

JUSTIÇA E RECONHECIMENTO: DILEMAS E POSSÍVEIS INTERSECÇÕES ENTRE TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EPISTEMES FEMINISTAS

Bianca Silva Oliveira

*Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia,
biancaoliveiradv@gmail.com;*

Leandro Reinaldo da Cunha

*Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia,
Pós-Doutor (PUC-SP), leandroreinaldodacunha@gmail.com.*

Resumo

As lutas identitárias estão cada vez mais visíveis e buscar referências que traduzam a pluralidade das injustiças que permeiam as relações sociais é crucial para que não tenhamos tanta disparidade entre fundamento e pragmática. A presente pesquisa parte, portanto, da análise de como as teorias dos direitos fundamentais, entre fundacionalistas e antifundacionalistas, devem ter as suas interpretações vinculadas às epistemologias feministas que passam a figurar um importante arcabouço sobre as desigualdades estruturais existentes em nossa sociedade. Em uma abordagem centrada no debate de importantes teóricos como Nancy Fraser, Norberto Bobbio e Robert Alexy, esta produção foi orientada pelo objetivo de correlacionar duas problemáticas diretamente associadas, pois as demandas de nossa era não serão contempladas se não tivermos um horizonte conceitual que incorpore as temáticas de direitos com pautas generificadas. Para tanto, recorreu-se à metodologia de pesquisa bibliográfica e admitiu-se uma forma de resistência à pretensa neutralidade jurídica que tem promovido apagamentos e impedido o aprofundamento de direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais; epistemologias feministas; neutralidade; pragmática.

Introdução

Desenvolvido a partir de uma densa revisão bibliográfica, o trabalho presente fundou-se na importância de problematização do fato de que as pesquisas de teoria constitucional na contemporaneidade não podem ser justificadas tão somente em categorias dogmáticas como a oposição existente entre normas regras e normas princípios ou de validade, eficácia e vigência. Os usos das formas jurídicas devem estar de acordo com a promoção de direitos e garantias fundamentais de grupos historicamente marginalizados e que se encontram abarcados por uma diversidade de estruturas de desigualdades (simbólicas, culturais, sociais, econômica, raciais, de gênero). Não dialogar as teorias de direitos fundamentais com as epistemes feministas é, também, uma forma de perpetuar a realidade de desigualdades existentes. De uma forma geral, teoria do reconhecimento e teoria dos direitos fundamentais são discutidas neste artigo em uma perspectiva de complementariedade porque a compreensão do constitucionalismo em sociedades plurais e democráticas requer esse tipo de diálogo.

Inicialmente, foi feita uma exposição dos principais elementos da teoria dos direitos fundamentais desde conceituação, estrutura, terminologia e características para então ressaltar a importância de dialogarmos reconhecimento e redistribuição, a partir de Nancy Fraser, com esses pressupostos teóricos constitucionais.

Metodologia

Alicerçada metodologicamente por uma pesquisa de caráter bibliográfico, este artigo teve a sua escrita baseada no levantamento de material bibliográfico já publicado (livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita), com o intuito de permitir o contato direto com o que foi escrito sobre determinado assunto, ofertando recursos para viabilizar a definição e a resolução de problemas já conhecidos ou desconhecidos, mas também a exploração de novos campos do conhecimento, nos quais os problemas ainda não se tornaram suficientemente cristalizados. Desta forma, o trabalho se materializou sob a égide de uma revisão bibliográfica com o escopo de promover o aprofundamento teórico sobre os principais conceitos relacionados

com os direitos fundamentais e com as epistemes feministas que estão situadas em um lócus epistêmico incomum aos percursos da pesquisa jurídica. Recorreu-se também à metodologia descritivo-reflexiva que viabiliza a elaboração de justificativas e fundamentos imanentes ao objeto de estudo a partir da descrição de referências da literatura.

Nesse ínterim, foram instrumentalizados para fins de pesquisa, artigos científicos, livros, dissertações e teses, além das principais fontes literárias responsáveis pela difusão dos estudos de direitos fundamentais, de epistemes feministas e pós-feministas no Brasil a partir dos anos 2000. Estas produções tem um grande mérito na abordagem dos temas que estão na estrutura do objetivo específico que orienta esta parte do trabalho, qual seja o estabelecimento de conexões entre direitos fundamentais e a tese do reconhecimento abordada por Nancy Fraser. O objetivo geral que fundamentou a elaboração da pesquisa proposta consistiu na análise de como o reconhecimento de desigualdades materiais, simbólicas e históricas podem impedir a realização plena dos direitos fundamentais.

