

A revogabilidade política das decisões do STF

A vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

MUSSI ASSAD MUSSI KOURY NETO

MARIANA CRISTINA PEREIRA MELO

Sumário

1. Introdução. 2. As propostas. 3. A ameaça representada pelas PECs nºs 3/2011 e 33/2011. 4. O especial desserviço prestado à causa LGBT. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A doutrina já analisou com pormenor a assunção pelo Judiciário, designadamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no papel central na resolução de questões altamente polêmicas, a cujas respostas têm-se ligado efeitos capazes de repercutir sobre os mais variados grupos sociais (VIANNA, 1999, 2003; BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2010; GARAPÓN, 2001; BARROSO, 2008). Santos (2011) elenca o garantismo de direitos, a judicialização da política e o controle da legalidade e do abuso do poder como fatores responsáveis pela proeminência do Judiciário na condução da agenda de discussões da mídia e, por consequência, nas mais informais rodas de conversa. Sinalizando a notoriedade de que tem se revestido a atividade judicativa, as pautas designadas pelo STF têm ocupado espaço cada vez maior nos cadernos de política, economia e polícia dos periódicos nacionais.

Essa aproximação cada vez maior entre as instâncias judiciais e as camadas populares, com o correspondente distanciamento destas em relação aos órgãos representativos, pode também ser justificada pela tole-

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor.

Mussi Assad Mussi Koury Neto é graduado em Direito pela UFOP.

Mariana Cristina Pereira Melo é graduada em Direito pela UFOP.

rância aos projetos de lei de iniciativa do Presidente por parte Congresso. Lançadas as bases para alcançar a (famigerada) governabilidade, a chefia do governo consegue que passem seus projetos com índices de aprovação muito parecidos aos alcançados em países de sistema parlamentarista, restando ao Judiciário apropriar-se da tarefa de realmente discuti-las, levantar-lhes os pontos controversos e proceder à depuração exigida pela normatividade constitucional¹.

A saída do Supremo da condição de total resignação em face dos demais poderes constituídos para assumir papel de destaque na conjuntura político-social anda de par com a atuação judicativa independente, propiciada pelo distanciamento de alguns aspectos que entravariam o livre exercício das competências constitucionalmente determinadas, como o fazem, no caso dos agentes políticos, o medo da perda de apoio político-partidário e o receio de desagradar ao eleitorado. Contudo, é inegável o paradoxo existente no fato de que o próprio fortalecimento do Judiciário e o protagonismo dele decorrente são responsáveis por vulnerabilizá-lo política e socialmente, em especial quando, no judicativo desempenho de suas competências, contraria eventuais forças políticas. É nesse ponto que o Judiciário releva seu potencial contramajoritário na defesa de direitos fundamentais e é a partir de quando essas forças discordantes começam a procurar formas de engessar-lhe os poderes. Justamente permeando esse quadro estrutural dialético foram submetidas à Câmara dos Deputados as PECs nºs 3/2011 e 33/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI).

Não se procura aqui construir, como bem o critica Waldron (2003), um retrato idealizado do judiciário emoldurando-o ao lado da representação de má fama do legislativo. A própria história institucional do STF impede que se o faça. Como exemplo, a criação do Tribunal, orientada pelos interesses dos republicanos de salvaguardar o regime político recém-instituído contra as forças dos monarquistas ocupantes de cargos no Congresso, já denota o entrelaçamento, senão a dependência, em face do Executivo. Desse mesmo modo, a negativa de exame de “questões políticas”², somada à fragilização na tutela de direitos fundamentais dela

¹ A respeito da indispensabilidade da Constituição para o desenvolvimento do direito sem sua conseqüente desdiferenciação em face das demais esferas normativas, vejam-se as palavras de Neves (2011, p. 71): “O direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional”.

² Pressupondo o argumento positivista de separação rígida entre direito e política, o STF declinava da obrigação de decidir sob o argumento de que se tratava de questões reservadas ao juízo dos demais poderes constituídos. Baracho Júnior (2004) ilustra bem a vulnerabilidade dos direitos fundamentais causada pela polarização dos sistemas político e jurídico. “Já no governo Floriano Peixoto, no início da República, logo após a implantação do

decorrente, e a denegação de *writs* constitucionais a perseguidos políticos nos períodos de recrudescimento dos regimes ditatoriais simbolizam o emprego do STF como *longa manus* do poder político hegemônico. Sem que se precise direcionar os olhos até a República Velha, ou aos períodos ditatoriais, basta vislumbrar a leniência com que o STF trata as questões envolvendo os planos econômicos, ou como ele reagiu frente à possibilidade de ver revogadas inúmeras medidas provisórias já convertidas em lei³, para perceber que o Tribunal tem ainda um longo caminho a percorrer se pretende considerar-se autônomo para decidir conforme o direito.

