

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Luísa Giuliani BERNSTS

**Contrapúblicos interpretativos:
Uma provocação feminista às
respostas corretas em direito**

2022

INTRODUÇÃO

Não se pode negar que, especialmente no Brasil, em razão de uma série de circunstâncias – inclusive, políticas – as demandas sociais tendem a se encaminhar ao Judiciário, que se obriga a atender a questões morais, políticas e econômicas controversas. Nessa perspectiva, gradualmente o Supremo Tribunal Federal (STF) configura uma das instâncias que vem garantindo a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres no Brasil, embora o presente trabalho tencione confirmar que não é suficiente a efetivação judicial dos direitos se os discursos empregados para tanto desvelarem-se estigmatizantes e, muitas vezes, minimizadores de assimetrias sociais.

Por conseguinte, o aborto contempla um exemplo privilegiado acerca da discussão que se estrutura sobre a forma como se elabora o discurso de justificação dos Ministros do STF em questões moralmente controversas. Ademais, por ser pauta proeminente das reivindicações do movimento feminista, o assunto permite examinar de que forma os Tribunais dedicam-se às provocações trazidas pelos movimentos sociais. Nesse sentido, recorre-se à teoria do Direito de Dworkin como fio condutor para a construção de respostas corretas, considerando ainda a compreensão do ordenamento jurídico pela ideia do somatório de regras e de princípios como um todo íntegro e coerente inicialmente suficiente para frear as arbitrariedades discursivas operadas no Judiciário. Em contrapartida, questiona-se: seriam então suficientemente democráticas em sua construção?

Para responder essa questão, presumimos que a manutenção do Estado Democrático de Direito também se atrela ao seu caráter contramajoritário, assumido principalmente no período pós-Segunda Guerra, de forma que esse marco histórico se revela fundamental para a compreensão do papel de proeminência assumido pelo Poder Judiciário nas últimas décadas¹. Sendo inegável ainda que questões fundadas em divergências de cunho moral e

1. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

político acabam, ao surgirem na esfera jurisdicional, operando como agentes provocadores da renovação do discurso jurídico.

Partimos também da premissa de que, diante da crise de engajamento da população nos processos políticos decisórios, a deliberação político-parlamentar frequentemente resulta na aprovação de atos normativos que “atendem aos interesses políticos sectários e às forças econômicas, descaracterizando o valor epistêmico do processo deliberativo e minimizando a efetiva representatividade política e popular”².

À vista disso, questões relativas às demandas de grupos socialmente marginalizados, por não serem pautas institucionalizadas, muitas vezes acabam invisibilizadas de tal forma que não encontram amparo do Poder Legislativo para sua efetivação. Nesse pressuposto, as pautas dos movimentos sociais de reivindicação acabam judicializadas, provocando o Judiciário a disponibilizar respostas no sentido de reconhecimento e de efetivação de direitos. Não obstante o movimento de judicialização, frequentemente os processos acabam “empregando uma estratégia linguístico-discursiva divorciada de gramáticas morais de luta dos movimentos sociais”³.

Importa assim conhecer a forma como questões de direitos de minorias são tratadas pelos tribunais, principalmente a forma como se constroem os discursos que garantem a efetivação de direitos. Logo, de um lado se problematiza a questão da discricionariedade – reconhecido o teor político e consequentemente moralizante das pautas, a fim de se perceber que tipo de argumento está sendo usado – e de outro, a questão da (re)estigmatização dos grupos vulneráveis, com a invisibilidade das pautas dos movimentos sociais.

Isso posto, questionamos de que forma a atuação dinâmica dos movimentos sociais com contrapúblicos interpretativos contribui para a renovação reflexiva da tradição na busca de respostas corretas para questões jurídicas, para a desconstrução de assimetrias da esfera pública maior e, por fim, para o controle da fundamentação linguístico-discursiva das decisões judiciais que efetivam direitos das mulheres, de maneira a não minimizar questões interseccionais, a partir da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF no HC 124.306/RJ?

