzir mudança.

O terceiro diz respeito à colaboração interinstitucional que se dá pela criatividade das cortes na definição de seus remédios – inclusive por modulação de

¹⁸ Essa é parte da argumentação em V. Gauri / D. Brinks (2008), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press.

efeitos – e pelo caráter deliberativo e dialógico de suas decisões, capazes de emitir ao processo político que se desenrola um relevante e significativo sinal sobre as visões constitucionais em disputa.

O quarto benefício assenta-se nos valores já reconhecidos pela doutrina às próprias cortes: autoridade constitucional, racionalidade principiológica e competência interpretativa e procedimental. O primeiro fala do papel histórico das cortes na defesa do Estado de direito, e contra-majoritário na garantia dos direitos individuais; o segundo diz respeito à sua configuração como fórum de razões que observa procedimentos e cujas decisões são submetidas à revisão dos pares e ao escrutínio da academia e do público; o terceiro refere-se à atuação dos juízes no processamento e interpretação de uma complexa rede de princípios, normas e regras, escritos e não escritos, por meio de procedimento adversarial.

Por fim, a estratégia pela litigância constitucional pelos movimentos sociais destaca e publiciza determinadas disputas e narrativas constitucionais muitas vezes marginalizadas, promovendo ocasião para apoio midiático, popular e mesmo partidário, e para compelir o posicionamento dos demais poderes a respeito do tema em discussão.

Lawfare, no mínimo, faz diferença. Estudos empíricos no Reino Unido¹⁹ demonstram que a adoção do *Human Rights Act* em 1998, que conferiu às cortes poder de reparar violações aos direitos contidos na Convenção de Direitos Humanos, criou uma cultura de direitos e induziu o aparato estatal a engajar com mais seriedade em defesa desses valores. A escolha pelo avanço das pautas sociais pela arena judicial representa poderosas sementes para a consolidação de uma cultura constitucional de direitos.

Vários desses benefícios serão desafiados no próximo capítulo pelos críticos ao *lawfare* e à capacidade da promoção de mudança social pelas cortes. Contudo, essas objeções mais qualificam o *lawfare* como meio de consolidação de uma cultura constitucional de direitos, que funciona como moldura para a realização de política constitucional que dispensa momentos constitucionais para que seja transformativa.

¹⁹ Equality and Human Rights Commission, *Human Rights Inquiry: Report of the EHRC* (London: EHRC, 2009).

1.3 Casos paradigmáticos de *lawfare*

As decisões mais emblemáticas das cortes constitucionais fazem parte do imaginário coletivo social que sustenta a percepção de que o Estado Democrático de Direito não dispensa um Poder Judiciário ativamente engajado na relação com os poderes representativos e a sociedade civil, o que lhes confere responsabilidade institucional.²⁰

A performance das cortes na resolução de conflitos constitucionais tem reunido capital político suficiente para relegar ao Legislativo uma posição de contra-ataque na disputa pela confiança da opinião pública, na medida em que ambos os poderes são obrigados a submeterem-se a interferências diretas de movimentos sociais organizados e a escrutínio constante da imprensa e da opinião pública²¹.

Nos Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade desenvolve-se ao longo de dois séculos de ininterrupta ordem constitucional em face de uma Constituição formalmente rígida, diversas decisões judiciais inflamaram o debate político, acadêmico e social em seus respectivos contextos a ponto de partidária e ideologicamente (re)dividir e mesmo entrincheirar a nação, culminando ora em guerra civil, ora em violentos protestos e confrontos sociais que perduraram por décadas.²²

No Brasil não é diferente. O direito constitucional assumiu posição central no debate público e desperta o interesse da sociedade sobre temas que lhe são caros,

²⁰ A esse respeito: Robert W. Gordon (1984), *Critical Legal Histories*, Stanford Law Review 36(57) e Michael W. McCann (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago University Press.

²¹ A teoria constitucional é permeada por diferentes definições de opinião pública: reputação, mobilização popular, opinião partidária, espírito do tempo, aprovação, opinião racional, opinião autointeressada, reação informada. E também por concepções sobre quem a emite: elites, massas, partidos políticos, meios de comunicação, legislação, etc. Mesmo que as cortes optem por considerar a opinião pública relevante, devem definir com quem interagem e quanto peso lhe confere.

²² Dois pontos devem ser esclarecidos aqui: (i) esse rol de decisões não pretende ser taxativo ou excludente; o critério para a seleção são, como se confirmará nos parágrafos seguintes, os reflexos sociais mais intensos no debate público e uma direta reação pública e política (no Executivo e Legislativo). Esses casos sofreram fortes interferências antes e depois de seu processo decisório, aprofundando controvérsias nacionais. Isso não significa, contudo, que as centenas de decisões que formam o dia-a-dia da Corte não afetem a opinião pública, não atraiam a atenção dos poderes políticos nem gerem consequências – e aqui passa-se ao segundo esclarecimento. (ii) Todo caso constitucional pressupõe um processo adversarial e representa um conflito em uma arena de cúpula; mas nem todos tem o potencial de impulsionar ou colocar em xeque a reputação e a confiabilidade social na corte e, ainda mais, provocar retaliações diretas dos poderes políticos, a emergência de protestos e conflitos sociais, ampla cobertura midiática e a convocação de movimentos sociais à arena.

como financiamento de campanha eleitoral, casamento entre pessoas do mesmo sexo, cotas raciais e direitos sexuais reprodutivos. Sob a égide de uma mesma constituição, o país alcançou a estabilidade institucional, conquistou reformas sociais importantes e sobreviveu a escândalos políticos e a dois impeachments presidenciais.

O deslocamento do debate e resolução dos conflitos mais sensíveis à ordem democrática consolidou o STF como arena inquestionável de disputas de significados e visões constitucionais, formando um cânone próprio – com suas características e problemáticas, como a dificuldade de encontrar uma racionalidade ou opinião da Corte – de julgamentos emblemáticos.

Indiscutível é o que une todas essas decisões: as reações de apoio ou de rechaço que afetaram eleições presidenciais e moldaram a cultura constitucional norte-americana e brasileira sobre a percepção popular da Corte enquanto instituição contra-majoritária legítima para proteger e aplicar os direitos fundamentais.

Pesquisas recentes conectam alguns desses casos a mudanças na opinião pública e no apoio à corte (Kritzer 2001; Gibson, Caldeira, and Spence 2003a e 2003b). Casos não-emblemáticos, a seu turno, não acarretam efeitos sistemáticos e tampouco explicam a relação de influência mútua entre corte e opinião pública.

Em importante crítica à assunção de que as cortes estão insuladas em relação às reações públicas, Valerie Hoekstra (2003:5) questiona o porquê de se supor que decisões constitucionais contrárias à opinião pública possuem consequências negativas para a legitimidade e autoridade da corte, na medida em que podem ser desobedecidas. A ausência de constrangimentos formais aos membros da corte torna o apoio público ainda mais essencial do que às instituições representativas, porquanto consiste em importante fonte de capital político para a corte (Choper 1980).

Se o nível de apoio à corte é uma commodity valiosa, é importante entender se essas decisões estão influenciando a provisão dessa commodity. As hipóteses trabalhadas por Hoekstra (2003:6) abrangem (i) cobertura midiática, conhecimento público e percepção da importância da questão em discussão na corte; (ii) mudança na opinião nas questões contidas no caso; (iii) mudança no apoio à corte posteriormente à decisão.

A esse despertar de reações populares e institucionais significativas às decisões das cortes constitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade os estudiosos norte-americanos têm se referido como política de *backlash*, deixando em aberto questionamentos acerca de seu significado, benefícios e malefícios. Nessa

confluência de pedidos, apelos, argumentos e remédios, salta à vista a atuação das cortes atravessando as pautas de (a) discriminação de raça, gênero e orientação sexual; (b) garantia e promoção dos direitos socioeconômicos; e (c) proteção do regime político em países tão diversos como Estados Unidos, Brasil, Colômbia e África do Sul.

A fim de ilustrar esse emaranhado de ações e reações entre corte, movimentos sociais e poderes políticos, relato brevemente alguns casos que ultrapassaram seus próprios contextos sócio-políticos e sistemas constitucionais e se tornaram paradigmas na orientação de reformas sociais ao redor de todo o mundo.

1.3.1 Discriminação de raça

Brown (347 US 483, 1954) é considerado o caso-paradigma ao se discutir o papel de cortes constitucionais no enfrentamento da discriminação racial. Mesmo após a Reconstrução iniciada pela Guerra Civil dos Estados Unidos, a comunidade negra se via sob a égide da política estatal que justificava sistemas de segregação em serviços, instalações e acomodações públicas, reafirmados em linguagem jurídica pela Suprema Corte na era *Plessy*²³, cuja decisão, ainda que atenuada por decisões como *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (1938)²⁴ e *McLaurin v. Oklahoma State Board of Regents for Higher Education* (1950)²⁵, só foi superada em *Brown v. Board of Education* (1954).

As conquistas dessegregacionistas no ensino superior eram significativas, mas isoladas e insuficientes; a verdadeira segregação atingia as escolas primárias e

²³ *Plessy v. Ferguson* (1896). Nessa decisão, a Suprema Corte declarou que a segregação nos estados do Sul não violava a 14ª Emenda. Harlan escreveu dissenso isolado: “The Constitution is colorblind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.”

²⁴ Foi o primeiro teste da campanha iniciada pela *National Association for the Advancement of Colored People* criada em 1930. Gaines buscou admissão em Faculdade de Direito destinada aos brancos (*all-white*), na ausência de uma destinada aos negros. A Universidade do Missouri previsivelmente negou sob base racial, com apoio das cortes estaduais. Na Suprema Corte, Charles Hughes, pela maioria, ordenou a admissão na universidade, dispensando a oferta do Estado de pagar pelo ensino em instituto fora do Estado, com base na *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda.

²⁵ Tendo sido negada sua admissão em doutorado na universidade *all-white* no Estado de Oklahoma por razões raciais, McLaurin foi aceito por determinação da corte federal distrital. McLaurin viu-se, então, em classes com fileiras, bibliotecas e cafeterias com mesas reservadas para negros. McLaurin retornou à corte distrital e, eventualmente, apelou à Suprema Corte, onde o caso foi decidido simultaneamente com *Sweatt v. Painter*. Na ocasião, o juiz Vinson determinou, em opinião da corte, o fim do tratamento separado de McLaurin e das práticas que lhe negavam direitos decorrentes da *Equal Protection Clause* na Décima Quarta Emenda.

começava a gerar desconforto social. Embora tenha emitido uma opinião unânime, a Suprema Corte colocou os conselhos escolares no meio de um fogo-cruzado entre reformadores da elite nortista e uma imensa maioria que resistia às mudanças, chefiada por governos estaduais e líderes legislativos sulistas. Diante da forte oposição a *Brown*, a Corte não ouviu outro caso de segregação por 4 anos e, quando o fez, dedicou-se mais à reafirmação do próprio poder do que à questão substantiva de igualdade²⁶.

O maciço apoio simbólico e político à Corte veio somente na década de 60, com o movimento dos direitos civis a partir dos protestos de massa, marchas e discursos de Malcolm X e Martin Luther King, Jr., que conquistaram espaço na mídia e nos canais de comunicação de massa, trouxeram visibilidade internacional à causa e realizaram constante pressão nos governos e assembleias estaduais e federais, alcançando a legislação federal pelo *Civil Rights Act* de 1964, seguido pelo *Elementary and Secondary Act* e *Voting Rights Act*, ambos de 1965.

O debate que se deu no contexto de *Brown* é a base sobre a qual toda uma geração de teóricos constitucionalistas desenvolveu suas teses, a começar pela dificuldade contra-majoritária desenhada por Alexander Bickel (1962).²⁷

A primeira narrativa que firma *Brown* como um sucesso foi costurada por Richard Kluger, em 1975, em cuja ótica *Brown* foi um episódio de heroísmo e iluminação, resultando em uma consagração dos ideais norte-americanos.²⁸ Kluger constrói uma imagem dos juízes como responsivos às necessidades sociais, às quais o Legislativo e o Executivo não puderam ou não conseguiram atender. Dois anos depois, Alan Freeman questiona se *Brown* e os casos subsequentes relacionados aos

²⁶ *Cooper v. Aaron* (1958). Em seguida, *Green v. County School Board of New Kent County* (1968).

²⁷ Para mais autores dessa geração, conferir John Hart Ely (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press; Mary L. Dudziak (2002), “The Politics of *The Least Dangerous Branch*: The Court, the Constitution, and Constitutional Politics Since 1945” in *A Comparison to Post-1945 America*, Blackwell. Para textos que investigam as origens históricas da dificuldade contra-majoritária, ver: Barry Friedman (1998), “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *NYU Law Review* 73(333); Barry Friedman (2002), “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court”, *Georgetown Law Journal* 91(1); Barry Friedman (2001) “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*”, *NYU L Rev* 76(1383).

²⁸ Cf. Richard Kluger (1975), *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America’s Struggle for Equality*, Kopf.

direitos civis não apenas serviram à legitimação de uma estrutura social e relações sociais já em curso²⁹.

Gerald Rosenberg (1991), a seu turno, desestabiliza a visão romântica das cortes e coloca em xeque a dificuldade contra-majoritária das cortes, ao defender que, embora tivessem recebido o depósito da esperança de mudança social, elas não somente não foram eficazes como também desviaram a atenção e o foco dos movimentos sociais do esforço político que teria produzido mais efeitos.

Michael Klarman (2004) toma um lugar no meio: nem heroínas, nem vilãs – as cortes não moldam a sociedade, mas seguem o curso das mudanças de costumes e moralidade. Segundo ele, não há evidências que comprovem o efeito de *Brown* na inspiração e no empoderamento dos movimentos dos direitos civis, que se desdobravam em crescimento desde a década de 50.

O contexto internacional, socioeconômico e ideológico da década de 60 em geral – envolvendo a Guerra Fria, o McCarthismo, a Guerra do Vietnã, as mudanças na comunicação e outras variáveis – ofereceu condições políticas para a legitimação e multiplicação dos protestos em massa. Além disso, os negros estavam gradualmente conquistando melhor educação e organizaram-se em protestos de massa, inclusive com apoio de grupos religiosos.

Os estados sulistas opuseram vigorosa resistência à implementação de *Brown* por considerarem-na intervenção federal em suas relações sociais, ao passo que os negros temiam retaliações físicas às demandas judiciais em tempos de Ku Klux Klan.

Dentre os efeitos diretos e indiretos associados a *Brown* (Klarman, 2004:346-373)³⁰, estão: (a) o fim da segregação em relevantes cidades localizadas em fronteiras estaduais, como Baltimore (Maryland), Kansas City, St Louis (Missouri), Oklahoma, Louisville (Kentucky) e Wilmington (Delaware); (b) a submissão de juizes segregacionistas à jurisdição da Suprema Corte na invalidação de leis discriminatórias; (c) a anulação de programas sociais nos Estados da Virgínia, Tennessee, North Carolina e Arkansas; (d) o *Civil Rights Act* de 1954, que criou a Comissão de Direitos Civis e a Divisão de Direitos Civis do Gabinete do Advogado

²⁹ Cf. Alan Freeman (1978), “Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine”, *Minnesota Law Review* 1049(62).

³⁰ Para mais obras a respeito dos efeitos de *Brown*: R. J. Glennon (1989), “The Role of Law in the Civil Movement: The Montgomery Bus Boycott”, *Law and History Review* 9(59); R. Kennedy (1989), “Martin Luther King’s Constitution: A Legal History of the Montgomery Bus Boycott”, *Yale Law Journal* 98(999) e M. Minnow (2011), *In Brown’s Wake: Legacies of America’s Educational Landmark*, New York: Oxford University Press.

Geral da União; (e) a institucionalização da *civil rights injunction*³¹, que revolucionou o direito público estadunidense; (f) a peregrinação de 20.000 pessoas em média sob liderança de Martin Luther King para Washington, D.C., em comemoração ao aniversário de 3 anos da decisão; (g) a constituição de material simbólico e linguagem de direitos para a comunidade negra, que se viu encorajada a organizar-se e perseguir ações diretas, como os boicotes e marchas, além de um jornal da comunidade negra declarar que essa foi sua maior vitória desde a abolição da escravidão em 1863.

Para Klarman (2004), os efeitos mais significativos de *Brown* não foram educar ou mudar o comportamento, a mentalidade e a cultura, mas o *backlash* branco que inspirou a radicalização da política segregacionista sulista, dando causa à violência, linchamentos e bombardeios como seu meio de ação:

“Political contests in southern states quickly assumed a common pattern: Candidates tried to show that they were the most ‘blatantly and uncompromisingly prepared to cling to segregation at all costs.’ Klarman (1999:386)

“*Brown* was less directly responsible than is commonly supposed for the direct-action protests of the 1960s and more responsible for ensuring that these demonstrations were brutally suppressed by southern law enforcement officers. That violence, when communicated through television to national audiences, transformed racial opinion in the North, leading to the enactment of landmark civil rights legislation.” Klarman (1999:364).

Em face disso, alguns autores concluem que *Brown* teve mais efeitos negativos³². Mas é bastante questionável se o preço pago pela ocorrência do *backlash* branco foi alto ou mesmo se o *backlash* teria ocorrido mesmo que *Brown* não tivesse acontecido.

Estudos em direitos de gênero e sexuais reprodutivos rejeitam o argumento normativo do *backlash* de que os prejuízos sempre ultrapassam os benefícios³³.

³¹ Owen Fiss (2008), *The Civil Rights Injunction*, Bloomington: Indiana University Press.

³² Keck, T. M. (2009), “Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights”, *Law and Society Review*, 151(152).

³³ Como se verá no tópico seguinte: Post and Siegel (2007); L. Vanhala “Social Movements Lashing Back: Law, Social Change, and Intra-Social Movement Backlash in Canada”, *Studies in Law, Politics and Society*, 54(113).

Algumas decisões sobre direitos LGBTQ+ têm sido tomadas com pouco *backlash* em países como Brasil, África do Sul e na Inglaterra após decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.

No Brasil, a luta contra a discriminação racial foi inicialmente apropriada no processo constitucional pela revisão judicial dos sistemas de cotas nas universidades públicas. Em decisão unânime na ADPF 186, julgada em 2012, o STF entendeu que a reserva de 20% das vagas na Universidade de Brasília para estudantes negros pelo prazo de dez anos é política adequada e proporcional para superar distorções sociais historicamente consolidadas. Com o tempo, a representatividade social no âmbito universitário tornaria esse ambiente plural e democrático e promoveria princípios e objetivos basilares da ordem democrática, como a igualdade material, o acesso à educação e a dignidade da pessoa humana.

Essa é a décima-segunda decisão mais assistida no canal do Youtube do STF. No mesmo ano, o STF confirmou esse entendimento quando questionado sobre o sistema de cotas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul no julgamento do RE 597.285. Em 2013, a Prefeitura de Maceió promoveu ciclo de discussões e palestras sobre o racismo institucional. Em 2014, foi aprovada a Lei n. 12.990, que garantiu a reserva de vagas para negros em concursos públicos na Administração Pública Federal. Em 2015, o Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, aprovou Resolução 548 que reserva 20% das vagas em concursos públicos para preenchimento dos quadros do STF e do Conselho Nacional de Justiça, seguidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, STJ e TST e, por fim, para ingresso na magistrados, cujo percentual de negros em seus quadros não passa de 1,5%, chegando a 15% na totalidade da estrutura do Judiciário. No Ministério Público da Bahia, onde 76% da população se declara negra, menos de 2% dos promotores de justiça também o são.

A aprovação da Lei n. 12.990/2015 não passou sem questionamento. Na Justiça do Trabalho de João Pessoa/PB, a reserva de vagas para negros nos concursos públicos foi declarada inconstitucional em controle difuso, com base nos valores de livre concorrência, proporcionalidade e razoabilidade.

Diante desse e de outros reveses, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADC 41 junto ao STF, seguida de pareceres favoráveis do Ministério Público e da União. Em julgamento também unânime, o STF sustentou a constitucionalidade da

Lei de cotas no serviço público federal, por entender que tais ações afirmativas não são somente compatíveis com o texto constitucional, mas por ele exigidas.³⁴

Apesar do maciço apoio das cortes, o desempenho da Lei n. 12.990/2014 parece estar aquém do esperado. De acordo com a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, o preenchimento das vagas em concursos públicos de nível superior chega, ao máximo, a 14%. Isso porque a lei exige a reserva de 20% sempre que o número de vagas oferecidas for igual ou superior a três. A Universidade de Brasília ofereceu solução criativa e lançou edital ampliando a oferta de vagas sem a especialização para que se pudesse cumprir o percentual da lei.³⁵

Em 2017, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União aprovou a Resolução 135 para reservar 20% das vagas em seus quadros para pessoas negras. Contudo, pesquisas recentes apontam que o caminho é longo: nos escritórios de advocacia, menos de 1% dos cargos são preenchidos por negros, ao passo que no meio corporativo, apenas 4,7% dos cargos executivos são ocupados por negros; as mulheres negras ocupam 0,4% desses espaços.³⁶

1.3.2 Discriminação de gênero

O movimento feminista começou a se organizar no início do século XX em torno da reivindicação dos direitos ao voto, à propriedade e posse e de acesso à educação igualitária, particularmente em nível superior. Diversas passeatas, manifestações, greves e boicotes foram organizados na Europa e na América do Norte, quando as mulheres migraram para o mercado de trabalho em razão das guerras mundiais. Nos anos 1930, a teoria dos papéis sociais ganhou relevância e demonstrou como culturas diferentes atribuíam as mesmas funções ora ao masculino ora ao feminino.³⁷

³⁴ Em recurso apresentado após o julgamento da ADC 41, uma organização que participou do processo como amigo da corte questionou a aplicabilidade da lei aos concursos públicos das Forças Armadas, o que foi reconhecido pelo STF.

³⁵ Dados retirados de <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alunos-negros-professores-negros-18012016>> último acesso em 27 de novembro de 2018.

³⁶ Disponível em <https://www.jota.info/advocacia/menos-de-1-dos-advogados-de-escritorios-sao-negros-23112017>, último acesso em 27 de novembro de 2018.

³⁷ A antropóloga Margaret Mead tornou-se conhecida ao documentar como diferentes culturas lidam com a diferença cultural no livro *Sexo e temperamento em três sociedades primitivas*. Ela estudou sociedades tribais na Nova Guiné: os agricultores montanhese Arapesh eram marcados pelo instinto maternal e percepção coletiva de mundo ligada a ambos os sexos; os caçadores Mundugumor constituíram ambos os sexos como viris e agressivos; pescadores

O pós-guerra sistematizou a luta das mulheres contra o domínio patriarcal e imiscuiu-se no campo privado das relações humanas, mapeando suas experiências nas relações amorosas e ambientes familiares, questionando os padrões duplos de moralidade sexual, o caráter opressivo do matrimônio e a obrigação da maternidade.³⁸ Nasceram as ferramentas teóricas para explicar as causas da subordinação da mulher pelo homem, um unitarismo entre todas as mulheres, independente de cor, classe social e nacionalidade, e a apropriação do termo “político” para envolver toda e qualquer relação de poder, na esfera pública ou privada.

O conceito de gênero foi introduzido pelo psicanalista estadunidense Robert Stoller, em 1963, com a intenção de distinguir natureza biológica (sexo) e cultura (gênero). Ele entendeu que os comportamentos, papéis e relações atribuídos à cada gênero são culturalmente construídos e, portanto, atravessados por marcadores de cor, classe social, nacionalidade, etnia e tempo.

A década de 1970 assistiu à efervescência de uma nova onda no pensamento e mobilizações feministas, que submeteram o conceito de gênero a sucessivas críticas, reformulações e desenvolvimentos, para incluir aspectos de discriminação e violência a partir da linguagem de direitos. Aqui, além de se perceberem como sujeitos de direitos, as mulheres engajaram-se nas disputas pela autoria em discursos, símbolos e significados, a partir da organização e atuação em lutas sociais.

Marco importante veio em 1979, quando a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, cuja aplicação e fiscalização seria monitorada por um Comitê de mesmo nome.

O conceito de direitos reprodutivos foi formulado a partir da desconstrução da maternidade como um dever e no contexto da luta pelo direito ao acesso aos anticoncepcionais e ao aborto. Ele assumiu natureza de discurso político-jurídico em 1968, na Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã, para conferir status de direito humano básico à escolha livre e responsável sobre o número e o espaçamento dos filhos. Sucessivas conferências ao redor do mundo (Amsterdã, 1984;

Tchambuli, onde a mulher era o parceiro dominante e o homem emocionalmente dependente. Ver Piscitelli.(2009).

³⁸ O livro *O Segundo Sexo*, de Simone de Beauvoir, foi publicado em 1949 e apresentava uma leitura crítica da história, da psicanálise e da literatura. Sua obra provocou fortes reações sociais, majoritariamente contrárias, lideradas pelos setores religiosos.

Cidade do México, 1984; Cairo, 1994; Pequim, 1995) mantiveram a pauta em destaque e o movimento feminista vivo, organizado, dialógico e militante.³⁹

Nas décadas seguintes, o feminismo se desdobrou em vertentes a partir da contestação da identidade feminina particularmente pelas feministas negras do mundo em desenvolvimento, que buscavam dar visibilidade aos seus próprios interesses, apagados ou negligenciados pelo movimento feminista branco de classe média. Aos poucos, novos marcadores sociais ganharam força para além da cor da pele, como a orientação sexual, a violência policial, a maternidade no cárcere, os símbolos religiosos (como o uso do véu na religião islâmica), e, ao invés de trabalhar com o sistema universal de sexo/gênero, teóricas feministas passaram a explorar situações particulares, onde os efeitos e abusos são múltiplos.

A nova leitura sobre gênero, a partir dos anos 1990 e 2000, trouxe reconhecimento às pautas dos inter-sexos, que ultrapassam o binômio homem/mulher heterossexual/homossexual, dando força a reivindicações de novos direitos, como a cirurgia de mudança de sexo e o registro de nome social. Diante desses sentidos e ressignificações, a filósofa Judith Butler acrescenta uma nova categoria ao sistema sexo e gênero: o desejo. As normas de gênero, como qualquer norma, não estabelecem consenso absoluto no mundo da vida; servem, antes, à ampliação da ideia do humano, e devem pavimentar caminhos de reconhecimento, dignificação e igualdade para todos os diferentes, em suas desigualdades.

Embora não haja respostas ou soluções simples, o direito tem papel central em todas essas reivindicações. Tão ultrajante quanto a exclusão dos negros, a violência contra a mulher, homossexuais, travestis e transexuais é uma ferida exposta em todo o mundo; no Brasil, particularmente, os índices são alarmantes.⁴⁰

³⁹ Para mais informações, ver L.D. Mattar / C.S.G. Diniz (2012), “Reproductive Hierarchies: Motherhood and Inequalities in Women’s Exercising of Human Rights, *Interface – Comunic., Saude, Educ.*, 16(40).

⁴⁰ Segundo dados da OMS, a taxa de feminicídio do país é a quinta maior do mundo. Entre 2003-2013, o número de homicídios de mulheres negras cresceu 54%, sendo que do total, 33,2% foram cometidos por parceiros ou ex-parceiros. Pesquisa do Datafolha informa que temos no país 503 vítimas de agressões físicas a cada hora; 22 % das brasileiras já sofreram violência verbal e 8%, sexual. 43% das agressões ocorreram dentro de suas próprias casas, contra 39% nas ruas. 66% dos brasileiros já presenciaram uma mulher sendo agredida em 2016. O agressor é conhecido dela em 61% dos casos. Dados do IPEA: há registro no país de 47,6 mil estupros em 2014, mas uma média de apenas 30 a 35% dos casos são de fato registrados. Um caso de estupro é notificado a cada 11 minutos e 70% deles são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos; 21,4% por pais e padrastos. Em dados de 2011 do Ministério da Saúde, ocorrem no país 50,6 mil estupros/ano, 138 estupros/dia, 6

Com essa consciência, esses movimentos sociais lutam por direitos a partir da linguagem constitucional de autonomia, autodeterminação, aborto legal e seguro, casamento e adoção, reconhecimento social e jurídico de identidade, inclusive sem necessidade de cirurgia, liberdade, segurança e proteção da vida, erradicação dos crimes e discursos de ódio e do assédio em ambientes profissionais e públicos, representatividade nos espaços públicos e sociais de poder, etc.

Roe v. Wade (1973) é, talvez, o precedente mais debatido da história norte-americana. O caso refere-se a duas leis estaduais impeditivas à prática do aborto, com exceção única na hipótese de perigo à vida da mãe. A maioria da Corte declarou a inconstitucionalidade de ambas, com base no argumento suscitado em *Griswold*⁴¹ de

estupros/hora, e 1 estupro/10 minutos. Em função da subnotificação, o IPEA estima que ocorram 527 mil estupros/ano, 1.444/dia, 60/hora e 1 por minuto. Pelo menos 65% de todos os casos ocorrem em residências. As mulheres são responsáveis por 87,4% das famílias mono-parentais e por 40,8% as famílias com rendimento mensal per capita de até 1 salário mínimo. O Brasil ocupa a 79ª posição no ranking de desigualdade de gênero dentre 144 países, a partir de indicadores de participação política, econômica e acesso à educação, segundo o *Global Gender Gap Report*; na participação política em separado, ocupa a 84ª posição, atrás do Zimbábue (69ª). IBGE calcula que as mulheres tenham rendimento médio 67,7% menor que o rendimento dos homens, ao passo que o das mulheres negras seja de 35% do rendimento médio dos homens brancos e 52% do rendimento médio das mulheres brancas. Quanto à discriminação e violência contra a população LGBTIQ+, a pesquisa *Transgender Europe* informa que entre 2008 e 2014, foram registradas 604 mortes de transexuais no país, mais do que três vezes mais que o segundo colocado e 5 vezes mais que o terceiro colocado. Segundo estudo da Consultoria Santo Caos, 38% das empresas não contratariam profissionais dessa população para cargos de chefia e 7% em hipótese alguma. Sobre o ano de 2016, o Grupo Gay da Bahia informa que a cada 25h um LGBTIQ+ foi assassinado; somente em 17% dos homicídios o criminoso foi identificado e menos de 10% das ocorrências gerou abertura de processo e punição.

Todas as referências constam na bibliografia deste trabalho.

⁴¹ Em 1965, o julgamento de *Griswold v. Connecticut* trouxe à Corte a discussão acerca do direito à privacidade e construiu a base sobre a qual erigiu-se *Roe v. Wade*. Uma lei de Connecticut de 1870 (já enfrentada em *Tileston v. Ullman* [1943] e em *Poe v. Ullman* [1961]) tornava crime o uso de qualquer droga ou instrumento para evitar a concepção. No contexto da revolução sexual nos Estados Unidos, dois membros da *Planned Parenthood League of Connecticut* haviam sido condenados por prestar informações e instruções médicas para pessoas casadas sobre métodos contraceptivos. Questionada sua constitucionalidade pelos condenados, a Suprema Corte a declarou inconstitucional, por violar o direito à privacidade de casais legalmente casados, embora consistisse em direito *não-enumerado* na Constituição. O que tornou célebre a decisão foi o esforço em justificar o revestimento de *status* constitucional a direitos não-enumerados. Segundo o juiz Douglas, algumas garantias expressas da *Bill of Rights* têm zonas de *penumbra* formadas por emanações que lhes conferem vida e substância; assim como a Corte havia recentemente estabelecido que o direito de livre expressão implicava o direito periférico de livre associação, ele alegou que a Primeira, Terceira, Quarta, Quinta e Nona Emendas formavam uma *zona de privacidade*, capaz de conferir base substantiva a esse direito. Seu legado foi logo estendido às relações não matrimoniais (*Eisenstadt v. Baird*, em 1972). Enquanto a lógica de *Griswold* restringiu indesejáveis intervenções estatais em questões sexuais, também impediu o papel estatal

que elas violavam o direito à privacidade protegido pela cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda.