Ainda assim, por mais que não se possa divinizar o Judiciário, consignando-lhe o papel de panaceia para todos os males, nem tampouco se ignorem os problemas interpretativos constantes na atual práxis decisória, o presente trabalho tem a pretensão de comprovar que a intenção levada a cabo pelas referidas propostas de emenda à Constituição, fragiliza a democracia, ainda que sob o argumento de reforçá-la, marca de morte a autonomia do direito, rompe com o caráter deontológico dos direitos fundamentais, apontando o caso específico de suas implica-

ções no caso dos grupos LGBT, e abre espaço para que a Constituição sucumba ao poder de maiorias ocasionais.

2. As propostas

O descontentamento de grupos da sociedade e dos demais Poderes constituídos, como o Congresso Nacional, contra os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, evoluiu para a formulação de iniciativas concretas voltadas a restringir ou conter o protagonismo político da Corte Suprema. Pautadas nesse objetivo, estão em tramitação na Câmara dos Deputados as duas propostas de emenda à Constituição já referidas, que buscam, segundo as justificativas apresentadas, o resgate do valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, inquinados pelas posturas ativistas do Judiciário. O autor das propostas menciona ainda a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os Poderes e induzir o necessário (e, hoje, inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República.

A PEC nº 3/2011 quer alterar a redação do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, para que seja atribuída ao Congresso Nacional a competência de “sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. O que a PEC almeja, mais especificamente, é estender até o Judiciário a autorização para suspender tais atos, já que a atual redação constitucional só trata do Poder Executivo. O argumento de que a mudança não implicará a reforma de decisões judiciais – mas apenas possibilitará a revisão de atos praticados pelo STF no exercício de suas competências impróprias de regulamentação –, busca tão somente revestir com capa de sentido os verdadeiros interesses subjacentes às propostas, denunciados pelo

Supremo Tribunal Federal, algumas questões que envolviam ofensas a direitos individuais não foram por ele apreciadas, pois, segundo dizia a Corte, eram questões políticas. Em 1893, em estado de sítio decretado por Floriano Peixoto, o Supremo recusou-se a apreciar uma série de lesões a direitos individuais ao argumento de que aquelas questões eram políticas e que, portanto, não poderiam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário” (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 512-513).

³No recente julgamento da ADI nº 4.029, após julgar inconstitucional a Lei nº 11.516/2007, responsável pela criação do Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio), o STF voltou atrás de sua decisão com fundamento em argumentos tão somente políticos, para determinar que, só a partir de então, seria devida a observância do art. 62, § 9º, da CR/88. Com isso, a fim de preservar a ordem política institucionalizada, apoderou-se de competências de Poder Constituinte Derivado de fato e instituiu uma espécie de *vacatio legis* à Emenda Constitucional nº 32/2001, sem que ela mesma mencionasse qualquer condição à sua eficácia. Nesses termos, cf. STRECK (2013).

contexto em que elas foram feitas. O próprio autor da PEC nº 3/2011 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), ao justificá-la, reclama da crescente interferência do Judiciário em área de competência do Poder Legislativo quando interpreta algumas leis, de modo a clarificar quais são suas intenções em relação à primeira PEC.

O inconformismo de algumas camadas do poder político em decorrência de decisões recentes do STF é suficiente para demonstrar que o objetivo colimado com estas PECs é de refrear a atuação do Judiciário – para que ele deixe de alterar o entendimento do Congresso Nacional em relação às normas em vigor e deixe de cassar decisões judiciais que contrariem valores ético-políticos, interesses econômicos ou juízos morais de setores sociais que adquiriram representatividade no Poder Legislativo.

Diagnosticados os interesses que impulsionaram a elaboração dessa proposta, vê-se nela pretensão subjacente de se restabelecer o modelo desenvolvido pela Escola da Exegese, em que a palavra final em relação à interpretação das normas era do legislador. Os exegetas defendiam que a atividade judicial deveria valer-se do método gramatical para alcançar exato sentido da vontade geral explicitada na lei, de modo a ter-se tornado comum compreender a interpretação do direito como a busca da *voluntas legislatoris* (ou da *voluntas legis*). Portanto, ao transpô-la, o Poder Judiciário estaria exorbitando seu poder e entrando em área de competência do Poder legislativo.

