

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: UM DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E NINO

MARIA EUGENIA BUNCHAFT<sup>1</sup>

**RESUMO:** A concepção procedimentalista de direito e democracia desenvolvida por Habermas é relevante para a filosofia política do reconhecimento. Na perspectiva habermasiana, o patriotismo constitucional pode inspirar integração social entre indivíduos de diversos backgrounds. O construtivismo epistemológico de Santiago Nino é uma perspectiva construtivista, baseada nas pressuposições do discurso moral, concebida como uma estratégia teórica derivada do debate entre Habermas e Rawls. O presente artigo apresenta, por meio de um diálogo entre Habermas e Nino e de uma investigação empírica da jurisprudência do STF e STJ, sustentar os limites fáticos da integração da perspectiva procedimentalista de patriotismo constitucional à cultura jurídica brasileira. Sustentamos um "patriotismo constitucional inclusivo" como uma narrativa simbólica, que deve inspirar um Poder Judiciário efetivo na concretização dos pressupostos procedimentais da Democracia e dos princípios constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; Jurisdição Constitucional; Patriotismo Constitucional.

**ABSTRACT:** The Habermas's proceduralist conception of law and democracy is relevant to the political philosophy of recognition. In Habermas, constitutional patriotism can inspire social integration between people of different backgrounds. The Santiago Nino's epistemological constructivism is a constructivist perspective, based on the presuppositions of moral discourse, conceived as a theoretical strategic derived from the Habermas/Rawls debate. This paper presents, through a dialogue between Habermas and Nino and an empirical investigation of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Brazilian Supreme Court, sustaining the factual limits of proceduralist integration from the perspective of constitutional patriotism in the Brazilian legal culture. We defend a "inclusive constitutional patriotism" as a symbolic narrative that should inspire an effective judiciary in the achievement of the procedural conditions of democracy and constitutional principles.

**KEYWORDS:** Democracy; Judicial Review; Constitutional Patriotism.

---

*Artigo recebido em 15.08.2011. Pareceres emitidos em 10.10.2011 e 23.10.2011.*

*Artigo aceito para publicação em 20.12.2011.*

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (capital). Autora do livro, "O patriotismo constitucional na perspectiva da Jürgen Habermas". Professora e Pesquisadora do UNIFOA - Centro Universitário de Volta Redonda, Rio de Janeiro. Pós-Doutoranda em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis) com bolsa UFSC-REUNI. *mbunchaft@ig.com.br*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Conceito de Patriotismo Constitucional; 2. O Diálogo Habermas/Nino sobre Judiciário e Democracia; 3. O Patriotismo Constitucional inclusivo à luz do Diálogo entre Habermas e Nino; 4. A Atuação Substancialista do STF e STJ na Proteção dos Direitos Fundamentais de Minorias: uma reflexão à luz de Santiago Nino; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. The Concept of Constitutional Patriotism; 2. The Dialogue Habermas/Nino about Judiciary and Democracy; 3. The Inclusive Constitutional Patriotism in light of the Dialogue between Habermas and Nino; 4. The Performance of the Federal Supreme Court and the Brazilian Supreme Court in Protecting the Fundamental Rights of Minorities: a reflection in the light of Santiago Nino; Conclusion; Bibliographical References.

## INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas desenvolveu uma concepção procedimentalista de direito e democracia, cujos influxos teóricos são fundamentais para a filosofia política do reconhecimento. Nas obras *A Inclusão do Outro e Direito e Democracia*, o autor sublinha ser o sistema de direitos sensível às demandas por reconhecimento de sociedades multiculturais, de forma que grupos culturais devem articular em processos deliberativos aquelas tradições que desejam perpetuar. Na perspectiva habermasiana, uma cultura política – cristalizada em torno da adesão emotiva em torno de um projeto constitucional – pode assegurar integração social entre indivíduos de diversas línguas, culturas e etnias, sendo esta a ideia fundamental da concepção de patriotismo constitucional.

Santiago Nino configurou uma perspectiva construtivista, derivada de princípios éticos fundamentais, decorrentes das pressuposições do discurso moral, desenvolvendo uma concepção filosófica, denominada “construtivismo epistemológico”, concebida como uma perspectiva teórica derivada do diálogo entre John Rawls e Jürgen Habermas.

Propugnamos apresentar um diálogo entre Habermas e Nino, cujas diferentes percepções filosóficas enriquecem o debate sobre o papel da democracia e do Judiciário. Pretendemos demonstrar, com base em Nino, que a reflexão individual também representa um meio moralmente válido de resolução do desacordo moral razoável, sempre que descaracterizado o uso público da razão e o valor epistêmico do processo democrático, seja pela imposição de doutrinas religiosas abrangentes que violam direitos de minorias, seja pela ausência de abertura e participação dos afetados no processo político. Para tal empreendimento, pretendemos investigar empiricamente alguns julgados que marcam a trajetória jurisprudencial do STF na proteção dos direitos fundamentais de grupos estigmatizados, cujas pretensões normativas, muitas vezes, são desconsideradas pelas instâncias deliberativas, caracterizando a ausência de valor epistêmico da deliberação, nos termos da filosofia de Santiago Nino.

A ideia fundamental do presente artigo é, por meio do diálogo entre Nino e Habermas e de uma investigação empírica da jurisprudência do STF,

analisar os limites fáticos da integração da perspectiva procedimentalista de patriotismo constitucional à cultura jurídica brasileira, tendo em vista a necessidade de perspectivas substancialistas voltadas para a proteção dos direitos fundamentais de minorias. O principal aspecto consiste no seguinte questionamento: a integração do conceito de patriotismo constitucional, em uma perspectiva puramente procedimental, à cultura política brasileira tem potencialidade em suscitar adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional? Na cultura constitucional brasileira, haveria uma relação fática, mas não contingente, entre substancialismo e *Verfassungspatriotismus*? Sob esse prisma, o instrumental teórico de Nino sobre Jurisdição constitucional e Democracia é fundamental para delinear uma versão mais inclusiva de patriotismo constitucional, adaptado às especificidades de países periféricos de modernidade tardia, tendo em vista julgados, tais como a decisão monocrática do Ministro Celso Mello no julgamento da ADI 3.300 ou o voto do Min. Joaquim Barbosa no julgamento do HC nº 84025-6. Como pretendemos demonstrar, tais decisões demonstram que o STF, por meio de leituras substancialistas e principiológicas da Constituição, tem inspirado narrativas simbólicas que protegem a autonomia privada de grupos minoritários, inspirando adesão emotiva ao ideário constitucional. A versão inclusiva de patriotismo constitucional, que pretendemos propor para países periféricos de modernidade tardia, é delineada partir do diálogo entre Habermas e Nino.

Com efeito, nosso objetivo fundamental é repensar se a perspectiva estritamente procedimentalista, relativamente a questões éticas atinentes a minorias, é efetivamente adequada às especificidades da nossa cultura constitucional, sendo fundamental analisar a relação fática – ignorada por Habermas – entre substancialismo e patriotismo constitucional.

### **1. O CONCEITO DE PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL**

O tema do patriotismo constitucional surge no Debate dos Historiadores durante a metade da década de oitenta, quando intelectuais alemães discutiram o significado do nazismo na reconstrução da identidade nacional alemã. Jürgen Habermas, contrapondo-se ao neo-historicismo e sua tentativa de minimizar o significado do Holocausto, desenvolveu o conceito como uma postura autocrítica em relação ao passado. Desse modo, o patriotismo constitucional alemão inspirou um processo de reconstrução da identidade alemã com base em princípios universalistas, estabelecendo uma ordem baseada em uma cultura política inclusiva. Trata-se de uma nova forma de identificação política capaz de superar o nacionalismo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> A respeito do conceito de patriotismo constitucional, cf.: BUNCHRAFT, Maria Eugenia. *O Patriotismo Constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas – A Reconstrução de Ideia de Nação na Filosofia Política Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; BUNCHRAFT, Maria Eugenia. “A Filosofia Política do Reconhecimento”. In: SARMENTO (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373 a 395;

Nesse contexto, Habermas leciona que as democracias pluralistas devem cultivar uma cultura política baseada na adesão a princípios constitucionais. A integração política abstrata inerente à ideia de nação de cidadãos é delineada em torno do compromisso com direitos humanos universais. É de se mencionar que, em uma conferência pronunciada em 1986, *Consciência Histórica e Identidade Pós-tradicional*, o filósofo destaca como a experiência alemã do pós-guerra tem permitido reconstruir a identidade nacional alemã, observando o compromisso da comunidade política a identificar-se com princípios de direitos humanos consagrados na Constituição.