A decisão reconheceu, não sem dissenso, que os estados poderiam ter interesses legítimos na restrição do aborto; então, dividiu a gestação em três trimestres e fixou que as restrições ao direito de abortar só poderiam ser estabelecidas nos dois trimestres finais e em situações específicas – no segundo trimestre, para proteger a saúde da mãe e, no terceiro, a viabilidade do feto.

Entretanto, a controvérsia gerada por *Roe* não se limitou à esfera jurídica; o contexto que culminou na decisão favorável ao aborto perpassou uma série de movimentos sociais que talvez tenham pintado um ambiente socialmente mais favorável do que de fato era. Os anos de 1950 e 1960 representaram o crescente acesso a métodos contraceptivos e a ascensão de abortos clandestinos, que resultavam na morte de milhares de mulheres em razão das condições sanitárias precárias.

As lutas sociais por reformas passaram a focalizar na agenda das assembleias legislativas estaduais em prol da facilitação da obtenção do aborto, seja por ampla proteção à saúde da mãe, seja por requerimento e aprovação de um comitê de médicos. O choque da decisão inflamou a opinião pública, e o movimento pró-vida multiplicou-se em todo o país, com o apoio de instituições religiosas e escalando a violência. Esse movimento ganhou poder dentro do Partido Republicano e promoveu *lobby* nos legislativos estaduais para adotar regulações que levassem ao limite dentro da moldura estabelecida em *Roe*, de modo a restringir a disponibilidade dos abortos.

A Corte sofreu os efeitos dessa pressão social e, ao mesmo tempo em que esforçou-se para manter *Roe*, cedeu a legislações que restringiam a liberdade da mulher em escolhê-lo. O caso subsequente mais importante veio em 1980, em *Harris v. McRae*, no qual entendeu que o Congresso não violou a Constituição ao proibir o uso de fundos para pagar por abortos não-terapêuticos. Anos antes, em 1977 (*Maher v. Roe*), a Corte havia entendido que os estados não tinham a obrigação de custear abortos para mulheres indígenas. Um efeito dessas decisões foi o retorno ao status quo ante, na qual as mulheres que se permitiam, pagavam por um aborto seguro, enquanto outras, em piores condições, confiavam em abortos ilegais realizados em

positivo na educação de cidadãos e no custeio do controle de nascimento e do aborto. Seu legado aponta para os problemas resultantes do esforço da Corte em lidar com períodos de transição de valores e interesses.

condições sanitárias indignas e desumanas, ou, como Jane Roe, carregavam a gestação até o fim.

Sob nova composição na Corte e forte comoção política, *Webster v. Reproductive Services* (1989)⁴² não reverteu *Roe*, mas abriu caminho para sua gradual atenuação a partir de *Ohio v. Akron Center for Reproductive Rights*, em 1990. Nesse cenário, diversas leis estaduais e federais foram aprovadas para restringir ou dificultar a realização do aborto. Em 1988, o governo Reagan instituiu a *gag rule* (sustentada pela Corte em *Rust v. Sullivan*, 1991), como determinação legislativa de que clínicas de planejamento familiar financiadas pelo governo federal fossem impedidas de informar, ou sequer mencionar, às mulheres grávidas acerca da disponibilidade do aborto como método de planejamento familiar.

Em 1992, no julgamento de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, a Suprema Corte tinha dois novos juízes conservadores: Clarence Thomas e David Souter. Esse, no entanto, ao escrever a opinião da Corte, defendeu a manutenção de *Roe* com base na afirmação do precedente e afirmou que *Roe* já havia fincado raízes profundas na sociedade.

No Brasil, três julgamentos de repercussão nacional do STF marcam a pauta de gênero e as disputas que se deram na Corte. Em 2011, a Corte reconheceu a constitucionalidade da união estável entre casais do mesmo sexo. Ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que reconhecia de forma expressa a união estável entre homem e mulher, o Supremo conferiu interpretação conforme as garantias, princípios e espírito do texto constitucional para excluir qualquer impedimento ou discriminação em virtude de orientação sexual.

Existe um longo trajeto até essa decisão. O tema teve visibilidade nacional quando, em 1995, a deputada federal Marta Suplicy propôs projeto de lei (1.151) que concedia uma série de direitos a casais homossexuais além da união civil, como a extensão de benefícios previdenciários e a garantia de direitos sucessórios, a

⁴² “Interest groups organized around the abortion issue, however, interpreted *Webster* as a major assault on *Roe*. Both sides in the abortion controversy saw political advantage to be gained by representing it as a major change in the law. Proponents of increased restrictions on the availability of abortions used the decisions to prod state legislatures into doing more than they had already done; some state legislatures enacted laws that were clearly unconstitutional under *Roe*. Opponents found that they could mobilize a good deal of latent support for their position by presenting the decision as a major threat to the right to choose abortions; courts could no longer be relied on to block restrictions on the availability of abortions.” Cf. Mark Tushnet (2009) in Kermit L. Hall / James W. Ely, *United States Supreme Court Decisions*, New York: Oxford University Press, p. 375.

preferência no exercício de curatela e a impenhorabilidade do imóvel comum. Ademais, convocava estados e municípios a oferecerem políticas públicas que concretizassem esses direitos. Nem esse projeto nem seu substituto de 2001 foram aprovados em plenário.

Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a união homoafetiva como sociedade de fato, para conferir ao parceiro o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Ao mesmo tempo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vinha construindo jurisprudência favorável à união estável, seguido pelos Tribunais do Rio de Janeiro e do Paraná, mas ainda como entendimento minoritário e que sofreu inúmeras reversões. Diversos Estados e o Distrito Federal mantinham-se contrários ao reconhecimento desse direito.

Em 2000, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul concedeu liminar para reconhecer a união estável entre companheiros do mesmo sexo para fins de concessão de benefício previdenciário. A sentença confirmatória veio no ano seguinte e a confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 2005, por unanimidade. O fundamento principal para a decisão foi a inviolabilidade da dignidade humana e da igualdade preceituadas na Constituição de 1988. O INSS só publicou portaria garantindo o benefício em 2010.

Em 2004, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul publicou norma administrativa determinando o registro de união civil entre pessoas do mesmo sexo pelos Cartórios de Títulos e Documentos, seguido pelo Estado do Piauí em 2008. No mesmo ano, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, no RE 24.564, que o critério de inelegibilidade de cônjuge no território de jurisdição do titular de cargo no Executivo aplicava-se a casais homossexuais. Em 2007, o Presidente da República convocou a realização da primeira conferência nacional LGBT no país.

Ao chegar ao STF em 2004 por meio de ação proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro (ADPF 132), o tema encontrou um cenário favorável. Embora não tenha sido uma decisão unânime em 2011, o argumento contrário mais relevante parece ter sido a deferência do tribunal ao Legislativo, órgão político capaz e legítimo para resolução desse conflito. A conversão da união estável em casamento civil veio no mesmo ano, em decorrência da aplicação da Lei n. 9.278/96, que equiparava os dois institutos, confirmada por julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Cartórios ao redor do país recusaram-se a cumprir as determinações

judiciais, até que em 2013 o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução que lhes obrigava a celebrar o casamento civil e converter união estável em casamento.

Já o direito ao aborto – permeado por um quadro mais amplo de direitos à autonomia, à autodeterminação, à saúde e à vida da mulher – ganhou visibilidade nacional com o Projeto de Lei n. 1.132/1991, que visava a extinção do dispositivo penal que criminalizava e punia sua prática. Após dezessete anos de discussão na Câmara dos Deputados, o projeto foi rejeitado por unanimidade na Comissão de Seguridade Social e Família e, em seguida, por ampla maioria na Comissão de Cidadania e Justiça.

A consulta popular sempre foi a opção preferida para lidar com o tema, sustentada pelos movimentos ligados a ambos os espectros. O movimento “pró-vida” é liderado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e pela Frente Evangélica do Congresso Nacional, que luta ativamente contra qualquer expansão do rol de permissões pelo Código Penal. Em 1994, o Partido dos Trabalhadores retirou o tema da pauta nas eleições nacionais e, ainda em 2007, pesquisa do Datafolha indicou que 65% dos brasileiros defendiam a manutenção da legislação sobre o aborto.⁴³

Em 2008, a pesquisa do Vox Populi indicou aumento considerável dessa opinião, que atingiu 82% da população. Em 2010, a Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados aprovou o Estatuto do Nascituro, que pretende proibir o aborto em todas as circunstâncias e aumentar a pena para as mulheres e médicos que realizarem esse procedimento.

O julgamento da ADPF 54 pelo STF em 2012 firmou entendimento de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo não se enquadra no tipo penal do aborto, de tal sorte que as mulheres que a praticassem não incorreriam em crime nem precisariam de autorização do Estado. A ação foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e logo conquistou liminar favorável, mas cassada em plenário meses depois.

O tema precisava ser elaborado e construído. Como vimos, havia uma vigorosa mobilização contrária não somente nas elites, mas manifesta na opinião pública. Em 2008, diversas entidades, agentes governamentais, médicos, geneticistas, representantes religiosos e ativistas sociais manifestaram-se em audiência pública em

⁴³ Índices encontrados em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0804200705.htm> e <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/populacao-rejeita-mudancas-na-lei-sobre-aborto-gays-e-drogas/n1237848797384.html>. Último acesso em 11 de novembro de 2018.

quatro dias de intensos debates, cuja repercussão reforçou na consciência coletiva a importância do debate cívico e a linguagem de direitos pela qual tais temas operam.

A ação alcançou o plenário somente em 2012, onde as especificidades da anomalia que acomete o feto anencéfalo, que não apresenta potencialidade de vida, foram ressaltadas. A maioria da Corte afirmou a laicidade do Estado e reconheceu diversos direitos das mulheres em face da gestação de risco, como à saúde física e psíquica, à escolha e à autodeterminação. Nesse mesmo ano, uma comissão de juristas nomeada pelo Senado para elaborar o anteprojeto de lei de um novo código penal aprovou um texto que expande as possibilidades de realização do aborto e inclui possibilidades de descriminalização da eutanásia.

Em 2015, o tema ganhou destaque nacional em função da epidemia causada pelo vírus zika, que surgiu no país entre 2013 e 2014. A infecção de mulheres grávidas pode acometer o feto de microcefalia, condição neurológica em que a cabeça e o cérebro da criança são significativamente menores do que o normal, causando-lhe dificuldades de desenvolvimento de movimentos, linguagem, coordenação motora, equilíbrio, etc. O surto acendeu o debate da interrupção da gestação nos moldes da ADPF 54, com base na liberdade de escolha da mulher e na omissão e ineficiência do Estado em erradicar a doença por meio do oferecimento de políticas públicas. Pesquisa do Datafolha em 2016 manteve índices altos de rejeição à prática abortiva, especialmente entre as mulheres (61%, contra 46% dos homens)⁴⁴.

O aborto manteve-se com muito destaque na pauta de debates eleitorais, discussões parlamentares, conferências acadêmicas e de mobilizações sociais ao longo das duas últimas décadas. Nesse cenário ainda profundamente dividido e de intensa presença dos movimentos sociais na mídia, sobreveio importante decisão colegiada da Primeira Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, que concordou em descriminalizar o aborto no primeiro trimestre da gravidez em análise de um caso concreto, sem extensão para outros contextos.

O processo tratava da revogação da prisão preventiva determinada em 2013 pelo Tribunal do Rio de Janeiro (e mantida pelo STJ) de profissionais detidos em clínica clandestina de aborto. Em 2014, o ministro relator Marco Aurélio deferiu pedido cautelar para revogar a prisão e confirmou no mérito. No curso do processo,

⁴⁴ Disponível em <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/02/1744625-51-rejeitam-aborto-de-fetos-com-microcefalia-causada-por-zika.shtml>, último acesso em 11 de novembro de 2018.

após audiência de instrução e julgamento, o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista e emitiu seu voto em 2016, quando considerou inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto no primeiro trimestre da gestação.

Segundo ele, a punição das mulheres viola seus direitos fundamentais sexuais e reprodutivos, sua autonomia e integridade física e psíquica, e aprofunda as desigualdades de gênero, classe e raça, marginalizando ainda mais as mulheres negras e pobres, que constituem a imensa maioria de praticantes do aborto em condições precárias, insalubres e desumanas, sem apoio psicológico, emocional ou médico do Estado, da família ou do parceiro, o que aumenta significativamente a mortalidade desses procedimentos⁴⁵. Nos três primeiros meses, o feto ainda não desenvolveu o córtex cerebral, que permite a percepção de sentimentos e a racionalidade, tampouco apresenta viabilidade fora do útero. Dois ministros participantes da Turma acompanharam o voto do relator em sua integralidade, enquanto outros dois deliberaram apenas sobre a legalidade da prisão, sem adentrar a reflexão sobre o aborto no primeiro trimestre.

A notoriedade alcançada pela decisão, ainda que não vincule os tribunais inferiores ou tenha eficácia para todos, é certamente um degrau relevante na construção de jurisprudência favorável à descriminalização do aborto. Tanto que, menos de um ano depois, o Partido Socialismo e Liberdade propôs ação (ADPF 442) pedindo o afastamento da norma penal que criminaliza o aborto se praticado ainda no primeiro trimestre da gravidez. Um ano e meio depois, em agosto de 2018, o STF realizou audiências públicas e ouviu quarenta e cinco representantes da sociedade civil – entre organizações não-governamentais, entidades políticas e religiosas, associações profissionais, pessoas físicas e agentes governamentais – com competência técnica e atuação sobre o tema ao longo de dois dias.

1.3.3 Direitos socioeconômicos

No espaço de duas décadas, os direitos sociais emergiram das margens para a centralidade do discurso e da jurisprudência de direitos humanos (Langford 2008). A

⁴⁵ Segundo dados do Ministério da Saúde, a realização de procedimentos clandestinos de aborto leva a mais de 250 mil hospitalizações no Sistema Único de Saúde por ano, o que acarreta cerca de 15 mil complicações e 5 mil casos extremamente graves, e 200 morte. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/stf-abre-audiencia-publica-sobre-descriminalizacao-do-aborto-1-22945098>, último acesso em 11 de novembro de 2018.

amplitude das decisões é considerável: cortes ao redor do mundo têm ordenado a matrícula de crianças pobres em escolas e creches, reinstalação de benefícios de previdência social, fornecimento de água, remédios, tratamento e leitos hospitalares e a formulação e aplicação de políticas públicas para enfrentar doenças endêmicas, fome e falta de moradia.

Essas decisões atualmente atravessam sistemas constitucionais de direito civil, comum e cortes supranacionais, países desenvolvidos e em desenvolvimento, sob a linguagem expressa de direitos sociais ou dos direitos políticos tradicionais. Para os fins deste trabalho, priorizou-se a jurisprudência madura de dois países em desenvolvimento – Colômbia e África do Sul – sendo que o primeiro será discutido no próximo capítulo.

A jurisprudência de direitos sociais da Corte Constitucional da África do Sul deve ser vista à luz da transição vivida do regime do *apartheid* para a democracia constitucional na década de 1990. O desmantelamento de leis e instituições racistas requeria uma constituição que os sul-africanos entendiam como “transformativa”:

“Ours is a transformative constitution [...] Whatever the position may be in the USA or other countries, that is not the purpose of our Constitution. Our Constitution provides a mandate, a framework and to some extent a blueprint for the transformation of our society from its racist and unequal past to a society in which all can live with dignity.” (Budlender Ali em *Bato Star Fishing (Pty) Ltd. V. Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* 2004).

O entrenchamento de um amplo rol de direitos sociais no texto constitucional recebeu amplo apoio acadêmico, social e político. A Constituição obriga o Estado a respeitar, proteger, promover e realizar os direitos nela contidos e expressamente prevê a possibilidade de a Corte promover o espírito e os propósitos da Carta de Direitos e, ainda, atuar diretamente quando a legislação falha em dar-lhe efeito (Seções 39(2) e 8(3)). A maior parte dos casos que discorrem sobre direitos sociais são levados à Corte por organizações não-governamentais e clínicas em faculdades de direito, mas o acesso ainda é bastante restrito (Langford 2008).

Os casos mais emblemáticos que ilustram o desenvolvimento da jurisprudência da Corte sul-africana em direitos socioeconômicos foram *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal* (1997), *Government of the*

Republic of South Africa v. Grootboom and Others (2000) e *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign & Others* (TAC) (2002).

Soobramoney, um indivíduo em estágio final de falência renal crônica, buscou no Judiciário ordem para que o hospital local provesse tratamento contínuo de diálise e o afastamento do Secretário de Saúde que lhe negou admissão em unidade hospitalar renal. A Corte optou pelo caminho da deferência à política pública e eximiu-se de interferir na racionalidade da decisão de boa fé das autoridades responsáveis. Entendeu, ainda, que o direito ao tratamento médico não é decorrência lógica do direito à vida, que o litigante não provou a irrazoabilidade da negação administrativa e que a emergência médica no texto constitucional diz respeito a catástrofes repentinas, e não a tratamento contínuo.

Grootboom era um grupo de famílias que haviam formado um assentamento informal em propriedade privada em razão de suas condições financeiras. Foram retirados daquela terra e grande parte do seu material foi destruído no ato. Requisitaram na justiça o fornecimento de abrigo temporário ou moradia até que obtivessem acomodação permanente. A Corte decidiu que o Estado falhou em concretizar os direitos constitucionais de acesso à moradia.

Em TAC, as políticas públicas de prevenção à transmissão do vírus HIV de mãe para filhos foram questionadas: o Estado havia proibido a distribuição de retroviral Nevirapina sem justificativa razoável e com base em pesquisas limitadas, posto que o medicamento havia sido provado eficaz na redução da transmissão; e o Estado havia falhado em implementar amplo programa de prevenção e tratamento. A Corte decidiu que o programa estatal era de fato insuficiente e não cumpria com os requisitos constitucionais de amplo acesso à saúde e ao tratamento médico.

Os dois últimos casos tiveram forte participação da sociedade civil na forma de *amicus curiae*, que ajudou a construir a noção de “núcleo mínimo de obrigações” que decorrem dos direitos constitucionais. Ao mesmo tempo, a Corte construiu um modelo de “revisão de razoabilidade” para analisar se os meios escolhidos pelo Estado são razoavelmente capazes de facilitar a realização das reivindicações de direitos socioeconômicos. Inicialmente, esse modelo parecia ser restrito, mas a partir de *Grootboom* novos critérios foram desenvolvidos para indicar a razoabilidade dos programas governamentais, como coordenação, transparência, amplitude e eficácia, disponibilização apropriada de recursos humanos e financeiros e oferecimento de medidas para curto, médio e longo prazo.

Se em *Grootboom* a decisão havia sido meramente declaratória, a partir de TAC ela passou a ser também constitutiva, na medida em que indicou o remédio a ser fornecido até que novos e melhores métodos tornassem-se disponíveis. Esse modelo tem recebido inúmeras críticas. Por ora, importa inserir no debate substantivo de razoabilidade a conclusão de que uma atuação responsiva às necessidades e realidades sociais é parte inseparável de uma cultura e consciência coletiva de direitos. Para isso, devem ser considerados os impactos dessas decisões em seus beneficiários e os impactos do dever estatal de justificar os programas implementados

Evidentemente os casos relatados nos tópicos anteriores não esgotam os temas que se pretende discutir neste trabalho. Ele serviram para ilustrar o quadro normativo em que são abordados e aplicados, a natureza dos conflitos e das disputas em que se propõem entrar e o contexto cultural e social que os abrange.

A jurisprudência dessas cortes constitucionais dá indícios de que as decisões judiciais com muita frequência refletirão fatores extrajurídicos, dentre os quais incluem os valores pessoais e ideológicos do juiz, a interação com outros atores políticos e institucionais, o impulso natural de autopreservação e mesmo de expansão de poderes das cortes e a tentativa de aproximar o resultado da representatividade dos anseios e expectativas sociais.⁴⁶

Ao mesmo tempo, aponta para o engajamento do cidadão comum, que se vê reconhecido nos debates que se passam na TV e que ocupam as manchetes dos jornais e revistas, e seduzido pela linguagem abrangente de direitos que lhe confere símbolos e discursos que reforçam sua própria identidade e a de sua comunidade.

As normas constitucionais em discussão permitem a visibilidade de narrativas antes ignoradas, marginalizadas ou criminalizadas, e legitimam a atuação de movimentos sociais como atores sociais, políticos e mesmo judiciais. Nas sociedades pluralistas contemporâneas, as disputas pela determinação semântica das normas constitucionais recebem o nome de “desacordo moral razoável”⁴⁷: motivados por

⁴⁶ Em *Radicals in Robes* (2005), Cass Sunstein identifica quatro abordagens na teoria constitucional: (i) o perfeccionismo, associado aos juristas progressistas que pretendem alcançar a melhor versão que a Constituição pode vir a ser; (ii) o majoritarismo, que pretende diminuir o papel da corte e favorecer o processo político democrático; (iii) o minimalismo, cético às teorias interpretativas e às proposições amplas e favoráveis às decisões menos abrangentes; e (iv) o fundamentalismo, que interpreta o texto segundo o sentido original.

⁴⁷ Literatura mais recente sobre o tema: Christopher McMahon (2009), *Reasonable Theory of Political Morality*, e Folke Tersman, (2006), *Moral Disagreement*.

razões e crenças filosóficas, morais e religiosas diversas, indivíduos e coletividades bem intencionadas e esclarecidas pensam de maneira legítima e razoável mas radicalmente contrárias, sem conciliação possível.

Nessas matérias, cabe ao Estado garantir voz e plataforma a cada indivíduo para viver sua autonomia, exercer suas crenças e conferir sentido à sua existência. Mas, ao mesmo tempo em que não há proibição constitucional ao enfrentamento desses desacordos morais pelo Judiciário, a ele também não cabe resolvê-los em termos absolutos; a realidade não permite e o *backlash* é imediato.

Os desafios do mundo da vida são muitos, enquanto a leitura e a tradução da cultura em soluções normativas são problemáticas. Exigem-se responsividade em relação ao tempo, esforço coletivo voltado ao diálogo, abertura às novas perspectivas e compromisso com os fundamentos da democracia constitucional. Por isso, não raras vezes as reações populares se tornam cada vez mais complexas e polarizadas.

1.4 A política do *backlash*

Segundo o dicionário de Cambridge, *backlash* diz respeito a um “forte sentimento dentro de um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política”. Como exemplo, o dicionário oferece “o *backlash* contra o materialismo burguês nos anos 60” e “o *backlash* contra o feminismo”.⁴⁸

O estadunidense Collins Dictionary, por sua vez, define *backlash* como (i) reação, retratação, rechaço ou repercussão “entre peças desgastadas ou mal ajustadas em interação em um mecanismo”; (ii) “uma súbita e adversarial reação, especialmente a um desenvolvimento político ou social”; (iii) um recuo rápido e afiado; (iv) “qualquer reação rápida ou violenta, especificamente reação social ou política forte resultante de medo ou ressentimento de um movimento, candidato, etc”.⁴⁹

A origem mais provável do termo vem da engenharia mecânica, quando uma folga num sistema de engrenagens faz com que parem de girar em uma direção e

⁴⁸ Cambridge Dictionary. <disponível em <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>, último acesso em 20.6.2018>.

⁴⁹ Collins Dictionary. <disponível em <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/backlash>, último acesso em 20.6.2018>.

comecem a rodar na direção oposta. Se uma engrenagem move-se e a outra estaciona, há um *backlash*, mas se ambas movem-se simultaneamente, não há *backlash*.

Na linguagem coloquial, o termo *backlash* costuma referir-se a um súbito e intenso movimento de reação. A transposição dessa palavra para campos como do direito, da ciência política e da economia reforça a determinação de reações e repercussões de mesma intensidade ou maior em sentido contrário a uma mudança brusca de comportamento. Nenhum juízo de valor quanto ao benefício/malefício ou progresso/regresso do *backlash* decorre lógica e naturalmente de seu uso; não há, portanto, um valor intrínseco de melhora ou piora na reação.

Essa transposição ao campo das ciências humanas remonta à obra de Felice Stern (1965, p. 156-157), no calor das reações às decisões da Suprema Corte envolvendo as lutas por direitos civis. O termo começou a ser constantemente utilizado na arena política durante o movimento de resistência sulista e para referir-se ao *white backlash* nas primárias presidenciais de 1964, especialmente para designar contra-forças às ameaças de mudanças de *status quo*. Nesse mesmo contexto, Seymour Martin Lipset identificou o *backlash politics*, como fenômeno recorrente na política norte-americana, em referência à reação de grupos que se veem perdendo influência e poder em razão de mudanças sociais. *Backlash*, portanto, nunca atrelou-se unicamente a decisões judiciais; muito de sua relevância política deveu-se às reações à decisão em *Brown* (1953), ao *Civil Rights Act* (1964), às ratificações estaduais à emenda constitucional patrocinada pelo movimento feminista e às primeiras legislações estaduais a facilitarem o acesso ao aborto, no final da década de 1960, ambos os casos também na década de 1960.

Mais recentemente Post e Siegel (2007) identificaram uma ressignificação do conceito em relação a mudanças ameaçadoras ao status quo, mas é de Krieger (2001) o entendimento de que o *backlash* emerge da reação de grupos que representam o sistema estabelecido de normas e práticas ao novo regime legal transformativo instituído para promover uma mudança social.

Em tempos de sociedades multiculturais e hiper-complexas, nada mais natural do que a multiplicação de *backlashes* em razão do profundo dissenso moral que as atravessa, provenientes de manifestações públicas, protestos, estruturas organizadas como movimentos sociais, associações de trabalhadores, sindicatos e entidades representativas, ou instituições, como o parlamento, ou as cortes constitucionais.

As reações populares e institucionais às decisões constitucionais perpassam uma variedade de temas: segundo Klarman (2011:1-11), *Furman v. Georgia* (1972) gerou respostas legislativas pró-pena de morte em 35 estados norte-americanos; *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) foi a primeira corte estadual a reconhecer o direito de casar aos casais homo-afetivos e ensejou reações legislativas em 25 estados; *Kelo v. City of New London* (2005), ao reconhecer a possibilidade de transferência de propriedade pública a agentes privados para facilitar o desenvolvimento urbano, acarretou a mais expressiva resposta legislativa nos Estados Unidos, culminando em *backlash* legislativo em mais de 40 estados.

Roe v. Wade permanece sendo o caso mais emblemático no estudo do *backlash*: essa decisão provocou a mobilização política mais intensa que se expandiu até tornar-se um movimento social de base ampla e fortemente hostil aos esforços legais de implementação da decisão e aplicação da igualdade de gênero conhecido como *Roe Rage*, impondo questão controversa sobre se as cortes devem sistematicamente decidir de forma a evitar o *backlash*. É comum acreditar que a liberação do aborto aconteceria sem *backlash*, tivesse a Corte agido com mais cautela. Ainda assim, uma teoria sobre técnica de decisão judicial não responde sobre como proteger compromissos constitucionais e, ainda mais, como orientar o debate constitucional em condições de conflito.

O *backlash* frustra a capacidade do direito de beneficiar-se do arranjo estabelecido em face de seus efeitos contra-produtivos. Decisões judiciais atinentes aos valores e às provisões de linguagem aberta fazem emergir conflitos e resistência popular por constituírem tópicos de profundo desacordo moral, intensificado quando a compreensão pública não coincide com a compreensão profissional dos juízes.

Os juízes fazem parte da elite cultural e percebem o futuro se movendo no sentido pretendido por ela. Mas essa previsão não é perfeita, e *Scott v. Sanford* (1857) é o melhor exemplo disso⁵⁰.

A política que sustenta um *backlash* envolve intensa luta por reconhecimento de identidades, valores e símbolos caros a comunidades e grupos, que tende à polarização e à desestabilização do sistema político. Embora até aqui tenham sido ressaltados seus benefícios, é inegável que a política de *backlash* deve ser manejada

⁵⁰ Outras decisões ao longo do tempo reforçam o descolamento dos juízes em relação à interpretação constitucional das elites: *Bowers* (1986), *Soobramoney* (1999) etc.

cuidadosamente – e nessa visão se enquadra o presente estudo. Ao mesmo tempo em que o *backlash* branco à integração conquistada em *Brown* aprofundou a polarização e elevou os riscos e custos da política constitucional, essa decisão contribuiu para a exposição e repúdio aos valores que sustentavam a segregação racial. Essa transformação na política constitucional vai além do *backlash* em si.

Em vista dos riscos disruptivos e violentos da política de *backlash* e em resposta a críticos como Rosenberg, William Eskridge (2013:292-293) estabelece uma teoria que distingue a política ordinária da política de *backlash*.

O que Eskridge denomina política normal debate quais são as melhores políticas públicas relativas a algum direito constitucional e quais as melhores maneiras de implementá-las, usualmente sob enfoque consequencialista. A política de identidade envolve a expressão e o reconhecimento de identidades individuais e comunitárias, na perspectiva de teorias morais e teorias do direito; aqui, a moeda de troca é mais custosa, os riscos são mais altos, o discurso é mais subjetivo, emocional e polarizado. A política de repulsa é ainda mais intensa e potencialmente violenta, podendo estar ligada ou não a um *backlash*.

As reações negativas são inerentes a qualquer avanço progressista nos direitos das minorias independentemente da instituição que o conduziu e, como visto, há inúmeras maneiras de se reagir de forma ampla e vigorosa dentro da ordem constitucional. A maior diferença do fórum de decisão continua sendo de *timing* do debate público – o processo legislativo é desenhado para potencializar as discussões e o consenso por meio de variados pontos de veto, como as comissões, e prazos mais largos, ao passo que o processo judicial não consegue escapar do peso da decisão.

Além disso, e ao contrário das críticas ao *backlash*, ele nunca é exclusivo de um lado da disputa. A política constitucional é historicamente marcada pela produção de políticas públicas – de origem administrativa, legislativa ou judicial – mal justificadas e desconectadas da realidade, sendo que muitas das reações vêm dos demais poderes, a exemplo da Lei de Defesa do Casamento (DOMA Act, 1996) dos Estados Unidos.