Perceba-se que tal compreensão do Direito está, há muito, ultrapassada – pelo menos desde Kelsen, que expressamente rejeita a pretensão de que seja possível/desejável se descobrir “o verdadeiro sentido” da norma ou a “vontade” oculta da mesma ou do legislador.⁴ Castanheira Neves (2010) sinaliza muito bem como o rom-

pimento com o modelo exegético, a partir da consciência de que a interpretação está atrelada à aplicação, contraria a pretensão do Legislativo de manter-se no monopólio hermenêutico das normas que produzem.

“A natureza normativamente constitutiva da interpretação permite-nos (...) compreender que ela nunca tenha sido olhada sem alguma suspeição pelo poder político – antes de mais pelo poder político que se arrogue a exclusiva titularidade do direito. E conhecem-se da história os fenômenos políticos-jurídicos em que tal suspeição se tem revelado, assim como se sabe também que essa fenomenologia se inseriu sempre na luta do legislador (do poder político legislativo) contra o juiz (o poder ou a função judicial) pelo total domínio do direito. Daí que nas épocas de forte *élan* legislativo ou sempre que, já com o objetivo de uma legislativa consolidação jurídica ou com uma intenção reformadora ou revolucionária, já invocando uma legitimidade exclusiva num quadro político-constitucional de repartição de poderes, o poder político-legislativo se propõe a chamar a si a total programação do direito – e épocas essas nas quais o legislador, julgando-se o único poder jurídico, pretende sempre reduzir o poder judicial a um poder ‘en quelque façon nulle’ –, imediatamente vemos aquele quer a tentar impedir a possibilidade de interpretação autônoma, quer a submetê-la a um seu apertado controle” (NEVES, 2010, p. 29).

Para além dos problemas a que a promulgação desta PEC dá causa, cumpre mencionar a atecnia do Legislador na redação da proposta e o seu corresponde histórico no passado constitucional brasileiro. Se a pretensão é de que o Congresso Nacional se transforme em anteparo ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF, a cassação de atos que ultrapassem a competência regulamentar do Judiciário não é instrumento hábil a consegui-lo. Decisão judicial não é regulamento. Ainda que tenha competência regulamentar residual, autori-

⁴ Sobre isso, cf. KELSEN (1997), BAHIA (2004, 2012a).

zando-lhe, por exemplo, a edição do Regimento Interno do Tribunal, uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou que lhe conceda interpretação conforme a Constituição está inserida no âmbito de competência jurisdicional própria do STF, e, portanto, alheia à alçada regulamentar de que ele dispõe.

Quanto ao equivalente histórico da PEC nº 3/2011, ela permite que se faça paralelo com o parágrafo único do art. 96 da Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. A partir desse dispositivo, o Congresso tornou-se competente para cassar decisões do STF, após juízo de conveniência do presidente, considerando a manutenção de lei necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submeter novamente ao Congresso a lei declarada inconstitucional para que este, então, segundo aqueles critérios, decidisse se mantinha ou cassava a decisão do Tribunal. Desse modo, a mudança que essa proposta de emenda vem instituir significa retrocesso em termos constitucionais democráticos, por reestabelecer prática constitucional do período ditatorial varguista que impedia o exercício independente da jurisdição pelos ministros do STF.

Por sua vez, a PEC nº 33/2011 propõe aumentar o quórum de julgamento para a declaração de inconstitucionalidade de maioria absoluta, como está previsto no art. 97 da Constituição, para quatro quintos dos membros dos tribunais, ou seja, serão necessários, no mínimo, nove votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. Estatui também que Congresso Nacional passe a dispor de 90 dias para deliberar em sessão conjunta, obrigatória a aprovação por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante de súmula. Outra mudança que a proposta sugere é a submissão ao Congresso Nacional de decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Nesse caso, se houver manifestação contrária à decisão judicial, a controvérsia deverá ser submetida à consulta popular.

Dissecadas as mudanças que as PECs vêm inaugurar, cumpre mencionar que as duas Propostas de Emenda Constitucional mostram-se ineficazes para os fins a que se dirigem, de fortalecer o papel do Congresso Nacional, reduzir o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e estimular o diálogo institucional. A organização atual do sistema jurídico já oferece mecanismos mais eficazes para promover diálogos institucionais entre os Poderes. Designadamente, o fato de as decisões do Supremo Tribunal Federal não vincularem o Legislador permite que Congresso Nacional supere essas decisões mediante novo processo legislativo, com a edição de leis ou emendas constitucionais. Dessa maneira, para viabilizar a dialogicidade entre os poderes constituídos, de maneira a que nenhum se sobreponha aos demais, é vantajoso às instituições democráticas que o

Legislativo, em vez de investir na criação de um novo expediente capaz de reformar expressamente decisões do STF, proceda ao exercício de sua função de legislar, sobre a qual, como já afirmado, não recaem os efeitos da coisa julgada em sede de declaração de inconstitucionalidade.