Referencial teórico

Embora longeva a noção de regras e princípios, grande é a indeterminação quanto à natureza dessa distinção que sempre desempenhou um papel no contexto dos direitos fundamentais. Não é raro, ver afirmações em relação ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, bem como a abordagem desses direitos como regras ao considerar a importância de leva-los a sério. Eis que Alexy apresenta uma teoria dos direitos fundamentais que se assenta em uma perspectiva normativo-moral acerca dos direitos fundamentais que tem nessa distinção a sua base estrutural, como ele mesmo ressalta:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p.86).

É importante considerar, desde já, que seja como regra ou princípio, a distinção de direitos fundamentais se dá numa abordagem que, independentemente, da classificação, os considera como normas. Portanto, uma norma de direito fundamental pode ser uma norma regra, uma norma princípio, ou ainda, como Alexy (2008) analisa, pode ter um caráter duplo. Os elementos de diferenciação podem ter como critérios norteadores, o aspecto qualitativo, a generalidade e o grau, por exemplo. Mas a tese do autor em questão entende que essa distinção é, essencialmente, qualitativa.

Em geral, o ponto crucial de distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios são, desse modo, mandamentos de otimização que se caracterizam pela possibilidade de serem materializados em graus diversos e tendo em vista essa dupla estrutura de viabilidade que considera o aspecto fático e o aspecto jurídico. As regras, no entanto, são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas. Isto é, as regras constituem-se como mandamentos definitivos e cujas determinações são concretizadas, ou não, no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. Considerando, portanto, esta classificação, sedimenta-se a ideia de que a distinção de regras e princípios se dá no plano qualitativo.

Não obstante, quando da ocorrência de colisões entre regras e princípios, entende-se que a solução deve vir considerando essas distinções qualitativas. Regras conflituosas colocam em questão a validade que requer, inclusive, a retirada da regra inválida do ordenamento jurídico. Por outro lado, o conflito entre princípios se dá no âmbito do peso e a solução consiste no estabelecimento de uma precedência condicionada com base nas circunstâncias do caso concreto. Uma regra supera a outra em caso de conflito, enquanto aos princípios pode ser cedido um peso maior de acordo com a materialidade do caso a ser julgado. Princípios são razões prima-facie e regras são razões definitivas.

Para sintetizar a questão das normas princípios, é importante salientar que a ideia de peso traz consigo o necessário sopesamento e, por conseguinte, a máxima da proporcionalidade. Falar de princípios é entender a sua conexão com a máxima da proporcionalidade que, na teoria neokantiana do Robert Alexy, se procede através de três máximas parciais que é a adequação, a necessidade (entendida como

o mandamento menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido restrito (que é o mandamento do sopesamento propriamente dito). A adequação e a necessidade têm nas possibilidades fáticas as suas referências, enquanto para a proporcionalidade em sentido restrito são levadas em consideração as possibilidades jurídicas .

Em tese, uma norma de direito fundamental é estatuída como norma-regra ou norma-princípio, no entanto, é possível que compartilhem de um caráter duplo. Assim se perfazem muitos direitos fundamentais, a exemplo do direito fundamental à saúde, um direito cuja estrutura fundamental agrega esses dois níveis de normas, considerando que, constituído de forma tal que se permite a realização por graus e enseja situações em que funciona como uma regra e, caso descumprido, deflagra uma situação de ilegalidade .

A despeito da narrativa estrutural que tem sido apresentada até aqui, a realidade é que a distinção normativa de regras e princípios vai além de uma mera classificação de direitos, ela reflete uma leitura que entende a justificação normativa das decisões como um corolário do Estado Democrático de Direito. Os atos do poder público não podem se sustentar pela mera representação de uma vontade, por isso devem consubstanciar os princípios normativos procedentes da Constituição estrutural e procedimental do Estado. Aliás, a normativa jurídica tem o seu sentido comprometido com a efetivação de direitos justificados, sedimentados no ordenamento e livre de qualquer névoa de arbítrio.