Apostamos então no estudo da temática da (in)efetivação da tutela dos direitos das mulheres à luz do diálogo entre Nancy Fraser e Ronald Dworkin, abarcando a estratégia de incorporação das contribuições da Teoria Crítica

-
2. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norte-americano.** Relatório Técnico relativo ao Processo n. 2345-2551/14-4. Porto Alegre: FAPERGS, 2017.
 3. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norte-americano.** Relatório Técnico relativo ao Processo n. 2345-2551/14-4. Porto Alegre: FAPERGS, 2017.

aos denominados argumentos de princípios, que são – ou deveriam ser – empregados nos discursos de fundamentação dos juízes brasileiros. Mais profundamente, procuraremos sustentar que é no seio da comunidade personificada que as práticas sociais acabam chancelando os princípios adotados em cada caso concreto, e com isso acabar-se-ia incorrendo no problema da (re)estigmatização de grupos sociais marginalizados.

Com efeito, sustenta-se a seguinte hipótese provisória: o romance em cadeia proposto por Dworkin deve ser desvelado hermeneuticamente na tradição pelos impulsos interpretativos de minorias vulneráveis que se estabelecem de forma dinâmica nos contrapúblicos interpretativos, de modo que sua melhor construção se daria não só a partir do esforço interpretativo dos juízes em criarem discursos fundamentados, mas também quando validam a diminuição das assimetrias sociais, especialmente no tocante às reivindicações interseccionais. Sendo, portanto, os contrapúblicos interpretativos, ao possibilitarem a renovação contínua e democrática da tradição, limites a juízos particularistas e capazes de desconstruir um conjunto de discursos implícitos ínsitos a determinadas decisões judiciais que, apesar de pautadas no dispositivo por argumentos de princípio, de modo a efetivarem direitos, resgatam, em sua maioria, a fundamentação discursiva marcada pelo emprego de argumentos puramente políticos.

A fim de promover a revisão crítica de um tema inserido no contexto jurídico dogmático diante das insuficiências relativas ao emprego da matriz analítica, empregou-se, como forma de abordagem da temática proposta, o método fenomenológico-hermenêutico. A escolha de tal método se fundamenta na necessidade de superação do esquema sujeito-objeto e dos paradigmas filosóficos que o sustentam.

A técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, em artigos científicos e em capítulos de livros que contemplam o marco teórico de Ronald Dworkin, de Nancy Fraser e de doutrinadores que compõem o movimento acadêmico denominado como *Constitucionalismo Democrático*.

A pesquisa buscou evidenciar também a necessidade de revisão bibliográfica para complementar a análise acerca da forma como os juízes elaboram seus discursos a partir do emprego do referencial teórico de estudiosos que tratam da questão da judicialização da política de forma a ser evitado o ativismo judicial. Para tanto, foi realizada pesquisa documental (documentação indireta) para a investigação jurisprudencial dos julgados que tratam da questão do aborto, quais sejam, o HC 124.306 e a ADPF 54. Tais documentos jurídicos – cabe citar – encontram-se disponíveis de forma on-line no site do STF.

Sustentam-se os seguintes objetivos específicos:

a) analisar a forma como os conceitos de coerência e de integridade se articulam na teoria de Ronald Dworkin, a fim a incorporar a questão da comunidade personificada como berço dos argumentos de princípio;

b) explorar o debate da justiça à luz da teoria crítica, estudando o *Constitucionalismo Democrático* e o argumento de Nancy Fraser na busca de maior representatividade nos processos decisórios;

c) após a apresentação do debate público acerca da questão do aborto, analisar os votos dos Ministros do STF no Habeas Corpus (HC) 124.306, atinentes às demandas de efetivação dos direitos das mulheres, com ênfase na ideia de contrapúblicos interpretativos, cujo conceito será definido na parte final deste trabalho.

DIREITO COMO INTEGRIDADE: CONCEITO INTERPRETATIVO E QUESTÕES MORAIS EM RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin é um dos principais filósofos do Direito contemporâneo, e, no Brasil, poucos são os trabalhos sobre Teoria do Direito e Direito Constitucional que não se respaldam em sua produção. Se, por um lado, trata-se de um filósofo refinado em razão da influência da filosofia analítica anglo-saxã, por outro, suas abordagens são plurais, abarcando a filosofia da linguagem, a filosofia política, a filosofia moral e ética, a Teoria do Direito e o Direito Constitucional¹.