Não bastassem os prejuízos que as duas propostas, individualmente, seriam capazes de provocar, se ambas forem aprovadas, o sistema político estará blindado contra a atuação jurisdicional, por tolher a competência constitucional franqueada ao Judiciário de fiscalizar os atos resultantes do processo político-legislativo. A seguinte hipótese ilustra bem como ocorrerá esse fechamento em face do Judiciário e em que medida ele representará forte risco às instituições democráticas do País: cotejando a PEC nº 3/2011 com as cláusulas pétreas da CR/88, o STF poderia, v.g., declarar-la inconstitucional por considerar que ela infringe a separação dos poderes, fere a autonomia judiciária ou porque ela obstaculiza a proteção judicial de grupos minoritários. Contudo, se aprovada a PEC nº 33/2011, ao Legislativo será consignada a capacidade de revogar a decisão, recobrando a validade da emenda anteriormente anulada.

Esse bloqueio do sistema abrirá caminho para futuras violações a direitos fundamentais de grupos minoritários e estremecerá as bases democráticas do Estado laico, o que pode ser notado pela PEC nº 99/2011 submetida à Câmara pelo deputado João Campos (PSDB-GO). Tal proposta visa a estender o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade para que associações religiosas também estejam autorizadas a fazê-lo. Imagine-se, por exemplo, a aprovação de lei que, ao regulamentar o direito ao casamento de casais homossexuais, lhes autorize a adoção. Ela nunca ficará imune à irrisignação desses grupos, de onde cabe discutir se direitos fundamentais devem mesmo prestar uma espécie de deferência a valores ético-políticos de certos grupos sociais, por maior que seja o apoio dirigido a ele, ou devem permanecer como obstáculo insuperável a pretensões abusivas e tudo o mais que os viole.

3. A ameaça representada pelas PECs nºs 3/2011 e 33/2011

A notoriedade e a centralidade do STF no jogo político institucional não vêm desacompanhadas de problemas que arranham a legitimidade do Tribunal para exercer a atividade decisória. Aqui a referência é à crise de duplo perfil que acomete a mais alta corte judiciária do País. De duplo perfil porque se manifesta tanto no plano da funcionalidade do Tribunal (ineficiência quantitativa), quanto no plano teórico-argumentativo (ineficiência qualitativa). O primeiro acentua a incapacidade judicial de dar vazão ao número de casos que lhe cumpre dirimir, enraizando de ma-

neira cada vez mais forte no sistema judiciário as ideias de morosidade e inefetividade. Nesse sentido, Vieira (2008) mostra o crescimento exponencial no número de feitos sob a jurisdição do STF, atribuindo à constitucionalização analítica e pormenorizada operada pelo Poder Constituinte Originário a responsabilidade por tamanho aumento.

“A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos” (VIEIRA, 2008, p. 447).

O segundo reflete a subsistência nos julgados do STF de pressupostos teóricos que já se esperavam superados há muito tempo. A tentativa de aprisionamento da interpretação por meio das súmulas vinculantes, o incidente de recursos repetitivos e a prática do julgamento por pinçamento simbolizam como estão arraigados, na prática decisória do Tribunal, fundamentos tipicamente positivistas, segundo os quais a cisão entre as matérias de fato e de direito viabiliza que a interpretação se dê lógico-subsuntivamente, atendendo, portanto, aos critérios de precisão objetiva e matemática, exigidos pelo modelo científico cartesiano. Aqui, as pretensões de excessiva racionalidade próprias do Iluminismo ainda parecem receber guarida do STF. Castanheira Neves (1983) demonstra precisamente como a elevação da certeza e previsibilidade jurídicas à condição de

valor inexorável ao direito liga-se à proposta do legalismo exegético.

“A certeza apresenta-se, neste caso, como o valor decisivo, senão absoluto, como o próprio *definiens* axiológico do direito (o direito puramente como ordem formal). Implica uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite o seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e, porventura, o cálculo – *savoir c'est prévoir* –, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem *securus*. É a certeza do direito que vai associada ao legalismo e que este fundamentalmente serviria” (NEVES, 1983, p. 19).

