

Por uma jurisdição constitucional democrática

Debate ou discussão em teoria social

Estudos políticos, sócio-jurídicos e institucionais.

Gabriela Rondon Rossi Louzada¹
Johnatan Razen Ferreira Guimarães²

Resumo

O limite da atuação das cortes constitucionais surge no contexto dos estados democráticos de direito como uma questão de grande complexidade teórica. Uma teoria do controle de constitucionalidade precisa lidar com a tensão entre a necessidade das cortes de garantir direitos fundamentais de minorias frente a decisões políticas da maioria e o risco de que estas extrapolem os limites de seus poderes e se imponham como detentoras soberanas do poder de decisão moral sobre a vida social. Neste artigo investigamos os elementos teóricos da crítica ao Supremo Tribunal Federal procurando compreender o papel do controle de constitucionalidade na experiência democrática e as possibilidades de uma atuação das cortes constitucionais que seja compatível com essa forma de organização política da sociedade.

Introdução

A carta constitucional promulgada em 1988 trouxe diversas inovações que têm, nesse período de duas décadas de vigência, modificado a estrutura e a prática judiciárias no Brasil. O amplo rol de direitos individuais e sociais estabelecidos como fundamentais, a sistemática de jurisdição constitucional adotada e o alargado escopo de assuntos regulados pela constituição, paralelamente à utilização de grande quantidade de princípios semanticamente abertos, de denso conteúdo, criaram condições propícias a uma tendência de judicialização de questões tidas primordialmente como políticas (Sarmiento, 2009).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido um papel de protagonismo nos debates políticos sobre direitos fundamentais no Brasil. O Supremo já foi instado a se pronunciar sobre questões como demarcação de terras indígenas, aborto de fetos anencéfalos e cotas raciais em universidades públicas. Nessas temáticas tomadas como exemplificativas, a corte constitucional teve o mérito de ampliar direitos e garantir o reconhecimento de minorias pela ordem estatal. Entretanto, críticas relevantes têm surgido frente à preocupante tendência da corte de fundamentar suas decisões em princípios não-expressos no texto constitucional e, principalmente, de interpretar a Constituição de forma a ampliar os próprios poderes.

Certo grau de liberdade interpretativa, em relação à redação conferida ao texto constitucional pelo poder constituinte originário, é inevitável. Daí pode nascer o risco de que as instâncias democráticas de deliberação sejam substituídas pelo STF. Os membros da corte não são representantes eleitos do povo e suas decisões não precisam guiar-se pela vontade popular. A atuação contramajoritária do STF representa, assim, um limite às decisões tomadas pelas instituições políticas de representação majoritária – os poderes executivo e legislativo. Dessa maneira, a jurisdição constitucional aparentemente se insere como um elemento estranho à democracia, trazendo para o interior desta o perene risco de um autoritarismo judicial.

Lança-se, então, o questionamento: diante da abertura semântica dos princípios constitucionais conjugada à sua força normativa, a elevação do intérprete da constituição à condição de soberano

¹ Graduanda em direito pela Universidade de Brasília.

² Mestrando em direito pela Universidade de Brasília.

político é inevitável? Temos como propósito, neste artigo, defender a tese de que o princípio contramajoritário que guia o controle de constitucionalidade não é necessariamente um elemento de anulação das instituições democráticas, mas pode, antes, servir como um reforço dessas mesmas instituições, ao voltar-se para a manutenção da heterogeneidade de uma sociedade plural.

Diante de casos concretos, é possível que a atuação das cortes, no sentido de limitar a liberdade de escolha do sistema político seja imprescindível para garantir a coerência de uma organização democrática da própria política. A fim de situar o problema teórico das decisões de cortes constitucionais e apresentarmos as nuances que caracterizam as demandas sociais concretas, neste artigo analisaremos especificamente a decisão do STF sobre o reconhecimento legal de uniões estáveis homoafetivas.