Em finais de 1988, aparece publicada na revista francesa *Globe*, uma entrevista de Habermas com Jean-Marc Ferry.<sup>3</sup> Na análise do Holocausto, o historicismo é agora insuficiente para compreender a experiência alemã no Debate dos Historiadores. Dolf Sternberger, a quem Habermas cita, havia dito: “Auschwitz não pode ser compreendido absolutamente.” Antes de tudo, porque transcende o limite da dignidade humana, transformando o genocídio em um ato normal, assumido como política pública.

A segunda parte da entrevista discute o embate entre a identidade coletiva de caráter nacionalista e a identidade pós-nacional, fundada nos direitos humanos universais inerentes ao constitucionalismo moderno. O nacionalismo alemão terminou por transformar-se em loucura racial, descaracterizando-se como fundamento de toda identidade política. A única estratégia, portanto, seria uma reapropriação crítica do passado e de uma identidade pós-nacional, formada em torno de princípios universalistas da democracia.<sup>4</sup> O herdeiro da Escola de Frankfurt propugna que a deliberação pública seria o instrumento por meio do qual os cidadãos podem transformar sua relação com o passado nazista, reconstruindo a identidade nacional alemã.

---

BUNCHAFT, Maria Eugenia. “A Integração do Conceito de Patriotismo Constitucional na Cultura Política Européia”. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 27. Rio de Janeiro: Departamento de Direito PUC-Rio, 2005, p. 119-133; HABERMAS, Jürgen. *Identities Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998; CRONIN, Ciaran. “Democracy and Collective Identity: In Defence of Constitutional Patriotism”. In: *European Journal of Philosophy*, vol. 11, nº 1. London: Blackwell Publishing, 2003, p. 1-28; FOSSUM, John Erik. “Deep Diversity versus Constitutional Patriotism. Taylor, Habermas and the Canadian constitutional crisis”. In: *Ethnicities*, vol. 1, nº 2. London: Sage Publications, 2001, p. 179-206; HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002; LACROIX, Justine. “For a European Constitutional Patriotism”. In: *Political Studies*, vol. 50, nº 5. Oxford: Blackwell, 2002, p. 944-958.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. “Identidad Nacional y Identidad Postnacional-entrevista com Jean-Marc Ferry”. In: HABERMAS, Jürgen. *Identities Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.

<sup>4</sup> Analisando a reconstrução da identidade nacional alemã, Habermas cita Dolf Sternberger, que tem observado na República Federal Alemã um certo patriotismo em torno da Constituição, uma disponibilidade de identificação com a ordem política e com os princípios constitucionais. De acordo com Habermas, a sóbria identidade política se dissocia de um passado centrado em termos de história nacional: “O conteúdo universalista de uma forma de patriotismo cristalizado em torno do Estado constitucional democrático já não se sente comprometido com continuidade triunfais...” HABERMAS, Jürgen. “Consciência Histórica e Identidad Postradicional”. In: HABERMAS, Jürgen. *Identities Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 94.

A apropriação crítica da sua história e a adesão a princípios constitucionais permitem que a identidade política alemã seja capaz de transcender o passado traumático.

Mas, como pretendemos demonstrar, o autor alemão rejeita interpretações substancialistas da Constituição, razão pela qual torna-se necessário delinear um modelo de patriotismo constitucional adaptado às singularidades de países periféricos de modernidade tardia que articule ambas as perspectivas: procedimental e substancialista, em face da própria natureza principiológica de nossa Constituição. Nesse aspecto, estabelecer um diálogo entre a ética discursiva e a perspectiva teórica de Nino é fundamental.

## **2. O DIÁLOGO HABERMAS/NINO SOBRE JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA**

De início, é premente elucidar que os defensores da democracia deliberativa consideram que as decisões políticas somente se legitimam, se decorrem de um processo argumentativo amplo e aberto no qual todos os afetados possam expor suas razões. Desse modo, a contraposição entre Habermas e Nino surge através da relação estabelecida pelos autores entre direitos humanos e democracia. O autor argentino refere-se aos primeiros como um contrapeso ao processo democrático, aproximando-se da concepção liberal de direitos quando estabelece um conjunto de direitos individuais que não podem ser violados em hipótese alguma, nem mesmo com o consenso da maioria. O herdeiro da Escola de Frankfurt, por sua vez, contrapõe-se à perspectiva dicotômica entre direitos humanos e democracia, entendendo que o primeiro não deve ser compreendido como um contrapeso ao segundo, mas como um pressuposto necessário ao processo democrático.

Em vista disso, para Habermas, a ideia de direitos humanos estaria conectada à democracia, tendo em vista a cooriginariedade entre a autonomia pública e a privada. O princípio da democracia surge a partir da interação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, inspirando a gênese lógica de direitos. Habermas enumera as categorias de direitos que são intrínsecas ao status das pessoas de direito, insuscetíveis de violação pelo processo democrático:

(...)

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual. (...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direitos legítimos. (...)

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).<sup>5</sup>

Assim, o direito subjetivo somente pode ser assegurado por meio de um processo de autolegislação no qual os indivíduos tornam-se autores e destinatários dos seus direitos. Nas palavras de Habermas, “Pois, enquanto sujeitos de direito, eles só conseguirão autonomia se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.”<sup>6</sup> De fato, na compreensão habermasiana, é fundamental que os indivíduos saiam da posição de agentes privados e insiram-se em uma perspectiva mais ampla que pressupõe a concessão intersubjetiva de direitos. Como se sabe, os autores liberais focalizam a centralidade da autonomia privada, estabelecendo um conjunto de direitos negativos que não podem ser violados pelo Estado. Por sua vez, os autores republicanos enfatizam o exercício da autonomia pública, focalizando as liberdades comunicativas e pressupondo uma convergência de autocompreensões éticas. Mas, para Habermas, autonomia pública e privada são equiprimordiais. Por meio da autonomia privada, os indivíduos decidem quais direitos subjetivos serão usufruídos; através exercício da autonomia pública, os cidadãos titulares de liberdades comunicativas regem coletivamente a sua existência, atribuindo a si próprios os seus direitos. É pertinente o comentário de Habermas:

(...) Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos.(...)<sup>7</sup>

Sob essa ótica, na perspectiva habermasiana, para que as normas possam alcançar o consenso de todos os afetados, devem decorrer de um processo de autolegislação. Entretanto, este não possui um poder absoluto, pois deverá respeitar os direitos fundamentais, que constituem um pressuposto para a Democracia. Nino, por sua vez, ao considerar os direitos humanos como um contrapeso à democracia, aparentemente adota uma

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia- entre Facticidade e Validade*, tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159-160.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. “Sobre a Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia”. In: *A Inclusão do Outro - Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293.

perspectiva liberal, estabelecendo uma concepção de direitos concebidos como trunfos contra maiorias. Aproxima-se, entretanto, da perspectiva habermasiana quando destaca que os direitos fundamentais são necessários para o funcionamento do processo democrático. Nino considera que o valor epistêmico do processo democrático depende do reconhecimento dos direitos humanos, sob pena de não funcionar adequadamente. O valor epistêmico do processo de discussão coletiva, portanto, não é um valor absoluto, dependendo do cumprimento de pressupostos que lhes são intrínsecos. Nino assim fundamenta seu posicionamento. Nas palavras do autor, “a capacidade epistêmica da discussão coletiva e da decisão majoritária para alcançar decisões moralmente corretas não é absoluta, mas varia de acordo com o grau de satisfação das condições subjacentes ao processo.” E conclui: “Estas condições são: que todas as partes interessadas participem na discussão e decisão; que participem de uma forma razoável, sob igualdade e sem nenhuma coerção; que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos verdadeiros...”<sup>8</sup>

Nesse quadro teórico, quando esses pressupostos são satisfeitos, a democracia alcança validade epistêmica, contemplando os requisitos de abertura e participação dos afetados. É necessário ponderar, entretanto, que os direitos necessários ao funcionamento da democracia são considerados por Nino como direitos *a priori*. Nino denomina os direitos negativos de liberdade e direitos sociais de participação, como direitos “*a posteriori*”, enquanto os direitos políticos de participação correspondem aos direitos “*a priori*”. Em suma, para Nino, os direitos fundamentais são direitos morais, sendo que a delimitação do alcance e conteúdo desses direitos pressupõe uma reflexão moral realizada, em princípio, pelo processo democrático. Habermas, por sua vez, assevera que tais direitos permitem o exercício da autonomia pública, ou seja, são condições procedimentais que institucionalizam a formação política da opinião e da vontade. Nino, a seu turno, considera que os direitos *a priori* são aqueles que garantem valor epistêmico ao processo democrático.