Ainda sobre o caráter duplo de muitos direitos fundamentais é preciso ressaltar que essa duplicidade também se delinea quanto à fundamentalidade que é material ou substancial e formal de acordo com o regime jurídico privilegiado que lhes foi outorgado pela Constituição Federal de 1988. A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais provém de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como um direito que vincula diretamente os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A fundamentalidade formal do direito corrente se apresenta, portanto, como decorrência do direito positivo e se desenvolve com três nuances fundamentais, quais sejam, como parte integrante da Constituição escrita, ocupando o ápice do ordenamento jurídico e assumindo uma hierarquia axiológica superior; como norma fundamental submetida a limites formais (que requer procedimento agravado para modificação de preceitos constitucionais) e a limites materiais (uma vez que

demarcada como cláusulas pétreas); e, conforme o § 1º do artigo 5º da CF, como normas com aplicabilidade direta e imediata por parte dos entes estatais e dos particulares (ALEXY, 2008).

À fundamentalidade formal, soma-se a fundamentalidade material. Esta última associa-se à importância do bem jurídico tutelado pela norma constitucional e que, neste caso, associa-se de forma incondicional com a vida, com a dignidade e é condição essencial para a fruição de outros direitos, inclusive para o livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade seja ela cis, trans, homossexual, jovem ou idosa, enfim, seja quem for. Dito isto, reitera-se a importância de que uma Constituição tenha elementos procedimentais e substanciais, pois fazem com que se tenha num mesmo ordenamento conteúdos possíveis e conteúdos que partilhem de uma anatomia que transcendem a possibilidade e são impossíveis ou necessários e toda essa complexidade material contribui para compor o núcleo essencial da fundamentalidade desses direitos que são centrais num sistema jurídico que leva os direitos a sério.

Os direitos fundamentais existem, também, em um contexto de dupla solidariedade (objetiva e subjetiva), e, esta concepção traz dois grandes impactos para o pensamento constitucional: a inserção do constitucionalismo global por meio de cartas constitucionais supranacionais e cria um novo paradigma na compreensão da Organização do Estado Constitucional, tanto na questão externa (princípio da cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional), quanto interna (pluralismo, felicidade, multiculturalismo, tolerância, cidadania multidimensional, democracia negativa) (OLIVEIRA, 2015).

Essas concepções advêm das próprias características dos direitos fundamentais em sua concepção geral, conforme classificação apresentada por Rothenburg, quais sejam: a fundamentabilidade, a universalidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade, a historicidade, a constitucionalidade, a interdependência, a inexauribilidade, a dimensão transindividual, a aplicabilidade imediata.

O primeiro caractere revela-se pelo conteúdo do direito e faz referência aos valores supremos do ser humano relacionados com a promoção da dignidade da pessoa humana e com a posição normativa do direito, como norma da Constituição. Ambos os critérios, material e formal, concorrem para definir a fundamentalidade de um direito.

Consagrada pela Declaração de Viena, durante a Conferência Mundial dos Direitos Humanos de 1993, juntamente com as características da indivisibilidade, da interdependência e da inter-relação, a universalidade se perfaz pelo fato de ser imanente condição humana, independentemente de faixa etária, de condição social, de orientação sexual, de identidade de gênero, dentre outras distinções. Peculiaridades locais ou ocasionais não teriam a capacidade de afastar o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais. Esta característica, no entanto, precisa ser devidamente compreendida, para que a fundamentalidade não seja confundida com o fundamentalismo advindo da incompreensão de fatores culturais e existenciais imanentes ao momento histórico de uma comunidade (ROTHENBURG, 2009).

Em síntese, seja de acordo com a estrutura axiológica do direito fundamental, seja pela normatividade imposta pela Constituição Federal, os direitos se configuram como direito de todos e de cada um e a dimensão da redistribuição (igualdade) não prescinde de uma relação necessária de reconhecimento. Universalidade e inclusão são paradigmas de igualdade bivalentes e quando se fala em direitos fundamentais de populações vulneráveis, é basilar reconhecer esta conjuntura faz o reconhecimento de diferenciação de programas atinjam, simultaneamente, uma redistribuição (FRASER, 1995).

A inalienabilidade refere-se à impossibilidade de o indivíduo desinvestir-se de seus direitos fundamentais, pois embora possa deixar de atuá-los na prática, aplica-se aqui a distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível). Ainda por força da inalienabilidade, tem-se que os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, sendo imprescritíveis, inclusive quanto a seu exercício (ROTHENBURG, 2009).