Indubitavelmente, uma das inovações na obra de Dworkin tange ao papel desempenhado pelos princípios morais em sua Teoria do Direito e Política, bem como em sua forma de abordar esses *standards*. Cumpre apontar também que, ao aprofundar e criticar a teoria de Hart – seu professor –, inaugurou um debate que se estende desde os anos 1960, em que ocupa papel central na crítica ao positivismo do próprio Hart².

Também não se pode desmerecer seu posicionamento no debate público acerca de questões morais e políticas. Isso, talvez, tenha lhe concedido grande visibilidade, uma vez que escreveu sobre temas de alta complexidade filosófica e teórica – como, a título exemplificativo, aborto, eutanásia, democracia e liberdade religiosa. No entanto, sua concepção de Direito como um conceito interpretativo (e as implicações decorrentes de tal posicionamento) pode ser considerada sua maior contribuição para a Filosofia do Direito contemporâneo. É clara a assertiva de Ronaldo Porto Macedo Junior, ao citar que

-
1. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. in: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
 2. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. in: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

A maior novidade de sua contribuição e da importante pauta teórica que ela carrega, não se refere à mera revalorização do papel dos princípios na interpretação do direito, mas sim à formulação de uma poderosa teoria da controvérsia teórica, capaz de explicar a prática jurídica argumentativa e justificar a teoria interpretativa do direito, que, ao mesmo tempo, se apóia no empreendimento de reconstrução racional de uma teoria da justiça e o justifica³.

Nesta senda, considerando o potencial da tese de Dworkin enquanto uma teoria da justiça, serão delineadas, a partir do próprio doutrinador, as questões centrais presentes em sua obra para que, mais à frente, possibilite-se imbricar alguns conceitos – como integridade, coerência e comunidade personificada – à ideia de contrapúblicos subalternos de Nancy Fraser, na busca por uma construção realmente democrática do discurso jurídico.

2.1 Entre regras e princípios: Fundamentos para a Teoria Interpretativista

Na percepção de Ronald Dworkin, quando alguém tem um direito, pode reivindicá-lo e exigí-lo, além de criticar os atos das autoridades públicas com base nesse fundamento⁴, ainda que a compreensão da gramática de direitos se revele frágil. Por esse motivo, importa atentar à forma como são reconhecidos e garantidos os direitos por parte das autoridades, principalmente ao depreender que sua garantia fundamenta uma construção democrática de Estado. Além, impera aceitar que Direito e Política estão intimamente ligados, já que as decisões judiciais, mesmo que inspiradas por princípios, ainda representam decisões políticas⁵; enquanto não esclarecidos os princípios que figuram no plano de fundo dessas reivindicações, pode-se até sentir que aquilo que estamos fazendo está correto, embora sem a certeza de que os argumentos sejam suficientes ou que os princípios sejam consistentemente aplicados⁶.

Destarte, convém determinar o que é o Direito para que questões controversas relativas a violações de direitos fundamentais sejam respondidas. Assim como se pressupõe correta a versão de Dworkin – que postula uma concepção de direito enquanto completude, levando em conta o papel que a legalidade, determinada não somente por questões sociais, mas também

3. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 14.

4. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 23.

5. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 138.

6. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 25.

por questões morais⁷ sem que isso signifique questões extrajurídicas –, faz-se necessário investigar o debate que promoveu com H. L. A. Hart⁸, com o intuito de compreender de que forma Dworkin articula sua teoria.

Preliminarmente, sabendo-se que, na perspectiva de Dworkin, o conceito de Direito denota-se como interpretativo, cabe definir o que são conceitos interpretativos: eles “nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal constructo”⁹ e, portanto, requerem que as pessoas compartilhem uma prática, admitindo consensualmente que o conceito seja tratado como interpretativo. Logo, quando se admite que o conceito de Direito funciona como conceito interpretativo, “compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade”¹⁰.