Nesse ponto, Nino não concebe o consenso “como constitutivo de decisões justas”, denominando a perspectiva habermasiana de “construtivismo ontológico”, caracterizado nos seguintes termos: “a validade dos juízos morais não decorre dos resultados do discurso real, mas sim dos seus pressupostos, ainda que esses resultados sejam um meio confiável para conhecer os pressupostos.”<sup>9</sup> Em síntese, na perspectiva habermasiana, a verdade moral é constituída pela busca de entendimento decorrente de uma discussão moral real que respeita certas condições procedimentais. Habermas assinala que o discurso jurídico é muito mais amplo que o discurso moral, pois, enquanto as normas morais são legitimadas em torno

---

<sup>8</sup> NINO, Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 180.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 180.

do princípio (U), as normas de direito são estruturadas pelo princípio democrático e justificadas por razões pragmáticas, ético-políticas e morais.

Nesse aspecto, é necessário sublinhar que Habermas estabelece três usos da razão prática. O uso pragmático da razão prática diz respeito ao agir orientado a fins, ou seja, a ação é determinada pelo resultado pretendido, desprezando-se a dimensão ética da conduta. O agente, em uma perspectiva egocêntrica visa apenas a alcançar determinado resultado. O agir estratégico constitui a base do sistema social capitalista e decorre do processo de colonização do mundo da vida, por meio do qual os princípios que regem o mundo da economia e do sistema burocrático, tornam-se hegemônicos e passam a exercer domínio sobre o mundo da cultura e da sociedade não institucionalizada.

No ensejo, no uso ético da razão prática diz respeito à perspectiva na qual o indivíduo questiona-se sobre quem ele é e quem gostaria de ser. Quando alguém se questiona sobre o seu projeto de vida, recorre também a outras histórias de vida, pois minha identidade é marcada pelos processos de construção de identidades coletivas. O indivíduo questiona-se sobre aquilo que é bom para si ou para a coletividade a que pertence. Nessa linha de raciocínio, as normas ético-políticas não são deontológicas, mas teleológicas.

Com efeito, em contraposição, os discursos morais pressupõem uma perspectiva deontológica capaz de transcender as contingências históricas de uma forma de vida. Nas palavras do autor, “nas discussões morais, ao contrário das ético-políticas, o círculo dos possíveis atingidos não se limita aos membros da própria coletividade.”<sup>10</sup> Diante do exposto, depreende-se que o ponto de vista moral “exige uma abertura incondicional das deliberações institucionalizadas para o fluxo de informações, para a pressão dos problemas e o potencial de estímulo da opinião pública não-organizada.”<sup>11</sup> Em suma, o uso moral da razão prática surge de um conflito humano e social no qual o indivíduo, em suas relações comunicativas, se questiona sobre o que é justo, em uma dimensão interpessoal.

Nesse cenário, a partir de agora, o uso moral da razão distancia-se reflexivamente dos padrões legítimos de uma sociedade e questiona-se sobre a justiça da ação. O estabelecimento de princípios morais que legitimam as normas de ação, somente ocorre em uma perspectiva dialógica e intersubjetiva na qual os afetados possam expor abertamente os seus argumentos, contrapondo-se à perspectiva do autor argentino. Nino, por sua vez, salienta que o processo democrático deliberativo só contempla questões morais, excluindo questões ético-políticas, que não poderiam ser resolvidas de maneira imparcial. O objetivo fundamental do autor é assegurar o postulado da autonomia moral, refutando qualquer forma de interferência externa sobre a eleição de ideais de excelência pessoal e virtude. Habermas, a seu

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 228.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 228.

turno, desenvolve uma concepção de autonomia essencialmente dialógica, porquanto os indivíduos só a obtêm à medida que se inserem em uma rede de relações dialógicas com os demais.

Não obstante, em *Direito e Democracia*, Habermas rompe com a tradição liberal e não mais afirma a neutralidade ética do Estado Constitucional, mas destaca que questões ético-políticas passam a permear os processos de deliberação discursiva. Nino, diferentemente, destaca que questões ético-políticas não são submetidas a processos deliberativos, pois tratam-se de ideais de excelência e virtude. Nessa percepção, o filósofo argentino contrapõe-se à ética discursiva, que condiciona a validade das normas morais necessariamente à aprovação discursiva de todos os afetados, pois entende que tal legitimidade não depende necessariamente de processos argumentativos. O construtivismo epistemológico, na obra de Nino, situa-se como uma posição intermediária entre as perspectivas de Rawls e Habermas, de forma a justificar princípios morais, compreendidos como o substrato legitimador dos direitos humanos.<sup>12</sup> É premente salientar que o construtivismo epistemológico de Nino procura articular ambas as vertentes filosóficas, enfatizando a perspectiva dialógica de formulação dos juízos morais, mas legitimando também a reflexão individual. Assim, é clara a assertiva do eminente filósofo argentino:

(...)...quanto ao conhecimento da verdade moral, Rawls parece assumir que só é acessível através da reflexão individual, enquanto Habermas sustenta que somente a discussão coletiva é um método adequado para acessar princípios morais válidos. Acredito que a posição correta sobre ambas as questões é intermediária entre sustentadas por ambos os filósofos. (...)<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> O embate teórico entre Habermas e Rawls é um dos temas mais relevantes da filosofia política contemporânea, contemplando uma crítica de Habermas, uma réplica do segundo e um novo ensaio crítico do filósofo alemão. O debate surge em um número da revista *The Journal of Philosophy*, tendo como ponto de partida o ensaio crítico de Habermas, "Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's Political Liberalism". Em verdade, tanto Habermas quanto Rawls distanciam-se de concepções comunitárias, pois delineiam uma concepção de justiça desvinculada de uma perspectiva apoiada em objetivos etnoculturais. Não obstante, o filósofo alemão leciona que a teoria rawlsiana de justiça revela algumas insuficiências teóricas. De um lado, a posição original não satisfaz plenamente à imparcialidade exigida pelos pressupostos deontológicos. De outro lado, ao atribuir primazia aos direitos liberais, em contraposição ao princípio democrático, Rawls não atinge seu objetivo de conciliar a liberdade dos modernos com a dos antigos. Tal afirmação decorre da constatação do fato de a teoria rawlsiana subordinar o segundo princípio de justiça (igualdade) ao primeiro (liberdade). Habermas também demonstra-se cético em relação à renúncia rawlsiana à pretensão de verdade, uma vez que a sua própria concepção de razoabilidade é insuscetível de optar teoricamente entre aceitabilidade racional, visando à justiça e à aceitação social voltada para a estabilidade. Nesse ponto, a concepção rawlsiana de razão pública não trabalha com os conceitos de verdade, pois resgata a ideia do politicamente razoável, tendo em vista o dever de civildade e a ideia de cidadania democrática, pressupondo os princípios da tolerância e da liberdade de consciência.

<sup>13</sup> NINO, Santiago. *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 14.

Em face desta leitura, tanto Habermas como Nino enfatizam o valor epistêmico do processo deliberativo para resolução de questões morais, desde que respeitadas as condições procedimentais inerentes ao processo discursivo, permitindo um contexto aberto e dialógico no qual os interessados possam expor seus argumentos. Regatando ambas as matrizes epistemológicas, conclui Nino que embora o processo discursivo seja o método mais confiável para atingir princípios morais, tendo em vista o potencial racionalizador do debate, tal perspectiva não anula o fato de que a reflexão individual também pode se configurar como um meio válido para alcançar princípios moralmente corretos. Nesse sentido, para Nino, o método mais confiável para se atingir princípios morais constitui o processo democrático, cujo valor epistêmico intrínseco se sobrepõe, em tese, à reflexão individual monológica. Nas palavras de Nino, “Isto, sem embargo, não exclui a possibilidade de que, por meio da reflexão individual, se possa ter acesso ao conhecimento de soluções corretas, ainda que se admita ser este método muito menos confiável que o coletivo, devido à dificuldade de permanecer fiel à representação dos interesses dos outros e ser imparcial.”<sup>14</sup>

Portanto, quando o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, a reflexão individual também se configuraria como um meio válido para resolução do desacordo moral razoável que impera em sociedades pluralistas. Habermas, por sua vez, defende que o potencial racionalizador do debate democrático seria essencial para alcançar resultados legitimados procedimentalmente, em oposição a uma produção monológica de normas. Na perspectiva habermasiana, o debate intersubjetivo é fundamental para a resolução de conflitos práticos na esfera moral. Somente através do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade, é possível solucionar um acordo normativo interrompido. De acordo com a ética discursiva, o diálogo real é essencial, pois apenas com a participação efetiva dos afetados tornar-se-à possível evitar uma interpretação distorcida em relação a seus interesses pelos demais.