Sobre a decisão que reconheceu uniões homoafetivas no Brasil

O Supremo Tribunal Federal em sessão ordinária do dia 5 de maio de 2011 julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 132, proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, que postulava pela aplicação de “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e do o art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República, que demandava a mesma interpretação conforme a ser dada ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro³. Ambos os pedidos pretendiam, em linhas gerais, fixar a interpretação da Corte no sentido de descartar qualquer interpretação desfavorecedora da convivência estável de casais homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de casais heterossexuais.

Nesta ocasião, a Corte decidiu, por unanimidade, em favor do reconhecimento constitucional de uniões estáveis entre casais do mesmo sexo, considerando-as, desta forma, como constituintes de entidade familiar à semelhança das uniões heteroafetivas. Determinou-se, assim, que o regime jurídico da união estável, aduzido no § 3º do art. 226 da Constituição Federal e regulado mais especificamente nos arts. 1.723 e seguintes do Código Civil, deveria ser aplicado também às relações homoafetivas que cumprissem os requisitos de durabilidade, intenção de formar família e conhecimento do público/não-clandestinidade.

No entanto, essa decisão não encontrou um respaldo tão unívoco fora do tribunal. Gerou, pelo contrário, intenso debate no ambiente jurídico, e na sociedade civil como um todo, acerca dos limites da jurisdição constitucional em um contexto de separação de poderes – inerente ao estado democrático de direito – e, até mesmo, sobre a natureza da hermenêutica jurídica e do próprio direito. Por um lado, havia aqueles que consideravam ser esse um caso de decidir entre “modificar a Constituição” – e, assim, reconhecer a união estável homossexual – ou “mantê-la como está” – rejeitando, portanto, o pleito. Por outro, havia quem considerasse que a própria interpretação adequada do texto constitucional exigiria, necessariamente, o acolhimento das demandas dos casais homossexuais.

Para os/as críticos/as da decisão⁴, ao vedar a possibilidade de interpretar o texto do art. 226 da CF como uma restrição ao reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, o STF estaria, de fato, atuando como verdadeiro legislador, trazendo elementos novos à sistemática constitucional e, assim, extrapolando suas limitações constitucionais. Perceba-se que essa afirmação parte de duas premissas: i) que reconhecer constitucionalmente a possibilidade de união homoafetiva implica em *modificar a*

³ Parecer da Procuradoria Geral da República para a ADPF 132. Disponível em http://aviso.mpf.mp.br/#noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20132%20parecer%20uniao%20homossexuais.pdf/at_download/file. Acesso em 14 de agosto de 2013.

⁴ Cf. Streck, Barretto e Oliveira em Ulisses e o canto das sereias. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>>. Acessado em 15 de agosto de 2013.

Constituição e não *interpretá-la* e ii) que a legitimidade democrática dos procedimentos aqui levados em consideração deveria ter lastro na premissa majoritária, que supõe ser a opinião da maioria o crivo essencial para a formação de decisões coletivas, vinculantes a todos os membros da sociedade. Insurgirmo-nos contra essa postura teórica pois, ambas as premissas nos parecem incorretas ao partirem do que entendemos ser, em primeiro lugar, uma falha de compreensão da atividade de interpretação e, em segundo, uma concepção inadequada de democracia.

Considerações sobre hermenêutica jurídica

O primeiro elemento da crítica que se direciona a decisão do STF na ADI nº 4.277 é a afirmação de que o resultado da interpretação conforme a Constituição⁵ estabelecida pelo STF representa uma modificação substancial na norma à qual o texto do art. 226 da CF dá forma. Ou seja, a corte neste caso não estaria *interpretando* o direito, mas *criando-o*, em uma extrapolação de suas funções.

Para prosseguir na tarefa de tentar dizer qual o direito no caso concreto, é preciso esclarecer qual a atitude interpretativa é aqui considerada mais adequada. Partimos do pressuposto de que fazemos, necessariamente, uma leitura moral de nossa constituição política, tendo em vista as exigências morais abstratas impostas pela ordem constitucional, que só podem ser aplicadas nos casos concretos através de juízos morais específicos (Dworkin, 2006).