A indivisibilidade dos direitos fundamentais relaciona-se com a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias de direitos fundamentais, reforçando a interdependência destes. A historicidade, por sua vez, emana uma completa aversão à transcendência ou à fundamentação absolutista e exclusivamente metafísica dos direitos fundamentais, e o reconhecimento desses com base na experiência social. É importante salientar que esse dado conjuntural não traduz a hipótese de reconhecimento de direitos comuns na história das diversas sociedades, nem a concepção de uma teoria evolucionista, em que direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e direitos

novos vão sendo firmados, mas a preponderância da cultura e da história na determinação do que é fundamental e do que desta forma não se constitui. O clamor social pela universalização dos direitos fundamentais também se dá pelas necessidades de um mundo histórico permeado pelo trabalho e por uma busca gradativa pela consecução de valores não utópicos (TORRES, 2009).

Os direitos fundamentais fazem parte da pré-compreensão (inclusive emocional e afetiva) que a comunidade tem da ideia de Direito que a rege (HESSE, 2009). Assim sendo, eles são anteriores à positividade e por ela não podem ser esgotados. No entanto, a revelação dos direitos fundamentais faz-se, por questão de representatividade democrática, de racionalidade e de segurança, através da positividade histórica em dado ordenamento jurídico - Declarações, e, posteriormente estatutos específicos e internalizados na Constituição de cada país como é o caso da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexual regulamentada pela Portaria 2836/2011.

Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais acabam cercados de um regime jurídico qualificado, que, para ilustrar com a Constituição brasileira de 1988, confere-lhes, por exemplo, um procedimento dificultado de reforma (rigidez constitucional), e toma-os como parâmetros para fins de controle de constitucionalidade (OLIVEIRA JUNIOR, 2011).

A interdependência dos direitos fundamentais indica que eles interagem, influenciando-se reciprocamente e devendo ser ponderados por ocasião de concorrência ou colisão entre si. Há mútua dependência entre os direitos fundamentais porque o conteúdo de alguns deles vincula-se ao de outros, complementando-se os diversos direitos fundamentais e uns mostrando-se desdobramentos de outros.

A transindividualidade é concernente à titularidade grupal ou coletiva da concepção social dos direitos fundamentais, esta titularidade está vinculada a uma concepção moderna de direitos fundamentais baseada no princípio da solidariedade. São situações jurídicas que podem ser vislumbradas, inclusive, sob o ângulo subjetivo (direitos subjetivos), porém articuladas por sujeitos de representatividade metaindividual (como o cidadão em nome da coletividade, as associações, os entes públicos), e cujas consequências atingem todos, com repercussão temporal que ultrapassa a existência de uma geração. A ciência processual cunhou, a propósito, a noção de direitos difusos

levando em consideração à titularidade transindividual de direitos fundamentais, como o direito ao desenvolvimento - o que inclui a saúde, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz. A necessidade de uma política estatal específica para os transexuais é uma necessidade transindividual que perpassa toda a sociedade.

A inexauribilidade dos direitos fundamentais traduz o fato de eles serem dotados de abertura, no sentido de que têm possibilidade de expandir-se (expansibilidade dos direitos fundamentais). A interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer; essa propriedade também é chamada de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, e é um dos fatores que condiciona a proibição de retrocesso.

Para superar a discussão a respeito da possibilidade de incidência das normas de direitos fundamentais às situações de fato ocorridas, em função da completude ou não dessa previsão normativa, sustenta-se, sempre que viável, a aplicabilidade imediata ou direta dos direitos fundamentais, para afirmar-se que, sob o aspecto jurídico-normativo, eles são completos, aptos a incidir imediatamente. A Constituição brasileira de 1988 dispõe expressamente no art. 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, p.5).

Consequência desta característica é a necessidade de previsão, conforme Rothenburg (2009, p. 7) de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, do que decorre:

- (i) que a própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados;
- (ii) que também os meios assecuratórios devem ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata;
- (iii) que os meios assecuratórios nunca podem, a pretexto de regular o direito constitucional, restringi-lo;
- (iv) que, na ausência da previsão de meios específicos, pode-se utilizar os meios ordinariamente previstos (por exemplo, o procedimento judicial comum);
- (v) que os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais (não correlação necessária).