Uma das maiores contribuições da atuação dos movimentos sociais na linguagem constitucional tem sido a visibilidade de uma agenda constitucional, que situa o debate em níveis de compromissos. Se nos primeiros casos em busca da igualdade matrimonial, a linguagem do casamento dizia respeito ainda a um homem e

uma mulher, a partir dos primeiros casos nas cortes e intensa atuação dos movimentos sociais na década de 60, o termo “casamento gay” ou “casamento homo-afetivo” tornou-se parte da retórica inclusive opositora, que abertamente reconhece termos como “parceiros” em referência ao casal. A disputa atual é para que não precise haver o apêndice “gay” ao termo “casamento”.

Uma segunda contribuição é a superação da inércia, já que as cortes não podem escapar da obrigação de decidir. Se o processo legislativo constitui por si só uma barreira às minorias, as cortes inexoravelmente respondem ao litígio com o ônus de justificar sua decisão e retira das minorias o ônus de vencer a inércia.

Desenvolver uma teoria compreensiva para que as cortes evitem conflitos não percebe neles suas funções sociais. Nesse sentido, o constitucionalismo democrático tem muito a contribuir. *Casey* (1992) parece ilustrar um caso em que a corte usou sua autoridade para canalizar e mediar o conflito, atraindo todos os movimentos engajados na disputa e, ao invés de finalizar a questão, ofereceu uma arena de discussão responsiva e firmou um compromisso constitucional.

1.5 A resposta do constitucionalismo democrático

O ativismo em direitos fundamentais sempre corre o risco de perder apoio de suas demandas na hipótese de se anteciparem muito em relação ao que as elites consideram razoável ou negligenciarem os riscos políticos de suas estratégias.

Pesquisas comprovam que contra-mobilizações, resistência e desobediência acontecem em todos os níveis e espaços: diversos tratados da ONU encontraram alto nível de resistência em sua ratificação, como a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias – a falta de apoio dos países que recebem as ondas migratórias impôs graves obstáculos econômicos, políticos e administrativos à sua implementação. O avanço da pauta LGBTTTQ+ ao nível internacional provocou uma coalização entre líderes religiosos e conservadores com o intuito de barrar diversas resoluções e tratados internacionais (Tsutsui, Whitlinger & Lim 2012).⁵¹

⁵¹ Há uma série de estudos que contemplam *backlashes* a nível internacional;, como Swiebel 2009, Farrior 2009 e Saiz 2004.

Em análise desse cenário de práticas constitucionais históricas empregadas por cidadãos para influenciar o poder público e empurrar a agenda constitucional, Robert Post e Reva Siegel (2007) propõem as bases do constitucionalismo democrático, perspectiva que identifica na troca comunicativa do *backlash* efeitos construtivos à autoridade constitucional, a partir da resistência popular a atos dos poderes públicos e que terminam por reforçar a legitimidade democrática da Constituição.

Decisões constitucionais invariavelmente provocam resistência, especialmente quando ameaçam algum grupo em seu status quo. Questão importante é se a responsividade das cortes à reação popular compromete a integridade do direito e a independência que se espera dos juízes.

Em *Roe Rage*, Post e Siegel (2007) respondem a três visões críticas do *backlash* de Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sunstein. O primeiro sugere que o *backlash* constitua um sinal de que as cortes estejam falhando em executar seu papel judicial, ao passo que os demais desenvolveram teorias constitucionais normativas que aconselham cortes a decidirem de forma a evitar conflitos.

Klarman acredita que diversas decisões balizadoras da Corte provocaram mais *backlashes* do que apoio. Em *Civil Rights Law*, Klarman (1994:85) imputa a *Brown* a responsabilidade indireta pela legislação pró-direitos civis, na medida em que catalisou a resistência sulista à mudança social, cujos políticos alinharam-se cada vez mais à direita em aberta campanha pelo combate à autoridade federal e supressão dos direitos civis, resultando em confrontos violentos transmitidos em mídia nacional, os quais empurraram na esfera federal a agenda legislativa dos direitos civis.

Segundo o autor, a corte raramente desempenha o papel aventureiro de vanguarda de reforma social; em geral, os juízes constitucionais refletem a opinião pública dominante, ao passo que os poderes representativos tendem a evitar decisões que produzam *backlashes*.

“Court decisions can disrupt the order in which social change might otherwise have occurred by dictating reform in areas where public opinion is not ready yet to accept it” (Klarman 2004:465).

“Court rulings such as *Brown* and *Goodridge* produce political backlashes for three principal reasons: They raise the salience of an issue, they incite anger over “outside interference” or “judicial activism” and

they alter the order in which social change would otherwise have occurred.” (Klarman 2005:473)

Siegel e Post (2007:21) enfrentam os argumentos de Klarman por comparação com os poderes representativos: (i) certamente legislação federal reconhecendo casamento entre pessoas do mesmo sexo ou autorizando a realização do aborto também forçaria pessoas antes alheias ao debate a formarem opinião e tomarem posição; (ii) a interferência externa pode fazer sentido em *Brown*, decisão que impôs aos sulistas valores nortistas, o que não vale para decisões como *Roe* e *Lawrence*, que não refletem a mesma polarização; (iii) Klarman não explica como ou por que decisões judiciais inerentemente potencializam *backlashes* mais do que o Congresso; a cultura constitucional de confiança na autoridade da corte expressa o contrário.

Klarman parece assumir que o princípio democrático da política ordinária conforma um espaço de negociação que prevê os custos políticos de determinada medida – como a integração das escolas ou a liberação do aborto – de tal modo a evitar a criação de um *backlash*. Se Klarman advoga por uma inação judicial contra a aplicação de direitos constitucionais sempre que potencialmente produza controvérsia e reações populares, ou por uma aplicação cautelosa dos direitos constitucionais em função da sua potencial interferência na ordem que pode ser alterada sem conflito por legislação, não fica claro. A integração das escolas ou o reconhecimento do casamento homo-afetivo poderia ser indefinidamente postergada; e, ainda que pudesse ter ocorrido via poderes democráticos em um curto espaço de tempo, não é intuitivo concordar que a corte deve eximir-se do diálogo em tempos de polaridade.

Ainda que a defesa de Klarman soe como um eco da tese de Rosenberg (1991:341) de que raramente cortes podem produzir reforma social significativa⁵², o discurso e o procedimento jurídicos podem constituir uma moldura para a interpretação da realidade. É natural que políticos e juízes constitucionais afetem-se mutuamente em disputas constitucionais. A ocorrência de *backlashes* por si só não justifica um *approach* deferencial e minimalista das cortes, esquivando-se ao debate

⁵² Rosenberg defende que faltam às cortes capacidade e legitimidade para fabricar e implementar mudanças sociais; quando elas inovam em determinado direito constitucional, elas são geralmente contraproducentes, porque desviam o potencial de ação dos movimentos sociais de instituições mais produtivas e produzem o *backlash* de contra-movimentos. (Rosenberg 1991:427). Em *Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places* (2006), Rosenberg argumenta que o casamento homo-afetivo teria avançado mais se os movimentos sociais não tivessem alcançado as cortes, posto que tiveram que lidar com legislações estaduais e federal (*Defense of Marriage Act*) como *backlash*.

constitucional que se dá nacionalmente; o que falta, talvez, é uma maior criatividade em decisões que possa conciliar os custos políticos com o resultado almejado. *Baker v. State* é um exemplo da Corte Suprema do Estado de Vermont, que reconheceu os direitos de casamento igualitário e demandou o Estado a fornecer aos casais homoafetivos organizações, abrindo espaço para a tolerância e respeito mútuo.

O minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein (2001) advoga por decisões judiciais rasas, focadas no caso em apreciação, devendo evitar questões de princípios ao firmar compromissos não completamente teorizados. Suas principais razões são: a redução de custos de decisões erradas ou de má-antecipação de efeitos contrários, e a conformação ao processo democrático, capaz de acrescentar informações e perspectivas à questão.⁵³

Essa visão parece encarar o conflito na política constitucional como uma ameaça à ordem social e à legitimidade democrática, ao contrário do constitucionalismo democrático, que vê a cultura constitucional como contribuição à estabilidade. O *backlash* torna-se, nesse contexto, um instrumento de fortalecimento da coesão social e da legitimidade constitucional por meio do diálogo promovido por mobilizações em torno do significado constitucional em uma sociedade heterogênea.

William Eskridge (2002:878) parece ter opinião mais intermediária quanto à ocorrência do *backlash* no jogo constitucional, na medida em que lhe reconhece uma oportunidade casuística: em determinadas ocasiões os juízes devem evitá-lo, enquanto em outras, devem decidir provocando-o. Em sua leitura, práticas igualitárias que se movem muito vagarosamente acarretam uma reação contra-produtiva; a frágil proteção de uma minoria pode custar a própria legitimidade institucional se essa minoria tornar-se parte da cultura pública, como em *Scott, Bradwell e Hardwick*.

A partir disso, Eskridge desenha uma teoria normativa de reforço do pluralismo democrático para determinar quando as cortes devem e quando não devem provocar *backlash* – tudo de forma bastante juriscêntrica. Para ele, uma democracia pluralista saudável dependerá do comprometimento e atuação de todos os grupos políticos relevantes no processo político-constitucional. Por esses grupos, Eskridge entende tanto aqueles em declínio, quanto os emergentes – a corte não pode dar causa

⁵³ “By bracketing the largest disputes, a minimalist court attempts to achieve a great goal of such a society: making agreement possible when agreement is necessary, and making agreement unnecessary when agreement is impossible.” (Sunstein 2001:50).

a que o primeiro abandone o sistema político nem a que o segundo deixe de entrar nele⁵⁴.

Casos emblemáticos como *Roe* e *Hardwick* não fecharam o debate político, tampouco retiraram a participação política; antes, trouxeram ambos os lados de cada questão para a arena político-constitucional e organizaram suas bases sociais. Uma maior compreensão por parte da doutrina constitucional de que o *backlash* é componente intrínseco das lutas por direitos ou pela persuasão da maioria e que favorece a visibilidade dos movimentos sociais na direção dos poderes públicos corrigirá a distorção de seus custos em favorecimento de seus benefícios.

1.6 Desfecho

A primeira parte da dissertação dedicou-se à afirmação do papel desempenhado pelas cortes como arenas dialógicas de disputa por significados constitucionais. A partir do entendimento de que os direitos são conquistados e permanecem em disputa na esfera pública política, propus-me a analisar de que maneira e em que contextos eles tem produzido algum tipo de mudança cultural ou social nas relações e discursos que formam nossos universo normativo.

O conceito de *lawfare* foi apresentado para demonstrar a relevância dos movimentos sociais em trazer visibilidade às pautas de direitos e desafiar entendimentos, visões e interpretações constitucionais postas, por meio de interações com as cortes constitucionais.

A escolha pela litigância constitucional apresenta forças e fraquezas, mas defendi que os benefícios e vantagens que ela provoca superam, inclusive, os riscos e prejuízos advindos das organizadas contra-mobilizações provocadas pelas decisões

⁵⁴ “Groups will disengage when they believe that participation in the system is pointless due to their permanent defeat on issues important to them or their perception that the process is stacked against them, or when the political process imposes fundamental burdens on them or threatens their group identity or cohesion.” (Eskridge 2005:1293). “Political losers may exit the system unless they think their interests will be accommodated or their losses from exiting will exceed their gains.” (Eskridge 2005:1294). “There are positive reasons to encourage all groups – new and old – to work within the democratic system. Any government depends on the cooperation of citizens in the ordinary affairs of governance, and that engagement encourages cooperation across the board. If a lot of Americans drop out of or never drop into our system, it will lose much of that democracy bonus. Relatedly, the engagement of diverse groups enriches democratic discourse. When advocates must articulate and defend their proposals to a variety of perspectives and not just to their core supporters, they are more likely to moderate and universalize those proposals.” (Eskridge 2005:1294).

judiciais. O manejo cuidadoso e incremental do *lawfare* reforça os principais valores e compromissos políticos que expressam o cerne de determinada *polity*, fortalecem o senso cívico coletivo de engajamento social e horizontaliza os diversos centros de poder na linguagem de direitos.

As batalhas narradas em torno das questões de igualdade racial, igualdade de gênero e acesso aos direitos socioeconômicos apontam para a necessidade de uma doutrina constitucional que legitime a atuação dos movimentos sociais e canalize as tensões entre direito e política manifestas na política de *backlash*. Há muito potencial na compreensão do *backlash* como ferramenta do jogo político e em seu manuseio instrumental dentro de um projeto de constitucionalismo inclusivo às interpretações difusas na sociedade.

O próximo passo pretende analisar a mudança social promovida pela litigância constitucional a partir dos parâmetros delineados pela cultura constitucional daquele sistema político. Além de responder à crítica de que as cortes constitucionais não devem ser escolhidas como caminho para o fomento de transformação social, o segundo capítulo analisa as contribuições das interações entre cortes e sociedade civil na consolidação de uma cultura constitucional, a qual servirá de moldura para a comportamento dos atores constitucionais.

CAPÍTULO 2: MUDANÇA SOCIAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL

2.1 Introdução

No primeiro capítulo, argumentei que cortes constitucionais são uma importante arena de construção e desenvolvimento de uma cultura constitucional a partir da defesa e aplicação dos direitos constitucionais. Contudo, as vantagens institucionais que as cortes oferecem enquanto mecanismo de resolução de disputas devem ser enfrentadas por oposições já conhecidas na teoria constitucional.

A principal delas é que as cortes oferecem uma esperança vazia (*hollow hope*) para mudança social, particularmente a partir da investigação da atuação em garantir igualdade material ou substantiva e um mínimo social de direitos. Mais, há crítica ainda mais firme de que a esperança é especialmente vazia para os pobres.

Outro desafio é o pouco ou nenhum impacto de suas decisões na implementação de políticas públicas, no *compliance* dos poderes políticos ou no funcionamento do aparato estatal responsável pela tutela desses direitos.

A exploração dessa literatura evidencia que a escolha pela litigância constitui uma estratégia, dentre várias no avanço de pautas sociais, que fornece sentimento de mobilização não só a grupos sociais organizados mas também a indivíduos que recorrem às cortes em busca de reparação ou de tutela em direitos fundamentais. Para além da implicação em orientação de políticas públicas defendida pelos *critical legal scholars*, parece haver um relevante componente performativo de autoria e outro de reforço de consciência no indivíduo que recorre ao Judiciário.

Para fins de desenho institucional, é importante explorar os benefícios e impactos da atuação do litígio constitucional em face de seus críticos. A literatura mais relevante a respeito do tema e com a qual este trabalho dialoga é, sem dúvida, composta pelos trabalhos de Rosenberg (1994), Scheingold (1974 [2004] e Handler (1978)). O primeiro é certamente paradigmático tanto em termos metodológicos – em função do estudo analítico dos principais casos comumente creditados à Suprema Corte dos Estados Unidos como produtores de transformação social nas áreas de direitos civis, igualdade de gênero, aborto e direito criminal e da enorme quantidade de dados a respeito do contexto sócio-político por trás de cada um – quanto pela conclusão contundente a que se propõe.

Acadêmicos, líderes sociais e políticos confiantes no papel das cortes certamente não podem esquivar-se de enfrentar, desde então, o argumento em *Hollow Hope*.

2.2 “Esperança vazia”: a crítica ao desempenho das cortes na mudança social

Diversos estudos analisaram os resultados da litigância constitucional dos movimentos sociais, seja por meio dos impactos promovido pelas ações vencedoras, seja pela mais ampla interferência na alteração de políticas públicas. As conclusões são controversas: de um lado, acredita-se que o litígio beneficia majoritariamente os mais ricos e poderosos, os quais têm a seu favor os recursos, as instituições e a mídia, tornando-se atores “repetidos” em frentes distintas (Galanter 1974); de outro, defende-se uma leitura abrangente dos impactos diretos e indiretos das decisões judiciais e uma compreensão mais flexível de sua medição para incluir critérios como consciência, simbolismo e mobilização (Langford 2008).

A pesquisa seminal de Gerald Rosenberg (1991) parte da distinção de duas perspectivas normativas a respeito da capacidade e habilidade das cortes em produzirem reformas sociais significativas e das condições necessárias para tanto.

A primeira, que ele denomina visão dinâmica das cortes, afirma as vantagens institucionais que elas possuem e que as tornam mais eficazes do que outras: (i) os juízes estão em posição única e irreplicável de isolamento da arena eleitoral e, logo, podem atuar com independência da oposição pública; (ii) os litigantes cujas pautas são capazes de produzir mudança possuem acesso às cortes sem depender das maiorias eleitorais e legislativas; (iii) suas decisões produzem efeitos indiretos, como educação cívica e incentivo à produção legislativa.

Por outro lado, a visão restrita das cortes ressalta a existência de obstáculos ao amplo e efetivo desempenho das cortes, os quais precisam ser superados para a operação da transformação social:

(i) falta de independência, em razão de significativa deferência ao governo nacional⁵⁵; (ii) falta de ferramentas necessárias à implementação de decisões, cuja

⁵⁵ Pesquisas citadas por Rosenberg (1991:11) afirmam o extraordinário sucesso do Procurador da União em fazer-se ouvir na Suprema Corte e em persuadi-la, posto que ganha 70% dos processos que defende, seja como parte, seja como *amicus curiae*.

realização dependerá fortemente do apoio popular na medida em que não são auto-executáveis, e, quando contrárias às agências e instituições políticas, não apresentam a força necessária para persuadir e compelir os burocratas – esse ponto será endereçado no próximo item; (iii) a natureza técnica da argumentação jurídica e do processo adversarial retira desses direitos e conflitos o apelo político e emocional.

A produção de transformação social pelas cortes se daria somente mediante a superação de cada uma das restrições acima pelos seguintes mecanismos: (i) significativo apoio subjacente do Executivo e do Legislativo; (ii) significativo apoio de grupos específicos da sociedade ou algum apoio nela distribuído acrescentado de pelo menos uma das condições a seguir: redução dos custos – o que inclui redução da oposição; distribuição de incentivos e benefícios, inclusive financeiros, por lobby dos grupos de interesse e dos partidos políticos; disposição da burocracia em implementar a decisão; e (iv) ampla existência de precedentes em favor da mudança.

Rosenberg (1991), então, submete os precedentes mais emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos e comumente associados à produção de reformas sociais a esses argumentos. Seu experimento testa os dois modelos de corte em face das políticas e práticas públicas e privadas antes e depois de uma série de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em narrativas temáticas. Sua conclusão é de que as decisões da Corte não teriam tido nenhum (ou virtualmente nenhum) efeito direto ou indireto independente.

Segundo o autor, as grandes decisões judiciais comumente creditadas como conquistas de direitos pelos movimentos sociais fazem parte de uma mudança cultural mais ampla em curso no pano-de-fundo e são mais mitos de transformação social do que causadores dela. *Roe v. Wade* (1973), por exemplo, só teria sido possível porque alguns Estados já haviam promovido alterações legislativas permissivas ao aborto, ao passo que *Brown v. Board of Education* (1954) por si só não teria sido eficaz em compelir a Administração Pública à reversão da segregação social nas escolas. O aparato de indicadores de impacto sobre o qual se assenta Rosenberg é consistente.

Em análise mais ampla, Rosenberg acredita que as cortes não apresentam qualidades deliberativas que as configurem como uma referência em razão pública: elas polarizam, não fazem concessões e operam no binômio vencedores-perdedores. Na maior parte do tempo, são contraproducentes e retiram o foco da produção de políticas públicas pelos demais poderes.

Diversos autores fazem coro a essa visão crítica à produção de impacto social pelo litígio constitucional⁵⁶. Tushnet (1987) reforça a relevância de fatores externos à corte na transformação social que incluem a opinião pública, as preferências das elites e a configuração dos poderes no parlamento em relação às demandas dos movimentos sociais.

Scheingold (2004) chama a atenção para a política de *backlash* reativa às decisões judiciais indesejáveis que desencadeou não só pura e simples desobediência, recusa ou protelação legislativa e administrativa à decisão judicial, como também atos legislativos de reversão ou superação do julgamento, tentativas de empacotamento da corte, restrição dos poderes judiciais e verdadeiras crises institucionais.

Ran Hirschl (2004a:10 e 2004b:202-208) afirma que nas raras ocasiões em que as cortes constitucionais desafiaram os poderes estabelecidos e as elites culturais, suas decisões inovadoras encontraram dificuldade de sobrevivência no longo prazo diante de uma esfera política mais poderosa e resistente. Segundo ele, na maior parte das vezes o Legislativo consegue responder de forma efetiva ou simplesmente travar a implementação da decisão judicial.

Contudo, o impacto dessas decisões só é considerado significativo por esses autores na hipótese de haver alcançado determinado direito ou relevante efeito de conscientização e assimilação do direito, sem que haja algum consenso sobre a abrangência do termo relevante. A fascinação com reformas judiciais de larga escala predomina na literatura norte-americana e pode justificar essas críticas, mas pesquisadores pertencentes ao sistema do *commonwealth* britânico, por exemplo, legitimam efeitos considerados menores de uma decisão com base na reconfiguração mais justa e responsiva da burocracia estatal.⁵⁷

⁵⁶ Ver: D. Horowitz (1977). *Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution. S. Scheingold (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. Ann Arbor: The University of Michigan Press. T. Roux “Understanding Grootboom: A Response to Cass R. Sunstein” (2002), *Constitutional Forum*, 12(2). J. Handler (1978). *Social Movements and the Legal System*. New York: Academic Press. S. Scheingold (1974), *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, New Haven: Yale University Press.

⁵⁷ Essa literatura ressalta o impacto em níveis menores na justiça administrativa: C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration* (Cambridge University Press, 2009); T. Buck, *Judicial Review and Social Welfare*, (London: Pinter, 1998); S. Halliday, *Judicial Review and Compliance with Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004); S. Halliday, *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives* (Cambridge University Press, 2004).

Além disso, as expectativas dos litigantes (movimentos sociais inclusos) não parecem ter sido consideradas por Rosenberg; na maior parte dos casos, os litigantes veem estratégias políticas e judiciais como caminhos excludentes, o que exime de ambas as expectativas messiânicas e diminui a cobrança por efeitos e resultados diretos relevantes.

A litigância constitucional faz parte de uma estratégia política mais ampla, ao passo que seus litigantes ocasionalmente esperam uma derrota ao final do processo, ao mesmo tempo em que celebram como êxito os holofotes que trazem à luz uma violência, injustiça ou exclusão. Em se tratando de direitos humanos, culturais, sociais e econômicos, a mera identificação e reconhecimento produz repercussões discursivas, simbólicas e culturais que geram impacto indireto na transformação da sociedade.

Nesse sentido, Malcolm Feeley (1992) rebate Rosenberg ao afirmar que o último constrói sua tese inteiramente sobre argumentos jurídicos dos litigantes sem considerar suas motivações e expectativas estratégicas, inclusive no litígio em si. Para o autor, há expectativa exagerada em relação aos objetivos das cortes em suas decisões, criando um enorme espaço entre esses objetivos e os efeitos produzidos. Assim, não é que os objetivos não tenham sido alcançados, ou que o tenham sido por meios outros que não as cortes; trata-se, antes, de um buraco muito comum na sociologia do direito entre a visão própria de Rosenberg e a realidade das consequências, índices e eventos subsequentes.

A judicialização de direitos sociais em democracias recentes parece refletir isso bem. No Brasil, por exemplo, a concessão de remédios e de vagas em escolas públicas infantis cria uma série de constrangimentos na Administração Pública para a adoção de políticas públicas⁵⁸, além de colaborar diretamente na moldagem do sistema nacional de saúde pública (Garavito 2011), ao passo que a Corte experimentou mecanismos públicos de monitoramento da implementação de seus julgamentos em casos de justiça criminal (*Verbitsky*, em 2005) e de direitos ambientais (*Riachuelo*, em 2008).

McCann (1994) chega a afirmar que o impacto indireto pode suplantar o impacto direto ao impulsionar uma consciência de direitos significativa tanto como

⁵⁸ Langford (2008:41) complementa com exemplos de decisões judiciais no Canadá, Estados Unidos, França e África do Sul.

discurso moral quanto como recurso para subsequentes desafios ao status quo. Langford (2008), a seu turno, avalia o impacto de consequências não planejadas:

Gloppen analisa os efeitos da litigância constitucional como fenômeno multifacetado de diferentes tipos: efeitos legais mediante alteração legislativa e jurisprudencial; efeitos materiais mediante alteração de políticas públicas e práticas administrativas; efeitos políticos mediante alteração das relações de poder; efeitos ideológicos mediante alteração nos discursos públicos e atitudes sociais.

Muitos desses efeitos derivam do próprio processo judicial, mesmo que a ação seja perdida ou obstruída, e eles podem ser diretos a nível doméstico ou indiretos, a nível internacional. Devido à interatividade desse jogo estratégico, seus efeitos alcançam, ainda, as próprias estruturas dos movimentos sociais, fortalecendo sua base de aliados e sua estrutura (composta por recursos, custos financeiros, custos políticos, obstáculos burocráticos, liderança e organização).

Identificar o alvo do direito ou de reformas sociais por meio do direito é um desafio; enquadrá-los na retórica dos litigantes – seus discursos e esperanças inflamadas no contexto das disputas – distorce os próprios indicadores sociais e culturais de impacto que Rosenberg utiliza, comprometendo sua conclusão (Feeley 1994). As expectativas, estratégias e objetivos dos movimentos sociais e dos litigantes que postulam reformas sociais por meio do processo constitucional não são ingênuas como os discursos em que Rosenberg se baseia. A literatura sociológica dos movimentos sociais dedica-se a essa investigação, ao que Scheingold (1974 [2004]) faz referência quando considera que, mesmo em face de sua capacidade limitada, as cortes ampliam o debate público, facilitam a exposição de argumentos e chamam a atenção para uma agenda, atuando como um catalisador de mudanças. O efeito simbólico da retórica de direitos na consciência coletiva e na cultura popular não pode ser menosprezado. Se mudança social não seguiu de forma imediata às decisões, a estruturação de precedentes e a constitucionalização de símbolos em torno dos casos são em si mudanças que não devem ser diminuídas em seu impacto na cultura.

Esses casos conferem, ainda, plataforma para a oposição dos movimentos sociais por meio de *amicus curiae*, a exemplo da repercussão nacional da participação intensa dos movimento feministas em sucessivos casos na Suprema Corte dos EUA ao longo das décadas de 1970 e 1980, culminando na *Equal Rights Amendment* de facto. As oportunidades e estratégias possibilitadas pela afirmação de um precedente,

especialmente em sistemas regidos pelo princípio do *stare decisis*, como o dos Estados Unidos, estabelece terreno e linguagem para os confrontos que seguem e novos casos se tornam frentes de batalha na forma de degraus.

Se a corte não funciona como fórum primário para a realização desses direitos culturais, econômicos e sociais, os critérios para mensurar seus efeitos e impactos podem ser mais flexíveis, até porque em muitos sistemas constitucionais, como na América Latina, África do Sul e Índia, elas têm se apresentado como único poder disposto a tomar decisão.

Após esse apanhado geral do embate normativo que gira em torno dos impactos do *lawfare*, dedico-me a alguns de seus pontos específicos:

2.2.1 Mudança social significativa

Diante de tantas críticas, Rosenberg reforça que cortes importam e realizam grande influência na sociedade, inclusive por meio da interpretação judicial⁵⁹. Não é que elas não importam; o argumento principal de Gerald Rosenberg é de que os efeitos do litígio constitucional em geral e das decisões mais emblemáticas da Suprema Corte dos Estados Unidos em particular são superestimados. À primeira vista, *Brown* e *Roe* pintam uma imagem de uma corte poderosa diante dos demais poderes, vigorosa na defesa dos direitos e efetiva na produção de transformação social – por ele definida como mudança na orientação de políticas públicas com impacto nacional.

Contudo, no campo das disputas que têm dominado a cultura constitucional nos Estados Unidos e no mundo – ligados à discriminação de raça, gênero e orientação sexual, aos direitos ambientais e à justiça criminal – Rosenberg oferece dados que poderiam caracterizar uma corte impotente, fraca e ineficaz.

⁵⁹ Rosenberg (1992) ressalta as decisões que regularam a segurança de bens e produtos, como asbesto, automóveis e tabaco, afetando diretamente a vida individual e coletiva. Declarações de inconstitucionalidade por si só tendem a manter o status quo e servir como barreira à mudança, mas promovem impacto social de maneira geral.

Conquanto não negue os benefícios que uma corte traz⁶⁰, especialmente ao discutir o tema do aborto, Rosenberg critica a falta de dados empíricos que demonstrem quando e sob que condições a corte opera as mudanças sociais. Para ele, a litigação envolve questões subjacentes de atores limitados e lida mais com os sintomas do que com as causas (1994:12), ao passo que as decisões não tratam do que é socialmente desejável, mas do que é juridicamente demandado.

De maneira geral, a superação dessas limitações da corte – e a consequente possibilidade de transformação social – é gerada no seio das mudanças no contexto político-econômico e cultural, de tal modo que elites e sociedade civil se tornem favoráveis às reformas.

A transformação social, contudo, não precisa ser revolucionária (King 2012:68). Há indícios de impactos judiciais significativos no âmbito da reforma prisional⁶¹, dos direitos das pessoas com deficiência⁶² e direitos humanos em geral no Canadá⁶³ e no Reino Unido⁶⁴, ainda que se mantenha uma posição crítica ao papel das cortes.

O argumento de Rosenberg não desafia apenas liberais-progressistas que depositam nas cortes suas esperanças de promoverem reformas sociais, mas também os conservadores que enxergam nas decisões por ele investigadas efeitos significativos e suficientes para a organização de contra-mobilizações em nível nacional, constante crítica à decisão da corte e transposição da disputa travada na arena judicial para outra onde possuam meios de reversão.

Muitos dos casos relatados no capítulo anterior atenuam a crítica de deferência das cortes ao Poder Executivo e de desacoplamento do apelo popular. Os tempos já não são os de *Brown* e os movimentos sociais não precisam optar entre ações diretas e a litigação constitucional, porquanto atingiram legitimidade, organização e autonomia

⁶⁰ Muito embora haja, também aqui, oposição acadêmica: B. C. Canon / C. A. Johnson, *Judicial Policies: Implementation and Impact* (2nd ed, Washington DC: Congressional Quarterly Inc., 1999).

⁶¹ Cf. M. Feeley / E. Rubin (2000), *Judicial Policy Making in the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* (Cambridge University Press).

⁶² Cf. L. Vanhala (2011), *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, Cambridge University Press e J. L. Erkulwater (2006), *Disability Rights and the American Social Safety Net*, Ithaca: Cornell University Press.

⁶³ Cf. T. Q. Ridell. (2004), “The Impact of Legal Education Policy in Canada for Francophones Outside Quebec”, *Law and Society Review*, 584(38).