Posto isso, deslindam-se os três principais preceitos comuns que fundamentam o positivismo jurídico na caracterização de Dworkin. Primeiro, o Direito seria “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”¹¹. Essas regras poderiam ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, também revelando-se coextensivas ao Direito: se algum caso não estiver coberto por uma das regras, pode ser decidido por alguma autoridade pública, a partir de seu discernimento pessoal. Finalmente, na ausência de uma regra jurídica válida, não existiria obrigação jurídica¹².

A conexão entre direito e moral ameaça a tese hartiana¹³ de que o direito é, fundamentalmente, amparado em uma prática social e produto de

-
7. SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed.** University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 ago 2017. p. 5.
 8. O debate Hart x Dworkin, desde 1967, quando foi publicada a crítica dworkiniana à tese de Hart, no artigo Modelo de Regras I tem ocupado a produção em Filosofia do Direito. Inúmeras obras foram publicadas posteriormente defendendo Hart das críticas de Dworkin e o mesmo para com este. Inclusive tendo sido publicado na segunda edição do Conceito de Direito um pós escrito, *post mortem*, de Hart rebatendo as críticas de Dworkin. SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed.** University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 ago 2017.
 9. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 17.
 10. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 17.
 11. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 28.
 12. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 28.
 13. O modelo de regras de Hart surge como contraposição a teorias como a de Austin, para quem o Direito seria caracterizado por ordens coercitivas de um soberano ou por hábitos de obediência, isentando-se de normatividade que pode ser descrita por elementos meramente factuais. Para Hart, as regras jurídicas não poderiam ser reduzidas a ordens coercitivas baseadas em ameaças ou em comandos por três razões; por também conferirem poderes, porque no Estado Moderno o

convenções, colocando em xeque a questão da incapacidade de as práticas sociais explicarem o porquê da vinculação a padrões morais presentes nos discursos dos juízes quando debatem o conteúdo do direito¹⁴. Mas vale ir mais a fundo: a teoria de Hart precisa ser levada a sério.

O debate entre Hart e Dworkin funda-se na questão da validade da versão positivista de Hart¹⁵ que, oferecendo uma “teoria geral das regras”¹⁶, sustentava que o sistema jurídico é composto pela combinação de regras primárias, que imporiam uma série de deveres e de abstenções aos cidadãos, e secundárias, que se referem às próprias normas primárias, especificando a forma como podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas¹⁷.

Entre as regras secundárias está a regra de reconhecimento que, simples ou complexa, “especificaria algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”¹⁸. A regra de reconhecimento é uma regra sobre regras, um padrão que, expresso ou não, formulado ou não, dispõe dos critérios de juridicidade de determinado sistema jurídico — critérios esses a partir dos quais se pode identificar o direito enquanto direito. Segundo ela, o fundamento de validade das normas reporta-se a uma questão de fato, em conformidade com o pensamento hartiano: “A validade de uma regra é estabelecida por sua relação com outra norma independentemente de seu conteúdo ou de seu mérito”¹⁹. E, “para Hart, a aceitação da regra de reconhecimento e das instituições que constituem o direito independe dos méritos morais e avaliativos delas”²⁰.

A regra de reconhecimento funciona como um padrão unificador e garantidor da identidade jurídica e é aceita como um fato social. Representa, assim, o fundamento do sistema jurídico e introduz a ideia de validade

criador das leis a elas está submetido e, finalmente, porque nas regras originadas por costume não haveria vontade consciente para sua elaboração. Também não se explica pela ideia do hábito por não responder às questões clássicas: sobre o momento da troca de soberanos, da continuidade da autoridade legislativa e da manutenção da validade dessas normas. MOTTA, Francisco Jose Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

14. SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 ago 2017. p. 5
15. SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 ago 2017. p. 6.
16. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 31.
17. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.122.
18. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.122.
19. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.
20. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

jurídica²¹, pois onde quer que ela seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas disporiam de critérios válidos para a identificação das normas primárias²². Cumpre referir ainda que Hart admite que o desenvolvimento do Direito tem sido influenciado pela moral, embora o critério de validade das leis não necessariamente inclua alguma referência à moral ou à justiça²³. Dessa forma, as proposições jurídicas seriam verdadeiras apenas em razão de convenções sociais que representam a aceitação pela comunidade de um sistema de regras que concede a tais indivíduos o poder de criar leis válidas²⁴. O positivismo hartiano, portanto, encara o direito como uma “simples questão de fato”, do qual decorre a afirmação de que o argumento jurídico deve ser empírico²⁵.