Assim, percebemos a interpretação do direito como um *continuum*, uma construção criativa paulatina e incessante, e não apenas uma atitude declarativa ou constativa que se dá em um ponto histórico isolado. Não é exagerado dizer, portanto, que o sentido do direito jamais pode ser alcançado em vista de uma perspectiva puramente semântica, ou seja, que é impossível determinar o que o direito prescreve, exige ou protege a partir da determinação rigorosa da conexão “lógica” dos signos. E é importante frisar que não se trata aqui de uma opção por não adotar essa tentativa hermenêutica, mas da constatação da impossibilidade real de fazê-lo, conforme hoje se pode verificar a partir da virada ontológico-lingüística protagonizada, entre outros, por Hans-Jeorg Gadamer (2004).

Há, portanto, um nítido problema hermenêutico no posicionamento acima exposto, que visa a criticar a legitimidade da recente decisão do STF. Analisar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de forma a conceder a ele uma interpretação restritiva, que encerraria em si a única possibilidade de definição de união estável significa considerar que é possível para o intérprete retirar algo que o texto possui em si mesmo (*Auslegung*), e assim reproduzir seu sentido de forma direta e objetiva. Essa postura semântica não leva em consideração que, como afirma a hermenêutica filosófica gadameriana, o intérprete necessariamente sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao que lê e aplica (Gadamer, 2004).

A afirmativa de que esse seria um caso de “*in claris cessat interpretatio*” – devido à referência textual à expressão “homem e mulher” – é, portanto, profundamente equivocada. Não há que se furtrar à interpretação frente a nenhum tipo de texto, supondo que as palavras expressas possam ser compreendidas de forma clara isoladamente do sentido geral da Constituição. Isso causaria o risco de possibilitar a utilização da letra da própria Carta Magna para inviabilizar a democracia que ela propõe. Logo, é preciso substancializar a interpretação de todas as palavras, mediante localização histórico-político-social do discurso que as contém. Só essa é uma interpretação legítima, completa e passível de ser refutada. Não há que se falar em limite semântico à interpretação, porque tal limite é metafísico, e, portanto, ideológico. Em termos discursivos, não há interpretação óbvia.

É preciso perceber, ainda, que ao descartar essa postura semântico-convencionalista não recaímos no equívoco positivista da indeterminabilidade absoluta do direito, que conferiria ao órgão

⁵ Interpretação conforme a Constituição é uma técnica hermenêutica por meio da qual a corte constitucional delimita as interpretações possíveis de um dispositivo constitucional em consonância com a sistemática da constituição. Cf. Heinen (2008).

jugador a possibilidade – e necessidade – de atuar conforme um mero pragmatismo político. Se for certo que a interpretação do direito não se presta a uma mera dedução exegética de significados, tampouco está livre para operar e criar direitos em qualquer direção. A atividade de interpretar e aplicar o direito faz-se necessariamente a partir de sua história institucional, não porque implique em buscar repetir a tradição ou decisões anteriores, mas porque se esforce para buscar construir uma narrativa histórica coerente que justifique e organize a prática atual “segundo princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.” (Dworkin, 1999).

Dessa forma, percebe-se a inocuidade da crítica que se fundamenta na denúncia de uma ação criadora, como uma usurpação promovida pelo julgador constitucional. A busca por um arranjo institucional que promova o equilíbrio entre os poderes deve focar-se, portanto na aferição da conveniência da decisão em sua manutenção da integridade da ordem constitucional. No caso estudado, se é razoável dizer que o legislador não proibiu as uniões homoafetivas – nem a análise mais tacanha do dispositivo constitucional indicaria nesse sentido –, então restariam duas opções interpretativas: o poder constituinte não se pronunciou de nenhuma forma sobre o amparo jurídico a essas uniões, deixando o caminho livre ao legislador infraconstitucional para que decidisse protegê-las ou não, ou o compromisso com a efetivação da Constituição requer que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida, impondo-se em razão da integridade do sistema constitucional e da comunidade de princípios.