Consideradas as características dos direitos fundamentais, é necessário considerar que vivemos em uma sociedade perpetrada por desigualdades e que a universalização propostas no âmbito da

positivação não se configura no mundo da realidade social. Por isso, não basta distinguir entre normas e princípios, precisamos de olhares genericados, racializados, interseccionais e plurais para a consolidação de uma ordem democrática e igualitária. A verdade é que todos nós somos marcados social e politicamente, a questão é se os nossos lugares de fala e vivências nos situam em eixos de hegemonia ou em eixos de desempoderamento. Pensando, portanto, em quem ocupa os locais mais marginalizados e invisíveis é que este trabalho fundamentou os seus problemas, hipóteses e possíveis respostas. Não consigo vislumbrar roteiros sem o devido reconhecimento das pautas identitárias

Precisamos consolidar a ideia de que os paradigmas de justiça vigentes, embora indispensáveis, precisam ser repensados. Especialmente, pelo fato de que, até então, as questões de ordem material têm sido consideradas como fontes únicas da conjuntura de desigualdade que emana exclusão seja no universo dos direitos fundamentais, seja quando se fala em direitos humanos. As desigualdades são também de ordem simbólica e cultural, desta forma, não basta que a distribuição de recursos financeiros tenha relevância.

Ao elaborar o projeto de teoria crítica do reconhecimento, a Nancy Fraser propõe a concepção de uma política cultural que não exclui as políticas sociais da igualdade, mas as entende como insuficientes. Em linhas gerais, a autora apresenta uma proposição de complementariedade entre as dimensões de políticas culturais da diferença com políticas sociais baseadas na promoção de igualdade de recursos, afinal é com redistribuição e reconhecimento que iremos alcançar justiça nos tempos atuais. Não há uma incompatibilidade entre essa abordagem e as questões entre princípios e regras, mas não podemos problematizar apenas categorias dogmáticas, enquanto as pautas dos grupos sociais historicamente marginalizados padecem de reconhecimento em termos de direitos fundamentais seja do Estado, seja por parte de particulares. Reside nesta perspectiva a necessidade de dialogar direitos fundamentais e epistemes feministas no contexto de uma sociedade pluralista e que deve estar, cada vez mais aberta, aos diversos intérpretes da Constituição.

Resultados e discussão

Afinal, para quem são os direitos fundamentais? Ao desbravar sobre a estrutura dos direitos fundamentais, foi inevitável vislumbrar

a característica da universalidade que é consagrada como um verdadeiro paradigma de consolidação das demandas estabelecidas pela Constituição e por tratados internacionais. A questão é que a precarização de direitos atinge o seu nível máximo quando a mera abstração é substituída pela contextualização de “seres em situação”. Entre desigualdades materiais e simbólicas não há concorrência, mas complementariedades. Precisamos, enfim, correlacionar as teses meramente dogmáticas com olhares racializados, generificados e que conectem constitucionalismo com pluralismo e democracia.

Considerações finais

Com uma pesquisa que teve como base estrutural a correlação entre teoria dos direitos fundamentais e episteme feminista a partir de Nancy Fraser, foi possível traçar os principais aspectos imanentes à axiologia e à formalidade que compõem os direitos fundamentais e apresentar uma crítica à contextualização meramente dogmática desse arcabouço teórico.

Este trabalho trouxe consigo o objetivo de consolidar a ideia de que os paradigmas de justiça vigentes, embora indispensáveis, precisam ser repensados. Especialmente, pelo fato de que, até então, as questões de ordem material têm sido consideradas como fontes únicas da conjuntura de desigualdade que emana exclusão seja no universo dos direitos fundamentais, seja quando se fala em direitos humanos. As desigualdades são também de ordem simbólica e cultural, desta forma, não basta que a distribuição de recursos financeiros tenha relevância. O alcance de um paradigma de justiça que vislumbre no reconhecimento uma forma de consolidação da justiça social. Ao elaborar o projeto de teoria crítica do reconhecimento, a Nancy Fraser propõe a concepção de uma política cultural que não exclui as políticas sociais da igualdade, mas as entende como insuficientes.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? “Dilemmas of justice in a ‘postsocialist’ age”. In: SEIDMAN, S.; ALEXANDER, J. (Org.). **The new social theory reader**. Londres: Routledge, 2001, p. 285-293.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir F. Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, ano 7, n. 7, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1930>. Acesso em: 15 fev. 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais- Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas**, n. 29, out./dez. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.