⁶⁴ Equality and Human Rights Commission, *Human Rights Inquiry: Report of the EHRC* (London: EHRC, 2009), Appendix 4.

de recursos que lhes possibilitem a pulverização de ações simultâneas em estratégias institucionais e extra-institucionais. A caracterização da litigância estratégica como distração apontada por Rosenberg parece não fazer sentido diante do alto grau de especialização e expertise atual dos agentes públicos e privados, dos coletivos e dos movimentos sociais e partidos políticos que atuam promovendo *lawfare*. Essa visão⁶⁵ já havia sido atacada pelo próprio Luther King:

“Direct action is not a substitute for work in the courts and halls of government. Bringing about passage of a new and broad law by a city council, state legislature or Congress, or pleading cases before the courts of the land, does not eliminate the necessity for bringing about the mass dramatization of injustice in front of a city hall. Indeed, direct action and legal action complement one another; when skilfully employed, each becomes more effective. The chronology of the sit-ins confirms this observation ... [B]y the creative use of the law, it was possible to prove that officials combating the demonstrations were using the power of the police state to deny the Negro equal protection of the law. this brought many of the cases squarely under the jurisdiction of the Fourteenth Amendment. As a consequence of combining direct and legal action, far-reaching precedents were established, which served, in turn, to extend the areas of desegregation.” Martin Luther King, Jr. (1964), *Why We Can't Wait*, New York: Signet, 2000.

⁶⁵ Diversos autores sustentam a interação colaborativa entre movimentos sociais e litigância: S. Scheingold, *The Politics of Rights*; M. Feeley / E. Rubin *Judicial Policy Making in the Modern State*; McCann, M. (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, University of Chicago Press; C. Epp (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, University of Chicago Press; M. McCann (2010), “Litigation and Legal Mobilization” e C. Epp (2010), “Law as an Instrument of Social Reform” in K. E. Whittington / R. D. Kelemen / G. A. Caldeira (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, New York: Oxford University Press, capítulos 30 e 34, respectivamente.

O papel das mobilizações sociais e grupos de interesse que levaram a cabo os casos analisados por Rosenberg não encontraram uma arena incontroversa com uma cultura de direitos unânime. Por mais que houvesse maior tolerância e relativa aceitação cultural, as contra-mobilizações que se desdobraram a cada uma dessas decisões deixa nítido que o sucesso das reformas poderia não ter acontecido no mesmo tempo ou na mesma profundidade.

Justamente porque o caminho para decisões como *Brown* e *Roe* era sinuoso e mesmo imprevisível, não é lógico pensar que à Suprema Corte não coube qualquer papel criativo ou inovador no direito. Antes, os movimentos sociais e os grupos de interesse precisaram combinar estratégias e atuar em diferentes frentes com muita persistência para conferir sentido e expressão aos símbolos discursivos na disputa pela declaração e reconhecimento de direitos.

A análise de Rosenberg parece demasiadamente fundada na inevitabilidade da decisão, relegando à Corte uma posição figurativa. A polarização ideológica que se seguiu tanto a *Brown* quanto a *Roe* revela os efeitos discursivo e simbólico dessas decisões, altamente subestimados pelo autor.

Contudo, Rosenberg definitivamente acerta ao criticar os líderes sociais que optam pelo litígio constitucional como caminho exclusivo, ou nele depositam todas suas expectativas, recursos, oportunidades e capital político, quando as cortes claramente possuem limitações e constrangimentos, como discutido.

2.2.2 Impacto na burocracia administrativa

O potencial das cortes em produzirem mudança social deve superar sua capacidade limitada de influenciar o comportamento da administração pública na implementação de políticas públicas. Em análise de *Brown*, Rosenberg considera esse julgamento um fracasso na integração dos estudantes negros nas escolas. Mas a decisão propôs-se a objetivo mais modesto: eliminar um sistema legal estatal de separação e discriminação, não promover a integração racial. É claro que o julgamento empoderou os movimentos sociais e conferiu-lhes linguagem e símbolos para pleitear reformas concretas em sucessivos casos (*Green*, em 1968; *Swann* e *Griggs*, em 1971), mas coube à Corte tão só ampliar a cultura constitucional para incluir os direitos da comunidade negra.

As expectativas precisam ser reajustadas e *Miranda v. Arizona* é outro exemplo: esperava-se majoritariamente que a decisão revolucionasse o tratamento policial aos suspeitos criminais, mas a Suprema corte propôs-se a estabelecer parâmetros práticos às confissões por meio de proteção aos investigados e constrangimentos aos oficiais. Feeley (1992) a tem por bem sucedida na garantia de direitos a um grupo vulnerável.

O *lawfare* relacionado aos direitos socioeconômicos igualmente apresenta resultados controversos em pesquisas empíricas ao redor do mundo, mas há uma visão geral de ausência de prejuízos ou de piora no *status quo* a partir das decisões judiciais.

Halliday (2004) constata que há uma resistência por parte da burocracia estatal em processar a argumentação jurídica e uma tendência em escapar do cumprimento da decisão, quando não a desafiam diretamente. Walter Murphy (1993) alerta sobre a ingenuidade em se acreditar que palavras constroem o poder. Muitas vezes os atores políticos não se conformam aos próprios compromissos expressos no texto constitucional, que dirá no jogo de forças com as cortes.

Não obstante, diversos avanços parecem confirmar um papel importante – senão crucial – das cortes em fornecer *inputs* relacionados à *accountability* (Mashaw 2010) e à compensação individual, subestimada por autores como Rosenberg. O uso estratégico das cortes como arena para avançar suas pautas, de forma individual ou coletiva, reveste os litigantes de uma consciência de direitos, o que gera empoderamento (King 2012:75).

Há casos de sucesso de decisões judiciais ao redor do mundo que exerceram pressão para a renovação e aperfeiçoamento das estruturas prisionais, a limitação do confinamento e a compensação dos defensores públicos. Assim, é possível garantir que decisão proveniente de outro ramo do poder público teria sido mais eficaz?⁶⁶

Cada vez mais as cortes têm se organizado para conseguirem manejar algum tipo de controle e monitoramento da implementação de suas decisões. A Corte Constitucional da Colômbia oferece exemplo interessante quando, em 2009, declarou o deslocamento forçado de cinco milhões de indivíduos causado pelo conflito armado

⁶⁶ Há poucos estudos que ofereçam reflexão sistemática sobre a implementação dos julgamentos. Conferir: Daniel M. Brinks / Varun Gauri (2008), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* Cambridge University Press.

no país consistia em um “estado de coisas inconstitucional”⁶⁷: emergência humanitária de grave e maciça violação dos direitos associada à falha sistêmica do Estado.⁶⁸

Nesses casos estruturais, a Corte colombiana instruiu as agências governamentais a tomar determinadas medidas de forma coordenada para atender não somente os litigantes mas toda a população violada em seus direitos naquele tema. Em sentido similar, a Suprema Corte da Índia fixou o “continuing mandamus”, técnica de decisão que mantém o caso na corte por um período de tempo com a intenção de garantir a implementação de suas diretrizes⁶⁹; em outros casos, apontou *experts* e delegados para verificar fatos ou submeter relatórios com recomendações de medidas quando a resposta da autoridade pública não acontecer ou for insuficiente^{70, 71}.

Quando os poderes se abrem ao “ativismo dialógico” (Garavito 2012) na tutela de direitos básicos, há mais chance de as decisões das cortes serem implementadas e produzirem maior impacto, para além do indireto e simbólico. O *lawfare* lida com problemas e casos complexos, cujas soluções deverão ser buscadas de forma coletiva por meio do reforço da deliberação pública, das capacidades institucionais dos poderes e da participação dos grupos de interesse da sociedade civil.

⁶⁷ Garavito (2012) encontrou correspondência dessa jurisprudência em sistemas do *common law* nos Estados Unidos, Índia e África do Sul, onde a aplicação do direito público adaptou-se a um experimentalismo de remédios e soluções que combinam normas flexíveis com a participação de grupos de interesse e *accountability*. A esse respeito, conferir Charles F. Sabel / William H. Simon (2004), “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review* 1016(117).

⁶⁸ Trata-se do julgamento T-025, gradualmente construído por jurisprudência iniciada em 1997 que declarava a inconstitucionalidade do descumprimento por parte do Estado de suas obrigações na proteção dos direitos fundamentais dos réus (T-590/1998) e dos encarcerados em prisões superlotadas (T-153/1998), na inclusão dos servidores públicos no sistema de previdência social (T-559/1997, T-068/1998 e T-535/1999) e na sustentação do sistema público de saúde (T-760/2008).

⁶⁹ *D.K. Basu v. State of West Bengal* (1997), *CEHAT v. Union of India* (2001),

⁷⁰ *Sheela Barse v. Union of India* (1994), *M.C. Mehta v. Union of India* (2002).

⁷¹ Para análise completa da litigação em direito público e ativismo judicial em direitos socioeconômicos na Índia, ver S. Muralidhar (2008), “India: The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights” in Malcolm Langford (ed.) (2008), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trend in International and Comparative Law*, Cambridge University Press. O autor enumera alguns efeitos positivos da judicialização dos direitos socioeconômicos, como a legitimação de novo espaço de visibilidade para questões que não recebiam atenção, como assédio sexual em ambientes de trabalho (*Vishaka*); reconhecimento de direitos; responsabilização dos agentes violadores; catalisação de políticas públicas (*Unnikrishnan*, sobre direito à educação) e desenvolvimento de jurisprudência de direitos humanos (2008:117-118).

Alguns desses mecanismos de participação e de acompanhamento no *lawfare* envolvem as audiências públicas, comissões de monitoramento e prestação de informações pela sociedade civil, grupos de interesse e agências governamentais. A partir desse substrato, Garavito (2012) sugere decisões instrumentais que, como num quadro, mapeiem objetivos a serem perseguidos, e cuja implementação será acompanhada e monitorada por meio de prazos e relatórios de progresso, sem imiscuir-se em termos substantivos, deixados ao desenvolvimento das agências governamentais.

Em análise dos efeitos do julgamento T-025⁷², Garavito (2012) indicou uma série de impactos desconsiderados pela análise crítica de Rosenberg. Dentro do que se pode chamar de abordagem construtivista, os efeitos indiretos e simbólicos são colocados em pé de igualdade com os indicadores sociais e culturais de pesquisa de opinião e cobertura midiática. Dentre as técnicas construtivistas estão entrevistas com agentes públicos, ativistas, litigantes e beneficiários da decisão.

O primeiro efeito relatado pelas entrevistas é o de desbloqueio ou destravamento obtido pelos prazos para apresentar relatórios à corte, que retiraram agentes públicos da inércia na elaboração de políticas públicas. O segundo efeito é a superação da falta de coordenação intergovernamental entre agências, alcançada a partir das instruções da corte acerca do desenho e dos objetivos das políticas públicas. O terceiro efeito é o incitamento da administração a buscar orçamento e alocar recursos. Em quarto lugar, o participatório: envolvimento direto de atores governamentais e não governamentais em nível local, nacional e internacional, e a formação de coalizões e comitês de monitoramento. Em quinto, o impacto direto nos destinatários e beneficiários do julgamento, inclusive pela absorção da linguagem de direitos. Por fim, Garavito aponta para um efeito simbólico para além dos grupos de interesse, alcançando outras organizações, mobilizações e categorias.

Independente do que estiver em jogo na política constitucional, Executivo e Legislativo tencionarão maximizar sua atuação por meio da iniciativa, negociação ou bloqueio de reformas, porque caracterizam-se como os atores primários de transformação social. Todavia, não o fazem de maneira uniforme: se os partidos políticos são capazes ou não de canalizar as crenças e visões constitucionais dos

⁷² Ver nota 68.

eleitores, cada sistema político deverá responder a partir de suas funções ou disfunções.

Se, por um lado, sistemas políticos nos quais predomina uma cultura de cooperação entre os partidos facilitam o diálogo institucional e a orientação de reformas sociais, por outro, a polarização em sistema bipartidário e a crise de legitimidade e de capital político prejudicam-nos. No primeiro cenário, haverá uma tendência de respeito e responsividade às disputas constitucionais que se dão em outras arenas; no segundo, entretanto, não. Quanto mais fracas e/ou fragmentadas as elites políticas se revelarem, maiores as chances de deferência à decisão da corte.

2.2.3 Diálogo com minorias e grupos vulneráveis

As cortes fazem parte de uma elite profissional e, por estarem associadas a seus interesses, são comumente caracterizadas como inaudíveis e mesmo insensíveis às demandas das classes mais pobres e excluídas da sociedade. Aqui, as conclusões também são controversas.

Alguns estudos sobre países em desenvolvimento indicam que a opção pela litigância estratégica baseada em textos constitucionais preenchidos por direitos (inclusive socioeconômicos) tende a fornecer uma voz institucional para os pobres e a coincidir com um tipo de aumento na democracia⁷³; outros indicam que decisões judiciais nesse sentido tendem a favorecer as classes média e baixa mais do que aqueles grupos em real situação de miséria⁷⁴.

Uma pesquisa quantitativa no Brasil defende que a litigação de direitos relacionados à saúde – fornecimento de medicamentos e reserva de leitos em hospitais – na verdade acarretou uma piora sistemática na igualdade material do direito à saúde em razão do redirecionamento de recursos de baixo custo-benefício destinado aos pobres para tratamentos mais caros e em menor número para os ricos⁷⁵.

⁷³ R. Gargarella / P. Domingo / T. Roux (2009), *Courts and Social Transformation: A New Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot: Ashgate.

⁷⁴ V. Gauri / D. M. Brinks (2008), “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World” in Gauri / Brinks (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*.

⁷⁵ Virgílio Afonso da Silva / F. Vargas Terrazas (2011), “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?”, *Law & Social Inquiry* 36(825); Octávio Ferraz (2009), “The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health

A racionalidade por trás dessas decisões no Brasil parece se repetir em outros países da América Latina, dispensando as implicações sistêmicas do impacto alocativo. Essa prática tem sofrido severas críticas da doutrina constitucional, e é importante que se consolide nesses contextos uma doutrina da adjudicação ou litigância constitucional que se oponha a essas distorções e garanta os benefícios e vantagens do *lawfare* acima delas. Ao mesmo tempo em que respeita as vias legislativa e administrativa para a elaboração e concretização de políticas públicas, não exclui as possibilidades positivas fornecidas pela judicialização desses direitos, inclusive a par das experiências bem-sucedidas, como na África do Sul.

Não se espera, contudo, que se opere por meio das cortes a revolução dos direitos socioeconômicos ou a total garantia do mínimo social. O uso da linguagem dos direitos como reivindicação social diante do Estado apresenta múltiplos caminhos: sustentar determinada interpretação ou entendimento constitucional; requerer maior participação na reforma das instituições; observar os procedimentos e processos na orientação das políticas públicas. Grande parte da argumentação construída nos dois últimos capítulos reforça a razoabilidade do *lawfare*, observadas determinadas condições e ressalvadas algumas objeções.

2.3 Interações entre cortes e sociedade civil

“[American] lawyers are obliged, however, to yield to the current of public opinion, which is too Strong for them to resist (...)” Tocqueville 1972 (1835):279.

Se as cortes importam, mas não promovem verdadeiras revoluções, por que se opta por elas? A que elas servem? Qual a natureza de sua atuação no *lawfare*? Este tópico pretende responder por meio da função dialógica e interativa das cortes.

Dentre os muitos desafios que o constitucionalismo encontra, a correspondência com a realidade fática é um dos mais atuais. As constituições se

Inequities?”, *Health and Human Rights: An International Journal* 11(33) e Octávio Ferraz (2011), “Brazil: Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of Judicialization of Health” in Yamin / Gloppen (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

deparam com o risco de tornarem-se obsoletas quando não acompanham o ritmo dos desenvolvimentos do ambiente político, econômico, social e mesmo internacional.

Como defendido até aqui, é inegável que as cortes têm desempenhado papel importante em endereçar os problemas socioeconômicos quando os poderes políticos têm oferecido pouca ou nenhuma resposta em face das disputas interpretativas e sociais. Contudo, elas não são os únicos nem os principais agentes de resolução de conflitos, conquistas de direitos ou transformação. A interpretação constitucional não se encerra nem se esgota com a decisão da corte constitucional; um degrau ou estágio de embate é fechado, mas abrem-se avenidas para disputar as próximas rodadas.

Assim como emendas constitucionais podem reverter essas decisões, novas eleições ou composições da corte e acontecimentos sociais que alcançam a mídia e mobilizam a população podem alterar essa configuração. Essas interações têm conquistado a atenção de cientistas políticos e sociais, que fazem análises empíricas sobre a comunicação entre os poderes, a opinião pública e os movimentos sociais⁷⁶.

O principal meio para superar os constrangimentos impostos pela visão crítica ao papel das cortes na operação do *lawfare* é, pois, o apoio político e popular, mediante o fortalecimento dos canais de comunicação entre as cortes e o mundo da vida. O cidadão médio do século XXI possui direitos fundamentais embebidos e incorporados em suas rotinas e costumes em menor ou maior grau de percepção, compreensão e reflexão, e que formam a cultura constitucional coletiva.

Alguns desses direitos mais internalizados são o direito ao voto, ao devido processo legal, à liberdade, à dignidade e à ampla defesa. Outros Akhil Amar (2012) identificou como “lived rights” – os direitos, privilégios e imunidades dos cidadãos que são encontrados nas práticas e costumes de sua vida cotidiana, o que tratam como fundamental em seus ritmos e rotinas. A partir do exemplo dos direitos fundamentais de réus em processo criminal, Amar ilustra como texto e desenvolvimentos da vida se harmonizaram para a criação do direito, expandindo conceitos e valores constitucionais em defesa da dignidade e da autonomia individuais.

⁷⁶ Alguns desses estudos são: Barry Friedman (2009), *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York: Farrar, Strauss and Giroux; Pickerill, Mitchell (2004), *Constitutional Deliberation in Congress; The Impact of Judicial Review in a Separated System*, Durhan: Duke University Press; Laurence Baum (2006), *The Supreme Court and their Audience*, Washington, D.C: CQ Press; Pogrebinschi, Thamy (2011), *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*, Rio de Janeiro: Campus.

As mudanças que se operam por meio da linguagem constitucional envolvem atores e arranjos que interagem em diferentes combinações: elites políticas, por meio de regras formais (Alemanha), convenções constitucionais (Dinamarca), entidades federadas (Áustria, Canadá e Espanha) e legislação ordinária (Reino Unido e Países Baixos); elites judiciais, por meio do controle judicial de constitucionalidade (EUA e América Latina) e da jurisprudência de corte supranacional (Corte Europeia de Direitos Humanos); e sociedade civil por meio da iniciativa popular e referendo (Suíça).⁷⁷

Mas nem sempre reorientações constitucionais e práticas sociais se abraçam; como visto no primeiro capítulo, por vezes as cortes se antecipam à mudança social e declaram direitos que ainda não encontram apoio na maioria, a exemplo de *Roe*. Em sentido reverso, desde os anos oitenta fazia-se vista grossa às práticas relacionadas à homossexualidade, enquanto muitos Estados mantinham-nas sob condenação de lei. A despeito disso, em geral as cortes propõem-se a refletir os valores sociais naquele contexto e evitam dissonâncias mais severas, como parece ser o caso da controvérsia em torno da eutanásia, que ainda suscita ubíquos debates filosóficos e jurídicos.

Por isso, mostra-me muito importante a agência estratégica da sociedade civil por meio de suas organizações e mobilizações sociais como atores constitucionais. Esse diálogo deve ser altamente interativo e tático quanto à escolha crítica do caso ou do procedimento, da liderança da organização litigante e da mobilização de forças e redes que alcancem poder público, mídia e elites (econômica, acadêmica, judicial).

A escolha do enquadramento jurídico e da linguagem de direitos utilizada em manifestações escritas e orais também interferem diretamente no mundo exterior à corte. À medida que os movimentos sociais conferem significados e sentidos aos problemas sociais, reclamam causas e formulam soluções (“*naming, blaming, and claiming*” em McCammon 2015:134), eles desenham o campo de batalha e as armas a serem utilizadas; se forem vitoriosos, firmam as bases para a implementação de políticas públicas ou atos legislativos; se não, devem assegurar que a disputa no próximo caso não ocorrerá em degrau inferior.

Epstein e Kobylka (1992) fazem uma ressalva: uma estrutura argumentativa mais flexível que incorpore as considerações oponentes pode ter mais chance de

⁷⁷ Para uma análise e categorização completa dos mecanismos e modelos de mudança constitucional, ver Contiades / Fotiadou 2013.

sucesso no diálogo com a opinião pública e na persuasão dos juizes. A moderação dos litigantes oferecida pelos amigos da corte também abre mais possibilidades de acomodação e compromisso de valores e interpretações constitucionais conflitantes.

A litigância constitucional dos movimentos sociais estimula a educação cívica e a consciência de direitos de cidadãos sub-representados e alienados aos movimentos sociais. Além da instrumentalização da mídia, recorrer ao Poder Judiciário parece provocar nos cidadãos a identificação com a causa, refletindo no próprio movimento social em termos de recrutamento e recursos.

À medida que cidadãos assumem uma consciência de autoria desses direitos, que constam no texto como valores e compromissos fundamentais ao sistema político, a cultura constitucional é fortalecida. A interação dos movimentos sociais com os poderes públicos é um convite à deliberação e negociação pública e ao *compliance* na medida em que aumenta os custos da evasão.

Rubinfeld (2001:174) identifica esse processo como “popular constitution-rewriting”: constituições escritas fundadas no autogoverno demandam sua própria atualização em relação aos compromissos que não mais são subscritos pelo povo.

Dentre os muitos efeitos indiretos das decisões judiciais estão, certamente, a cobertura midiática e a opinião pública. Em sua nova edição de *Hollow Hope* (2019 forthcoming), Gerald Rosenberg analisa esses efeitos a partir da construção jurisprudencial que culminou com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que declarou a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para Rosenberg (2019 forthcoming), crenças, opiniões e comportamentos de tolerância e aceitação à comunidade gay já estavam em gradual processo de ressignificação por algumas décadas, tornando possível a litigação e a deferência da Corte. As contra-mobilizações foram insistentes e alcançaram nível nacional, mas não conseguiram frear as mudanças culturais em curso.

A legalização do casamento em um Estado populoso como Massachusetts em *Goodridge* (2003) e a anulação de leis que criminalizavam a prática homossexual no Texas em *Lawrence* (2003) repercutiram mais na cobertura de jornais e editoriais do que os vitoriosos casos anteriores (*Baehr*, Havaí, 1999 e *Baker*, Vermont, 1999). As histórias contadas nas matérias jornalísticas eram majoritariamente negativas em relação à imagem dos casais homo-afetivos (se saudáveis ou não, se vistos como bons vizinhos, colegas de trabalho e familiares ou não) até 2003. Quanto aos editoriais,

New York Times posicionou-se favorável ao casamento gay em abril de 1996; *Chicago Tribune*, por outro lado, balançou entre opiniões sem firmar posição aberta até 2003, em resposta a *Lawrence* e *Goodridge*, mas ainda preferindo o termo “união civil”.

A cobertura abertamente positiva dos jornais e revistas ultrapassou a cobertura negativa somente em 2008, com conteúdo e linguagem ligada a direitos e à legalidade do casamento. Para Rosenberg (2019 forthcoming), a maior atenção ao assunto provavelmente se deu pelo aumento de discussão nas assembleias legislativas estaduais. O aumento de buscas no Google entre 2004 e 2015 por termos como “same-sex marriage” ou “gay marriage” obteve picos seguindo a aprovação de leis nos municípios e nos Estados (San Francisco 2004, New Mexico 2004, New York 2011) e a atividade da Suprema Corte em casos posteriores (*Windsor* 2013 e *Obergefell* 2015).

Quanto ao gradual apoio e tolerância ao casamento gay, à adoção, à participação na vida pública e à igualdade de oportunidades no ambiente de trabalho revelados nas pesquisas de opinião nos Estados Unidos e no mundo entre os anos 1980 e 2015, Rosenberg (2019 forthcoming) também sugere que se trata menos de uma consequência das decisões judiciais e mais um espelho delas. Para ele, importa mais analisar as mudanças culturais que acontecem no substrato desses índices.

A epidemia de AIDS nas décadas de 1980 e 90, por exemplo, produziu efeitos culturais paradoxais: ao mesmo tempo em que reforçou o estigma e o preconceito contra a comunidade LGBTQ+ (refletido inclusive na decisão *Bowers* da Suprema Corte em 1986 que mantinha a criminalização da prática homossexual), conferiu-lhe identidade e força de movimento em busca de proteção legislativa e de políticas públicas de saúde e de anti-discriminação⁷⁸.

⁷⁸ Rosenberg (2019 forthcoming) cita os estudos da Human Rights Campaign iniciados em 2000 nos Estados Unidos: “[the 1990s were a] landmark decade for gay, lesbian, bisexual and transgendered workers as thousands of employers began to recognize the value of treating these employees equitably”. Houve um aumento significativo da extensão de cobertura em planos de saúde aos parceiros no meio corporativo e nas universidades a partir do final dos anos 90, alcançando o setor automotivo (Ford, General Motors e DaimlerChrysler) em junho de 2000. A virada do século assistiu ao desenvolvimento de legislação e políticas públicas proibindo a discriminação nos ambientes universitários e nos órgãos públicos federais (ordem executiva do Presidente Clinton em 1999) até que em 2009 tenha sido aprovada a lei de prevenção a crimes de ódio, que inclui a violência contra orientação sexual e identidade de gênero da vítima.

Rosenberg (2019 forthcoming) considerou, ainda, a significativa multiplicação de personagens gays nos meios de comunicação de massa, como televisão, cinema, gibis e teatro, independentemente de interferência judicial direta.⁷⁹ Nos últimos anos, essa visão tolerante passou a ser parte fundamental do debate nas elites políticas dos Estados Unidos, com destaque particular para os atos simbólicos e normativos da Presidência de Barack Obama⁸⁰ e as novas leis estaduais legalizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo (New York 2011, Maine, Maryland e Washington 2012, Delaware e Minnesota 2013, Illinois e Havaí 2014).

Rosenberg (2019 forthcoming) reconhece, contudo, que decisão abrangente e vinculante como a da Suprema Corte em favor do casamento gay não teria ocorrido no mesmo tempo sem a litigação. A dificuldade do processo de emendamento e a polarização e os custos no processo legislativo teriam demandado mais anos dessa pauta. Apesar das contra-mobilizações, a litigação constitucional organizou os apoiadores em torno de um apoio convincente da opinião pública e das elites e definitivamente acelerou o timing da decisão.

Ronald Inglehart e Pippa Norris identificam nessa interação entre corte constitucional e opinião pública o que denominam *backlash cultural*: a orientação do pós-guerra a valores pós-materialistas como multiculturalismo, cosmopolitismo e identidade no mundo ocidental liberou uma forte onda contrarrevolucionária que rejeita a superação de normas culturais e sociais tradicionais e a erosão de privilégios do establishment.

⁷⁹ Dentre as principais aparições estão: a apresentadora de TV em horário nobre Ellen DeGeneres, na capa da revista *Times* em abril de 1997; a primeira personagem gay em canal aberto (NBC) em série de comédia *Will & Grace*, na temporada 1998-1999; a primeira série sobre o tema em canal pago, *Queer Folk*, na Showtime na temporada 2000-2001. No cinema, Tom Hanks ganhou um Oscar em 1993 ao encarnar personagem gay, abrindo caminho para novos filmes de Hollywood sobre o tema nas décadas seguintes. Os gibis assistiram igualmente ao acréscimo de personagens gays a partir de 1988 com Extranho da DC Comics.

⁸⁰ Concessão póstuma em 2009 da Medalha da Liberdade para Harvey J. Milk, o primeiro representante eleito abertamente gay; erradicação da proibição de gays no serviço militar em 2011; participação direta (da União) no caso *Obergefell* em 2015 como *amicus curiae*, acompanhado por pareceres favoráveis de 167 deputados federais, 44 senadores, da Conferência de Prefeitos dos Estados Unidos, conjunto de 329 pequenas e grandes empresas (como Amazon, American Airlines, American Express, Apple, Bloomberg, CBS, Facebook, General Electric, Google, Goldman Sachs, Hewlett-Packard, Hilton, HSBC, Intel, Marriott, Microsoft, Nike, Visa, Starbucks, Walt Disney, Xerox, etc.), Associação Nacional dos Médicos, dos Psicólogos, Psicanalistas, dos Advogados, 25 grupos religiosos e 1.900 líderes religiosos individuais.

Segundo essa tese, a virada cultural nos últimos setenta anos deveu-se ao fortalecimento dos movimentos sociais com pauta progressista, como igualdade de raça e gênero, direitos LGBTQ+, defesa do meio ambiente, ajuda humanitária, direitos dos imigrantes, refugiados, minorias étnicas e da criança e do adolescente.

A disputa pela interpretação constitucional transferida para as cortes fez surgir uma contrarrevolução silente comumente apropriada por discursos populistas de extrema-direita, aprofundando a clivagem social e instrumentalizando ambos os lados para contínuos confrontos em variadas frentes: cortes, partidos políticos, mídia e rua.

Tal como a legitimidade institucional das cortes constitucionais subdivide-se também no apoio público – indiferente à concordância ou discordâncias em casos particulares e à crença em sua correção (se certa/errada) –, os movimentos sociais disputam a consolidação de sua legitimidade como atores constitucionais e agentes interpretativos no desenvolvimento da cultura constitucional nesses espaços.

Para Amar (2012), um estudo sério do direito constitucional deve levar em conta as experiências vividas pelos cidadãos em seus espaços particulares, já que o texto da constituição apenas mapeia as regras que organizam e regem os cidadãos e o Estado, sem pretender exauri-las. Os princípios e axiomas mais fundamentais da tradição jurídica – e.g. separação de poderes, freios e contrapesos, estado de direito, carta de direitos, uma pessoa corresponde a um voto – não fazem parte do texto, mas da constituição não escrita. A penumbra dos direitos não expressos no texto é uma das rotas que a mapeiam.

Do mesmo modo que o texto constitucional costura a ordem e expressa a identidade e a linguagem nacionais, a constituição não escrita demanda deferência e aplicação ao estilo britânico. Com base no exemplo norte-americano, Amar (2012:xiii) ilustra essa relação como o símbolo chinês “yin e yang”: constituições escrita e não escrita são metades de um mesmo todo, com uma estabilizando, preenchendo e apontando para a outra. Essa é, talvez, uma das mais significativas tentativas de superar o embate entre textualistas e originalistas de um lado e aqueles que interpretam a Constituição como viva de outro.

2.4 A consolidação de uma cultura constitucional

No início deste trabalho, foi defendido que as normas constitucionais, dentre outras funções, servem à expressão dos valores fundamentais da sociedade, isso é, refletem aqueles valores, símbolos e compromissos que vinculam a comunidade política e ao mesmo tempo distinguem-na das demais. Os passos seguintes têm pretendido demonstrar a relevância da expansão do quadro normativo no qual se dá sua atualização.

Há considerável desenvolvimento produzido pela doutrina constitucional sobre como se dá essa expressão. Mark Tushnet (2008:12) entende como uma das maneiras de a sociedade definir-se, e Gary Jacobsohn (2010:348), de refletir sua identidade; Tom Ginsburg (2010:117) afirma que as normas constitucionais criam uma consciência compartilhada que supera as diferenças regionais e étnicas.

Esses valores expressos pelos objetivos e aspirações contidos na constituição possuem significado em si, sem que apresentem necessariamente efeitos legais imediatos ou perceptíveis. A partir dessa constatação, Cass Sunstein reforça o papel cultural do direito constitucional e, particularmente da corte quando fala em nome dos princípios e compromissos nacionais mais básicos (1996:67).