Não se trata aqui de defender a existência de uma dimensão normativa metafísica, onde direitos precederiam ao ordenamento. Pelo contrário, é a partir do ato fundante da Constituição de 1988 que se estabelece o compromisso político com um rol de princípios cujo objetivo é organizar a vida social sob os critérios de legitimidade que chamamos democráticos. Esse compromisso, como é elementar à ideologia do constitucionalismo moderno, impõe limites às possibilidades de decisão da política institucional. É cabível questionar, portanto, se diante do silêncio da constituinte original a escolha política que guia a interpretação restritiva do art. 226 da CF é compatível com a sociedade democrática e aberta que a sistemática constitucional desenha.

O problema que se colocou para o STF no julgamento da ADI 4.277 não foi, portanto, a escolha entre criar ou não um direito a partir de uma demanda imediata. O que se debate é qual a interpretação do art. 226 condizente com uma sociedade democrática, e se a interpretação atual, dada ao artigo pelas instituições políticas majoritárias – que não é, contudo, unívoca⁶ - é, nesse sentido, constitucional.

Democracia como organização social

O segundo pressuposto da crítica que percebe a referida decisão como extrapolação dos poderes do STF consiste na afirmação de uma tensão necessária entre a limitação imposta pela constituição e a prática política institucionalizada que funciona segundo um princípio majoritário democrático. Temos, assim, que decisões contra-majoritárias, ainda quando necessárias, seriam vistas como um mal a ser evitado do ponto de vista moral, sendo, portanto, apenas aceitáveis em contextos muito específicos e restritos⁷. Então, ainda que a demanda seja essencialmente de um grupo minoritário, que por definição não logra obter o respaldo da maior parte da população e, portanto, tem dificuldades em obter vitórias no âmbito do legislativo, tal postura teórica considera que a Constituição não pode ser evocada para suprir esse problema de sub-representação ou falta de capital político para empreender interpretações favoráveis a essa coletividade.

Como expoente desse modelo teórico, temos Chantal Mouffe (2000), que defende a tese de que o constitucionalismo moderno se caracteriza pela coligação artificial entre duas tradições

⁶ Cf. Mello (2005).

⁷ Cf. Dworkin (2006)

conflitantes, a saber: o liberalismo e a democracia. Segundo a autora, seriam elementos liberais o estabelecimento de limites à soberania por meio de direitos fundamentais e arranjos institucionais com vistas a promover limitações ao exercício do governo. Em oposição a essa tradição, Mouffe localiza a formulação teórica democrática, que se traduz na afirmação da soberania popular e na decisão majoritária como critério de legitimação política.

Essa separação, no entanto, apresenta alguns problemas. Ainda que, de fato, na história da filosofia política diversos autores e autoras tenham se dedicado a uma ou outra tradição, por vezes mesmo delineando-as como prescindíveis entre si, a construção histórica dos Estados constitucionais modernos é um processo cuja complexidade vai além da articulação de discursos filosóficos distintos. Segundo o sociólogo Claude Lefort (1986), a compreensão da democracia depende da atenção a um determinado tipo de organização social no qual ela, como modelo de governo, pode surgir. A democracia contemporânea é vista por ele como a forma política que reflete as mudanças históricas pelas quais passaram as sociedades ocidentais. Dessa forma, a análise da história do pensamento é substituída pela história das instituições e dinâmicas sociais que formaram o que chamamos de democracia.