Em face dessa percepção filosófica, como leciona Carlos Santiago Nino, quando o processo deliberativo está desprovido de condições que configurem seu valor epistêmico, torna-se necessário um maior protagonismo do Judiciário, fundado em princípios substantivos para proteção de uma esfera de autonomia pessoal. O autor resgata a ideia rawlsiana do equilíbrio reflexivo como um procedimento válido para acessar a verdade moral quando descaracterizado o valor epistêmico da deliberação. Sob esse prisma, o modelo de patriotismo constitucional ora proposto e sua integração à cultura política brasileira aproxima-se mais da perspectiva delineada por Nino por razões pragmáticas, tendo em vista a possibilidade da ausência de abertura e participação dos grupos minoritários no processo político majoritário e a centralidade de princípios morais ínsitos ao que denomina de Constituição ideal.

---

<sup>14</sup> NINO, Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 161.

### 3. O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL INCLUSIVO À LUZ DO DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E NINO

Para Nino, Democracia, reconhecimento de direitos e Constituição Histórica são as três dimensões do constitucionalismo. Enquanto a Constituição Histórica configura o aspecto real do constitucionalismo, os direitos e a democracia dizem respeito ao que denomina de Constituição ideal. Ademais, a legitimidade da “Constituição Histórica” tem como conteúdo o reconhecimento de princípios morais.

Outrossim, seria intrínseco a qualquer discurso moral a aceitação do valor da autonomia moral, sendo inadmissível qualquer processo discursivo estabelecido de forma incompatível com esse postulado moral. Assim, tendo em vista o valor geral da autonomia moral, o autor refuta “qualquer política que imponha ideais pessoais sobre os indivíduos.”<sup>15</sup> Nessa concepção filosófica, Nino, em passagem elucidativa, menciona que, em contraposição ao modelo liberal, “a visão perfeccionista recupera a adoção de um modelo de virtude pessoal definido por ideais cívicos e comunitários.”<sup>16</sup>

Em suma, o princípio da autonomia pessoal está intimamente relacionado ao valor da autonomia moral, que refuta qualquer tipo de interferência externa sobre a escolha de ideais de excelência pessoal e virtude. Tal princípio constitui um elemento basilar de uma concepção liberal de direitos que refuta o perfeccionismo, ou seja, qualquer tipo de interferência estatal em relação à esfera privada.

Em síntese, torna-se fundamental sublinhar que o republicanismo parte do pressuposto de que, uma vez estimulada a participação política dos cidadãos, os indivíduos terão menos inclinação a perseguir interesses privados. A conexão entre democracia e o exercício das virtudes cívicas contrapõe-se ao modelo liberal baseado na ideia de que cada indivíduo deve perseguir seu plano de vida sem ser instrumentalizado a um projeto político majoritário. De acordo com essa visão, “o princípio da autonomia pessoal seria honrado se certas virtudes de caráter forem promovidas como um fim em si mesmas e não por seus méritos intrínsecos, mas como uma forma de obter ações que beneficiem ou evitem danos a outras pessoas.”<sup>17</sup> O republicanismo pressupõe que a adoção de ideais de excelência seria inserida em uma dimensão comunitária, e não em uma esfera eminentemente privada. Nas palavras de Nino, “em contraste com o dogma do liberalismo, a visão perfeccionista recupera a adoção de um modelo de virtude pessoal definido por ideais cívicos e comunitários.”<sup>18</sup>

Em suma, afirma a centralidade na promoção de virtudes públicas, relacionada à busca de fins coletivos. Não obstante, segundo o autor, o

---

<sup>15</sup> NINO, Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 278.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 140.

simples fato de o ideal democrático estimular virtudes cívicas, não pode ignorar o fato de que existem determinadas ações individuais incapazes de suscitar efeitos negativos na esfera alheia, refutando teorias perfeccionistas que interferiram no princípio da autonomia pessoal.

Diante dessa estrutura conceitual, Nino assinala a existência de uma moralidade pública, intersubjetiva, e uma moralidade privada, autorreferente ou pessoal. Esta consiste “naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude, que valoram as ações em relação a seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos mesmos agentes.”<sup>19</sup> Em vista disso, quando o valor da autonomia pessoal relaciona-se a princípios intersubjetivos, suscetíveis de julgar as condutas dos indivíduos, tendo em vista os interesses alheios, torna-se fundamental limitar a autonomia de uns para preservar a de outros. Mas, quando o valor da autonomia diz respeito a princípios morais autorreferentes, não há motivo para limitar uma esfera de autonomia pessoal, restringindo a eleição de ideais de excelência humana ou virtude pessoal, porque tais ideais não afetam a autonomia das demais pessoas.

Nessa trajetória normativa, Nino estabelece uma diferenciação entre um conceito descritivo e um conceito normativo de direito. O conceito descritivo de direito pressupõe direitos morais positivados no ordenamento estatal, observando-se os pressupostos formais do processo legislativo. Mas, a concepção descritiva de direito não contempla a amplitude e complexidade do fenômeno jurídico, sendo necessário resgatar uma concepção normativa de direito, que inclua os direitos morais, ou seja aqueles que deveriam ser reconhecidos no ordenamento jurídico. Nino estabelece três princípios morais ínsitos a uma concepção normativa do direito e que integram o constitucionalismo ideal: o princípio da autonomia da pessoa; o princípio da inviolabilidade da pessoa; o princípio da dignidade humana.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da inviolabilidade da pessoa estabelece um instrumento de proteção a interesses individuais contra demandas coletivas. Na sua primeira formulação, “o princípio da inviolabilidade da pessoa proíbe a diminuição da autonomia de uma pessoa para alcançar como único propósito o incremento da autonomia que gozam outros indivíduos.”<sup>20</sup> O autor pretende, indubitavelmente, contrapor-se a concepções holísticas e coletivistas baseadas na “existência de uma entidade coletiva que constitui uma pessoa moral independente com interesses irredutíveis.”<sup>21</sup> Para o autor argentino, a articulação dos princípios da autonomia e da inviolabilidade da pessoa não fornece um substrato teórico suficiente para delinear uma concepção liberal de sociedade.

Nessa perspectiva, analisando os limites teóricos dos referidos princípios, destaca que “o princípio da autonomia pessoal implica, paradoxalmente, uma

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 79.

supervisão permanente dos indivíduos para desqualificar qualquer decisão pessoal que restrinja sua própria autonomia, ainda quando o resultado obtido fora o incremento da autonomia de outras pessoas.”<sup>22</sup> Com efeito, propugnando preencher tal lacuna teórica, o autor delinea um terceiro princípio, o denominado postulado da dignidade da pessoa. Este princípio pressupõe o consentimento do indivíduo como fundamento à assunção de obrigações estabelecidas normativamente que restrinjam a sua esfera de autonomia pessoal. Analisando o tema, Nino tece um dos mais lúcidos comentários a respeito do princípio da dignidade da pessoa, mencionando que:

(...) O limite que o princípio da dignidade da pessoa estabelece em relação ao princípio da inviolabilidade da pessoa, pode anular o limite que o último estabelece em relação ao princípio da autonomia da pessoa. Então, quando se aplica o princípio da dignidade da pessoa (já que a pessoa afetada consente em uma relação normativa resultante em uma perda de autonomia), a vedação à autonomia de um indivíduo, para incrementar a de outros, pode ser ignorada. Isto se manifesta no direito de que dispõem as instituições jurídicas de estabelecer obrigações e responsabilidade, dependendo do consentimento dos afetados - como ocorre nos casos de um contrato, o matrimônio e as leis penais - deveria estar justificado sobre a base de promover a autonomia da sociedade em geral. (...) <sup>23</sup>

Diante do exposto, depreende-se que a discussão intersubjetiva nem sempre constitui o método mais confiável para adotar soluções moralmente corretas que interfiram nos ideais de excelência pessoal e projetos pessoais de vida. Nas palavras do autor, “os juízes não têm razões para subordinar seus juízos morais a uma lei democrática baseada em ideais pessoais de virtude ou excelência. Não existe nenhuma base epistêmica que justifique essa decisão. Neste ponto, somente o juízo dos indivíduos é relevante.”<sup>24</sup> Desse modo, a discussão democrática não possui valor epistêmico para impor ideais pessoais que violem o princípio da autonomia moral e, em consequência, qualquer juiz estaria legitimado para afastar a constitucionalidade de uma lei perfeccionista que imponha determinadas concepções de bem.