O alto nível de abstração dessas normas convida a interpretações conflitantes e não dá pistas sobre qual visão constitucional deve prevalecer. Não há unanimidade sequer sobre quais são esses valores, mas a teoria e a interpretação constitucionais atuam com o propósito de indicá-los, inclusive com palpites sobre sua hierarquia⁸¹ ou sobre aquele que incorpora ou substancializa a lógica e o espírito da própria cultura constitucional daquele país.

Na medida em que esses valores são entrincheirados na constituição, a eventual dissonância entre o texto e a realidade política torna-se problemática, tanto para a doutrina constitucional quanto para os cidadãos a quem essas normas se dirigem.⁸² É certo que nenhum sistema político é capaz de alcançar o nível de igualar

⁸¹ Albert (2013:241-242) cita o papel das cortes em estabelecer de forma informal e flexível uma escala de normas constitucionais, seja a partir do balanceamento entre direitos, seja pela imunização ao emendamento, seja pelo nível do exame de constitucionalidade a que sujeita determinadas normas (se rígido, intermediário ou leve).

⁸² A título histórico, a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1936, funcionava apenas como cortina de fumaça: enquanto formalmente aparentava ser a mais centralizada em direitos do mundo e calcada na liberdade humana, na prática era o oposto. Conferir Benjamin R. Barber (1992), “Constitutional Rights – Democratic Instruments or Democratic Obstacle?” in Robert A. Licht (ed.), *The Framers and Fundamental Rights*, Washington, DC: AEI Press; Jan-Erik Lane (2011), *Constitutions and Political Theory*,

o texto escrito à realidade fática que o circunda. Como o sucesso da constituição não pode ser medido ou previsto no momento de sua fundação, a melhor hipótese é que ela se torne tão forte quanto seu compromisso e correspondência com a cultura constitucional em que se inscreve, formada pelos mais fundamentais valores e símbolos que expressa.

Essa cultura tanto preserva quanto transforma: protege e petrifica determinados valores – especialmente se em repúdio a determinado regime autoritário anterior, como forma de repúdio ao passado – e propõe-se a realizar e concretizar outros – como igualdade material e reparação a minorias.⁸³ Ela não precisa estar vinculada necessária e exclusivamente, portanto, a uma concepção originalista ou viva de constituição, desde que encontre correspondência com as visões que prevalecem na sociedade.

Na Alemanha, por exemplo, a dignidade humana é tida como o compromisso constitucional primário, central ou arquitetônico que informa a substância e espírito da ordem constitucional e que encontra paralelismo e harmonização com a interpretação e a aplicação que se lhes dão os poderes representativos, os juízes e a sociedade civil.

A mobilização coletiva direcionada ao processo jurídico-constitucional requer o compartilhamento de queixas consideradas injustas e o desenvolvimento de uma consciência de direitos violados e judicialmente reconhecidos. A tradução das reivindicações coletivas em direitos fundamentais permitiu aos movimentos sociais pela afirmação de negros e mulheres a construção de identidades sociais em busca de reconhecimento.

A expansão da consciência coletiva de direitos para incluir e legitimar os movimentos sociais no contínuo e dinâmico processo de disputa pela interpretação constitucional deve alcançar a mobilização de atores políticos representativos, sem a qual os atores coletivos se dividirão em conflitos entre as muitas variações de visões,

Manchester University Press. William Andrews (1963), *Constitutions and Constitutionalism*, New York: D Van Nostrand Company, nota que muitos regimes autoritários que adotam uma constituição escrita sem obedecer a um constitucionalismo manipula a linguagem de direitos para esconder e dissimular seu despotismo por trás de uma bonita e conveniente tela.

⁸³ A cultura constitucional não precisa estar vinculada necessária e exclusivamente a uma concepção originalista ou viva de constituição. O compromisso político com a dignidade humana na Lei Fundamental da Alemanha (1949) como valor constitucional primário, central ou arquitetônico que informa sua substância e princípio, encontra correspondência com a interpretação e aplicação que se lhe dá.

sentidos e convenções constitucionais que existem entre grupos e contextos sociais distintos (Andersen 2005).

Em análise da interação entre a disponibilidade de recursos e a organização de preferências e demandas, McCarthy e Zald (1977) desenharam parcialmente as bases para a mobilização competitiva na promoção de mudanças sociais: recursos financeiros, liderança, estrutura organizacional – inclusive com expertise advocatícia, expertise jurídica, envolvimento da mídia e amplo apoio de base.

Epp (1998) complementa que o giro para o uso do aparato judicial requer dos movimentos sociais apoio social substantivo, ao passo que McCammon (2015:131) destaca o ajuste das circunstâncias no ambiente político, o qual oferecerá oportunidades que ajudam a definir as estratégias e táticas a serem utilizadas. Meyer e Staggenborg (1996:1648), por sua vez, entendem que a resistência dos representantes eleitos às demandas populares reforçam a aproximação dos movimentos sociais às cortes.

É certo que diferentes fatores influenciam a definição de estratégias pelos movimentos sociais: a existência ou não de um sistema federalista e de um parlamento bicameral ou unicameral, bem como a configuração institucional do processo político, a amplitude do acesso às instituições judiciais, a receptividade das elites (judicial e empresarial, por exemplo) e da mídia.

Todas elas, no entanto, estão suscetíveis a mudanças – seja a cada recomposição da corte constitucional e do Poder Legislativo, seja pela interferência das mídias sociais; desse modo, importa a formação de uma cultura constitucional que possa fazer frente em cada um desses núcleos.

O entendimento comum que permeia o universo jurídico é de que os juízes não devem reparar ou voltar sua atenção aos movimentos sociais, de sorte que preservem sua independência a fim de melhor interpretar a lei. Entretanto, muitas vezes os juízes pretendem representar a vontade popular e sua compreensão da Constituição⁸⁴.

⁸⁴ You know, as courts and as judges in courts, we do care first and foremost about how we serve the public. And our report cards in the last analysis come from the public that we serve. And nothing could be more important than to look at that. Sometimes in the pressure of doing what judges have to do and running a tight ship in the courtroom and deciding though issues, we might forget that, in the last analysis, it is, after all, the public we serve and that we do care how the courts are perceived generally.” (O’Connor 1999:10).

Na esteira do movimento feminista, Reva Siegel (2006a) reflete sobre como a doutrina de igualdade de gênero que proíbe discriminação foi forjada no bojo da derrota da *Equal Rights Amendment* (ERA). Em apertada síntese, nos anos 70, o movimento feminista mobilizado conseguiu iniciar no Congresso o processo de emendamento formal da Constituição denominado ERA, que, em face de súbita e enérgica reação, não foi aprovada. Quando o Presidente Reagan apontou o juiz e professor alinhado ao Partido Republicano Robert Bork, que defendia a velha interpretação da 14^a Emenda, o Senado o rejeitou, sob forte pressão Democrata. Em seguida, a Suprema Corte conferiu nova interpretação à 14^a Emenda para proibir a discriminação de gênero.

Muito embora a emenda não tenha sido ratificada, a interação informal entre cidadãos e corte orientou uma mudança constitucional altamente relevante. As mútuas reações e comunicações entre corte e sociedade civil vão muito além da adjudicação e da norma em xeque, abrangendo emendas fracassadas, audiências de confirmação no Senado, campanhas eleitorais, movimentos sociais, marchas e protestos com reivindicações constitucionais.

Esse cenário não é incomum, mas faltam ferramentas e estudos para explicar mudanças constitucionais assim, especialmente porque fundados em interpretações e significados advindos diretamente da sociedade civil organizada. Quando as interações entre os poderes e entre eles e a sociedade civil se desencontram – uma engrenagem toma uma direção enquanto a outra estagna – o *backlash* é inevitável. Nesse espaço de criação do direito constitucional, o conflito operado pelos movimentos sociais dentro da linguagem constitucional concebe novas formas de compreensão constitucional a partir da orientação da interpretação judicial da linguagem de textura aberta dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, Siegel (2006a) volta-se à exploração das mudanças constitucionais que emergem da interação ente cidadãos e intérprete – o que ela entende por *cultura constitucional*.⁸⁵ Como a autora explica, esse entendimento de

⁸⁵ “The Lecture employs the term “constitutional culture” to refer to the understandings of role and practices of argument that guide interactions among citizens and officials in matters concerning the Constitution’s meaning. The Lecture does not use the concept of constitutional culture as some in constitutional theory employ it: as social values relevant to matters of constitutional law that an official engaged in responsive interpretation incorporates into the fabric of constitutional law. Rather than focus on officials as change-agents, I employ the concept of constitutional culture to explore how changes in constitutional understandings

que o significado da Constituição manifesta-se a partir de interações entre membros da *polity* e intérpretes tem origem na concepção de *jurisgênese* de Robert Cover: “although the state is not necessarily the creator of legal meaning, the creative process is collective or social” (COVER, 1982, pp. 11-19). Para o autor, o poder representativo é somente um entre vários concorrentes na criação e implementação da norma, ao passo em que grupos excluídos do processo político podem participar do processo criativo de normas.

Essas interações informais exigem uma justificação mais complexa sobre a forma de autoridade e argumento empregado pelos cidadãos e pelos intérpretes, muito embora sejam mais encaradas como julgamento prático do que teórico e crucial para assegurar a autoridade democrática da Constituição. Para Siegel (2006a:1325-1326), a autoridade da Constituição sustenta-se não só em práticas de deferência, mas também na auto-identificação dos cidadãos como autoridades, i.e, como criadores do direito.

O quadro proposto representa, ao fim e ao cabo, uma desestabilização da distinção entre política e direito, na medida em que empodera cidadãos e intérpretes a fazerem política constitucional e agirem como agentes de mudança e/ou favorecerem ou obstruírem ameaças ao *status quo*. Num país onde a mudança constitucional recente mais significativa veio por meio de processos informais, a confiança na autoridade da Constituição tem sido reforçada em meio aos mais intensos confrontos sociais.⁸⁶

Se isso deve acontecer ou não, Reva Siegel passa ao largo do debate. Sua atenção volta-se para o fato de que a reação e a deliberação popular sobre questões constitucionais orientam a atuação do intérprete constitucional e promovem uma ligação entre cidadãos e a Constituição, buscando sugerir que essa abertura a mudanças informais são convidativas ao engajamento e a formas de solidariedade em sentidos que o mero processo formal não consegue ser.

emerge from the interaction of citizens and officials. In this usage, constitutional culture shapes both popular and professional claims about the Constitution and enables the forms of communication and deliberative engagement among citizens and officials that dynamically sustain the Constitution’s democratic authority in history.” (Siegel 2006a, p. 1325)

⁸⁶ “A funny thing happened to Americans on the way to the twenty-first century. We have lost our ability to write down our new constitutional commitments in the old-fashioned way. This is no small problem for a country that imagines itself living under a written Constitution.” (Ackerman 2007:1741).

A busca por persuasão pública confere aos movimentos sociais razões e incentivos para responderem a seus opositores, de modo a satisfazer a condição de consenso ou a enfrentar princípios tradicionais.

Ao considerar os profundos dissensos que permeiam as sociedades atuais, Bruce Ackerman percebe como muitos não serão resolvidos por meio de legislação (ou revisão) constitucional e nota como as reformas judiciais têm servido como grande caminho para as mudanças fundamentais marcadas pelo *living Constitution*, a partir da franca e deliberada atuação dos movimentos ativistas (e partidários).

Ackerman (2007) constrói sua doutrina a partir do estudo do que considera oito ciclos de soberania popular na história da Constituição norte-americana, segundo um padrão movimento-partido-presidência: o movimento alcança um partido por meio de políticos convictos em uma mudança fundamental e, por fim, a presidência, mobilizando uma coalizão no Congresso em apoio à sua legislação balizadora e ganhando a confirmação de juízes adeptos ao movimento.

Na leitura ackermaniana, a compreensão do que ele denomina “constituição viva” parte desse pressuposto de que a expansão orgânica do cânon constitucional é essencial para a criatividade constitucional para além do maquinário. Os cidadãos deram causa a revoluções constitucionais tanto quanto as gerações “formais” de Washington e Lincoln, conduzidos por movimentos deferidos pela Corte. Ao fim e ao cabo, a soberania popular não está adormecida, mas permanece uma força ativa; embora um Poder possa sinalizar o levantamento de uma nova agenda constitucional, ao menos um outro funcionará como *freio* entre poder transformativo e conservador, imputando fardo da persuasão para continuar vencendo eleições por tempo suficiente para ganhar o controle dos três Poderes e alcançar o rompimento constitucional na forma de leis balizadoras e super-precedentes⁸⁷.

Diversos movimentos estão constantemente tentando lançar sua agenda constitucional no centro do debate popular. Nenhuma grande decisão ou lei é fruto de um momento singular, mas de um processo que pode levar décadas.

2.5 Desfecho

⁸⁷ Balkin / Levinson (2001) enfatizam a importância de capturar os 3 Poderes e dominá-los por um período.

O segundo capítulo faz uma leitura mais abrangente dos impactos da litigância constitucional em casos de interesse público, tanto nos discursos e símbolos culturais que expressam os principais valores da sociedade, quanto por seu diálogo com a burocracia administrativa e pela visibilização de minorias e grupos vulneráveis.

Cortes importam e seus inputs argumentativos e deliberativos energizam a esfera pública política, contribuindo para a consolidação de uma cultura constitucional na ordem democrática que ultrapassa o âmbito das cortes e é alimentada por atores constitucionais formais e informais.

A abertura do constitucionalismo para legitimar uma coautoria constitucional realizada por atores excluídos da política ordinária. O argumento essencial que se procurou desenvolver é de que a expansão da cultura constitucional permite a participação e o engajamento de grupos vulneráveis e minorias insulares na realização cotidiana de política constitucional, sem que precise esperar por novos momentos extraordinários de crise ou de transição para que sejam ouvidos.

Diante disso, o capítulo três reflete diretamente sobre o redirecionamento da expectativa por transformação social para um desses novos atores: os movimentos sociais, cuja atuação, como visto até aqui, é central e impactante, mas, não obstante, permanece às margens da doutrina constitucional.

CAPÍTULO 3: EXPECTATIVA REDIRECIONADA: MOVIMENTOS SOCIAIS E COAUTORIA CONSTITUCIONAL

“Por isto se diz que os direitos humanos não se confundem com as declarações que pretendem contê-los, com as ideias filosóficas que se propõem fundamentá-los, com os valores a que eles se referem ou mesmo com as instituições nas quais se busca representá-los. Os direitos humanos são as lutas sociais concretas da experiência de humanização. São, em síntese, o ensaio de positivação a liberdade conscientizada e conquistada no processo de criação das sociedades, na trajetória emancipatória do homem.” (Sousa Júnior 2000:245)

3.1 Introdução

A segunda metade do século XX foi marcada por um profundo processo de transformação na auto-compreensão das sociedades modernas. Os paradigmas hegemônicos de mudança focados no estado desintegraram-se para incluir formas contemporâneas de ação coletiva, conferindo espaço às diferentes esferas públicas ligadas à cultura, ao direito e às associações de base ligados às instituições públicas.

O conceito de movimento social costuma ser demarcado dentro da separação das esferas sociais política-econômica-social⁸⁸. A primeira produz leis, decisões judiciais e atos administrativos; a segunda, bens e serviços; a terceira, atividades religiosas, fraternais, grupos e organizações. Os movimentos sociais são, assim, associações difusas de indivíduos dentro da sociedade civil, unidos por crenças, ideologias, valores ou identidades. Eles são criados por organizações e vice-versa e, por vezes, podem tornar-se um partido político.

Cohen e Arato (1992) produzem uma teorização voltada à sociedade civil. Segundo os autores, a teoria política contemporânea passa a enfatizar a categorização da sociedade civil englobando múltiplos atores relevantes com vistas a superar debates antigos antinômicos, como o debate entre o liberalismo orientado a direitos e o comunitarismo, ou entre o *welfare state* e o anti-estatismo neoconservador. O

⁸⁸ Para mais fundamentos sobre os movimentos sociais e estrutura de oportunidade político-jurídica a partir da ciência política e sociologia conferir: McAdam et al 1999; Meyer and Minkoff 2004; Tarrow 1998; Kitschelt 1986; sobre estruturas de oportunidade jurídica: Hilson 2002; Wison and Cordero 2006, Vanhala 2012.

renascimento da sociedade civil sob nova roupagem que combina o compromisso de movimentos sociais com o arranjo institucional mantém a cultura política viva. Nessa concepção de sociedade civil, os direitos não asseguram somente liberdades negativas de indivíduos desconectados, mas também a interação comunicativa sem controle estatal nas esferas públicas e privadas da sociedade civil. Os direitos morais não são, pois, exclusivamente privados ou apolíticos, mas direitos de comunicação, reunião e associação, constituindo as esferas públicas e associativas da sociedade civil enquanto esferas de liberdade positiva em que os cidadãos debatem coletivamente, afirmam novos direitos e exercem influência no arranjo institucional.

Os movimentos sociais contemporâneos constituem, assim, o elemento dinâmico capaz de realizar o potencial contido na sociedade civil; se esta é o reino social da criação de normas, identidades, instituições e relações de dominação e resistência e o domínio das lutas, espaços públicos e processos políticos e judiciais, aqueles são seus personagens principais, com atuação consistente na capacidade de agregação, coordenação e representação de interesses em embates entre adversários institucionais e sociais.⁸⁹

3.2 A canalização dos movimentos sociais pelo direito constitucional

Parte dos maiores problemas políticos atuais – como se vê dos casos relatados no capítulo primeiro, dizem respeito à vida privada: reprodução, sexualidade, identidade e morte. Os movimentos sociais contemporâneos que se voltam para as cortes constitucionais procuram res-significar as fronteiras entre público e privado. Seu diferencial concentra-se menos no repertório de ações e mais na consciência de grupo, solidariedade e auto-identificação como atores de política constitucional. O movimento feminista, por exemplo, tomou diversas vias políticas ao longo das últimas quatro décadas, mobilizando grupos jovens e menos articulados em universidades espalhando a consciência feminina e grupos mais velhos voltados às influências no sistema político. O compartilhamento da consciência feminina permitiu

⁸⁹ Pesquisa recente aponta para a extraordinária e sistemática centralidade dos movimentos sociais no universo contemporâneo da sociedade civil. O balanço das últimas décadas revela o processo de institucionalização, visibilidade e normalização de formas de ação coletiva e o consequente protagonismo dos movimentos sociais na transformação social. (Lavalle / Castello / Bichir 2004).

a utilização de largo espectro de estratégias – desde partidos políticos e lobby legislativo, a litígio constitucional e processo de emenda constitucional – sem perder a identidade e a solidariedade.

Embora não haja consenso sobre eles, pode-se afirmar que partem de ações coletivas estratégicas em espaços públicos, instituições sociais (imprensa, mídia de massa), políticas representativas e judiciais, sem diferença fundamental entre elas. Eles estão mais preocupados em defender espaços de criação de novas identidades e solidariedades, buscando enxergar-se como os próprios agentes influenciadores, e menos com a profissionalização. A raiz remonta ao sucesso dos *civil rights movement* nos Estados Unidos das décadas de 60 e 70; as manifestações pacíficas, caminhadas pela liberdade e boicote foram usadas para influenciar a opinião pública e, assim, as cortes em todo o país, culminando no endereçamento de uma agenda legislativa. Os movimentos feminista e ambientalista que seguiram confirmaram como o litígio e o monitoramento junto às agências governamentais são eficientes quando aliados a uma visão de influência que engloba a opinião pública em geral.

Os resultados do *civil rights movement* não se restringiram à inclusão de grupos tradicionalmente excluídos, colocando em xeque estruturas tradicionais de dominação, exclusão e desigualdades fundadas em instituições sociais, normas, valores culturais, imaginário coletivo. A dupla abordagem de ação coletiva do movimento feminista revela essa política de influência nas instituições políticas e judiciais, bem como a política de identidade nas relações sociais.

Cohen & Arato (1992) deixam explícito como esses movimentos sociais contemporâneos enxergam a criação de identidades a partir do conflito social em torno da (re)interpretação e (res)significação de normas e enfrentamento institucional dentro de seu próprio arranjo. O movimento feminista, por exemplo, demandou a aplicação de padrões de justiça a todas as esferas da sociedade civil, incluindo a família e relações empregatícias.

Os movimentos sociais têm sido uma engrenagem relevante na dinâmica constitucional já há algumas décadas. O significado moderno da *Equal Protection Clause* no direito constitucional norte-americano deve-se muito mais à influência dos direitos civis conquistados do que à intenção original dos Pais Fundadores, por exemplo. Dentro da perspectiva do direito, três teorias dos movimentos sociais se sobressaem: (i) mudança cultural, voltada à evolução das normas sociais e sua

interação com os movimentos sociais; (ii) mobilização de recursos, voltada ao mapeamento da origem, dinâmica e participação popular nos movimentos sociais; (iii) processo político, voltada aos contextos institucionais em desenvolvimento (Eskridge, Jr. 2001:420).

As normas usualmente colocadas em xeque pelos movimentos sociais estão constitucionalizadas ou codificadas; uma vez rejeitadas ou resistidas, a ação espontânea por grupos é seguida pela formação de costumes, organizações e instituições que, por sua vez, formam um movimento político. Assim, os movimentos sociais não podem ser completamente compreendidos sem superar a clássica separação das esferas político-jurídica e social; direito e sociedade estão interconectados e ambos oferecem a grupos minoritários incentivos e identidade, além de fóruns de resistência, a partir dos quais os movimentos tomam forma de massa. Nesse ponto, diferentes questões se abrem ao debate: qual deve ser o papel dos juízes na evolução dos movimentos sociais?

Diante de uma sociedade plural, a acomodação dos movimentos sociais pelas cortes demanda uma moderação das posições extremas e uma canalização do discurso em determinada direção a seguir, que pode tomar o caminho (i) do emendamento formal, a exemplo da Décima Oitava e Décima Nona Emendas norte-americanas, (ii) da dinamização da interpretação constitucional – responsável pela canalização de movimentos sociais desde o século XIX, como abolicionismo, a segunda onda do feminismo, movimento pelos direitos civis e pelos direitos LGBT e Nova Direita; e (iii) da alteração da estrutura da doutrina constitucional – as Emendas de Reconstrução não somente criaram novos direitos individuais, como também modificaram o princípio estruturador da doutrina constitucional: se antes ela era fundada na proteção da liberdade fundada no *laissez-faire* da Era Lochner (1905-1937)⁹⁰, *US v. Carolene Prods. Co.* (1938)⁹¹ modifica o foco de atuação da corte para a aplicação dos direitos individuais contra o Estado.

⁹⁰ Caso-paradigma no qual a Suprema Corte dos EUA afastou legislação trabalhista progressista que limitava jornadas de trabalho e regulava as condições sanitárias e ambientes e protegiam a saúde dos funcionários nos ambientes das padarias. O *Bakershop Act* era considerada uma conquista histórica dos sindicatos que promovia justiça social. Ao sustentar a liberdade de contrato, a Corte protegeu os direitos de propriedade e o liberalismo econômico a ponto de render-lhe o título de “Tribunal do *laissez-faire*. Essa doutrina predominou até 1936, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade do *National Industrail Recovery Act*, em *Shechter Poultry Cor. V. United States*.

Segundo Eskridge, Jr. (2001:505), *Carolene* foi, em grande medida, uma resposta ao movimento dos direitos civis, que representavam os interesses da *minoría discreta e insular* e suas reivindicações de sub-representação e preconceito. A institucionalização de política constitucional da Corte que prevaleceu por décadas culminou em super-precedentes que expuseram a sensibilidade e intercomunicação de cortes constitucionais com reações populares, sem perder a imagem de árbitro no processo político – e exponencialmente fortaleceram sua legitimidade e capital político.

Os movimentos sociais têm utilizado o *lawfare* a partir da multiplicação de arenas e espaços de conflito com o aumento de tratados internacionais de direitos humanos, julgamentos de cortes supranacionais, produção legislativa e políticas públicas a nível nacional. Tudo isso cria oportunidades políticas, recursos, vocabulário, fontes de identidade e símbolos que facilitam a organização e mobilização. Essa intersecção entre direitos humanos/direitos fundamentais e movimentos sociais é um campo fértil para a concretização do texto constitucional e sua conexão com a realidade subjacente. Um de seus impactos mais perceptíveis é a multiplicação de fóruns nacionais e internacionais onde movimentos sociais interagem entre si, com a mídia e instituições, desenvolvem redes de relacionamento, captam recursos e traçam estratégias para avançar no *lawfare*.⁹²

⁹¹ A maior notoriedade dessa decisão decorre de sua nota de rodapé n. 4, redigida pelo autor da opinião da Corte, juiz Stone, que posicionou-se por um ativo controle judicial de leis para garantir direitos a partir da tutela da Primeira Emenda e salvaguardar minorias: “It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial minorities ...: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” (Kermit L. Hall / James W. Ely (2009), *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press)

⁹² Tsutsui / Wthitlinger/ Lim (2012) mapeiam uma série de estudos a respeito do impacto trazido pelo *lawfare* conduzido por movimentos sociais nessas quatro dimensões principais: oportunidade política, mobilização de recursos, enquadramento interpretativo e formação de cultural e identidade. A invocação dos tratados internacionais e normas constitucionais de direitos fundamentais conferem um sistema cultural que promove solidariedade, compromisso e legitimidade aos movimentos sociais. Povos indígenas no Japão, grupos feministas em países muçulmanos, castas marginalizadas na Índia e comunidades tradicionais na África conseguiram articular as violências sofridas e alcançaram as cortes para expor suas narrativas e reivindicar direitos.

Nesse sentido, os movimentos sociais conseguem moldar a política constitucional das cortes ao alterarem a compreensão de fundo do público e dos juízes, seja alcançando o sistema partidário, seja alterando a opinião pública – e especialmente das elites, seja pelo litígio constitucional.

As décadas seguintes assistiram ao avanço das agendas de igualdade para as minorias raciais e mulheres, aumentando o escopo das liberdades civis por meio de legislação e de emblemáticas decisões judiciais. O direito – particularmente instrumentalizado pela linguagem de direitos – desempenhou papel fundamental nessa transformação da própria sociedade. Balkin (2008:8) chega a afirmar que o direito não teria obtido êxito sem a mobilização política por trás; o direito teria refletido disputas e lutas políticas. Contudo, uma série de reações e contra-mobilizações provenientes de diferentes setores da sociedade se seguiram e o discurso de direitos foi manipulado também em sentido oposto.

3.3 Reivindicação da autoria constitucional pela esfera pública política

Um dos diversos fundamentos sobre os quais se assentam as constituições modernas é a ideia de que os cidadãos aderem a uma comunidade política de portadores de direitos que se reconhecem livres e iguais.

A autonomia dos destinatários do direito só tomará forma quando entenderem-se como autores das leis a que se submetem. O liberalismo recebeu fortes críticas por ignorar a igual procedência das autonomias privada e pública, no sentido de que os sujeitos de direito não podem desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia.

Essa concatenação entre Estado de Direito e democracia demanda que uma teoria dos direitos seja atravessada por uma política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo. Sem a atuação dos movimentos sociais, contudo, essa política tende a não acontecer. O caso do movimento feminista ilustra isso bem: somente mediante a ativação da autonomia da mulher enquanto cidadã de determinada comunidade política sua autonomia privada poderá ser assegurada. O universalismo dos direitos fundamentais não deve ser, pois, mal-interpretado para ignorar essa relação, ou a arena judicial diferenciada pela presença de direitos individuais em seu discurso continuará paternalista.

A consolidação da jurisdição constitucional nos Estados Unidos firmou-se no estabelecimento de dois importantes postulados a partir de *Marbury v. Madison*: a Constituição como legislação suprema decorre do exercício soberano do povo de seu direito original de determinar os princípios fundamentais pelos quais será governado; e as cortes funcionam como um domínio jurisdicional legítimo para resolver disputas sobre o significado da Constituição.

Tushnet (1999) acolhe o primeiro postulado, mas questiona o segundo, sob o argumento de que é preciso retirar a Constituição das cortes e devolvê-la ao povo; isso é, desconstruir o direito constitucional forjado nas elites togadas e erigido sobre decisões da Suprema Corte para abrir caminho para um direito constitucional “populista”, construído a partir do diálogo e interações entre grupos sociais.

Ao defender que cortes constitucionais comportam-se como instituições políticas e abalizadas pelos rumos eleitorais, Tushnet procura distribuir a responsabilidade constitucional de tal modo que as cortes não tenham qualquer peso normativo especial. Nesse espaço social aberto e dinâmico em disputa, a esfera pública surge como ponto de partida para a reconstrução de categorias crítico-normativas.

Habermas discerniu a esfera pública como fenômeno social elementar (1994:436) composto por uma estrutura comunicativa de experiências práticas, organizações sociais, estruturas simbólicas e cultura política. Literaturas de recorte universalista ou comunitarista, liberal ou republicano têm ressaltado os princípios morais e democráticos do conceito de esfera pública ligados à justiça, publicidade, igualdade, solidariedade, deliberação e participação (Melo 2015).

À medida que absorve processos políticos e sociais que carregam mudanças, a esfera pública amplia os espaços democráticos de participação política e confere voz a mobilizações de cidadãos impulsionadas por razões morais, éticas e/ou estratégicas. Seus objetivos não se opõem à democracia ou ao direito; ao contrário, pretendem radicalizá-la (Melo 2013) por meio da pluralização da representação e conquista e concretização de direitos.

Utilizar o conceito de esfera pública aqui significa, portanto, ultrapassar o engessamento dos contextos democráticos e, dentro da perspectiva crítica identificada nas pautas judiciais atuais de ações coletivas e temas voltados às desigualdades e

diferenças⁹³, reconhecer que a vida democrática se dá em todas as suas estruturas centrais e periféricas – partidos, grupos de interesse, movimentos sociais, mídias de massa e opinião pública – em conjunto com uma cultura de fundo.

A mudança de perspectiva teórica que se operou nos conflitos sociais na segunda metade do século XX abandona as velhas narrativas redistributivas de salário e propriedade para incorporar uma ordem mais propositiva que remete ao ativismo da sociedade civil e às reivindicações plurais dos movimentos sociais.⁹⁴

A conversão dessas teorias em práxis política na chave do reconhecimento ocorre de forma bem-sucedida porque os conflitos sociais emanam de experiências morais de violações de expectativas normativas que formam a identidade pessoal. O surgimento de um movimento passa a relacionar-se com a semântica coletiva que interpreta essas experiências.⁹⁵

Essas demandas e lutas por reconhecimento compõem-se principalmente pelas pautas do feminismo e direitos sexuais e reprodutivos; políticas de gênero, identidade e sexualidade; movimento LGBTQ+; movimentos indígenas; antirracistas; regionalistas; sociais urbanos; multiculturalistas ligados às minorias étnicas e culturais.

Habermas (2002:164) alerta para a tendência liberalista de mascarar minorias “inatas”, reconhecidas por óticas comunitaristas e da teoria do discurso. À ocasião da fundação do constitucionalismo moderno, um de seus postulados para o estabelecimento de constituições escritas era a concepção dos indivíduos como cidadãos ligados a uma comunidade de portadores de direitos livres e iguais.