Tal formulação se mostra superior na capacidade para abarcar a complexidade dos processos históricos, tendo em vista que a formação concreta das instituições de governo é resultado de negociações, embates, extinções e composições entre ideologias e interesses diversos. Nesse compasso, Lefort propõe que o elemento diferenciador entre a democracia moderna e outras formas de organização social é sua adaptação a sociedade fragmentárias e pós-convencionais, o que é permitido por um processo identificado como esvaziamento do poder soberano. A ausência de um sujeito determinado capaz de concentrar o poder político e, assim, se apresentar como centro de gravidade da experiência social seria, portanto, o requisito necessário para a democracia.

A sociedade democrática se institui como uma sociedade sem corpo, como uma sociedade que impede a representação de um todo orgânico. Não se entenda por isso que não tenha unidade, ou identidade definida, muito pelo contrário: o desaparecimento de uma determinação natural, uma vez ligada à pessoa do príncipe e à existência de uma nobreza, faz emergir a sociedade como puramente social, de modo que o povo, a nação, o estado se erigem como entidades universais e que qualquer pessoa ou qualquer grupo podem a ela se coligar igualmente⁸. (Lefort, 1986, p. 29)

Assim, ao compromisso com a ordem democrática corresponderia o fomento e proteção das estruturas sociais que criam o ambiente propício para a manutenção da heterogeneidade da sociedade. Entretanto, não apenas a multiplicidade de formas de viver e de subjetividades caracteriza a forma democrática. Outro elemento essencial é a abertura dos espaços institucionais de decisão às demandas e interesses que surgem e se confrontam na sociedade. Certamente essas exigências conflituosas, vindas de grupos que disputam entre si serão filtradas e convertidas para os códigos da política antes de se tornarem normas cogentes, mas é a própria abertura cognitiva do sistema político à pluralidade de atores que possibilita o exercício da soberania de um povo dessubjetivado (Neves, 2006).

Nesse sentido, os direitos fundamentais surgiriam como aquisição evolutiva que funciona como uma resistência a tendências de desdiferenciação funcional, evitando que o arbítrio de maiorias políticas ponha em risco a existência de grupos desviantes (Neves, 2006). O papel das cortes constitucionais seria, portanto o de promover o incremento de uma complexidade organizada, com a tradução ao código do direito das demandas por uma sociedade diversificada, o que consistiria em um ganho, em termos de democratização do sistema político. A interpretação dos direitos fundamentais se

⁸ Tradução livre. Texto original: “La société démocratique s’institue comme société sans corps, comme société qui met en échec la représentation d’une totalité organique. N’entendons pas pour autant qu’elle est sans unité, sans identité définie; tout au contraire: la disparition de la détermination naturelle, autrefois attachée à la personne du prince, et à la existence d’une noblesse, fait émerger la société comme purement sociale, de telle sorte que le peuple, la nation, l’Etat s’erigent en entités universelles et que tout individu, tout groupe, s’y trouve également rapporté”

realiza seguindo um projeto democrático ao manter as instituições políticas abertas à influência dos distintos grupos sociais e garantindo a igualdade entre cidadãos e cidadãs, de forma a possibilitar o reconhecimento das diferentes subjetividades.

As limitações do julgador constitucional

A pergunta sobre se e como o Supremo Tribunal Federal deve decidir uma matéria não é uma pergunta abstrata, que procura respostas normativas e atemporais, mas é uma pergunta que deve analisar cuidadosamente as capacidades institucionais dos poderes, incluindo-se a si mesmo como uma instituição também política, posto que não se pode afastar dela. Embora se pretenda, com as normas constitucionais, criar certos limites ao jogo político, é preciso ter em mente que o aparato constitucional é, ele mesmo, fruto de consensos políticos. Por isso mesmo, sua força não existe para além dos arranjos sociais que o permitem, os quais, embora tenham certa tendência inercial, estão sujeitos a mudanças que podem desestabilizar completamente normatividades hoje tidas como evidentes.