Nesse sentido, o autor critica a atuação da Suprema Corte em *Bowers v. Hardwick*<sup>25</sup>, tendo em vista a declaração de constitucionalidade de uma lei do Estado da Geórgia que vedava a conduta homossexual, porquanto fundamentou-se em argumentos perfeccionistas. Sob esse aspecto, os juízes teriam legitimidade para declarar a inconstitucionalidade de uma legislação perfeccionista que imponha ideais de excelência. O autor diferencia, entretanto, da situação na qual determinadas leis criminalizam

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 80-81.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>25</sup> *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S 186 (1986).

o uso de droga para uso pessoal. Ora, se a lei objetiva proteger direitos de terceiras pessoas, seria legítimo que tal questão seja solucionada pelo processo democrático, pois não se trata de um ideal de excelência pessoal.

Não obstante, a situação é diversa quando se trata de uma legislação perfeccionista, pois nesse caso, “os juízes podem invalidar a legislação se o seu objetivo for impor um ideal de excelência pessoal.”<sup>26</sup> Assim, seria necessário avaliar os motivos originários que deram ensejo à elaboração de determinadas normas jurídicas, com o propósito de legitimar ou não o controle de constitucionalidade. Nas palavras do autor, “se a proibição implica este último, ela só pode ser determinada pelo processo político ou corrigida por ele. Nesta situação, a proibição não deveria ser realizada pelo poder judicial, inclusive quando for incorreta.”<sup>27</sup> Portanto, podemos questionar se a questão da criminalização da homofobia, do casamento gay, do transexualismo e aborto de feto anencéfalos envolve um ideal de excelência pessoal ou um padrão moral intersubjetivo.

Sob essa ótica, compreendemos que o direito ao casamento gay, bem como a pretensão de transexuais em realizar a adequação do prenome no registro civil, configuram uma moralidade autorreferente vinculada a ideais de excelência humana ou virtude pessoal, insuscetíveis de afetar a autonomia das demais pessoas. Diferentemente, a questão relativa à criminalização da homofobia representa uma moralidade intersubjetiva, pois o valor da autonomia pessoal relativa à não-discriminação por orientação sexual afeta interesses alheios relativos à liberdade religiosa e de expressão de entidades religiosas, devendo ser regulada pelo processo democrático.

Assim, para Nino, a dimensão ideal do constitucionalismo, que é representada pelos direitos, impõe limites à atuação estatal perfeccionista, uma vez que a satisfação dos direitos “a priori” constitui pressuposto para o processo democrático. De acordo com o autor, “o processo democrático não pode ser o último recurso para a proteção de direitos individuais, dado que a principal função dos direitos é conter as decisões majoritárias e proteger os interesses dos indivíduos isolados e das minorias.”<sup>28</sup> O filósofo estabelece um diálogo crítico com Ronald Dworkin, que desenvolveu um modelo de democracia constitucional por meio do qual os juízes teriam a função de invalidar determinadas leis aprovadas pelas maiorias, tendo em vista a proteção a direitos individuais.

Nesse ponto, estabelece uma distinção fundamental entre a sua proposta teórica e a ideia de democracia constitucional delineada por Dworkin. Pondera ser inadequada a perspectiva que enfatiza a dimensão dos direitos como trunfos contra maiorias, ou limites à democracia, pois, na sua percepção filosófica, tais direitos individuais seriam pressupostos cuja satisfação

---

<sup>26</sup> NINO, Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, op. cit., p. 279.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 279-280.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 269.

confere valor epistêmico ao processo democrático. Este seria justamente um dos fundamentos capaz de legitimar o controle de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário iria verificar se os pressupostos que conferem valor epistêmico ao processo democrático encontram-se cumpridos. Por conseguinte, a forma de intervenção judicial não conduz necessariamente à invalidação total de uma norma inconstitucional. Nas palavras do autor, “os juízes não necessitam descartar sempre os resultados do processo democrático para promover medidas que creem serem mais conducentes à proteção ou promoção dos direitos.”<sup>29</sup> A atuação da atividade judicial deve pautar-se pela adoção de medidas que incrementam o processo de deliberação pública, de forma a tornar a intervenção dos corpos políticos mais cuidadosa.

É premente lecionar que a superioridade epistêmica do processo deliberativo aparentemente afasta a legitimidade da jurisdição constitucional. Todavia, esse argumento decorre de uma compreensão superficial acerca do construtivismo epistemológico, de forma que o autor estabelece três “exceções” que legitimam a expansão da atividade judicial no controle de constitucionalidade. O autor utiliza a terminologia “exceções”, o que reflete a sua opção teórica em favor da superioridade epistêmica, em tese, do processo democrático em relação à reflexão individual. A primeira exceção corresponde a uma perspectiva procedimental, devendo o judiciário zelar pela observância das condições procedimentais que garantem valor epistêmico ao processo democrático. Uma vez ausentes os pressupostos deliberativos de participação dos afetados, a atuação jurisdicional estaria legitimada. Nesse sentido, tais considerações foram explicitadas no seguinte trecho:

(...) a intervenção dos juízes é por natureza unidirecional, seu ativismo a este respeito deve estar sempre dirigido a ampliar o processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade e mais concentração sobre a justificação. Seria, com efeito, absurdo, por esta concepção de controle de constitucionalidade, que um juiz anule legislação que tenha sido sancionada através de um processo demasiadamente amplo de participação ou com demasiada igualdade. Certamente, os juízes podem estar equivocados em suas conclusões acerca do funcionamento do sistema democrático, e freqüentemente estão; porém, o efeito mais importante de uma teoria procedimental do controle de constitucionalidade é promover as condições que outorgam ao processo democrático seu valor epistêmico. (...) <sup>30</sup>

Diante dessa estrutura conceitual, o autor considera que o respeito aos direitos “*a priori*” constitui um pressuposto de validade do processo democrático. Nas palavras do filósofo, “os direitos políticos ativos e passivos ou a liberdade de expressão são claramente centrais para um conteúdo

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 292.

<sup>30</sup> NINO, Carlos Saniago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, op. cit., p. 274.

mínimo do sistema democrático.”<sup>31</sup> A sua teoria, entretanto, incorpora a fundamentalidade dos direitos sociais como integrantes dos denominados direitos “*a priori*”, uma vez que as condições sociais e econômicas constituem pressupostos que irão delimitar a validade do processo democrático.

Em síntese, a atuação das Cortes também estaria legitimada no caso de violação aos direitos sociais, pois a inobservância da sua satisfação anula o valor epistêmico do processo democrático. A segunda exceção que é capaz de legitimar a atuação do controle de constitucionalidade, foi objeto de análise anteriormente, ocorrendo sempre que a discussão democrática imponha ideais de excelência ou virtude, violando o princípio da autonomia moral, de forma que o Judiciário estaria legitimado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei perfeccionista. Nesse contexto, a expansão da atuação judicial seria justificada sempre que o processo democrático violar uma esfera de autonomia pessoal, expressa em termos de ideais de excelência e virtude. Por fim, a terceira exceção que fundamenta o controle de constitucionalidade, objetiva preservar a prática social, ou seja, a Constituição Histórica.

Nesse aspecto, defendemos a tese segundo a qual, quando o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, somente uma nova narrativa simbólica, um patriotismo constitucional inclusivo, com potencialidade de transformar a imaginação política da sociedade, pode inspirar a atuação dos tribunais, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. O modelo ora proposto de patriotismo constitucional procura articular duas tradições filosóficas, delineando um instrumental teórico que resgata o potencial emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*, mas atento à possibilidade fática da ausência de abertura e participação dos afetados, legitimando um maior protagonismo do Judiciário na concretização da dimensão substantiva da Constituição, tendo em vista a proteção da autonomia moral de cada indivíduo. Tal perspectiva pode incrementar uma identidade constitucional pluralista que permita a cada indivíduo desenvolver seu projeto pessoal de vida. Trata-se de uma nova narrativa simbólica, um patriotismo constitucional inclusivo, que permite conceber a arena jurídica como um cenário de lutas pelo reconhecimento.

O modelo de patriotismo constitucional inclusivo propugna uma releitura da versão procedimental habermasiana, apostando no Judiciário brasileiro – especificamente o STF e STJ – como instâncias de representação de minorias, capazes de inspirar um novo processo de articulação da diferença em uma cultura jurídico-constitucional aberta e inclusiva. Assim, sublinhamos que, no contexto brasileiro, uma perspectiva substancialista – capaz de atribuir ao STF um papel relevante na proteção de minorias estigmatizadas, quando as instituições deliberativas se mostram insensíveis a suas aspirações normativas – pode inspirar uma nova narrativa simbólica, uma identidade constitucional pluralista.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 275.

Em vista disso, quando tal situação se efetiva, apenas o Judiciário pode ser capaz de inspirar uma narrativa simbólica sensível a pretensões normativas de grupos minoritários. Somente por meio de uma leitura moral da Constituição, capaz de resguardar a autonomia privada de minorias estigmatizadas contra possíveis interferências estatais perfeccionistas, tornar-se-á possível suscitar uma efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Indubitavelmente, para a proteção dessa esfera privada, o Judiciário assume um papel primordial: sempre que ausentes as condições de abertura e participação de minorias estigmatizadas, uma atuação judicial substancialista voltada para uma esfera de autonomia privada constitui a única forma de corrigir os desvios do procedimento.