A partir da concepção de que os deveres jurídicos são criados por regras sociais cuja normatividade é garantida pelo reconhecimento social, Hart define a tese do direito como instituição social na qual a linguagem ocupa o papel constitutivo²⁶ na medida em que o principal instrumento de controle social – constituído pelas regras gerais, pelos padrões de conduta e pelos princípios – deve ser transmitido como padrão geral de conduta compreensível para os cidadãos²⁷. Contudo, adverte Hart:

Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. [...] Os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação²⁸.

Por consequência, Hart assume que a linguagem confere discricionariedade ao intérprete que pode ser ampla a ponto de refletir a sua escolha²⁹. “Para Hart não importa qual seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento (seja o precedente ou a legislação), esses

-
21. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Savador: Jusprofivm, 2017. p. 99.
 22. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.130.
 23. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.239-240.
 24. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 42.
 25. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Savador: Jusprofivm, 2017. p. 100.,
 26. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Savador: Jusprofivm, 2017. p. 101.
 27. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.161.
 28. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.163-164.
 29. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.165.

padrões, em algum momento, mostrar-se-ão imprecisos e sua aplicação será posta em dúvida³⁰.

Hart ainda alerta que quando casos imprevistos ocorrerem, a estratégia é a escolha entre os interesses conflitantes da forma que melhor venha a nos satisfazer, resolvendo a questão dos termos genéricos de uma norma³¹. Outrossim,

A autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes³².

Hart não se preocupa em tematizar o conteúdo bom – ou mau – de uma decisão judicial, já que na zona de penumbra (ou no campo da discricionariedade) as decisões que ultrapassam o conteúdo que pertence à esfera do direito como tal. Ou seja, quando a decisão não tem o seu conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada do ponto de vista *jurídico*³³, o que resume o principal ponto de divergência com Dworkin, que admite a existência de componentes além das regras que conduzem os argumentos dos juízes em uma direção *correta*³⁴.

Esses referidos componentes – que são *standards*³⁵ – ignorados por Hart³⁶ e que são distintos das regras, operam em casos difíceis como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Portanto, para elucidar a questão de como se definem os princípios, em Dworkin, convém ter presente a distinção entre princípios e políticas. Os primeiros contemplam um padrão que deve ser observado em razão de suas exigências de justiça ou de equidade ou de alguma dimensão da moralidade, enquanto a segunda abrange um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado³⁷.

30. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Jusprofvium, 2017. p. 101.

31. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.167.

32. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.171.

33. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

34. MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

35. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

36. Cumpre mencionar que no pós-escrito do *Conceito de direito*, Hart, admite que além das questões de *pedigree*, a regra de reconhecimento pode fornecer testes relacionadas não ao conteúdo factual das leis, mas à sua conformidade com valores ou princípios morais substantivos. SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A short guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 ago 2017.

37. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 36

UM DEBATE SOBRE A JUSTIÇA À LUZ DA TEORIA CRÍTICA: A QUESTÃO DA REPRESENTAÇÃO NOS PROCESSOS DE JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA

A conciliação entre democracia e constitucionalismo simboliza um dos maiores desafios enfrentados pela sociedade contemporânea. Se, por um lado a concepção de democracia está atrelada à soberania popular e ao autogoverno democrático na resolução de questões políticas fundamentais, o constitucionalismo propugna uma limitação ao poder do povo¹.