⁹³ Houve uma multiplicação de pesquisas e estudos nas últimas décadas no Brasil a respeito da relação entre esfera pública e racismo [ver Costa et al. (2011). “Para além da inefetividade da lei: Estado de direito, esfera pública e antirracismo” in A. G. Lavallo (org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Ed. Unesp], gênero [M. Machado. et al. (2013) “Disputando a aplicação das leis: a constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos tribunais brasileiros”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 9] e participação dos movimentos sociais [J. S. L. Lopes / H. B. M. A. Heredia (orgs) (2014). *Movimentos sociais e esfera pública: o mundo da participação*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ.

⁹⁴ Diferentes autores se apropriaram do conceito de reconhecimento, mas sem necessariamente abdicar as reivindicações redistributivas ou mesmo subsumi-las às reivindicações por reconhecimento. Ver Young 1990; Taylor 2000; Fraser 2001; Benhabib 2002; Habermas 2002; Honneth 2003. Honneth (2003), em particular, encontra em Hegel a ideia de que o indivíduo só pode se formar e constituir sua identidade quando reconhecido intersubjetivamente, isso é, pelos demais membros da comunidade.

⁹⁵ Honneth (2003) assim organiza a gramática moral dos conflitos sociais: a articulação dos sentimentos morais em uma linguagem comum podem motivar as lutas sociais.

Nas arenas políticas, os embates travados se dão entre agentes organizados acerca de objetivos coletivos e distribuição de bens coletivos, e, diante dos novos interesses e mecanismos, o direito precisa adaptar-se às reivindicações de reconhecimento para identidades coletivas ou para formas de vida e tradições culturais diferentes.

A grande pergunta de Habermas (2002:231) é se a auto-compreensão liberal do Estado Democrático de Direito – e, por consequência, do cânone constitucional tradicional dominado por forças culturais do Atlântico Norte – é suficiente para dar conta dos novos direitos coletivos reivindicados.

Quando uma maioria impõe sua forma de vida a essas minorias, nega-lhes efetiva igualdade de direitos. Não somos indivíduos abstratos, desconexos ou alienados de nossas relações de origem. Ao tocar nessas questões ético-políticas culturalmente delicadas, o desenho institucional torna-se um mapa de rotas alternativas para chegar à inclusão sensível às diferenças, como a divisão federativa dos poderes, a descentralização das competências do Estado e, acima de tudo, as políticas públicas de equiparação e proteção.

Por um lado, o sistema dos direitos não pode ser formulado adequadamente se ignorar as diferentes formas e tradições de vida ou não articular a autonomia pública das minorias como pressuposto para sua autonomia privada. Os sujeitos de direito não exercem as mesmas liberdades enquanto não alcançarem o exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos de uma mesma organização política. Por outro lado, o multiculturalismo não deve dilacerar a sociedade em grupos culturais que não dialogam; antes, requer uma cultura política comum, mediada pela linguagem dos direitos e compromissos fundamentais de conduta numa arena comum.

Nessa concepção, o constitucionalismo não sobrevive sem uma luta por reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo em seus fundamentais espaços de construção e definição de identidade. E, para tanto, não se exige um modelo oposto de correção da concepção individualista-liberal do sistema de direitos, mas apenas sua realização atualizada e coerente, que, por sua vez, não se dará sem a mediação dos movimentos sociais e das disputas políticas (Habermas 2002:235).

O texto constitucional estabelece algumas formas institucionais e extra-institucionais de envolvimento popular nas mudanças que se operam por meio dos discursos e interpretações constitucionais. A primeira categoria contempla os fóruns

oficiais tradicionais mediados pelos poderes constituídos. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 no Brasil é, talvez, o momento histórico de maior energização social, engajamento cívico, articulação política e diálogo institucional do país.

As décadas de 1970 e 1980 foram fundamentais para a organização horizontal dos cidadãos, favorecendo o desenvolvimento de uma esfera cívica autônoma, onde os problemas do dia-a-dia nas comunidades e bairros periféricos tornaram-se questões temáticas – habitação, infraestrutura, serviços, conflitos fundiários, etc –, que, por sua vez, deram origem a uniões e movimentos – como União dos Movimentos de Moradia, Movimento Nacional de Luta pela Reforma Urbana (Holston 2013). Novas estratégias de mobilização e engajamento foram incentivadas (desde teatro de rua e produções musicais até fóruns e encontros de debate) e diretamente responsáveis pela facilitação da entrada da linguagem e direitos humanos.

A assistência jurídica das organizações não governamentais promoveu seminários e debates públicos para educar a população e suas organizações em relação ao processo constitucional sob quatro aspectos principais: a representatividade na Assembleia Nacional Constituinte comprometida com a encarnação de suas experiências, conflitos e necessidades; a organização de propostas e iniciativas populares; e a pressão para que as regras internas da Assembleia garantissem a escuta e a deliberação dessas propostas (o que veio a ser o artigo 24 do Regimento Interno⁹⁶); e, por fim, o monitoramento para sua aprovação – diversos grupos sociais organizaram caravanas e protestos nos gramados, nos corredores e nas galerias do

⁹⁶ “Fica assegurada, no prazo estabelecido no 1º do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições [...]”. Disponível em http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional, último acesso em 10 de novembro de 2018. Foram propostas, ao todo, 122 emendas populares que se encaixavam em todas as exigências, a partir de 288 organizações diferentes, que representavam todos os setores da sociedade. As 122 propostas foram apoiadas por mais de 12 milhões de assinaturas, que representavam cerca de 12% do eleitorado nacional. Houve significativas inovações na democracia participativa brasileira, como o envolvimento de associações representativas no planejamento municipal e a iniciativa popular de projetos de lei.

Congresso durante os dois anos de Convenção⁹⁷, além de assistirem à incorporação de muitas das propostas aos artigos finais. (Holston 2013).

No âmbito legislativo, a disputa eleitoral associada à pressão e ao lobby exercido por grupos de interesse para criar, votar e aprovar projetos de lei e emendas constitucionais é o caminho mais óbvio de engajamento popular. A interação que se dá nas eleições mediante proposição de agenda pelos candidatos e partidos políticos e os debates na mídia conferem visibilidade e identificação, especialmente nas eleições proporcionais, voltadas à correção de distorções majoritárias e à facilitação da representação das minorias.

As demais estratégias legislativas variam entre países, mas envolvem a iniciativa popular e, no processo de emendamento constitucional, a possibilidade de referendo e de eleições gerais entre a aprovação de uma casa e outra do Parlamento, como forma de controle indireto das propostas pendentes. O voto, contudo, não vincula diretamente os representantes eleitos e podem gerar distorções, que poderão ser corrigidas pela deferência à cultura constitucional ou pelos demais mecanismos, como a convocação de plebiscito e referendo.

Entre as possibilidades de participação dos movimentos sociais no âmbito executivo estão os convites ao engajamento em conferências nacionais, ouvidorias, consultas públicas, conselhos e comitês gestores de políticas públicas ligadas às agências administrativas e aos ministérios e secretarias em cada esfera do governo (Gomes 2016).⁹⁸

No Judiciário, a interação dos movimentos sociais pode se dar por meio da proposição de ações, participação em audiências públicas e manifestações como amigos da corte, além da expressão de apoio ou rejeição à indicação presidencial para compor a corte constitucional.

Em todos esses caminhos, a abordagem pessoal dos atores em seus gabinetes e escritórios, bem como o oferecimento ou a recusa de apoio social às instituições ou a seus

⁹⁷ Cinquenta anciãos da tribo Kayapós entoaram canções tradicionais e declamaram exigências dos povos indígenas; quinhentos ambientalistas encheram o Congresso com balões em forma de gotas de sangue em protesto à falta de patrulhamento marítimo, e organizaram passeata com balões de gás na forma de flor, de baleia e de filhote (Gomes 2016:77).

⁹⁸ No Brasil, o Decreto n. 8.243/2014 instituiu a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, que exigem da Administração Pública o envolvimento da sociedade civil na formulação, execução e monitoramento de seus programas.

atos e medidas, são, ainda, formas de luta e de interação. Todos esses atores são representantes públicos a seu modo e, portanto, responsivos à opinião pública.

Do lado extra-institucional, as principais rotas são a mutação constitucional⁹⁹ e a desobediência civil (Gomes 2016). No primeiro caso, a norma constitucional adquire novo significado sem que haja qualquer alteração em seu texto, a partir de mudanças ocorridas na sociedade. Esse instituto dinâmico é, sem dúvidas, difícil de ser identificado, mensurado e controlado; ele não começa nem acaba em um ato específico de autoridade, sendo impossível determinar apenas um agente responsável.¹⁰⁰

Gomes (2016:93-98) considera mais apropriada a abordagem de mecanismos por meio dos quais as transformações promovidas por forças sociais são absorvidas pelas instituições. Nesse processo, ela traça um caminho pelo qual os movimentos sociais provocam mutações constitucionais. Primeiro, eles criam um espaço discursivo que confira visibilidade a necessidades, identidades e interesses marginalizadas; são contra-discursos que evidenciem violências, proponham diferentes concepções de expressão e desejos, reinterpretem convenções sociais ou deem nome ao que antes era inominado, como “sexismo”, LGBTTQ+, “slut shaming” (inferiorização da mulher por seu comportamento sexual), etc. Nesse ponto, as disputas ganham narrativas, rostos, argumentos e teorizações. Em seguida, uma solidariedade é formada para provocar intervenções que confrontem e desestabilizem o sistema estabelecido e naturalizado. Isso pode ocorrer por diferentes mecanismos: *tying* – ligação entre duas situações para esclarecer algum objetivo, quando feministas

⁹⁹ O conceito de mutação constitucional primeiro se desenvolveu na doutrina germânica no século XIX, a partir da formulação de Paul Laband e Georg Jellinek. Inicialmente, o conceito era predominantemente ligado à vontade do constituinte e às vias estatais de geração de mudança (práticas parlamentares, administrativas e judiciais, desuso e preenchimento de lacunas constitucionais). Esse modelo recebeu muitas críticas a partir da crise do formalismo jurídico e sofreu diversas adaptações para ampliar as influências sociais. Para mais estudos históricos sobre o assunto, conferir Konrad Hesse (2009), “Limites da Mutação Constitucional” em Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva; Hs u Dau-Lin (1998), *Mutaci n de la Constitución*, tradu o de Pablo Lucas Verdu e Cristian F ster) Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública; Flávio Quinaud Pedron (2012), *Muta o constitucional na crise do positivismo jurídico*, Belo Horizonte: Arraes Editores; Georg Jellinek (1991), *Reforma y Mutaci n de la Constitución*, tradu o de Christian F ster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁰⁰ Outras denomina es para esse fenômeno são: processo informal de mudança, mudança constitucional, mudança material, processos oblíquos e vicissitude constitucional tácita (Botelho, Nadja Machado (2011), *Muta o Constitucional: a Constitui o Viva de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris).

norte-americanas lutaram pelos direitos civis a partir do direito à autodeterminação conquistado na Independência (*no taxation without representation*); *ambiguation* – apropriação pela vítima de um símbolo ou linguagem de opressão e violência, quando opositores ao nazismo passaram a usar a estrela amarela que identificava os judeus; a sensibilização por meio da cultura – quando programas de televisão criam identificação entre a população e as personagens.

A desobediência civil é comumente vista como uma das formas de expressão do direito de resistência, o qual garante a possibilidade de lutar para fazer cumprir direitos básicos (geralmente associados aos de primeira geração, como liberdade e igualdade formal). A literatura costuma contemplar duas possibilidades de prática: a objeção de consciência¹⁰¹ e a desobediência civil em sentido estrito, fundada no descumprimento de algumas obrigações legais que se consideram injustas. Os casos célebres de Henry David Thoreau, Mahatma Gandhi, Martin Luther King, Jr., e Rosa Parks ilustram bem a potencialidade de transformação social nesse instituto.

No século XIX, Thoreau sistematizou esse conceito no ensaio “Resistência ao governo civil” de 1849, postumamente renomeado para “Desobediência civil”, a partir da moralidade do indivíduo que se opõe à exploração do homem por um governo estabelecido.¹⁰² Ele mesmo recusou-se a pagar impostos como protesto à vigência da escravidão no sul dos Estados Unidos e à Guerra Mexicana-Americana¹⁰³. No século XX, Gandhi liderou uma resistência pacifista à colonização britânica, culminando na declaração de independência. Luther King adaptou o pacifismo para liderar o movimento dos direitos diante de um Estado segregacionista e violento. Nesse mesmo contexto, Parks recusou-se a ceder seu assento no ônibus a um branco, atentando diretamente contra uma lei do Estado do Alabama. A partir desse ato, a comunidade negra organizou um boicote ao transporte público por meio de caronas voluntárias e táxis a preços reduzidos; com o apoio financeiro de igrejas protestantes,

¹⁰¹ Associado a princípios morais e religiosos, opera no plano individual, ao contrário da desobediência civil. A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 25º, VIII, a possibilidade de seu exercício: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

¹⁰² O tema foi inicialmente trabalhado em peça de Sófocles na Grécia Antiga e desenvolvido, na Idade Média por Tomás de Aquino, e na Idade Moderna por Thomas Hobbes e John Locke, mas em termos ainda muito primários. Ver Gomes (2016:98-100).

¹⁰³ Ver Andrew Kirk. *A desobediência civil de Thoreau*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

o boicote perdurou por mais de um ano, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade da lei estadual segregacionista¹⁰⁴¹⁰⁵.

Há bastante divergência doutrinária acerca da desobediência civil, mas, a rigor, ela é ilegal. Por definição, é considerada um ato público, não violento, e que reafirma a fidelidade dos dissidentes à ordem constitucional não obstante¹⁰⁶.

No pensamento de John Rawls (2005:364), ela pode ser considerada legítima quando fundamentada no princípio da justiça, isso é, para confrontar o senso de (in)justiça da maioria, que estaria violando de forma clara e substancial os princípios de cooperação social entre homens livres e iguais. Ademais, ela deve ser adotada como último recurso, com moderação (de modo a preservar a ordem constitucional) e levando em conta cálculo estratégico dos prejuízos provocados por reação contrária, para que não sejam maiores do que os benefícios aos dissidentes (Rawls 2005:373-376).

Roberto Gargarella estende a possibilidade de exercício da desobediência civil para contemplar, além da privação de direitos básicos, a possibilidade de alienação de grupos da esfera pública, que se veem impedidos de serem ouvidos. Ele propõe, então, outros parâmetros para a legitimidade do ato: relação causal entre a ordem e a violação; mútuo respeito entre as partes; vínculo restritivo entre a desobediência e a norma ou ato questionado; proporcionalidade entre o ato e os prejuízos à comunidade.

Diante dessas duas concepções mais atuais, Gomes (2016:102-106) faz importante defesa da interação entre a desobediência civil e os valores da democracia constitucional, como forma de potencializar seus efeitos. A avaliação da legitimidade das ações de desobediência civil deve seguir as nuances do caso concreto. Mas, para isso, é preciso que, antes, ela se torne uma reivindicação constitucional legítima.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Browder v. Gayle* (1956).

¹⁰⁵ Diversos líderes do boicote sofreram violência direta por repressão policial e foram indiciados por conspiração. Luther King justificou a desobediência, em sua *Carta da Prisão de Birmingham*, na injustiça das leis segregacionistas. Carta disponível em https://www.africa.upenn.edu/Articles_Gen/Letter_Birmingham.html, último acesso em 1º de novembro de 2018.

¹⁰⁶ Rawls 2005:365-366.

¹⁰⁷ O Brasil é um caso exemplar de marginalização e criminalização desses atos. O pequeno volume de literatura disponível disposta a destrinchar o tema da desobediência civil e analisar os casos em que dissidentes e movimentos sociais se propõem a exercê-lo reforça o alto nível de preconceito, intolerância e repressão que lhes são imputados. Cabe à teoria constitucional dialogar de forma mais aberta e intencional com o instituto da desobediência civil a partir da investigação do papel desempenhado por ele ao redor do mundo e em diferentes épocas. Esse esforço permitirá a construção de um quadro normativo mais robusto que valide e legitime

Na história constitucional norte-americana, a jurisprudência da Suprema Corte no “New Deal” costuma ser afirmada como exemplo de condução de grandes mudanças constitucionais por via informal. Trata-se, contudo, de um enorme poder discricionário conferido às cortes¹⁰⁸, em face do alto grau de generalização das normas que interpretam.

Há de se reforçar a cultura constitucional pela legitimação de novos atores no processo constitucional. A participação popular é vista como um contrapeso às elites política e jurídica e pode vir a ser o sinalizador da última palavra. Nesse contexto, importa entender como identificar a vontade popular em assuntos constitucionais e aqui as cortes parecem desempenhar seu papel. Talvez não seja coincidência que a defesa do envolvimento popular no desenvolvimento constitucional se dê em ordens nas quais o judiciário desempenha papel fundamental na garantia do constitucionalismo (Contiades and Fotiadou 2013:430-432).

3.4 Fundamentos democráticos de um constitucionalismo difuso

“Americans value citizen participation in constitutional debate as a good that is independent of constitutional lawmaking, as well as a prelude to it. This is because democracy is not simply a procedure for preference aggregation or dispute resolution. Democracy is a form of social organization that values participant engagement in collective deliberation. Collective deliberation helps establish what things mean and why they matter. Collective deliberation is thus useful, not only as a procedure for deciding how to act, but also as a practice for articulating who we are. Collective deliberation forges the meanings through which individuals and communities can express identity, and infuse practical questions with symbolic significance so that they provide occasions for individuals and communities to vindicate values through which they define themselves. For this reason, direct popular engagement in constitutional deliberation infuses collective life with the kinds of meaning that help constitute a community as a community. (SIEGEL, 2006a:1341).

não só o ato, mas também seus praticantes, inclusive e predominantemente na disputa por interpretações, significados e sentidos constitucionais.

¹⁰⁸ Ver Donald P. Kommers (1994). The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?, *J Contemp Health L & Pol'y* 1(10).

Até aqui, tenho dado indícios de uma defesa consistente do permanente e aberto processo deliberativo como condição de realização de uma democracia constitucional responsiva às necessidades sociais.

O modelo democrático tradicional, fundado nos postulados de autogoverno, pluralismo e agregação de interesses particulares pela regra da maioria, mantém como foco a manifestação individual auto-interessada exercida pela escolha racional e estratégica manifestada no voto. Várias teorias da democracia assumem essa concepção em que os interesses e as preferências pessoais são dadas: a utilitarista, a elitista, a pluralista e a consensualista¹⁰⁹.

Desenvolvimentos mais recentes da filosofia política têm questionado essa racionalidade a partir de uma perspectiva de democracia que transforma as preferências pessoais. Nela, política não se dissocia de julgamentos, inclinações e responsabilidades morais. Os principais mecanismos de transformação são soberania popular, aspirações perfeccionistas e deliberação pública¹¹⁰.

Ao longo desse trabalho, procurei deixar em destaque as complexas interações e diálogos sociais travados nos espaços públicos e a pluralidade de identidades e discursos nas sociedades contemporâneas, pelo que fundamental o enquadramento deste trabalho em leituras atuais de democracia, particularmente no modelo deliberativo desenhado por Santiago Nino (1996).

Teorias deliberativas justificam a democracia nas vantagens oferecidas pelo diálogo: ele (i) desenvolve virtudes individuais, senso coletivo de comunidade e incentiva a expressão; (ii) permite que soluções e decisões políticas contemplem

¹⁰⁹ A teoria consensualista é a mais antiga justificação de democracia e está particularmente baseada nas noções de soberania, autogoverno e dignidade individual; sua maior expressão moderna é John Rawls. A abordagem utilitarista justifica a democracia pela maximização da felicidade, do prazer ou da autonomia pessoal. A visão elitista encontra maior expressão na teoria de Schumpeter, para quem a democracia se justifica enquanto sistema institucional pelo qual alguns indivíduos recebem poder de decisão por meio da competição eleitoral. O pluralismo contribui com essa visão ao introduzir grupos ou facções como atores principais e unidades autônomas na competição política em lugar dos indivíduos; ele encontrou destacada expressão na poliarquia desenhada por Robert Dahl. Todas elas sucumbem à inabilidade em transformar preferência pessoais em moralmente aceitáveis. Para mais críticas a cada uma, ver Nino 1996.

¹¹⁰ A justificativa mais tradicional de democracia vê nela o único sistema que garante o autogoverno, a partir de uma concepção orgânica e coletivista de povo. A concepção perfeccionista de democracia pretende promover virtudes individuais, como auto-realização e solidariedade social. As preferências individuais são transformadas por meio do desenvolvimento moral e cívico do indivíduo. Para críticas particulares, ver Nino 1996.

também os grupos perdedores; (iii) promove iluminação recíproca entre os participantes, bem como aumenta suas perspectivas. Contudo, elas não estão livres de críticas: o diálogo pode (i) amplificar os preconceitos irrefletidos já existentes; (ii) polarizar e levar as opiniões ao extremo do espectro político; (iii) replicar informações sem reflexão individual em efeito cascata.¹¹¹

Essas críticas podem ser enfrentadas sem que rompa com a centralidade da deliberação; de maneira geral, o que se propõe é seu reforço pela abertura do processo deliberativo, de modo que não se privilegie um único discurso dominante a pretexto da neutralidade, e grupos marginalizados e emudecidos consigam desenvolver suas próprias narrativas e formas de expressão, inclusive nas relações privadas de poder.

Todas as vertentes das teorias dialógicas de democracia dedicam-se à distinção política/moral. Nino, particularmente, fundamenta o valor epistêmico da democracia nos princípios de moralidade social, delineados a partir das concepções filosóficas de John Rawls e Jürgen Habermas.

Rawls constrói sua teoria de justiça sob a perspectiva kantiana de que cada um é a própria autoridade epistêmica: fazemos julgamentos morais por meio de princípios unanimemente aceitos sob condições formais de imparcialidade, racionalidade, publicidade e finalidade. A essa racionalidade intersubjetiva Rawls acrescenta os benefícios acessórios da discussão pública, que restringe nossa parcialidade, amplia nossas perspectivas e nos permite corrigir erros, contribuindo, assim, para a correção das soluções oferecidas pelo procedimento democrático.

Habermas justifica os julgamentos morais na prática social de discursos e trocas interpessoais que se dão no mundo da vida; eles são válidos na medida em que assentidos pela comunidade a que se destinam. O curso de ação individual é orientado ao outro: a autoridade moral não é monológica, como em Rawls, mas requer um esforço cooperativo para atingir um compromisso por meio de um balanceamento entre interesses particulares conflitantes. São as interações comunicativas que formam a discussão pública e que acessam o julgamento moral; a ação comunicativa não gera normas justas, mas testa a validade das normas propostas.

Se a tese de Rawls leva a um elitismo moral e a de Habermas a um elitismo populista, Nino tenta construir um modelo epistêmico combinando o melhor de cada uma. As formas de participação individual auto-interessada (barganha e expressão de

¹¹¹ Gomes 2016:146.

emoções) só adquirem impacto benéfico no valor moral da democracia por meio da argumentação, a qual envolve abertura ao conhecimento profundo dos interesses do outro. Ampla maioria não significa correção ou justiça, e erros lógicos e factuais de uma maioria só serão conhecidos e corrigidos quando houver um esforço individual em participar do processo democrático de discussão coletiva.

Nino (1996:128-130) prevê algumas condições para a realização do valor epistêmico da democracia: (i) participação de todos os interessados nos processos de discussão e decisão em igual consideração e livre de coerção; interessados capazes de expressar seus interesses e justificá-los pela argumentação e proposições normativas; (iii) ausência de minorias insulares; (iv) controle das emoções populares que distorçam julgamentos. Segundo Nino, o valor epistêmico da democracia é fortalecido à medida que essas condições são atendidas, o que justifica não só a existência de democracias que as preencham somente em parte, mas também mecanismos que busquem reformá-las. Os nítidos desafios à inclusão e à participação das minorias, portanto, podem ser corrigidos pelos fundamentos deliberativos de um constitucionalismo difuso (Gomes 2016), que oferece valores substantivos para justificar a democracia.

O reconhecimento de direitos que opera pelo processo democrático supera a tensão entre direito (“constituição de direitos”) e política (“constituição de poder”) porque não competem entre si. A concretização de uma constituição de direitos é a própria justificativa dos processos de tomada de decisão coletiva, ao mesmo tempo em que a garantia de uma constituição de poder oferece razões para acreditar que determinados direitos fundamentais estão estabelecidos como pré-condições ao processo democrático. Não há primazia entre elas¹¹²

Ambas as constituições se encontram no momento fundacional de uma constituição histórica, que pode estar muito ou pouco próxima às concepções ideais de direitos e de democracia. Mas ela não é estática e deve dar conta das mudanças que acontecem na sociedade ao longo do tempo. O povo localizado no tempo-espaço daquela comunidade política muda, e com ele mudam suas preferências, seus interesses, suas crenças e as justificativas para seus discursos político-sociais.¹¹³

¹¹² Nino ilustra essa relação como regar o jardim e ter a grama verde (1996:136-140).

¹¹³ Nino propõe integrar essas reformulações a decisões democráticas pretéritas tomadas naquele mesmo contexto, de modo a preservar o momento constitucional bem-sucedido (1996:151).

Como vimos ao longo deste trabalho e, particularmente neste tópico, o valor democrático está ligado à sua capacidade de conquistar direitos, o que acontece permanentemente por meio da participação qualificada no debate público (pela justificação de seus interesses em proposições normativas). Mas as interações sociais acontecem numa caminho cheio de curvas e retrocessos. No chão da vida, a multiplicidade de concepções, discursos e convenções sociais é em si mesma um desafio por vezes intransponível à harmonização de um consenso.

A crítica agonística à democracia deliberativa apresenta o conflito como constitutivo da própria democracia (Gomes 2016:148). Conceber a deliberação como um processo progressista ascendente obscurece essa realidade sob a máscara da neutralidade e reproduz sistemas de opressão e invisibilização de discursos. Em última instância, a realização do valor democrático não elimina o dissenso, não domestica a diferença e não necessariamente produz uma síntese.

A expansão da participação no processo democrático é o objetivo permanente da ação política e judicial¹¹⁴, mas ela acontece dentro da preservação da própria ordem, isso é, mediante reconhecimento e reforço dos espaços tradicionais de criação e aplicação do direito – particularmente na definição do sentido da constituição. Aqui, Gomes faz uma defesa consistente da democratização desses espaços, por meio da acessibilidade à linguagem, estrutura e operações de cada esfera do poder público (2016:151).

No âmbito eleitoral, Juliana Gomes defende a intervenção direta dos poderes públicos para garantir a realização do voto do preso provisório, cuja participação no processo eleitoral é ainda bastante reduzida. No âmbito administrativo, tribunais especializados e *ombudsmen* podem desempenhar papel relevante na acessibilidade e na compensação por violações a direitos. *Ombudsmen*, particularmente, apresentam um estilo cooperativo e dialógico que participa da elaboração de políticas públicas e recomenda compensações sem produzir tensões políticas ou *backlash*.

A abertura das cortes é particularmente desafiadora, porque tradicionalmente foram concebidas para serem técnicas e isoladas das pressões políticas e partidárias. A pretexto da exigência de justificação racional de suas decisões, as cortes construíram

¹¹⁴ “The goal must be full participation, otherwise the epistemic quality of the democratic process will remain weak and the democratic constitution will invariably be a “constitution of poverty” (Nino 1996:160).

seu poder e capital político por meio do distanciamento da realidade e do cidadão comum, retirando-lhes a possibilidade de agenda política e de autoria constitucional.

No contexto atual, sua democratização passa diretamente pelo acesso ao controle de constitucionalidade. No direito comparado, os atores mais bem-sucedidos são ligados aos fóruns oficiais (e mais particularmente o Executivo), em reforço ao monopólio interpretativo do Estado e da elite política. No Brasil, estudos indicam que a ampliação do rol de legitimados à ação constitucional não implicou democratização do acesso¹¹⁵. No caso de disputas nas quais o dissenso polariza a própria sociedade, esse distanciamento se aprofunda, porque o histórico aponta para a escolha de legitimados tradicionais cobertos pela máscara de neutralidade¹¹⁶.

Além da expansão formal do rol de legitimados à proposição de ações constitucionais, Juliana Gomes manifesta críticas ao distanciamento do STF que se dá também por meio da ausência de critérios objetivos e claros para a elaboração e divulgação da pauta de julgamentos e do agendamento de audiências com os ministros.

Diversos outros mecanismos podem democratizar a participação no processo constitucional, como a iniciativa popular para emenda e medidas estatais que impeçam repressões violentas às manifestações e protestos populares. A repressão policial viola direitos básicos e contribui para reforçar o preconceito e a deslegitimação dos movimentos sociais, sindicatos e organizações não-governamentais como atores sociais. Essas expressões democráticas difusas devem ser apoiadas e defendidas como meio legítimo de reivindicação de direitos e de interpretação constitucional.

As lutas sociais estão presentes na fundação do estado democrático de direito e são diretamente responsáveis por viradas linguísticas e teorizações filosóficas que reformularam princípios e concepções de justiça e de democracia para incluir noções de reconhecimento cultural e simbólico. A participação popular na Constituinte de 1987-88 no Brasil é certamente um exemplo sobre a eficácia do engajamento cívico

¹¹⁵ Juliana Gomes aponta para os casos da união homo-afetiva e do aborto de fetos anencéfalos: na fase de elaboração, diferentes movimentos sociais e entidades da sociedade civil representativas dos interesses em questão desempenharam participação ativa; na fase de proposição, optou-se por legitimados tradicionais com um mínimo de sucesso no STF para carregar a causa (2016:156).

¹¹⁶ Sobre o uso da argumentação no direito que diminui e deslegitima as minorias estigmatizadas, fundada em sentimentos de asco e vergonha, ver Nussbaum, Martha C. (2004), *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton: Princeton University Press.

na construção simbólica de uma cultura constitucional compartilhada, pela qual os cidadãos reforçam o valor deliberativo-argumentativo do processo democrático.

A interpretação constitucional difusa proposta por Juliana Gomes (2016) é uma releitura do constitucionalismo assentado nas vantagens de uma democracia deliberativa que não encerra o conflito e que abre o constitucionalismo às contribuições antes negligenciadas ou mesmo criminalizadas.

Mas se trata menos da formação de uma comunidade aberta de intérpretes que falem a mesma língua (Häberle 2002), e mais da legitimação de novas formas de comunicação e interação que promovam novas linguagens com fonte de valores e significados. As narrativas hegemônicas servirão aos interesses dos canais oficiais de interpretação e formam obstáculo à visibilidade de realidades ignoradas.

É preciso atentar para a cultura constitucional que circunda a ordem democrática e que justifica seus mecanismos. A abertura do constitucionalismo passa pela reivindicação da cultura constitucional para a inclusão de símbolos, imagens, lendas e estórias que rompam o silêncio e nomeiem o inominado¹¹⁷. A consciência de pertencimento a uma comunidade de autores constitucionais submete o processo político – decisões judiciais, atos legislativos, políticas públicas, interesses partidários – a seus padrões e critérios.