Antes de tudo, é premente elucidar que, sob o ponto de vista fático, muitas vezes, as normas de representação assumem uma perspectiva excludente, sendo indispensável incrementar a representação política de grupos sub-representados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas. Se os mecanismos das instituições deliberativas funcionam adequadamente, a necessidade de intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político majoritário não atende às demandas sociais ou às pretensões normativas de grupos minoritários, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso.

Disso se infere, a nosso ver, que, de um lado, o modelo procedimentalista de *Verfassungspatriotismus* constitui um substrato filosófico fundamental para combater políticas estreitas de autenticidade de grupo, promovendo a inclusão da diferença cultural em uma cultura política; de outro lado, a sua integração à cultura jurídico-constitucional em uma perspectiva puramente procedimental, por razões pragmáticas (e não teóricas), pode ser incapaz de incrementar uma maior intensidade de proteção judicial da autonomia individual, no que se refere a ideais de excelência e virtude. Como analisamos, Habermas, estabelecendo um nexos entre autonomia pública e privada, considera os direitos fundamentais como um pressuposto constitutivo para um processo de autolegislação, em uma perspectiva instrumental.

Nessa trajetória teórica, tais direitos fundamentais, para o autor alemão, ainda que se consubstanciem como princípios, possuem um sentido deontológico, e não teleológico. Nas palavras de Habermas, "valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim."<sup>32</sup> Os princípios, portanto, não se confundem com os valores, possuindo um significado absoluto e universal. Para o filósofo, não constitui função do Judiciário aplicar princípios como valores compartilhados, pois tal postura pressupõe uma convergência

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 316.

de autocompreensões éticas. Não seria função do Tribunal Constitucional interpretar princípios como reflexo de valores substantivos, de forma incompatível com uma moralidade pós-convencional. Defende o sentido deontológico de validade das normas e princípios, que são concebidos como comandos, não devendo ser interpretados como valores.

Sob o ponto de vista teórico, a perspectiva habermasiana estabelece um conjunto de direitos fundamentais que não podem ser objeto de violação pelo processo democrático, legitimando a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional para tutela de tais liberdades. Tal abordagem teórica, entretanto, encontra limites pragmáticos, tendo em vista a sua rejeição à dimensão valorativa de interpretação dos princípios constitucionais. É indubitável que o instrumental filosófico de Habermas, teoricamente, possui uma preocupação com a proteção da autonomia privada em sua relação de cooriginariedade com a autonomia pública. Mas, sob o ponto de vista pragmático, muitas vezes, não há como aplicar direitos fundamentais em uma dimensão estritamente deontológica, tornando-se necessário adentrar em um aspecto substantivo e valorativo, a fim de corrigir os desvios do procedimento.

Nessa concepção normativa, tornar-se-à possível incrementar a intensidade de proteção judicial da autonomia privada, recorrendo a uma perspectiva substancialista na proteção de tais direitos fundamentais, que, muitas vezes, necessitam submeter-se a um processo de ponderação principiológica. Consideramos, portanto, que a ética da substância assume relevância não para impor concepções de bem – conduzindo a formas opressivas de comunitarismo – mas para potencializar a intensidade de proteção judicial à autonomia individual, sempre que o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, em uma perspectiva perfeccionista. Diante dessa estrutura conceitual, com o intuito de incrementar a intensidade de proteção judicial à autonomia individual, somente uma nova concepção de patriotismo constitucional pode ser capaz de articular a dimensão procedimental e substantiva da Constituição. Na nossa percepção, todavia, a perspectiva habermasiana que vincula substancialismo a uma comunidade ética de valores compartilhados revela-se inaplicável às especificidades de nossa cultura constitucional. Em determinados contextos estratégicos nos quais os direitos de minorias são afetados por maiorias parlamentares, somente o Judiciário pode inspirar uma certa moralidade crítica relativa à reconstrução das práticas sociais vigentes. Em muitos casos, é necessário adentrar em uma dimensão substancialista, com o intuito de corrigir os desvios do procedimento, resguardando uma esfera de autonomia pessoal em face de eventuais investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares.

Feitas essas considerações, passamos a investigar a ausência de valor epistêmico na discussão estabelecida em sede legislativa em relação a certos temas relativos a direitos fundamentais de minorias, ensejando uma postura ativa do STF e também do STJ.

#### **4. A ATUAÇÃO SUBSTANCIALISTA DO STF E STJ NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MINORIAS: UMA REFLEXÃO À LUZ DE SANTIAGO NINO**

Um exemplo da ausência de valor epistêmico das nossas instâncias deliberativas na regulamentação de direitos de minorias e, por consequência, dos limites fáticos da integração de uma concepção procedimentalista de patriotismo constitucional à cultura jurídica brasileira, é a antecipação terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. A anencefalia constitui má formação congênita na qual o feto se desenvolve sem a formação do cérebro, tornando inviável a vida extrauterina. A criança nasce com vida, vindo a falecer algumas horas ou dias depois. Como se sabe, os artigos 124 a 126 do Código Penal tipificam o aborto provocado pela gestante ou por terceiro. De acordo com o artigo 128, o aborto indispensável para salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário, não é punido, nem o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Inobstante, o artigo 128 não contempla como causa de exclusão da antijuridicidade a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, criando maior probabilidade de uma doença hipertensiva com graves riscos à saúde da mãe.

Nessa linha de raciocínio, os Projetos de Lei nº 4.403/04, que acrescentava um inciso ao artigo 128 do Código Penal – de autoria da Deputada Jandira Feghali – e nº 4360/04 tentavam regulamentar a matéria, mas foram arquivados. Em 14 de Agosto de 2007, o deputado Dr. Pinotti apresentou requerimento de desarquivamento do Projeto de Lei nº 4.360/04, mas foi indeferido em 21 de Agosto. Quanto ao Projeto nº 4.403/04, a Deputada Cida Diogo solicitou o desarquivamento em 2007, tendo a tramitação sido retomada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara. Há um Projeto de Lei nº 183 de 2004, que é de autoria do Senador Duciomar Costa, pretendendo modificar o artigo 128 do Código Penal, para inserir o aborto de feto anencéfalo, sendo objeto de análise na Comissão de Constituição e Justiça no momento de elaboração do presente artigo. Tais exemplos demonstram que a ideia habermasiana de um patriotismo constitucional – por meio da qual os afetados pelos efeitos de uma norma tornam-se autores e destinatários dos seus direitos e aderem a princípios de direitos humanos inerentes a uma cultura política pluralista – encontra-se distante da realidade fática. Em relação à temática da anencefalia, visando a suprir a omissão legal, foi interposta no STF a ADPF nº 54, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, com o objetivo de permitir a antecipação terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. Ademais, afirma em nota prévia serem distintas as situações de antecipação terapêutica e a do aborto, tendo em vista que este pressupõe potencialidade de vida extrauterina do feto. Articula o envolvimento de preceitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, bem como o do direito à saúde.

Um outro exemplo é a questão do transexualismo. Como se sabe, o transexualismo é uma desordem de identidade de gênero, pois há uma incongruência entre o sexo biológico e a identidade psíquica. É considerado pela Medicina como uma anomalia da sexualidade humana. Trata-se de uma inversão da identidade psicossocial do indivíduo que gera um transtorno reacional obsessivo-compulsivo. É de se mencionar que surgiram várias tentativas de regulamentar legalmente a matéria. A primeira foi o Projeto de Lei nº 1.909-A, proposto por José Coimbra, aprovado nas duas casas legislativas, mas vetado pelo ex-presidente Figueiredo. Surgiram também outros projetos, os de nº 5.789/85 e nº 3.349/92, que foram arquivados. O mais recente foi o Projeto de Lei nº 70-B, aprovado com emendas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e na Comissão de Seguridade Social e Família. Mas, foi retirado da ordem do dia pelo presidente da Câmara, Michel Temer, durante a visita do Papa. Esse projeto pretendia alterar a redação do artigo 58 da Lei nº 6.015/73 e também foi arquivado.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei da Câmara nº 72/2007, pretendendo alterar o artigo 58 da Lei 6.015/73, que dispõe sobre registros públicos, para permitir a alteração do prenome de pessoas transexuais. Se a lei nº 6.015/73 estatui que toda alteração de prenome seja efetivada apenas pela via judicial, o projeto estabelece um procedimento célere, determinando somente um laudo médico que comprove o status da pessoa transexual. Até o momento da elaboração do presente artigo, o projeto encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, sendo que, até a sua aprovação, o Judiciário vem suprindo a lacuna legal. Assim, quando os mecanismos deliberativos funcionam adequadamente, de forma a atender às demandas de grupos minoritários, a necessidade de intervenção judicial é reduzida; entretanto, quando maiorias políticas que possuem doutrinas abrangentes, violam sistematicamente os direitos desses grupos, frustrando o debate, cabe ao Judiciário corrigir os desvios do procedimento, seja em uma perspectiva procedimental ou substancialista.