Desde a segunda metade do século XX, o cenário acadêmico norte-americano tem sido marcado pelo embate teórico entre concepções progressistas acerca da interpretação constitucional – partidárias da supremacia judicial na interpretação da Constituição – e correntes conservadoras que sustentam o *Originalismo* como instrumento político de oposição ao ativismo judicial². Ou seja, orbitam no debate acerca da interpretação constitucional questões relativas não só à efetividade dos direitos constitucionais e à sua legitimidade, mas também aquelas relativas à forma como esses direitos foram instituídos em uma sociedade plural e divergente.

Faz-se necessário, destarte, conhecer a forma como os direitos são reconhecidos e assegurados pelas autoridades, principalmente tendo em vista que sua garantia representa a base de uma construção democrática de Estado de Direito, bem como sua manutenção. Ademais, diante dessa conjectura, calha, mais uma vez, afirmar que Direito e Política são intimamente ligados.

-
1. BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: Uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**. Brasília, v. 10, n. 1, p. 227- 257, 2016. p. 230.
 2. BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: Uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**. Brasília, v. 10, n. 1, p. 227- 257, 2016. p. 230.

Salvaguardar um ambiente democrático, por conseguinte, exige a compreensão do deslindar do processo de interpretação em Direito. E, nesse processo, podemos partir da premissa de que, em uma sociedade pluralista, todo aquele que vive a Constituição deve ser considerado seu legítimo intérprete³. Por consequência, faz-se importante não somente conhecer e definir o procedimento interpretativo, mas também os fatores sociais que o influenciam e o constituem.

Importa à hermenêutica constitucional, então, uma vez presumido o papel de influência da sociedade no Poder Judiciário, conhecer o processo evolutivo relativo à forma que as demandas populares têm se apresentado. Ou seja, reconhecer a existência de uma esfera de legitimidade das decisões jurídicas constitui o primeiro passo para a legitimação do texto constitucional, sendo indispensável também levar em consideração a evolução das reivindicações populares nesse processo.

Defendemos, por isso, a possibilidade de envolver a teoria hermenêutica nas contribuições trazidas pela teoria crítica pautadas no engajamento político presente nas teorias de Reva Siegel, Robert Post, Linda Greenhouse, Jack Balkin e Nancy Fraser para construirmos uma teoria democrática da decisão judicial. A articulação entre essas teorias não é inédita.

Partindo da premissa de que a crise de representatividade política, aliada à falta de engajamento político da população, acaba por gerar um ambiente legislativo atendente a interesses políticos sectários, de forma a descaracterizar o valor epistêmico do processo deliberativo e minimizar a representatividade⁴; no Constitucionalismo Democrático-Paritário, o Poder Judiciário assume proeminência na amenização de assimetrias, sem dar a última palavra, vez que se acredita na sua sensibilidade às reivindicações dos movimentos sociais, bem como na sua capacidade de influenciar os ramos do Poder Público com valores constitucionais⁵.

Dessa forma, inerente à evolução de uma cultura constitucional é a atuação de cidadãos que se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para se mobilizarem em lutas por ampliação de direitos. Em outras palavras, a partir da atuação dinâmica dos movimentos sociais são

-
3. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.9.
 4. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma análise do voto do Ministro Luís Barroso no RE n. 845779 à luz de Post, Siegel e Fraser. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 14, 2016.
 5. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma análise do voto do Ministro Luís Barroso no RE n. 845779 à luz de Post, Siegel e Fraser. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 14, 2016.

provocadas inovações nas interpretações acerca da aplicação dos princípios constitucionais⁶, tornando-se uma espécie de movimento de renovação que, muitas vezes, gera contra-mobilizações, estas tidas como positivas em razão de possibilitarem a manutenção do engajamento político no processo dialógico acerca dos entendimentos populares quanto aos fundamentos dos princípios constitucionais, que não podem “minimizar os insights crítico-reflexivos da opinião pública transnacional”⁷

Finalmente, o Constitucionalismo Democrático-Paritário está apoiado na concepção, oriunda da obra de Nancy Fraser, de que o confronto e a desconstrução de normas disciplinares e de estruturas de poder que reforcem padrões estigmatizantes e excludentes só se concretiza por meio da circulação de discursos alternativos, que são espaços simbólicos, onde são discutidas não apenas as questões da assimetria na esfera pública oficial, mas também o fundamento político do Direito⁸.