Uma constituição viva, que se renova e se atualiza, só é possível dentro de uma cultura que possibilite a comunicação entre os diferentes e entre os desiguais. James Holston (2013) narra casos brasileiros em que as organizações das periferias urbanas converteram a violência sofrida em diálogo de direitos e transformaram a reação (à polícia, aos órgãos da justiça) em pró-ação.¹¹⁸

Essa experiência inseriu os marginalizados na esfera pública, por meio da qual exigiram suas necessidades na linguagem de direitos básicos e reformularam sua relação com o Estado. Acima de tudo, ela forneceu aos moradores da periferia – em nível individual e coletivo – uma compreensão de si mesmos como portadores de

¹¹⁷ “Ao relatar histórias do passado de uma comunidade e de sua própria vida, um remanescente de quilombo pode conseguir expressar o porquê de um determinado território significar tanto para ele e seu grupo, contribuindo não apenas para entendimentos individuais, mas também para entendimentos coletivos e sociais acerca da questão dos territórios de quilombolas.” (Gomes 2016:166).

¹¹⁸ “Suas lutas para legitimar suas residências próprias, seus lares construídos e seus bairros, para refutar acusações de invasão e para validar sua posição de construtores da cidade produziram um envolvimento sem precedentes com a lei que tornou seus líderes confiantes o suficiente para enfrentar oficiais de justiça com argumentos legais.” (Holston 2013:304).

direitos, e de membros de uma comunidade democrática de direitos conquistados a partir dos espaços de comunicação e interações sociais.

Essa cultura constitucional que comunica a diferença no processo político e reforça o valor epistêmico da democracia é causa e é consequência do empoderamento dos indivíduos e comunidades marginalizadas. Essa experiência pode transformar a sociedade na medida em que permeia todos os espaços públicos e privados de interação e fornece parâmetros para atos estatais.

O que se pretende desenvolver no próximo capítulo são esses parâmetros pelos quais a democracia constitucional opera, para incluir pessoas comuns e mobilizações coletivas no processo de coautoria dos significados constitucionais. Exige-se, para tanto, a confiança no modelo democrático desenhado aqui, e uma educação cívica crítica que qualifique o engajamento argumentativo dos cidadãos em fóruns de razão pública.

A legitimação de movimentos sociais, clínicas em faculdades de direito, coletivos de estudantes universitários como atores de política constitucional energiza a sociedade tendente à inércia e enfrenta as fragilidades do engajamento cívico por meio da democratização do acesso à informação, à mídia, à cultura, à linguagem de direitos, ao processo eleitoral e aos procedimentos e operações dos poderes públicos. Gomes (2016:171) ressalta, ainda, a importância dos árbitros, do júri, da advocacia popular e da assessoria jurídica promovida pela Defensoria Pública e pelos Juizados Especiais.

O constitucionalismo difuso representa a apropriação autoral da cultura constitucional pelo cidadão comum na política ordinária, do dia-a-dia, nas interpretações que fazemos do texto constitucional ao lidarmos com agentes públicos, com as políticas públicas da burocracia administrativa, com organizações profissionais e sindicais, com grupos marginalizados do processo político ou na leitura de uma decisão judicial.

Transformação social acontece dentro das cortes e fora delas, mas sempre por meio da reivindicação autoral da cultura constitucional.

3.5 Desfecho

O argumento principal desenvolvido na terceira parte desta dissertação diz respeito às possibilidades que se abrem à ordem democrática na qual os movimentos sociais se tornam atores constitucionais. As cortes importam, mas sua função é servir mais como arena na mediação dos conflitos do que como ator primário de interpretação.

A reconstrução da literatura dos movimentos sociais contida na sociologia jurídica e nas ciências sociais revela como o direito constitucional não tem conseguido acompanhar os desenvolvimentos discursivos e normativos da esfera pública política nas sociedades contemporâneas. Ao mesmo tempo, a resistência e os obstáculos à atuação dos movimentos sociais insistem em deslegitimar essa nova configuração de forças.

O *lawfare* é certamente uma avenida para a consolidação da cultura constitucional. No entanto, esse capítulo deu indícios de como os movimentos sociais releem o texto constitucional a partir de suas próprias narrativas e experiências por meio de mecanismos extra-institucionais que carecem de reflexão doutrinária. A formulação adequada do direito constitucional requer um esforço para que as estruturas institucionais acolham as inflexões da sociedade civil e se abram para um diálogo cotidiano, informal e acessível.

O constitucionalismo difuso apresenta-se aqui como leitura alternativa da constituição que realiza o valor epistêmico da democracia: a participação qualificada de todos os interessados nos processos de decisão coletiva por meio da argumentação e proposição normativa, possibilitando a conquista de direitos que maximizem a própria participação.

Esse *framework* pretende energizar o engajamento cívico e promover uma solidariedade social em torno da cultura constitucional de direitos, permitindo a realização mais frequente de política constitucional que rearranja as instituições e discursos sociais sem que se pressuponha a ocorrência de revoluções, emergências nacionais ou transições de regimes.

O papel dos movimentos sociais é ainda mais forte nesse desenho, servindo como articulador dentro da cultura constitucional de direitos para o fortalecimento dos parâmetros à política constitucional transformativa que o próximo capítulo pretende desenvolver.

CAPÍTULO 4: PARÂMETROS PARA UMA POLÍTICA CONSTITUCIONAL TRANSFORMATIVA

4.1 Introdução

“Law, in addition to all the other things it does, tells stories about the culture that helped to shape it and which it in turn helps to shape: stories about who we are, where we came from, and where we are going”
[These stories] seem to have a powerful influence not only on how legal norms are invented and applied within that system, but on how facts are perceived and translated into the language and concepts of the law.”
(Glendon, 1987:8).

Nos capítulos anteriores, vimos que a mudança constitucional não ocorre episodicamente, como se à espera de eventos que a despertem da hibernação, ou exclusivamente em momentos constitucionais de altíssima articulação política, transformação social e engajamento cívico. Antes, a literatura constitucional tem desenvolvido uma narrativa fundada no conceito de mudança constitucional por meio das contínuas e fluidas interações entre texto constitucional, mecanismos formais e informais, atores políticos antagônicos e múltiplos centros de autoridade.

Muitos fatores ainda influenciam essa dinâmica, como a jurisdição constitucional e a tradição legal. Ambas têm sido desmistificadas: do mesmo modo que as constituições não são documentos sagrados, mas ferramentas acessíveis e eficazes de reivindicação diária, as reformas constitucionais não são um processo extraordinário, mas parte do mundo da vida.

A leitura de Sanford Levinson na segunda edição de *Constitutional Faith* (2013) a respeito da constituição estadunidense ilustra bem: a consciência coletiva de lá associa automaticamente os conceitos e entendimentos de nação, povo e constituição como emergentes de um mesmo ato fundacional. Esse agrupamento místico mantém a crença de que a constituição é a mesma, de 1787, enquanto outros países revisaram ou substituíram as suas. A reivindicação da constituição é situada no tempo-espaço e responde às compreensões, discursos e interpretações circulantes na

esfera pública. Ao fim e ao cabo, trata-se menos de uma fé no texto em si e mais na capacidade política da nação e de seus grupos sociais de se articularem e se ajustarem às circunstâncias reformulando, revisando e substituindo a constituição, tendo sempre em vista a concretização dos direitos fundamentais e a radicalização da democracia.

Tão indispensável quanto adaptável ou ressignificada, a constituição se insere num quadro de desenvolvimento cultural mais amplo. Sua relação com o tempo depende menos das regras de emendamento, rigidez e extensão do texto, e mais da identidade, cultura e história constitucionais em que se insere. Segundo Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou (2013:420), o imaginário constitucional compartilhado determina como os momentos constitucionais se desdobram. Desconsiderar parâmetros relacionados à história, cultura e identidade apenas acrescentaria contradições à análise.¹¹⁹

4.2 Política transformativa e momentos constitucionais

A mudança constitucional ocorre em momentos nos quais determinado(s) ator(es)-chave assume(m) o controle da narrativa e consegue(m) orientar a palavra final. Sua realização mais óbvia se dá no que Bruce Ackerman chama de “momentos constitucionais” ao investigar cuidadosamente a história da democracia constitucional norte-americana. Para o autor (1991:3-34), a tomada de decisões políticas ocorre em dois momentos: (a) os momentos constitucionais em que o povo decide – são extremamente raros e reformulam as definições e identidades coletivas da comunidade política; e (b) os momentos ordinários, nos quais os representantes auto-interessados decidem.¹²⁰

¹¹⁹ “Constitutional change may only be explained through historical accounts entailing politics, economy, culture, identity, religion, and social customs. The non-measurable context of historical evolution and constitutional identity identification over time [...] is where the answers with regard to constitutional change lie.” (Xenophon 2013:420).

¹²⁰ Para explorar a concepção dualista de democracia de Ackerman e o alcance de sua abordagem, ver: S. Choudhry (2008), “Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?”, *International Journal of Constitutional Law* 62(2); Sanford Levinson (1999), “Transitions”, *Yale Law Journal*, 108; A. Sajó (2005), “Constitution Without the Constitutional Moment: A View from the New Member States”, *International Journal of Constitutional Law* 3; Mark Tushnet (2005), “Misleading Metaphors in Comparative Constitutionalism: Moments and Enthusiasm”, *International Journal of Constitutional Law*, 3.

A configuração de um momento constitucional depende do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) o líder político precisa convencer parcela significativa da população com seriedade excepcional; (ii) à oposição é conferida justa oportunidade de organização e expressão; (iii) o líder político obtém apoio da maioria social ao final do processo de discussão pública.¹²¹

No entanto, dentre outras críticas¹²², a concepção dualista de Ackerman não contempla as manifestações de massa e a atuação dos movimentos sociais como capazes de promover momentos constitucionais para além daqueles contextos fundacionais. Como vimos ao longo deste trabalho, as mobilizações sociais tendem a repercutir paradoxalmente em ondas reacionárias que atingem os poderes públicos por meio das eleições gerais. Alguns exemplos recentes interessantes são o movimento *Occupy Wall Street*, nos Estados Unidos em 2011, e os protestos de junho, no Brasil em 2013.

A desmistificação do conceito de momentos constitucionais foi trabalhada por Rodrigo Mudrovitsch (2014) e Juliano Benvindo (2015).

O primeiro recorre à teoria política de Mangabeira Unger (2001), o qual faz interessante paralelo ao distinguir tipos de política realizada: (a) política excepcional e revolucionária, conduzida por líderes que conquistam ampla maioria em momentos especiais de crise democrática e mudança institucional; (b) política ordinária e marginal, caracterizada por ajustes redistributivos entre a classe política e a sociedade civil.

O convite político à reforma da sociedade, das instituições, das práticas e dos discursos abre espaço para um terceiro tipo de política: transformativa, que seria livre da ilusão de que qualquer transformação profunda na sociedade exigiria uma

¹²¹ Segundo Ackerman, três momentos na histórica constitucional norte-americana atendem a esses critérios: o fundacional, quando da elaboração da constituição; a reconstrução, quando a Décima-terceira e Décima-quarta emendas foram aprovadas em um contexto de pós-guerra sem aprovação autêntica das assembleias estaduais; o New Deal, que representa o nascimento da jurisprudência transformativa da Suprema Corte (199:266-290).

¹²² Jack M. Balkin / Sanford Levinson (2001), “Understanding the Constitutional Revolution”, *Va. L. R.* 1045(87); Walter D. Burnham (1999), “Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist confronts Bruce Ackerman’s We the People”, *Yale L. J.* 2237(108); Larry Kramer (1996), “What’s a Constitution For Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and the New Deal”, *Case W. Res. L. Rev.* 885(46); Daryl J. Levinson (2011), “Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment”, *Harvard L. Rev.* 657(124); Michael, J. Klarman (1992), “Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman’s Theory of Constitutional Moments”, *Stanford L. Rev.* 759(44).

revolução, crise institucional ou desastre. Seu objetivo é o gradual rearranjo das instituições e discursos sociais por meio de seu contínuo questionamento e submissão à imaginação e ao experimentalismo (Mudrovitsch 2014:24).

Nesse contexto, momentos não precisam estar necessariamente vinculados a uma revolução ou a um cenário mágico de solidariedade e engajamento cívico. Por definição, os critérios não podem identificar precisamente todos e somente os momentos constitucionais (Tushnet 1996). Como vimos, podemos ter uma visão menos ambiciosa do que configura transformação social ao mesmo tempo em que entendemos que reformas democráticas e constitucionais podem ocorrer fora dos momentos constitucionais ou da política revolucionária.

Benvindo, por sua vez, desafia os critérios normativos de Ackerman na medida em que os entende como compromissos políticos que apresentam riscos e fragilidades inerentes tanto quanto as grandes mobilizações sociais; essas fragilidades são a própria medida de possibilidade da democracia constitucional. Destituídos dessa aura mágica atribuída em grandes momentos fundacionais, esses momentos são tão reais e possíveis quanto os protestos.

Para construir esse argumento, Benvindo recorre ao significado performativo da constituição desenhado por Habermas (2001:775-776) ao analisar as contradições da democracia constitucional. Segundo Habermas, os compromissos políticos firmados por gerações anteriores são revistos e criticados por cada cidadão sempre que aplicam ou interpretam as normas constitucionais, permitindo sua releitura e atualização; ao fim e ao cabo, os compromissos políticos perduram não em razão de seu entrenchamento formal ou qualidades místicas que impeçam sua reavaliação, mas porque não houve solidariedade social organizada em torno de sua mudança

Ao fim e ao cabo, parece uma leitura demasiadamente condescendente com a narrativa de identidade nacional que ignora o comportamento político cotidiano dos cidadãos. A Constituinte de 1987-88 no Brasil, por exemplo, por mais energizada ou mágica que possa ter sido, era ainda uma promessa; com efeito simbólico de vinculação das gerações seguintes, mas ainda uma promessa que precisava ser sustentada por todos os por ela endereçados.

Essa concepção de momentos constitucionais ignora, ainda, os contextos de média dimensão, por assim dizer, em que a sociedade se encontra, por exemplo, sob recessão econômica ou em processo de mudança de maioria política. As interações

coordenadas da sociedade civil dentro da linguagem do direito constitucional, como visto no último capítulo, têm o condão de promover algum tipo de estabilidade no meio das mudanças que pretendem promover.

Esse conceito é apropriado por Benvindo para questionar a superioridade dos critérios ackermanianos para definir os momentos constitucionais. A constituição não reside em um único fundamento ou evento, mas, como intensamente debatido neste trabalho, está disposta a negociações, disputas, rearranjos e experimentações. No mesmo sentido, a democracia é composta por um processo de vai-e-volta entre grupos e maiorias. A estabilidade desse sistema dependerá de um compromisso continuado e compartilhado com a cultura constitucional e as necessidades sociais.

Nesse sentido, os momentos constitucionais importam menos pelo novo começo (e nova cultura constitucional) que instaura ou pela forte mobilização social que o engendra, e mais porque desvela a promessa da democracia constitucional. Nada garante o futuro ou a irrepetição do passado. Segundo Benvindo, a qualificação dos momentos constitucionais servem à revelação do contínuo processo de invenção e reinterpretação da constituição. Eles funcionam mais como enunciados performativos que não precisam ser tão raros ou extraordinários, justamente porque estão no paradoxal limite da democracia que se repete continuamente: sua própria desconstrução e reconstrução como medida de proteção e estabilidade¹²³.

Benvindo então analisa protestos de massa que tomaram o Brasil em junho de 2013 durante a Copa das Confederações como o principal exemplo empírico para seu argumento. Segundo o autor, essas mobilizações tiveram dimensão e participação nacional significativa, provocaram um imediato *backlash* conservador nas eleições gerais de 2014 e geraram acentuado sentimento e aprendizado constitucional. Seus efeitos são paradoxais, portanto, como de costume. Em igual sentido, o movimento *Occupy Wall Street* nos Estados Unidos em 2011, que pedia uma inclusão radical de novas formas de vida com ampla participação popular – confirmada pelo slogan “we are the 99%” referente ao aprofundamento das desigualdades e injustiças – terminou por polarizar as eleições subsequentes de 2012 e 2014, sem que houvesse consenso acerca das transformações reais e sociais da democracia.

¹²³ “Democracy protects itself and maintains itself precisely by limiting and threatening itself.” em Jacques Derrida (2005), “Rogues: Two Essays on Reason”, *Pascale-Ann Brault & Michael Naas* 36.

No entanto, ainda que não atendam os critérios normativos de Ackerman, esses movimentos promoveram interações entre indivíduos, coletividade e instituições que, no longo prazo, reforçam o núcleo da democracia¹²⁴. Seus resultados paradoxais mascaram a expressão discursiva e simbólica de valores e direitos cuja concretização torna-se vital à ordem constitucional. Mesmo que tenham dado causa contra-mobilizações, esses protestos de massa tornam-se parte de um momento constitucional em curso, de um processo mais amplo de “constitution-making” e de “constitution living” (Benvindo 2014:424).

Em obra mais recente¹²⁵, Ackerman procurou reinventar mecanismos cívicos que pudessem energizar a participação com vistas à ocorrência mais frequente de momentos de amplo interesse social na política, tal qual em momentos constitucionais. Além de desenvolver a consciência cívica individual e coletiva e promover ciclos de virtude, Ackerman pretende fortalecer arenas de dissenso na sociedade civil criando canais institucionais de comunicação social. Seu objetivo último é, sem dúvidas, aumentar a quantidade de política transformativa produzida ordinariamente (Mudrovitsch 2014). Mas a realização de política transformativa não precisa estar necessariamente vinculada a um fomento estatal direto que faça surgir uma solidariedade nos cidadãos; ela pode se dar a partir da noção de constitucionalismo difuso, que diz respeito à leitura cotidiana, abrangente, inclusiva e contínua da constituição (Gomes 2016:189)

A primeira década da nova ordem constitucional fundada em 1988 no Brasil assistiu à condução de emendas constitucionais e produção legislativa que promoveram profundos rearranjos institucionais, a exemplo da formação das agências reguladoras e da regulamentação da jurisdição constitucional pelas Leis n. 9.868 e 9.882 de 1998. Novos rearranjos discursivos significativos parecem ter seguido o caminho da interpretação constitucional, como foi o caso da autorização da realização do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e a regulamentação da união homoafetiva (ADPF 132).

¹²⁴ Diversos constitucionalistas resistem a essa leitura, como Cristiano Paixão et al. (2013), “Constituinte Exclusiva é Inconstitucional e Ilegítima, *Consultor Jurídico*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-24/constituente-reformapolitica-desnecessaria-perigosa> [<https://perma.cc/NY73-XBK8>], e Gustavo Binenbojn *idem*.

¹²⁵ *The Stakeholder Society* (1999), *Deliberation Day* (2004) e *Decline and Fall of the American Republic* (2010).

É certo que grande parte das políticas transformativas nas sociedades contemporâneas têm se dado nas arenas do direito constitucional, por meio de leis-macro e julgamentos emblemáticos, resultantes de complexa mobilização social. Sob essa ótica, Ackerman inclui essas formulações no que ele denomina cânone constitucional. Mas não se justifica no caso brasileiro, que, além de petrificar normas constitucionais que revelam o espírito e a lógica da constituição, possui um sistema de emendamento formal viável como rota de atualização do texto.

Defende-se, portanto, uma política transformativa que opere na linguagem dos direitos fundamentais e dentro dos momentos ordinários, permitido, como visto no tópico 4.2, pelo fortalecimento da cultura constitucional dentro e fora das cortes, a partir de mecanismos como acessibilidade linguística e informacional das instituições, democratização do processo eleitoral, dinamização do engajamento cívico, etc. O direito constitucional funciona aqui como mediador da democracia, na medida em que assegura seus pressupostos procedimentais e substantivos.

4.3 A moldura da cultura constitucional

“Collective deliberation constructs many of the practical questions that institutions of preference aggregation address; it infuses those practical questions with the kinds of symbolic significance that cause members of a polity to care about their disposition. It helps to forge the kinds of identity and attachment that would cause a population to participate in majoritarian processes.” (Siegel, 2006a:1341).

A leitura difusa da constituição é desejável principalmente por seu papel transformativo, na medida em que incorpora as disputas que se dão na sociedade pelo processo de formação das narrativas. Boaventura de Souza Santos ressalta que mesmo as identidades mais aparentemente inquestionáveis – tais como homem e mulher, país latino-americano ou país africano – carregam em si mesmas negociações de sentido e conflitos temporais: “identidades são, pois, identificações em curso” (1993:31).

As identidades coletivas e constitucionais permanecem em renegociação por meio de discursos argumentativos nas “zonas de contato” onde diferentes formas normativas de vida se encontram e colidem. Esses mundos normativos são constituídos de experiências e expectativas legítimas, de ordem econômica, social e

política, com postulações culturais que dão origem a novos significados políticos e jurídicos (Santos 2002).

Essas disputas não se reduzem ao momento fundacional da ordem constitucional; ele carrega em si mesmo o marco simbólico de um novo começo, mas não deve servir à uniformização dos projetos de vida. Por isso, conflitos altamente assimétricos permanecem em reprodução, como quando imigrantes ilegais ou refugiados tentam sobreviver em outro país, ou quando tribos indígenas ou etnias tradicionais tentam ocupar territórios e fazer-se ouvir perante culturas dominantes.¹²⁶

Assim como o povo não é uma ficção unitária e orgânica da qual emana uma vontade real hegemônica, a composição da cultura constitucional compartilhada pelos membros da comunidade política não pode desconsiderar a existência de interesses divergentes na sociedade, os quais, em muitas ocasiões, não encontram soluções simples ou síntese. A vontade do povo ou o bem-estar geral da nação são ficções aparentemente neutras que desconsideram a existência de grupos sociais excluídos do processo democrático. Muitas vezes, a diferença entre os mundos normativos é tão larga, ou eles estão tão distanciados, que a primeira tarefa parece ser encontrar uma linguagem comum de direitos dentro da cultura constitucional.

A cultura constitucional será, portanto, esse espaço entre zonas de contato incodificado que servirá como moldura normativa e cultural para experimentações, inovações e imaginações institucionais e discursivas.

As noções oferecidas pelo constitucionalismo difuso oferecem parâmetros para que se consolide a cultura constitucional como quadro normativo para as interações sociais; contudo, alguns desafios surgem de imediato: Quais os limites de cada zona de contato? Quem os define, interna e externamente? Qual o conteúdo da cultura constitucional e como ela canaliza os conflitos, ou como ela opera?

Primeiro, é preciso pensar uma leitura do constitucionalismo aberto ao questionamento de suas instituições e discursos, à absorção de novos sentidos e à adoção de narrativas marginalizadas.

¹²⁶ Santos (2002:22) formula quatro categorias para encaixar a operação desses conflitos: (i) violência, quando a cultura dominante reclama total controle da zona de contato e obtém legitimidade para marginalizar e mesmo destruir a cultura subalterna; (ii) coexistência, típica do sistema de *apartheid*, quando misturas são criminalizadas; (iii) reconciliação, sociabilidade baseada na justiça restaurativa, na compensação; (iv) “convivialidade”, uma reconciliação orientada ao futuro, que soma a compensação à afirmação cultural e ao compartilhamento de autoridade.

Os fundamentos de um constitucionalismo de interpretação, métodos de participação e mecanismos de efetivação e implementação difusos fortalece o senso coletivo de pertencimento e reforça o sentimento de que a constituição é acessível e está disposta a todas as disputas sociais; seu sentido, seus significados, suas interpretações estão disponíveis à “luta marcial” em diferentes arenas – institucionais e extra-institucionais – sem primazia ou prevalência para reivindicação de direitos, reconhecimento e diferenças.

Para tanto, e em segundo lugar, torna-se desejável a legitimação de novos atores constitucionais – movimentos sociais, coletivos universitários, minorias étnicas e discriminadas – nessas disputas de política constitucional, para que exponham seus argumentos e promovam o valor epistêmico da democracia deliberativa.¹²⁷

Mas seu empoderamento formal só será completamente realizado pela dignificação de suas organizações, pela acessibilidade (linguística e informacional) das instituições e pelo fortalecimento dos canais de comunicação entre elas, de modo que não sejam vistos como menos e sua participação não seja prejudicada. Sua atuação extra-institucional deve ser também encorajada, inclusive pela desobediência civil.

Esse cenário colabora para o terceiro parâmetro: a promoção da educação cívica desses atores para que operem na linguagem dos direitos contra os abusos do Estado, e o fortalecimento da solidariedade entre eles, retirando-lhes da inércia para reduzir os espaços temporais entre os momentos de energização social. Adquirida a autoconsciência de seu papel e de sua autoridade, a sociedade civil é energizada e a esfera pública política é apropriada por novos discursos e instituições com alto potencial transformativo dentro da política ordinária.

Em quarto lugar, todo esse desenho anterior serve à dinamização da política para que adquira caráter transformativo em sua produção cotidiana em todas as arenas, formais e informais. As forças sociais que buscam resultados substantivos e simbólicos, materiais e discursivos, em sentido conservador, reformador ou revolucionário, na posição de mobilização ou contra-mobilização, tornam-se

¹²⁷ Segundo Mendes (2013:162), o argumento pela legitimação de regras individualísticas de atores constitucionais – a exemplo da Suprema Corte da Índia ou da possibilidade de recursos de amparo à Corte Europeia de Direitos Humanos – apresenta contradição à concepção de uma corte deliberativa, na medida em que desqualifica a orientação da jurisdição constitucional ao desenvolvimento de princípios morais gerais.

diretamente responsáveis pela realização de política constitucional fora dos momentos constitucionais.

Aqui, exige-se uma análise jurídica menos ambiciosa e mais flexível quanto às condições de realização de transformação social, de tal sorte que se reconheça o *lawfare* que toma os espaços comunicativos das cortes como meio legítimo para a realização de política constitucional transformativa.

Desenhado esse quadro, os novos atores sociais são mais do que intérpretes, ganhando status de coautoria constitucional. A articulação conjugada dos conceitos tradicionais de igualdade e desigualdade com a nova linguagem do direito ao reconhecimento e à diferença por meio das noções do constitucionalismo difuso demanda a reivindicação da autoria constitucional, relendo seus termos segundo o valor epistêmico da ordem democrática.

Por fim, a cultura constitucional servirá como moldura à qual todos esses atores devem deferência não absoluta e prestam contas, inclusive as cortes constitucionais. Trata-se, inclusive, de um esforço para que a sociedade civil ganhe mais consistência teórica frente ao Estado. Uma cultura difusa de direitos, discursos e convenções aberta à reinvenção e balizada pelo potencial de promoção de política transformativa na vida cotidiana funciona, assim, como limite e parâmetro à atuação de todos os jogadores no processo constitucional.

A concepção do direito constitucional como parte de um diálogo contínuo entre as instituições políticas e a sociedade civil não é nova (Bickel 1962, Agresto 1984, Barber 1984 e Murphy 1986, Fisher 1987). Inserida nessa visão, a constituição deixa de ser meramente um documento fundacional para ser compreendida como instituição presente na realidade social que envolve disputas e processos interpretativos e discursivos formais ou informais entre diferentes atores, muitos dos quais às margens de seus procedimentos.

A adjudicação é, sem dúvida, uma das plataformas de resolução de conflitos que contém questões de dimensão moral, sociopolítica e de direitos que aprofundam as interações entre as elites políticas e jurídicas e os setores da sociedade. Mas alguns debates constitucionais sequer alcançam as cortes e são resolvidos na arena essencialmente política.

Todos esses atores operam dentro de uma cultura de política constitucional para o refinamento e atualização dos significados constitucionais e valores políticos

fundamentais. Cabe ao direito constitucional responder adequadamente ao desafio de construir uma doutrina a respeito dessa cultura em que se inserem a resolução de conflitos, a definição da identidade nacional, a proteção do processo político e a realização dos direitos individuais.

O reconhecimento da força normativa e da legitimidade dos movimentos sociais e da opinião pública não implica necessariamente a redução do Judiciário a mais um corpo político, ideologicamente orientado ou auto-interessado. Mesmo os direitos fundamentais, que funcionam como limite para a atuação da maioria e permanecem acima das dinâmicas eleitorais, operam dentro de um contexto mais amplo de cultura constitucional constantemente ressignificada. Do mesmo modo que conflitos foram decididos pelas cortes em alta deferência às expectativas sociais, não são raros os casos resolvidos em oposição a elas.

Juízes fazem política, mas não no sentido, na linguagem e no processo político; sua responsabilidade principal é proteger os interesses e os direitos das minorias. As decisões das cortes influenciam diretamente as lutas dos movimentos sociais, mas permanecem escrutinizáveis e reversíveis.

4.4 Desafios à doutrina e à jurisdição constitucionais

Se a Constituição não é monopólio de nenhuma instituição, a doutrina constitucional precisa assumir uma nova cultura constitucional que incentive as interações comunicativas entre as instituições dentro de um arranjo atualizado da doutrina da separação de poderes que reflita a realidade da participação popular na realização de política constitucional ordinária e transformativa e, por fim, confira ferramentas para que processos deliberativos sejam estimulados no processo de tomada de decisão judicial pela canalização dos movimentos sociais.

As questões judicializadas que caracterizam a ‘juristocracia’ não são intrinsecamente ou unicamente jurídicas. Embora apresentem aspectos constitucionais, seu curso primário de resolução é a deliberação na esfera política.

Como visto no primeiro capítulo, as origens e razões desse agigantamento do poder judicial e deferência judicial residem mais na opção dos atores políticos do que na auto-conferência pelo próprio juiz. Não obstante, a literatura majoritária na teoria

do direito e no direito constitucional negligencia as origens da deferência às cortes e permanece presa à discussão centralizada do juiz como fonte de todos os problemas.

Pesquisas recentes no campo da ciência política têm se dedicado à análise da gênese do poder do juiz e de seu exercício no tempo, escopo e comportamento. Ran Hirschl (2004a) faz crítica contundente à teoria constitucional canônica por, mesmo quando crítica na linha de Larry Kramer e Mark Tushnet – deixar de analisar criticamente as condições políticas que promoveram (e promovem no direito comparado) a transição para a ‘juristocracia’.

Os fenômenos discutidos nos capítulos anteriores não devem, portanto, ser isolados da realidade e seus confrontos políticos, sociais e econômicos; enquanto instituições políticas, as cortes não operam no vácuo institucional e ideológico¹²⁸.

Conforme defendido no primeiro capítulo, cortes constitucionais que pretendem enfrentar questões de forte apelo popular e dissenso moral na sociedade – seja por estratégia comportamental, seja pela combinação das preferências de seus membros, seja por iniciativa dos atores políticos eleitos – tendem a aderir às visões e interpretações constitucionais das elites, não obstante consistam em corpos institucionais autônomos. Nas ocasiões e contextos em que as cortes constitucionais desafiam as relações de poder estabelecidas, há controvérsia se essa atuação é capaz de transformar as narrativas, a cultura e o comportamento da sociedade.