Nesse particular, tais aspectos demonstram que, muitas vezes, não há vontade política de regular determinadas matérias relativas a questões éticas de minorias, o que revela a ausência de valor epistêmico do processo democrático em situações específicas. Cumpre esclarecer, todavia, que o presente trabalho não propugna abandonar a perspectiva procedimentalista acerca de lutas por reconhecimento de minorias, mas apenas destacar que, em casos específicos, tais como mudança de prenome de transexuais e direitos de homossexuais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal também têm assumido um papel relevante na construção de uma cultura jurídico-constitucional inclusiva. Como se sabe, em relação à possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, até recentemente, inexistia um posicionamento do STF, pois o órgão pleno não havia apreciado

nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Três Ministros, entretanto, haviam assumido posicionamentos sobre o tema, destacando-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADIN nº 3.300/DF. Manifestaram-se também sobre o tema, os Ministros Dr. Eros Grau, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837/SP, e Dr. Gilmar Mendes, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564, quando exercia a função de Ministro do TSE.

Assim, no julgamento da ADI nº 3.300/DF, a decisão do Ministro Celso Mello assumiu relevância para a construção de uma cultura jurídica pluralista, pois, embora tenha extinto o processo por questões de natureza formal, ao adentrar no mérito da questão, assumiu uma dimensão pedagógica. Destacou a presença de uma questão constitucional de “alta relevância social e jurídico-constitucional”, no que se refere à qualificação normativa das uniões homoafetivas como entidades familiares. Sob esse prisma, o Min. Celso Mello lecionou que:

Quanto à tese sustentada pelas entidades autoras de que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.<sup>33</sup>

Nesse aspecto, manifestou-se em favor da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, com base no emprego da analogia e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade, prestigiando decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relativamente às uniões homoafetivas. No ensejo, o STF, através do Min. Marco Aurélio de Mello, deferiu liminar de abrangência nacional, determinando ao INSS que passasse a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (artigo 16, I da Lei nº 8.213/91; possibilitasse a inscrição do companheiro homossexual na condição de dependente; passasse a processar os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados por companheiro do mesmo sexo, uma vez cumpridos os requisitos legais aplicados aos casais heterossexuais (artigos 74 a 80 da Lei nº 8213/91), fixando o prazo de dez dias para efetivação das medidas indispensáveis ao cumprimento do teor da decisão,

---

<sup>33</sup> ADIN 3.300-DF. Decisão Monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, julgado em 03 de fevereiro de 2006.

sob pena de multa diária de 30 mil reais, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil.<sup>34</sup>

Recentemente, os ministros do STF, julgando a ADI nº 4277 e ADPF nº 132, reconheceram por unanimidade a união estável homoafetiva. A questão relativa aos direitos previdenciários de uniões homoafetivas foi o objeto da ADPF nº 132, proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pedia a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis em todo o país. O primeiro pedido da ADPF nº 132 foi a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição aos arts. 19, II e V e 33 do Decreto-Lei nº 220/75, de forma a descartar qualquer método interpretativo capaz de desqualificar a união estável de servidores homoafetivos em comparação com a tutela jurídica atribuída à união estável de servidores heterossexuais. Ademais, alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria princípios

---

<sup>34</sup> STF, PET nº 1984/RS. Voto do Min. Relator, Dr. Marco Aurélio de Mello; É mister frisar que, de fato, a decisão tomada pelo STF no julgamento da ADPF nº 153/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 1º, parágrafo 1º da Lei 6.683/79, revela-se incoerente, tendo em vista a jurisprudência consolidada ao longo de anos, que estabelecia uma distinção entre crimes políticos e crimes comuns. Compreendemos que os atos praticados por agentes de Estado não possuem a intenção de oposição à ordem política. Não pretendemos analisar a jurisprudência do STF na proteção dos direitos fundamentais, pois nossa proposta restringe-se à temática do ativismo judicial voltado para a proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários; mas, uma vez que o presente artigo também enfoca a temática da judicialização, não podemos deixar de nos manifestar brevemente a respeito de uma preocupação com uma certa reversão da tendência jurisprudencial do STF de proteção aos direitos fundamentais, modificando toda uma tradição juridicamente sensível à temática dos direitos humanos internacionais e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, também não se pode afirmar que a jurisprudência e o posicionamento do STF sejam juridicamente menos sensíveis à temática dos direitos fundamentais que as decisões políticas adotadas pelo Executivo e Legislativo. O Plano Nacional de Direitos Humanos, por exemplo, foi objeto de ataque veemente dos setores mais conservadores do Congresso Nacional. E, no âmbito do Executivo, o ex-Ministro da Defesa, Nelson Jobim, alterou substancialmente o projeto da Comissão da Verdade, posicionando-se contra a abertura dos arquivos militares. O Decreto 7.177/ 2010 desfigurou o projeto inicial, pois a redação atual substituiu a formulação anterior, que fazia referência ao exame das violações de direitos humanos praticadas no contexto da repressão política, por "identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos, suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade", a fim de efetivar o direito à memória e à verdade e promover a reconciliação nacional. De fato, o projeto que cria a Comissão da Verdade foi alterado, visando a atender às pretensões dos militares e empresários que estavam alinhados politicamente com a repressão militar. Em 2011, o ex-Ministro da Defesa havia realizado um acordo com a oposição para que o projeto tramitasse em regime de urgência, mas foi demitido antes que o acordo fosse formalizado. Ademais, o ex-Ministro da Defesa utilizou-se de todos os meios para impedir a condenação do Brasil na Corte de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por crimes praticados por torturadores no período da Ditadura Militar. O projeto de lei foi aprovado na Câmara e no Senado e seu texto determina que a Comissão não terá qualquer poder punitivo em relação aos crimes anistiados ou prescritos. No ensejo, como salientamos, o arquivamento dos Projetos 5.789/85 e nº 3.349/92, relativos a direitos de transexuais, assim como dos Projetos de Lei nº 4.403/04 e nº 4.360/04, já revela a falta de valor epistêmico do nosso processo deliberativo em tratar de temas relativos a direitos fundamentais de minorias.

como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição. No que diz respeito a direitos previdenciários, de acordo com o voto do Ministro-relator, Carlos Ayres de Brito, ocorreu a perda do objeto da ação, pois a lei estadual fluminense nº 5.034/2007, pois equipara “à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente”.<sup>35</sup> Já a ADI 4277 foi ajuizada inicialmente no STF como ADPF 178. O pedido foi o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, contemplada com os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. O elemento comum das ações diretas foi a pretensão de interpretação conforma à Constituição do art. 1723 do Código Civil. O ministro Carlos Ayres de Brito votou no sentido de que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.”<sup>36</sup> Trata-se da vedação ao tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos, que confronta com o objetivo constitucional de promover o bem de todos.

Ademais, enfatizou a relevância do pluralismo sócio-político cultural como um valor do preâmbulo da Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, V). Na sua percepção, o pluralismo “serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito de democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários.”<sup>37</sup> O Ministro-relator também ressaltou que a Constituição vedou expressamente o preconceito em razão do sexo e não obrigou nem proibiu o uso concreto da sexualidade humana. A liberdade de dispor da própria sexualidade é um direito fundamental do indivíduo, expressão da autonomia da vontade e cláusula pétrea. Em passagem elucidativa, o Ministro comenta que:

(...) todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. (...)

Um argumento fundamental é o de que a Constituição, ao referir-se ao substantivo família, não emprega uma linguagem ortodoxa ou da técnica jurídica. Nas palavras do Ministro, a Constituição, ao empregar o termo, “recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.” Trata-se, portanto, de uma visão não reducionista do conceito de família, pois a isonomia entre casais

---

<sup>35</sup> STF, ADI 4.277.

<sup>36</sup> STF ADI 4.277.

<sup>37</sup> STF, ADI 4.277.

homoafetivos e heteroafetivos ganha plenitude quando se parte de um conceito não reducionista de família. Indubitavelmente, em se tratando de minorias estigmatizadas pelo processo político, revela-se legítima uma perspectiva substancialista a fim de proteger tal universo individual, de forma a impedir que maiorias parlamentares imponham concepções abrangentes de bem que frustram as condições de abertura e participação dos afetados. Nesse sentido, o processo democrático não possui valor epistêmico para impor ideais de excelência e virtude em relação a determinados indivíduos, que não interfiram na esfera jurídica alheia.