Compreender melhor essa articulação inaugurada por Maria Eugenia Bunchaft é fundamental para começarmos a delinear a proposta do presente trabalho, ou seja, nos garante escopo para conectar a teoria de Dworkin à teoria de Nancy Fraser para uma construção dos contrapúblicos interpretativos.

3.1 O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel: demandas populares e a questão do aborto

A principal premissa do *Constitucionalismo Democrático* consiste na autoridade da Constituição a partir de sua legitimidade democrática, ou seja, pela sua capacidade de inspirar o povo em reconhecê-la como sua Constituição⁹. Essa compreensão está sustentada na tradição do engajamento popular que autoriza os cidadãos a fazerem afirmações sobre o significado da Constituição e a oporem-se ao seu governo por meio de leis constitucionais, políticas eleitorais e instituições da sociedade civil, quando acreditam que a Constituição não está sendo respeitada¹⁰.

-
6. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 149-150.
 7. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transsexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de políticas públicas**. Brasília. v. 6, n. 3, p. 222-243, 2016. p. 231.
 8. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transsexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma análise do voto do Ministro Luís Barroso no RE n. 845779 à luz de Post, Siegel e Fraser. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 14, 2016.
 9. BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: Uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**. Brasília, v. 10, n. 1, p. 227- 257, 2016. p. 238.
 10. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review p. 372-433, 2007. p. 374.

As Cortes possuem autoridade para declarar e reforçar direitos, seja em razão da Constituição, seja através das normas de fundamentação que empregam. Os tribunais tornam-se meio de proteção dos valores sociais, bem como garantidores da não violação pelo Estado dos limites impostos pela Constituição. Essa autoridade, contudo, depende também da confiança dos cidadãos, vez que, se interpretarem a Constituição, de acordo com a legislação, mas em termos divergentes das convicções do povo, poderão sofrer resistência popular¹¹. Consequentemente, no processo de fundamentação legal, os tribunais acabam por resistir ou responder às reivindicações populares acerca do significado da Constituição¹².

As críticas às decisões judiciais, frente ao entendimento exposto, representam uma identificação normativa com a Constituição. Os cidadãos que invocam a Constituição para criticar os tribunais associam o texto constitucional a reflexões normativamente convincentes e vinculantes, promovendo, desse modo, a renovação da tradição constitucional. Ou seja, para Post e Siegel, “até mesmo a resistência à interpretação judicial pode aumentar a legitimidade democrática da Constituição”¹³. A aposta do *Constitucionalismo Democrático* é, então, no potencial construtivo do movimento de *backlash*, por possibilitar ao cidadão leigo que desafie as decisões judiciais que falam a partir da voz desinteressada das leis, em razão de sua propriedade política acerca das questões julgadas¹⁴.

Para aprofundamento da compreensão acerca do *Constitucionalismo Democrático*, tendo em vista seu potencial conciliatório entre as demandas populares e a manutenção da integridade do direito, deve-se levar em conta que, para Post e Siegel, Direito e Política não podem ser separados. O movimento de *backlash* representa o desejo de povo de influenciar o conteúdo da Constituição, como também representa uma ameaça à independência do Direito, sendo o ponto de choque entre a integridade do Direito e a necessidade de legitimidade democrática inerente à ordem constitucional¹⁵.

É justamente diante da necessidade de se fazer cumprir a Constituição quando debatidas questões controversas que o *Constitucionalismo Democrático*

11. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 374.

12. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 375.

13. “even resistance to judicial interpretation can enhance the Constitution’s democratic legitimacy”. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 375.

14. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 375.

15. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 376.

assume relevância, pois “afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na aplicação da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel dos tribunais em usar a fundamentação legal para interpretar a Constituição”¹⁶. Sem negar o papel desempenhado pelos tribunais na efetivação de direitos e pelo engajamento público na orientação e legitimação das instituições e no processo de revisão judicial, o *Constitucionalismo Democrático* defende que as decisões legalmente fundamentadas só podem adquirir legitimidade se os fundamentos empregados estiverem enraizados nos valores e ideais populares¹⁷.