Os juízes possuem algum grau de separação política garantida por regras constitucionais e pelo desenho institucional proposto pelos Federalistas – especificamente no artigo n. 78. Há uma crítica recorrente de que, no longo prazo, as cortes tendem a refletir a opinião pública ou a agenda das elites políticas (Dahl 1957, Vermeule 2006 e Tushnet 2011). Toda essa argumentação, contudo, não exige delas que fiquem imunes aos valores sociais em ebulição, às próprias ideologias e preferências políticas ou considerações estratégicas.

O litígio constitucional em torno de direitos constitucionais de minorias, direitos sociais e regras do processo político, coloca as cortes sob atenta fiscalização popular e midiática. Juízes não são muito diferentes de oficiais administrativos tomando decisões sob as exigências da carga de trabalho, transparência, escrutínio público e grupos de interesse e suscetíveis a erros, preconceitos e parcialidade.

¹²⁸ Hirschl (2004a:8) afirma que, a esse respeito, a obra de sociólogos como Bordieu, Gramsci e Foucault (e de literários como Kafka) é mais relevante para entender as origens da hiper-judicialização do que a maioria do cânone da teoria constitucional.

A ideia de que as cortes são imparciais e desconectadas da pressão externa e decidem com base na razão e deliberação é, como visto ao longo do trabalho, fruto de uma teoria constitucional tradicional fundada na separação de poderes clássica, e não explica as últimas décadas de alta interdisciplinaridade acadêmica e diálogo institucional em que elas se inserem, enquanto agentes políticos, tomando decisões políticas, em arena política e imergidas em um contexto político¹²⁹.

Ao analisar a distinção entre as formas *forte* e *fraca* de controle judicial de constitucionalidade – características dos sistemas norte-americano e do *commonwealth britânico* –, Kavanagh (2015:31) afirma que a real diferença não está no desenho formal, mas nos poderes de vários atores institucionais dentro de uma dinâmica política estratégica de interação entre eles – ao que ele denomina uma diferença de cultura constitucional.

A real distinção do *new commonwealth constitutionalism* tem se dado no nível informal de colaboração interinstitucional. Ao invés de procurar definir qual instituição terá a última palavra, o exame da natureza e forma das diferentes contribuições à proteção dos direitos sinaliza a uma responsabilidade compartilhada pela política constitucional.

Nesse cenário, a participação democrática torna-se mais significativa, independente dos poderes representativos e fora dos momentos constitucionais. Todos os atores constitucionais têm responsabilidade compartilhada na política constitucional, sendo que os movimentos sociais têm se tornado o fiel da balança. Ao mesmo tempo, cortes dialógicas endereçam questões controversas levando em consideração potenciais efeitos dos avanços propostos e eventuais reveses, atuando de forma incremental em relação ao *timing*, mas sem abandonar a consciência de sua relevância estratégica.

O estabelecimento de uma arena em cortes constitucionais que estabeleça incentivos à discussão de políticas mediante reunião de perspectivas advindas dos movimentos sociais e abra um processo de monitoramento, ainda que em longo prazo, pode deixar espaço de conformação aos poderes representativos enquanto estabelece uma moldura de atuação e ativamente monitora a implementação de sua decisão.

¹²⁹ Ver Mark A. Graber, “Book Review of Constitutional Politics and Constitutional Theory: a Misunderstood and Neglected Relationship”, *Law & Society Inquiry*, 2002, p. 323, e Martin Shapiro (2004). *Political Jurisprudence: reassessing International Humanitarianism*. Princeton University Press.

Assumir a corte constitucional como interlocutora retira-lhe a responsabilidade exclusiva sobre o oferecimento de razões e acrescenta-lhe um perfil de bom ouvinte e canalizador de razões externas. A proposta de Conrado Mendes (2013) é que a deliberação das cortes se configure como algo mais do que fóruns de princípio ou de razão pública.

Mendes (2013:117-126) categoriza a *performance* deliberativa das cortes em três fases: (i) pré-decisional, cuja tarefa de contestação pública abre lugar de escuta no processo jurídico de determinado caso proposto para o envolvimento e a apresentação de argumentos por todos os atores interessados; (ii) decisional, que se dá dentro do processo decisório colegiado e deve ser voltado não só aos argumentos oficialmente apresentados na fase anterior, mas também aos informalmente ventilados – e aos hipoteticamente imaginados; (iii) pós-decisional, de tradução dos compromissos na fase anterior em uma decisão escrita.

Nesse desenho, a corte constitucional será completamente constitucional ao cumprir com excelência cada fase. O que se pretende reforçar é o diálogo cooperativo entre atores constitucionais dentro de cada fase, aumentando ainda mais o potencial deliberativo do direito constitucional como um todo.

4.5 Desfecho

A parte final desta dissertação foi dedicada à teorização da participação transformativa dos movimentos sociais na política constitucional.

A partir das conclusões parciais dos capítulos anteriores, meu argumento central neste capítulo foi de que mudanças sociais assumem qualificação constitucional com mais frequência do que comumente se espera ou se lhe atribui, quando movimentos sociais gradualmente rearranjam instituições e discursos normativos responsáveis pela reconfiguração da própria lógica constitucional.

Os valores e símbolos expressos pelas normas constitucionais são manuseados pelas mobilizações e contra-mobilizações de tal modo a orientarem a resolução de conflitos morais, culturais e políticos cada vez mais complexos e polarizados na sociedade.

Os diálogos e inflexões sociais que culminam em decisões e atos estatais devem considerar a dimensão cultural subjacente a todos os atores constitucionais. Nesse sentido, o comportamento das forças sociais nas contínuas releituras da constituição deve ser examinado em seu nível cotidiano e livre da mistificação dos momentos áureos de transição democrática ou emergência nacional.

Defendi ao longo deste trabalho que os movimentos sociais exercem papel central na reinterpretação da constituição e na definição e alimentação da cultura constitucional. A partir daí, argumentei neste capítulo que sua coordenação e atuação estratégica pode energizar a sociedade e reforçar os paradoxos da democracia constitucional em uma releitura mais ampla da concepção dualista de democracia de Bruce Ackerman. De novo, os movimentos sociais são vistos não só como intérpretes, mas também como coautores. Ainda que dentre seus resultados imediatos esteja a organização de uma vigorosa política de *backlash*, seu desempenho permanece de pé, justamente porque eles conferem atualização ao texto constitucional que, em si mesmo, é somente uma promessa de realidade que se almeja.

Baseado nessas postulações, tento apontar parâmetros ligados à ideia de constitucionalismo difuso para que os desenvolvimentos de todos os atores constitucionais estejam em constante observação e alinhamento com a cultura constitucional. Por ser definida interna (em seu conteúdo) e externamente (em seus limites) por deliberações coletivas entre sociedade civil e Estado, todos esses atores devem alguma deferência e prestam contas à concepção coletiva de direitos que forma a cultura constitucional, cuja razão substantiva está na participação qualificada de todos os interessados. Essa cultura não é, portanto, uma moldura estática, mas inerentemente aberta à reformulação.

Esse *framework* confere consistência teórica e autoridade prática à sociedade civil frente ao Estado e desafios à doutrina e à jurisdição constitucionais, para que legitimem a abertura formal e informal do direito constitucional a novos atores e discursos, expandindo nosso universo normativo a novas formas e narrativas de vida por meio da linguagem comum de direitos compartilhados na cultura.

CONCLUSÕES

O discurso constitucional tem corrido como um rio das salas de audiências e de julgamentos das cortes para a sociedade civil, cujos espaços são preenchidos por uma cultura compartilhada de direitos derivados de um texto que permanece sob disputa. O caso emblemático do jovem que ergueu cópia da Constituição de 1988 feito arma em manifestação popular na Avenida Rio Branco em São Paulo (Gomes 2016:167) comprova o empoderamento de pessoas comuns que se sentem capazes de apropriar-se do texto e reivindicar suas causas por meio da política constitucional.

Nesse cenário, o *lawfare* consolida-se como meio de canalização desses conflitos pela linguagem dos direitos que possibilitou novas leituras do texto constitucional e o reaproximou de novos significados e interpretações. Enquanto estratégia mais ampla de promoção ou retração de mudança social, o uso da litigância constitucional confere força normativa aos compromissos políticos e valores que norteiam a interpretação constitucional e codifica as disputas em uma linguagem de direitos que acrescenta simbolismo, visibilidade e expressividade a narrativas marginalizadas.

Tudo isso prepara terreno para apoio midiático e político-partidário, impondo constrangimento às instituições a tomarem decisão. *Lawfare* importa, portanto. A ilustração desenvolvia ao longo do primeiro capítulo demonstra como a construção de uma jurisprudência em torno dos direitos à igualdade de raça, de gênero e à concretização de direitos socioeconômicos reforçou todos os benefícios simbólicos e normativos e demonstrou a relevância da atuação dos movimentos sociais como instância da sociedade civil organizada. Suas mobilizações revestem-se de forças e fraquezas, que demandam um manuseio instrumental e incremental da política do *backlash* dentro de um projeto constitucional inclusivo às interpretações e ressignificações difusas na sociedade.

Ressaltado o papel das cortes como arena de disputa por direitos constitucionais, os juízes saem dos holofotes como agentes interpretativos primários, abrindo espaço para novos atores que se utilizam do processo e da linguagem constitucionais dentro e fora das cortes. Se essas não podem levar a cabo transformação social por si sós, há que se redirecionar as expectativas para o

engajamento cívico dos cidadãos organizados, que atuam diretamente na reivindicação de direitos e na moldagem da cultura constitucional daquela comunidade política, formada pelos valores e símbolos mais fundamentais.

Trata-se de uma cultura que protege valores e realiza outros, mas que encontra necessariamente correspondência com as visões que prevalecem na sociedade. Essa cultura envolve práticas e papéis sociais que orientam as interações entre cidadãos e instituições a respeito dos significados constitucionais. A adoção de uma interpretação se dará, portanto, dentro dessas interações, cuja moldura é a própria cultura constitucional.

A consciência coletiva de direitos e a atuação da sociedade civil no quadro normativo da cultura constitucional traduzem as experiências excluídas, as violências, abusos e privações do mundo da vida em injustiças, depositando expectativas na participação coletiva na política constitucional para que haja transformação social por meio do questionamento de discursos e rearranjo de instituições.

Dentre as principais origens desse processo explicadas nesta dissertação estão a sedução argumentativa da linguagem dos direitos e a crescente articulação dos movimentos sociais em regimes democráticos com forte operação das cortes. A opção pela litigância constitucional nem sempre foi bem sucedida ou de fato provocou transformação social; em muitas ocasiões, na verdade, provocaram intensas reações sociais e a organização de *backlashes* que a neutralizassem ou superassem.

No entanto, foi demonstrado ao longo do trabalho que, dentre outros efeitos, ela abriu espaço para um novo tipo de constitucionalismo que considerasse as releituras cotidianas do texto constitucional pelo cidadão comum e legitimasse sua atuação coletiva como coautora de novos significados constitucionais.

A partir disso, retomo de forma tópica as conclusões da pesquisa apresentadas ao longo do trabalho:

(i) A sociedade civil se engaja em disputas interpretativas pela ressignificação do texto constitucional à luz de suas próprias experiências e vivências por meio de diversos sujeitos individuais e coletivos que interagem argumentativamente nos espaços públicos e privados. Essa atualização do texto constitucional reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia, na medida em que confere estabilidade à ordem democrática ao mesmo tempo em que se abre para amplas reinterpretações.

(ii) A obsessão institucional da análise jurídica em torno das cortes constitucionais como agentes primários de interpretação ou detentores da palavra final mascara a compreensão do papel desempenhado pelos movimentos sociais na promoção de mudança social, aqui entendida como virada normativa ou material.

(iii) A escolha dos movimentos sociais pela litigância constitucional é apenas uma de suas estratégias. Contudo, ela cumpre seu papel na prática do *lawfare*, cujos benefícios superam os riscos de *backlash*. Decisões judiciais que pautam agendas dos movimentos sociais criam ônus argumentativo e custo político às tentativas de reversão, e educam os próprios litigantes na linguagem dos direitos. Uma vez que estão carregadas de valor simbólico que expressam a lógica e o espírito da constituição, essas decisões abrem-se à responsividade às necessidades sociais das minorias e grupos vulneráveis e apresentam grande potencial de implementação a partir do reforço de seu caráter dialógico com a justiça administrativa.

(iv) Nesse contexto interativo entre sociedade civil e Estado a respeito de normas constitucionais que expressam concepções morais e compromissos políticos, desenvolve-se uma linguagem única entre diferentes atores e instituições, manifestada na consciência coletiva de direitos, cujo conteúdo interno e limites externos permanecem sob reformulação dinâmica e inconclusa. A complexidade das sociedades tem expandido essa cultura na medida em que ela se abre para a participação coautoral desses novos atores constitucionais.

(v) Os movimentos sociais se organizaram teórica e materialmente de tal forma que se provaram bem-sucedidos em realizar política constitucional, na medida em que questionaram culturas e discursos dominantes, conferiram visibilidade às narrativas e formas de vida de minorias excluídas do processo político, e traduziram injustiças à linguagem da cultura constitucional. Constituíram-se, pois, como engrenagem relevante na solidariedade social a partir de um sentimento de autoria constitucional e colaboraram para a energização da sociedade na esfera pública política independentemente da ocorrência de eventos emergenciais ou momentos extraordinários de criatividade institucional.

(vi) Além dos caminhos oficiais de conformação do sentido constitucional a seus objetivos, os movimentos sociais atuam estrategicamente por meios extra-institucionais, como a mutação constitucional e a desobediência civil. Essa atuação informal contundente demanda um constitucionalismo responsivo às releituras difusas

que as legitime nos espaços públicos e privados; democrático no acesso desses novos atores à informação e ao processo constitucional por meio de práticas institucionais e mecanismos participativos; e capaz de endereçar normativamente a posição e o papel dos movimentos sociais por meio da cultura constitucional.

Esse constitucionalismo reconhece os rearranjos discursivos e institucionais conduzidos pelos movimentos sociais e reafirma sua atuação na diminuição dos espaços temporais em que se realiza política constitucional transformativa, inclusive pelos efeitos indiretos e a longo prazo das mobilizações de massa.

(vii) A configuração dos movimentos sociais como coautores constitucionais explora as tensões entre constitucionalismo e democracia e legitima seus entendimentos constitucionais cotidianos como primordiais nos fóruns de debate coletivo. Uma vez canalizada essa configuração por um direito constitucional difuso, os movimentos sociais tornam-se legítimos e aptos a produzirem transformações sociais por meio do questionamento e do rearranjo de instituições e discursos sociais de forma independente de rompimentos ou da energização esporádica de momentos fundacionais ou constitucionais.

Nessa concepção, a política transformativa é operada pela participação cívica nos espaços e processos ordinários institucionais – como o judicial – e extra-institucionais – como a desobediência civil. A cultura de direitos, interpretações e significados constitucionais torna-se, portanto, uma moldura para a agência dos atores constitucionais.

Em última instância, o que se propõe é uma adesão ao modelo democrático deliberativo cujo valor epistêmico reside na participação argumentativamente qualificada de todos os interessados nos processos de decisão coletiva. Nesse *framework*, o texto constitucional deixa de ser mera promessa de futuro ou carta de intenções e abre-se à disputa inclusiva e amplamente participativa pela conquista e reformulação de direitos, segundo as necessidades sociais do tempo-espaço.

BIBLIOGRAFIA

Ackerman, Bruce (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge & London: Harvard University Press.

Ackerman, Bruce / James S Fishkin (2004). *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press.

Ackerman, Bruce (2007). "The Living Constitution", *Harvard Law Review*, 120(7).

Ackerman, Bruce (2014). *We the People: the civil rights revolution*. Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press.

Albert, Richard (2013). "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal* 225(59).

Amar, Akhil Reed (2012). *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York: Basic Books.

Andersen, Ellen Ann. (2005). *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Balkin, Jack M. (1995). "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *The Yale Law Journal*, 104(7).

Balkin, Jack M. / Sanford Levinson (1998). "The Canons of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, 111(4).

Balkin, Jack M. / Sanford Levinson (2001). "Understanding the Constitutional Revolution", *Faculty Scholarship Series*, 249.

Balkin, Jack M. (2004). "What Brown Teaches Us About Movements and the Law: the case of affirmative action". *Virginia Law Review*, 90(6).

Balkin, Jack M. (2005). "How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure", *Faculty Scholarship Series*. 235.

Balkin, Jack M. / Reva B. Siegel (2006). "Principles, Practices, and Social Movements", *University of Pennsylvania Law Review*, 154(4).

Balkin, Jack M. (2009). "Critical Legal Theory Today", in Francis Jay Mootz (ed). *On Philosophy in American Law*, Cambridge University Press.

Balkin, Jack M. (2011). *Living Originalism*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.

Barber, Sotirios (1984). *On What the Constitution Means*, The Johns Hopkins University Press.

Barroso, Luís Roberto (2011). "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1(1).

Benvindo, Juliano Zaiden (2015). "The Seeds of Change: Popular Protests as Constitutional Moments". *Marquette Law Review* 99(2).

Benvindo, Juliano Zaiden (2017). "'Revolutionary Reform' and the Seduction of Constitutionalism" in Richard Albert / Xenophon Contiades / Alkmene Fotiadou. (eds). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Bobbio, Norberto (2004). *A era dos direitos* (tradução de Carlos Nelson Coutinho), Rio de Janeiro: Elsevier.

Boutcher, Steven A. (2010). 'Mobilizing in the Shadow of the Law: Lesbian and Gay Rights in the Aftermath of Bowers v. Hardwick.' *Research in Social Movements, Conflict and Change* 31: 175–205.

Burstein, Paul / Kathleen Monaghan (1986). 'Equal Employment Opportunity and the Mobilization of Law.' *Law & Society Review* 20: 355–88.

Cohen, J. L. / Andrew Arato (1992). *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass: MIT Press.

Comaroff, John L. (2001). "Colonialism, culture, and the law: A foreword." *Law &*

Social Inquiry 26, no. 2 (2001): 305-314: 306

Comaroff, Jean / John Comaroff (2006). *Law and Disorder in the Postcolony*. University of Chicago Press.

Contiades, Xenophon / Alkmene Fotiadou (2013). *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA*, Routledge.

Cover, Robert M (1982). "The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97(4).

Dahl, Robert (1957). "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as Policy-Maker", *Journal of Public Law*, 6(2).

Dudziak, Mary L. "The Court and Social Context in Civil Rights History", *The University of Chicago Law Review*, 72(429).

Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Dworkin, Ronald (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Epp, Charles R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL:University of Chicago Press.

Epstein, Lee / Joseph F. Kobylka. (1992). *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press.

Eskridge, Jr., William N. (2000), "No Promo Homo: The Sedimentation of Anti-Gay Discourse and the Channeling Effect of Judicial Review". *New York University Law Review*, 1327(14905).

Eskridge, Jr., William N. (2002a). *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*. New York: Routledge.

Eskridge, Jr., William N. (2002b). "Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century", *Michigan Law Review*, 100(8).

Eskridge, Jr., William N. (2005), "Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics", *Yale Law Journal*, 1279(1326).

Eskridge, Jr., William N. (2011), "Channeling: Identity-based social movements and public law", *University of Pennsylvania Law Review*, 150(419).

Eskridge, Jr. William N. (2013), "Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States". *Boston University Law Review*, 93(275).

Feeley, Malcolm (1992). "Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors", *Law & Soc. Inquiry* 745(17).

Fisher, Louis (1987), "Social Influences on Constitutional Law", *J. Pol. Sci.* 7(15).

Fisher, Louis (1988). *Constitutional Dialogues: Interpretation As Political Process*. Princeton University Press.

Galanter, Marc (1974). 'Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.' *Law and Society Review* 9: 95–160

Gibson, James L. / Gregory A. Caldeira / Lester Kenyatta Spence (2003a). "The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?" *British Journal of Political Science*, 33(4), 535-556.

Gibson, James L. / Gregory A. Caldeira, / Lester Kenyatta Spence (2003b). "Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court" *American Journal of Political Science*, 47(2).

Ginsburg, Tom (2010), "Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law" in Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law* (Cheltenham: Edward Elgard).

Glendon, Mary Ann. *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass:

Harvard University Press.

Gloppen, Siri (2006), “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework” in Roberto Gargarella / Pilar Domingo / Theunis Roux (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies – An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate.

Gloppen, Siri (2017). “Conceptualizing Lawfare”, artigo ainda não publicado, citação expressamente autorizada pela autora.

Gomes, Juliana Cesário Alvim (2016). *Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da constituição*. Salvador: JusPODIVM.

Häberle, Peter (2002). *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris.

Habermas, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2 Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Habermas, Jürgen (2001). “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, 766(29).

Habermas, Jürgen (2002). *A inclusão do outro*. São Paulo: Edições Loyola.

Hall, Kermit L. / James W. Ely (2009), *United States Supreme Court Decisions*, New York: Oxford University Press.

Handler, Joel (1978). *Social Movements and the Legal System*, New York: Academic Press.

Horowitz, Donald L. (1977). *The Courts and Social Policy*, Washington, DC: Brookings Institution.

Hirschl, Ran (2004a). “‘Juristocracy’- Political, not Juridical”. Pp 6-11 in *The good Society*, vol. 13, no. 3.

Hirschl, Ran (2004b). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the*

- New Constitutionalism*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Hoekstra, Valerie J. *Public Reaction to Supreme Court Decisions*. Cambridge University Press: 2003.
- Jacobsohn, Gary J. (2010). *Constitutional Identity*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Kavanagh, Aileen (2015). “What’s so Weak about ‘Weak-Form Review’? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *University of Oxford Legal Research Paper Series*.
- King, Jeff (2012), *Judging Social Rights*, Cambridge University Press.
- Klarman, Michael J. (1994), “How Brown Changes Race Relations: The Backlash Thesis”. *The Journal of American History*, 81(1).
- Klarman, Michael J. (2001), “How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?”, *Virginia Law Review*, 87(6).
- Klarman, Michael J. (2004), *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford University Press.
- Klarman, Michael J. (2005), “Brown and Lawrence (and Goodridge)”. *Michigan Law Review*, 431(445).
- Klarman, Michael J. (2011), “Courts, Social Change and Political Backlash”, Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011, p. 1-11, Speaker’s Notes, <disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>, último acesso em 24.6.2017>.
- Krieger, Linda H. (2000), “Socio-Legal Backlash”. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 21(1).
- Kritzer, Herbert M. (2001). “The Impact of *Bush v. Gore* on public perceptions and knowledge of the Supreme Court”. *Judicature*, 85 (1).
- Langford, Malcolm (org.) (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in*

International and Comparative Law. Cambridge University Press.

Lavalle, Adrián Gurza / Graziela Castello / Renata Mirándola Bichir (2004), “Quando novos atores saem de cena: continuidades e mudanças na centralidade dos movimentos sociais”, *Política & Sociedade*, 5.

Levinson, Daryl J., Richard H. Pildes (2006). “Separation of Parties, not Powers”. *Harvard Law Review*, 119(8).

Levinson, Sanford (2011). *Constitutional Faith*, (2d ed.), Princeton University Press.

Levinson, Sanford / Jack M. Balkin (2016). “Democracy and Disfunction: an Exchange”. *Faculty Scholarship Series*, 5170.

Levitsky, Sandra (2006). “To Lead with Law: Reassessing the Influence of Legal Advocacy Organizations in Social Movement” in Austin Sarat / Stuart A. Scheingold (eds.), *Cause Lawyers and Social Movements*, CA: Stanford University Press.

Madison, James / Alexander Hamilton / Jay John (1993). *Os Artigos Federalistas*. (tradução de Maria Luiza X. de A. Borges) Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

McCammon, Holly / Allison R. McGrath (2015). “Litigating Change? Social movements and the court system, *Sociology Compass* 9/2: 128-139, 10.1111.

McCann, Michael W. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

McCann, Michael. (2004). ‘Law and Social Movements.’ In Austin Sarat / Malden (eds.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, MA: Blackwell Publishing.

McCarthy, John D. / Mayer N. Zald. (1977). ‘Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory.’ *American Journal of Sociology* 82: 1212–41.

Melucci, Alberto (1985). “The Symbolic Challenge of Contemporary Movements”, *Social Research* 52(4).

Melo, Rurion (2013). *Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva.

Melo, Rurion (2014). “Da teoria à práxis: Honneth e as lutas por reconhecimento na teoria política contemporânea”, *Revista Brasileira de Ciência Política*, 15, pp. 17-36.

Melo, Rurion (2015). “Repensando a esfera pública: esboço de uma teoria crítica da democracia”. *Lua Nova*: São Paulo, 94:11-39.

Mendes, Conrado H. (2011). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Série Direito, Desenvolvimento e Justiça, vol. 1. Ed. Saraiva: São Paulo.

Mendes, Conrado H. (2013). *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press.

Meyer, David S. / Suzanne Staggenborg. (1996). ‘Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity.’, *American Journal of Sociology* 101: 1628–60.

Mudrovitsch, Rodrigo de Bittencourt (2014). *Destrincheiramento da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Murphy, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter”, *Rev. Pol.* 401(48).

Nino, Carlos Santiago (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press.

O’Connor, Karen (1980). *Women’s Organizations’ Use of the Courts*. Lexington, MA: Lexington Books.

O’Connor, Karen / Lee Epstein. (1983). ‘Beyond Legislative Lobbying: Women’s Rights Groups and the Supreme Court.’, *Judicature* 67: 134–43.

Piscitelli, Adriana (2009). “Gênero: a história de um conceito” in Heloísa Buarque de Almeida e José Szwako (org.), *Diferenças, Igualdade*, São Paulo: Berlendis & Vertecchia.

Post, Robert C. (2003), “Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law”. *Harvard Law Review*, 117(5).

Post, Robert C. / Reva B. Siegel, (2007) “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Faculty Scholarship Series*, 169.

Post, Robert C. / Reva B. Siegel (2009). “Democratic Constitutionalism” in Jack M. Balkin, Reva B. Siegel (org.), *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press.

Rawls, John (2005), *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts/London: The Belknap press of Harvard University.

Rodríguez-Gavarito, César / Diana Rodríguez Franco (2010). *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Colección Dejusticia.

Rodríguez-Garavito, César (2012). “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Acitvism on Siocioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review* 1669(89).

Rosenberg, Gerald N. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.

Rosenberg, Gerald N. (1992), “Judicial Independence and the Reality of Political Power”, *Review of Politics* 369(54).

Rosenberg, Gerald N. (2006), “Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places”, *Drake Law Review*, 795(813).

Rubinfeld, Jed (2001), *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven: Yale University Press.

Rubin, Edward L. (2001). ‘Passing through the Door: Social Movement Literature and Legal Scholarship.’ *University of Pennsylvania Law Review* 150: 1–83.

Santos, Boaventura de S. (2002), *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, London: Butterworths LexisNexis.

Sarat, Austin / Stuart Scheingold. (1998). *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibility*. New York: Oxford University Press.

Sarat, Austin / Stuart Scheingold. (2006), *Cause Lawyers and Social Movements*.

Stanford, CA: Stanford Law and Politics.

Sarmiento, Daniel (2018). *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum.

Scheingold, Stuart A. 1974 [2004]. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Segal, Jeffrey A. / Harold J. Spaeth. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.

Siegel, Reva B. (2006a). Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA". Brennan Center Symposium Lecture. *California Law Review*, 94(5), pp. 1323-1419.

Siegel, Reva B. (2006b). "You've Come a Long Way, Baby: Rehnquist's New Approach To Pregnancy Discrimination in Hibbs", *Stanford Law Review* 58(6).

Sousa Júnior, José Geraldo de (2000), "Movimentos Sociais e Práticas Instituintes de Direito: Perspectivas para a Pesquisa Sócio-jurídica no Brasil", *Studia Jurídica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Stern, Felice A. (1965), "Backlash", *American Speech*, 40(2).

Sunstein, Cass R. (1996), "On The Expressive Function of Law", *E Eur Const Rev* 66(5).

Sunstein, Cass R. (2001). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press.

Sunstein, Cass R. / David Schkade / Lisa Michelle Ellman. (2004). "Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation", *Virginia Law Review* 90: 301-54.

Tarrow, Sidney. *O poder em movimento: Movimentos sociais e confronto Político*. Petrópolis: Vozes, 2009.

Tocqueville, Alexis De (1977 [1835], *Democracia na América*, tradução de Neil Ribeiro da Silva, 2a ed., Belo Horizonte: Ed. Itatiaia.

Tsutsui, Kiyoteru / Claire Whitlinger / Alwyn Lim (2012), “International Human Rights Law and Social Movements: States’ Resistance and Civil Society’s Insistence”, *Annual Review of Law and Social Science*, 8.

Tushnet, Mark V. (1987). *The NAACP’s Legal Strategy against Segregated Education – 1925–1950*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press.

Tushnet, Mark (1995). “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty”, *Michigan Law Review*, 94.

Tushnet, Mark (1996), “Living in a Constitutional Moment?: *Lopez* and Constitutional Theory”, *Case W. Res. L. Rev.*, 846(46).

Tushnet, Mark (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.

Tushnet, Mark (2006), “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago-Kent Law Review*, 81.

Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

Tushnet, Mark (2011). “Skepticism about Judicial Review – A Perspective From the United States”, in Tom Campbell / Keith Ewing / Adam Tomkins (eds). *Skeptical Approaches to entrenched human rights*. Oxford University Press.

Unger, Roberto Mangabeira (2001). *Política: Os Textos Centrais*. 1a Ed., Rio de Janeiro: Boitempo.

Valle, Vanice Regina Lírio do (2013), “Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática” <disponível em

<www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_de_democr%C3%A1tica, último acesso em 26.6.2017>.

Vermeule, Adrian (2006). *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press.

Material encontrado em sites

Datafolha, “Os números da violência contra mulheres no Brasil” <disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/> último acesso em 10.8.2018>.

Estudo Consultoria Santo Caos, “A discriminação da população LGBT no mercado de trabalho” <disponível em <https://gabrielapassatore.jusbrasil.com.br/noticias/338644133/a-discriminacao-da-populacao-lgbt-no-mercado-de-trabalho> último acesso em 10.8.2018>.

Grupo Gay da Bahia, “Número de mortes de LGBT’s bate recorde em 2016” <disponível em <http://blogs.correio24horas.com.br/mesalte/numero-de-mortes-de-lgbts-bate-recorde-em-2016-bahia-teve-32-homicidios/> último acesso em 10.8.2018>.

IBGE, “Estatísticas de gênero do IBGE mostra dados relevantes sobre a autonomia econômica das mulheres” <disponível em <http://www.sof.org.br/2015/06/12/publicacao-estatisticas-de-genero-do-ibge-mostra-dados-relevantes-sobre-a-autonomia-economica-das-mulheres/> último acesso em 10.8.2018>.

IPEA, “70% das vítimas são crianças e adolescentes: os dados sobre estupro no Brasil” <disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054> último acesso em 10.8.2018>.

OMS, “ONU: Taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução” <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, “Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil de 2013” <disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/06/brasil-divulga-dados-sobre-a-violencia-contra-gays-lesbicas-e-travestis> último acesso em 10.8.2018>.

Transgender Europe, “ONU: Taxa de feminicídios do Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução” <disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/com-600-mortes-em-seis-anos-brasil-e-o-que-mais-mata-travestis-e> último acesso em 10.8.2018>.