Em relação especificamente à temática dos direitos fundamentais de grupos minoritários, o STF também tem decisões relevantes voltadas para a satisfação das pretensões normativas destes grupos, destacando-se julgados como o caso Ellwanger, no qual o STF, em 2003, por 8 votos a 3, confirmou a condenação de Siegfried Ellwanger, concluindo que a propagação de ideias discriminatórias ao povo judeu constitui crime de racismo, indeferindo pedido de *habeas corpus* e confirmando a condenação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Do mesmo modo, no julgamento da ação popular que questionava a legalidade da demarcação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol (PET 3.388/RR), o STF revelou uma sensibilidade jurídica em relação à temática dos direitos fundamentais de minorias. Como se sabe, a questão da terra assume especial relevância para os direitos dos povos indígenas, pois visa a assegurar a sobrevivência física e as singularidades culturais relativas a crenças e tradições desses povos. Indubitavelmente, um dos aspectos mais interessantes do voto do Min. Relator, Carlos Ayres de Britto, foi a utilização de uma argumentação jurídica específica para resguardar o princípio constitucional implícito da tutela-proteção dos direitos indígenas, estabelecendo novos contornos teóricos e hermenêuticos em relação ao princípio da proporcionalidade. Para o Ministro, o próprio conceito de “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas ganha “um conteúdo irrecusavelmente extensivo.”<sup>38</sup> No caso analisado, tratava-se de um conflito constitucional entre o princípio constitucional implícito da tutela-proteção dos direitos indígenas em contraposição aos princípios do pacto federativo e da autonomia privada. Estabelecidas tais premissas jurídicas, percebemos a relevância da argumentação jurídica utilizada pelo Min. Carlos Ayres de Britto, tendo em vista que, na sua compreensão, o “princípio da proporcionalidade”, ao ser utilizado em tema da demarcação das terras indígenas, assume uma dimensão extensiva e não restritiva. Esclareceu que, “para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, em contraposição ao que denomina de “cosmogonia indígena,” sendo

---

<sup>38</sup> STF, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

necessário “conferir aos índios tudo o que é necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a estrutura social primeva.”<sup>39</sup>

Em relação aos direitos de transexuais, o Superior Tribunal de Justiça deferiu pedido de homologação da Sentença Estrangeira nº 001058, que determinou a retificação do registro para atribuir sexo e prenome feminino a determinado transexual. O autor da ação ajuizou pedido de homologação de sentença estrangeira formulada pelo Tribunal de Gênova, na Itália, que estabeleceu a retificação do prenome e do sexo no registro civil após a realização de cirurgia para mudança de sexo. Nesse sentido, vale a pena transcrever uma passagem do voto do Min. Barros Monteiro:

Já na Declaração Universal dos Direitos de Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º X). Reside aqui o fundamento autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela, ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente normais em qualquer indivíduo, pelo medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida.<sup>40</sup>

Com efeito, o Min. Barros Monteiro ponderou que a pretensão não ofende a soberania, a ordem pública ou os bons costumes, sendo fundamental conferir ao interessado “uma identidade de gênero que lhe permita resolver a grave dicotomia em sua personalidade, com a possibilidade de garantir-lhe uma vida mais serena e de favorecer e sua integração social em sintonia com sua tendência natural.”<sup>41</sup> Sob esse aspecto, percebemos que o judiciário pode funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos.

### CONCLUSÃO

Não obstante a compreensão habermasiana eminentemente procedimental, que pretende adequar a atuação do Tribunal Constitucional ao princípio da separação de poderes, entendemos que tal perspectiva, especificamente no contexto brasileiro, enfraquece o conteúdo emancipatório do conceito de “patriotismo constitucional”. O legislativo não é a única via capaz de inspirar o *Verfassungspatriotismus*. Nesse sentido, a versão

<sup>39</sup> STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

<sup>40</sup> STJ-SE 001058.

<sup>41</sup> STJ-SE 001058.

inclusiva de patriotismo constitucional, que propugnamos defender para a cultura jurídica brasileira – contrapondo-se à perspectiva habermasiana, estritamente procedimentalista – pressupõe uma leitura moral e substancialista da Constituição, empreendida por um Judiciário capaz de proteger a esfera privada de grupos minoritários contra investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares.

Sob essa ótica, para Habermas, ao deixar-se conduzir por uma metodologia principiológica que transforma princípios em valores, o Tribunal Constitucional viola a separação de poderes. Todavia, a integração de uma perspectiva procedimentalista acerca do Judiciário à cultura política brasileira, em casos específicos, pode ser incapaz de suscitar engajamento emotivo dos cidadãos ao ideário constitucional. Por outro lado, uma maior amplitude da atuação judicial na proteção da esfera privada de grupos minoritários, quando o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, também pressupõe a construção de uma nova forma de identidade constitucional inclusiva capaz de gerar adesão afetiva dos cidadãos à Constituição. Nessa perspectiva, embora na teoria habermasiana se possa constatar uma conexão teórica entre procedimentalismo e patriotismo constitucional, especificamente na cultura democrática brasileira, há uma relação fática, mas não contingente, entre substancialismo e *Verfassungspatriotismus*.

Diante do exposto, não pretendemos afirmar que o Judiciário, em uma perspectiva principiológica e argumentativa, seja a única instituição capaz de suscitar um sentido de patriotismo constitucional, mas ressaltar que, na nossa realidade democrática singular, tal instância argumentativa desempenha também um importante papel na promoção de uma identidade constitucional integradora capaz de alcançar os corações dos cidadãos. A perspectiva puramente procedimentalista, aplicada a questões éticas inerentes a minorias, revela-se inaplicável em relação às especificidades de nossa cultura jurídico-política.

Com efeito, a realidade brasileira demonstra que, muitas vezes, as instâncias deliberativas não atendem a demandas sociais de grupos minoritários, tornando necessária uma maior tutela judicial por meio de argumentos jurídicos racionais. Princípios de abertura argumentativa podem ser resgatados pelo Judiciário, inspirando um processo complexo de articulação da diferença por meio uma leitura moral da Constituição. Nesse quadro teórico, defendemos um “patriotismo constitucional inclusivo”, capaz de funcionar como uma narrativa simbólica, inspirando um Poder Judiciário atuante na concretização das condições procedimentais e dos princípios substantivos do Estado de Direito, sem os quais não há se falar em envolvimento emotivo ao ideário constitucional. Esse aparato hermenêutico-argumentativo é fundamental para inspirar o conteúdo emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*.

No ensejo, a integração do conceito de patriotismo constitucional à cultura política brasileira, não pode minimizar uma leitura substancialista e principiológica da Constituição na proteção de grupos minoritários, sob pena de não inspirar efetiva adesão emotiva dos cidadãos. A concepção inclusiva de patriotismo constitucional poderia transformar a imaginação política da sociedade, suscitando uma leitura moral da Constituição por um Judiciário efetivo na concretização dos pressupostos procedimentais e dos princípios constitucionais do Estado de Direito. Essa nova narrativa simbólica será o substrato para um novo processo de articulação da diferença em uma cultura constitucional aberta e inclusiva.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COOKE, Maeve. "Authenticity and Autonomy – Taylor, Habermas and the Politics of Recognition". In: *Political Theory*, vol. 25, nº 2 London: Sage Publications, 1997, p. 258-288.
- CRONIN, Ciaran. "Democracy and collective identity: In Defence of Constitutional Patriotism". In: *European Journal of Philosophy*, vol. 11, nº 1. London: Blackwell Publishing, 2003, p. 1-28.
- FOSSUM, John Erik. "Deep Diversity versus Constitutional Patriotism. Taylor, Habermas and the Canadian constitutional crisis". In: *Ethnicities*, vol. 1, nº 2. London: Sage Publications, 2001, p. 179-206.
- HABERMAS, Jürgen. *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historian's Debate*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. "Reconciliación Mediante el Uso Público de la Razón". In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 41-71.
- HABERMAS, Jürgen. "Razoable versus Verdadero". In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 147-181.
- HABERMAS, Jürgen. "Sobre a Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia". In: *A Inclusão do Outro - Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre Facticidade e Validade*, tomos I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LACROIX, Justine. "For a European Constitutional Patriotism". In: *Political Studies*, vol. 50, nº 5. Oxford: Blackwell, 2002, p. 944-958.
- NINO, Santiago. *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- RAWLS, John. "Réplica a Habermas". In: *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 75-143.
- YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.