A capacidade da corte constitucional de fazer valer suas decisões está diretamente ligada à organização concreta da vida política, assim, importante é que o tipo de regra ou arranjo – nomeado constitucional ou não – que tem pretensão de constituir um sistema político relativamente estável ou limitar atores políticos dentro desse sistema apenas irá ter sucesso em virtude de consistente apoio político e social (Levinson, 2011). A narrativa que dará significado ao texto constitucional precisa, necessariamente remeter aos conflitos e à luta política em torno da organização social da vida e aos compromissos políticos pré-estabelecidos que definem o palco dessas disputas.

Não é possível, portanto, prescrever conteúdos para as decisões em sede de jurisdição constitucional partindo-se de um rol definitivo de direitos fundamentais. A abertura democrática a novas dinâmicas sociais soma a necessidade de reconhecimento político de narrativas de direitos paralelas à coerência com a experiência constitucional histórica. No caso da união homoafetiva, admitimos ter uma decisão em plena concordância com os princípios constitucionais, mas que não é, por isso, apartada da política. A interpretação nela adotada para os princípios listados não é auto-evidente nem a-histórica, muito menos apolítica. É, sim, resultado histórico de embates políticos e disputas pelo conteúdo axiológico dos princípios pelos quais se organiza o direito.

Sendo uma escolha política, não há como descuidar que certa medida de discricionariedade é permitida ao/a julgador/a. No entanto, esse espaço de manobra possível não se torna mero decisionismo, nem permite que o arbítrio de juízes e juízas se consolide em uma voz soberana exatamente pela exigência de um compromisso com a coerência da sistemática constitucional-democrática. O conteúdo das demandas por reconhecimento não deve, de fato, ser construção da corte constitucional, sob o risco de que ela se torne a instância única de produção de julgamentos morais sobre a vida política; se constituindo em um superego da sociedade (Maus, 2000).

O risco de descontrole das cortes constitucionais, para a autora alemã Ingeborg Maus, cresce em consonância com diminuição do papel da própria constituição, que de norma cogente se reduz a uma carta de princípios difusos, aos quais o/a julgador/a precisa dar concretude. Para a autora, uma tal desvinculação das autoridades judiciais às leis e à constituição permitiria a corte constitucional atuar como a instância única de criação de conteúdos axiológicos em uma sociedade órfã, carente de um fundamento normativo metafísico (Maus, 2000). Fomentando a dependência infantilizadora que tira do parlamento e da esfera pública sua importância como arena de debates públicos e expressão de dissensos, a corte constitucional se torna ela própria uma ameaça à diversidade de leituras morais da ordem constitucional que caracteriza a experiência democrática.

Em razão desse risco, a atuação contramajoritária da corte constitucional deve apontar para defesa da abertura dos canais de participação dos indivíduos na política, que pressupõe a igualdade jurídica dos cidadãos. Nesses termos ela fortalece a política democrática, permitindo a variedade de agentes e interesses disputando a formulação das normas cogentes universais. O controle de

constitucionalidade, para que seja um instrumento de garantia dessa democracia esvaziada de um poder soberano subjetivado, deve, portanto, garantir um tratamento igualitário, afastando toda discriminação injustificada para, assim, possibilitar a emergência de novos sujeitos e novas demandas frente ao governo como instituição (Ely, 2010).

Decorre daí que o compromisso e necessidade constante de remissão à narrativa do direito, levando em conta o conjunto completo de princípios e garantias da ordem constitucional brasileira, de forma sistemática, impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável. Qualquer decisão contrária significa corroborar com uma discriminação que não pode ser justificada nos termos de um Estado Laico, que se abstenha de determinar as emoções e afetos humanos. Isso importa não só na garantia dos direitos patrimoniais e extra-patrimoniais inerentes à regulação das relações de união, mas também, em última análise, no reconhecimento da identidade desses indivíduos, seus planos de vida e sua forma particular de realização existencial.