Nessa senda, uma vez que os ideias constitucionais impostos pelas Cortes acabam por refletir a identidade nacional e, quando chancelados por um tribunal competente, assumem forma de obrigações legais, tornando-se guias para a organização jurídica da sociedade – além de ganharem poder simbólico, moldando o significado social de diversas questões extrajurídicas – a questão da legitimidade constitucional torna-se indissociável das formas de garantia de sua responsabilidade democrática¹⁸.

As decisões jurídicas que versam sobre questões cujas respostas são controversas mesmo no seio da sociedade, em razão de seu conteúdo moralizante, passam a representar a necessidade de vinculação dos julgadores aos ideias constitucionais. Nos casos de divergência extrema entre o entendimento popular e o que é dito pelos tribunais, a legitimidade democrática do Direito Constitucional é colocada em risco. Consequentemente, a preocupação do *Constitucionalismo Democrático* abarca as práticas que facilitam um diálogo progressivo e contínuo entre as Cortes e o povo, prevenindo a alienação constitucional e mantendo a solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea¹⁹.

Diante desse anseio, para Post e Siegel, identificar métodos de interpretação constitucional capazes de justificar decisões controversas não é o suficiente para colocar fim aos desacordos enraizados na sociedade. Entendem os autores que as teorias acadêmicas acerca da fundamentação legal, por não estarem preocupadas com atores políticos e movimentos sociais, não inspiram mobilização política dos cidadãos para que exijam das Cortes

16. “affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution.” POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 379.

17. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 379.

18. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 380.

19. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 380-381.

um posicionamento harmonizado com os ideais populares, possibilitando a entrada das reivindicações populares por mudanças no mundo jurídico, mas deixando de lado a mobilização constitucional, que começa muito além do domínio da jurisprudência²⁰.

Nesse contexto, ganha importância o movimento de *backlash*, pressão exercida pelos cidadãos engajados na busca da correta interpretação da Constituição, consistente, por sua vez, na potencialidade do significado constitucional ser responsivo as demandas populares, ou seja, na legitimidade democrática da Constituição²¹; movimento esse que, por conseguinte, constantemente entra em choque com o ideal de separabilidade entre Direito e Política, fundamentando grande parte do argumento da integridade do Direito como garantia da autoridade dos tribunais. Em função disso a capacidade de influência popular na construção dos valores constitucionais pelos tribunais, sem que isso implique na diminuição de sua autoridade, representa um grande desafio teórico²².

Visando ao enfrentamento desse paradigma, Post e Siegel concebem a supremacia judicial a partir da impossibilidade de que os tribunais determinem o significado da Constituição de forma incoerente com aquilo que já foi anteriormente definido por eles, todavia defendendo que, algumas vezes, os cidadãos entendem que a Constituição foi erroneamente interpretada pelos tribunais, não cabendo aos tribunais determinar as crenças dos cidadãos sobre a Constituição. Ou seja, não são os tribunais exclusivamente os detentores da última palavra ou da autoridade para conferir significado ao texto constitucional²³.

Cumprido destacar, portanto, que supremacia judicial e constitucionalismo popular, centrais para a definição do *Constitucionalismo Democrático*, não são mutuamente excludentes se considerarmos que a democracia tange à realização do valor do autogoverno coletivo a partir da participação da formação discursiva da vontade popular²⁴. A tensão entre constitucionalismo popular e a supremacia judicial está relacionada com suas origens, vez que as crenças constitucionais fundamentais são informadas e sustentadas por aquilo anunciado pelos tribunais, da mesma forma que os tribunais devem

20. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. p. 25-34. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009. p. 31.

21. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 390.

22. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. **Harvard Civil Rights** – Civil Liberties Law Review, p. 372-433, 2007. p. 384-385.

23. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **Faculty Scholarship Series** – Yale Law School Faculty Scholarship. n. 178., p. 1027-1044, 2004. p. 1030.

24. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **Faculty Scholarship Series** – Yale Law School Faculty Scholarship. n. 178., p. 1027-1044, 2004. p. 1036.