Note-se que, neste caso, não há qualquer pretensão de adotar uma medida discriminatória em sentido positivo a favor dos/das homossexuais. Pelo contrário, o objetivo é tão-somente conferir-lhes o mesmo tratamento dado aos/às heterossexuais, evitando assim que o Estado contribua para reforçar as já cruéis injustiças culturais existentes contra pessoas deste grupo. Assim, somente está confirmando a eles e elas a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deve ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

O reconhecimento dessas uniões claramente não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa em reconhecê-lo, portanto, consubstancia medida autoritária e não democrática, que busca na realidade impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, marginalizando os/as integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa também ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

Trata-se, ademais, de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. A sub-valorização institucionalizada de características constitutivas das identidades de grupos minoritários – como é o caso da orientação sexual para os/as homossexuais – concorre para a negação da alteridade e a exclusão social desses indivíduos postos à margem, estigmatizados. Diferentemente de meras colisões de interesses, as demandas dos homossexuais são, na verdade, estruturantes das personalidades dessas coletividades e, portanto, não são passíveis de ser resolvidas ou amenizadas por meio de acordos ou “compensações” de direitos, uma vez que exercem uma posição de profunda importância existencial na vida dessas pessoas.

Conclui-se daí que, em sociedades não-hierarquizadas, a exigência de igual dignidade a todos seria também uma exigência de reconhecimento das diferenças inerentes à identidade de cada um. Não somente o reconhecimento daquilo que é universal – o potencial para ser autêntico – mas o reconhecimento daquilo que efetivamente se fez com este potencial. Afinal, se o que o caracteriza o/a homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas a pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave problema de não-aceitação do pluralismo, de não-reconhecimento do outro.

Para o exercício pleno da alteridade é indispensável que sejam efetivamente garantidos a todos os indivíduos os princípios balizadores do constitucionalismo moderno: igualdade e liberdade. “Aí”, expressa Jürgen Habermas, “estão pressupostos os conceitos do direito subjetivo e da pessoa do direito como indivíduo portador de direitos.” (Habermas, 2007). É preciso que haja, portanto, a autocompreensão dos sujeitos como legisladores de si mesmos, enquanto partícipes de uma comunidade política. “a ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige [...] que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores” (Habermas, 2007).

Para que as pessoas homossexuais sintam-se membros/as reais da comunidade política, portanto, é preciso que elas se identifiquem como editores/as e destinatários/as das normas que regulam

sua vida em geral, e também, de forma especial, as que regulam as suas uniões afetivas. E essa concepção de participação moral (Dworkin, 2006) na comunidade necessariamente é relacional, no sentido de que só é efetiva quando a comunidade reconhece a participação do indivíduo e este reconhece a si mesmo/a no seio dessa comunidade. Daí que as decisões tomadas pela coletividade, e que serão vinculantes a ela, devam ser pensadas em face dos efeitos que terão sobre todos e todas, de acordo com suas peculiaridades.

De todos os argumentos acima expostos, tiramos que é preciso pensar uma identidade constitucional aberta para o plural, que não implique a submissão das formas de vida das minorias em torno dos valores das majorias. Conforme afirma Michel Rosenfeld (2003), “o sujeito constitucional, que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que esqueça a sua identidade através do *medium* de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula, unifica, o multifacetado eu constitucional aos seus múltiplos outros”. Esse é, essencialmente, o instrumento para tratamento igualitário de todos os cidadãos e cidadãs. É exigida a tolerância para com o diferente.

Considerações finais

A experiência do que conhecemos como democracia moderna, como um sistema de governo adaptado a uma sociedade pós-tradicional, exige o respeito e o incentivo à pluralidade de subjetividades e grupos. A função dos direitos fundamentais é servir como instrumentos para a resistência contra tendências de desdiferenciação funcional da sociedade. Cabe às cortes constitucionais, cujo dever é interpretá-los, atuar de modo a garantir que eles cumpram essa função e que a constituição se efetive como elemento de abertura cognitiva do sistema político. O limite da interpretação judicial é, portanto, a garantia da complexificação organizada da sociedade.

O risco sempre presente é, entretanto, a possibilidade de que uma corte constitucional se arrogue o poder de criar os conteúdos axiológicos dos direitos fundamentais a partir da moralidade de seus próprios julgadores/as, com consequências absolutamente opostas ao seu objetivo de fortalecer a política democracia. Como já exposto, no caso da ADI 4.277, o STF tomou uma decisão que entendemos acertada, tendo em vista sua importância para o reconhecimento e inclusão de uma minoria historicamente oprimida. Não se pode olvidar, entretanto, que em casos diferentes, a corte poderia ter extrapolado seus poderes e gerado um ônus democrático. Não é possível determinar um procedimento técnico que possibilite ao STF a permeabilidade necessária para uma abertura hermenêutica às demandas sociais atuais e ao mesmo tempo assegure definitivamente sua limitação. De fato, impõe-se a necessidade de um controle discursivo ininterrupto por parte da sociedade e das outras instituições de governo, a fim de possibilitar um controle democrático real dessas decisões.

Embora seja difícil, e mesmo indesejável, desvincular totalmente a identidade de uma democracia constitucional dos valores culturais da maioria, é preciso não tornar a comunidade política hostil ao pluralismo. A meta deve ser que as decisões vinculantes à comunidade devam dispensar a mesma consideração e respeito a todos os indivíduos e a suas formas de vida, desde que essas não atentem contra direitos legítimos dos demais, pois “uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, até nos contextos vitais que conformam sua identidade.” (Habermas, 2007).

Por fim, devemos parabenizar com muito entusiasmo a militância do movimento LGBT, por sua luta incansável contra qualquer tipo de discriminação e preconceito. Devemos congratular também os casais homoafetivos que ingressaram com as primeiras ações, muitos anos atrás, e enfrentaram inúmeros percalços até, finalmente, terem seus direitos reconhecidos e protegidos. Após tantas humilhações e tanto desgaste, esses casais finalmente alcançaram o reconhecimento merecido. Essa decisão só foi tão abertamente democrática porque não foi gerada por simples vontade dos ministros do Supremo, em uma forma de paternalismo político, mas foi essencialmente motivada pela autonomia

pública atuante dos sujeitos, enquanto agentes públicos de transformação social. Daí que não é exagero que “sem os movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria poucas chances de acontecer.” (Habermas, 2007).

Referências bibliográficas

- Chantal, M. (2000). *The Democratic Paradox*. London – New York: Verso.
- Dworkin, R. (2006). *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. (M. B. Cipolla, Trad). São Paulo: Martins Fontes.
- Ely, J. H. (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. (J. Lemos, Trad.). São Paulo: Martins Fontes.
- Gadamer, H. (2004) *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (6ª ed). (F. P. Meurer, Trad). Petrópolis, RJ: Vozes. (trabalho original publicado em 1960).
- Habermas, J. (2007). *A inclusão do outro – estudos de teoria política* (3ª ed). (G. Sperber e P. A. Soethe, Trads). São Paulo: Edições Loyola.
- Heinen, J. (2008). Interpretação conforme a Constituição. *Revista da Ajuris*, v. 110, p. 42-64.
- Maus, I. (2000). O Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. (M. Lima e P. Albuquerque, Trads). *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185.
- Lefort, C. (1986). *La question de la démocratie* in *Essais sur le politique*. Paris, França: Seuil.
- Levinson, D. J. (2011) Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. *Harvard Law Review*. Retirado em 14 de agosto de 2013 de http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_%20levinson.pdf
- Mello, L. (2005). Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. *Cadernos Pagu*, (24), 197-225. Retirado em 14 de agosto de 2013 de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010&lng=en&tlng=pt.10.1590/S0104-83332005000100010.
- Neves, M. (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes.
- Rosenfeld, M. (2003). *A identidade do sujeito constitucional*. (M. de C. Netto, Trad). Belo Horizonte: Mandamentos.
- Sarmiento, D. (2009). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 9. Retirado em 2 de agosto de 2013 de <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>.