Conquanto a matriz positivista venha sendo acriticamente reafirmada pelos instrumentos utilizados pelo STF na busca da padronização decisória⁵, ele não hesita em ignorá-la quando a complexidade dos casos a serem decididos não permite que eles sejam resolvidos pelo simples encaixe da premissa maior (norma) à premissa menor (caso concreto). A quebra das amarras da estrita legalidade tem, desse modo, feito com que a jurisprudência enverede para um puro casuísmo, como se o confronto com um *hard case* (classificação também feita arbitrariamente) autorizasse o magistrado a exercer sua livre subjetividade, travestindo-a com a legitimidade

⁵ Cruz (2004, p. 97) analisa alguns expedientes empregados pelo STF a que positivismo legalista-exegético continua a conferir balizamento: “Ora, esse raciocínio (cisão entre questão de fato e de direito) pretende cindir o texto legal das circunstâncias fáticas, pressupondo a subsunção do fato sobre a norma, nos claros moldes do positivismo exegético. Por esse raciocínio parece sustentar o Supremo que o recurso extraordinário não seria forma de solução de uma lide, mas sim mecanismo de uniformização de jurisprudência, no qual prevaleceria o interesse público sobre o privado das partes litigantes. Dessa forma ele poderia simplesmente se apropriar da causa e examinar exclusivamente a ‘questão de direito’ da lide trazida em sede de recurso extraordinário, fazendo o juízo abstrato da matéria constitucional. Em outras palavras, ele estaria simplesmente descaracterizando o controle concreto/difuso de constitucionalidade no Brasil”.

que a criação *ad hoc*⁶ de princípios se propõe a fornecer. Correlativamente, Müller (2005) explicita a irracionalidade metodológica com que julga o *Bundesverfassungsgericht* alemão.

“Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referencia ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do TCF [Tribunal Constitucional Federal] fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quão acrítico “métodos” exegéticos transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade –, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio” (MÜLLER, 2005, p. 20).

Tracejada, ainda que superficialmente, a crise pela qual passa o Judiciário, vê-se o perigo de se adotar um discurso salvacionista e inocente em relação ao crescimento de seus poderes, no sentido de que eles fossem devidos para que o Judiciário, uma vez alijado da sordidez dos jogos de interesses que movimentam as engrenagens das forças políticas, possa autonomamente exercer seu posto de “compensador do déficit de funcionalidade dos demais poderes” (BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2010a, p. 16). Não é através de um governo dos juízes (*juristocracy*) que se conseguirá, legitimamente, superar a crise estrutural instaurada no Estado brasileiro, tampouco é o que se defende nesse trabalho, ao criticar as Propostas de Emenda à Constituição que pretendem facultar ao Congresso Nacional a competência para revogar as decisões do STF.

Elaboradas sob o argumento de que o STF vem cada vez mais se imiscuindo em assuntos alheios a competência judicial, as PECs, se aprovadas, vão promover o esfacelamento do sistema jurídico deontológico⁷, porque concederão a última palavra em termos interpretativos ao poder político, cujo discurso pode mobilizar argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos, tais quais aqueles que primam pela maximização de objetivos econômicos, promoção de fins coletivos e definem os valores responsáveis por constituir a tessitura ética de uma dada comunidade. Assim, a “barreira de fogo” e os “trunfos em face de possíveis abusos”

⁶ “Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performáticos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional” (STRECK, 2011, p. 43).

⁷ “(...) a expressão ‘deontológico’ refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas são ou válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados caso a caso em uma ordem transitiva” (HABERMAS, 2002, p. 356).

(CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011), representados pelos conteúdos inegociáveis dos direitos fundamentais, tornar-se-ão transigíveis em meio a argumentos de todo tipo.

Notadamente, sobre o direito recaem influxos (condicionados, é importante ressaltar) das mais diversas esferas normativas – política, economia, ética, moral –, por meio da abertura promovida no processo legislativo aos argumentos pragmáticos, tecnocráticos e ético-políticos, levantados pelo legislador. Conquanto o condicionem, e por ele elas sejam condicionadas, o direito com nenhuma dessas esferas se confunde, de modo que, inclusive, elas passam a operar segundo o modo determinado pelo código jurídico, desde quando internalizadas no sistema jurídico.

“Enquanto argumentação prática, a argumentação jurídica se vale, no plano da justificação das normas – que se dá, de maneira central, nas arenas parlamentares –, tanto de discursos pragmáticos quanto ético e morais, além das negociações por procedimento (...). Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à autocompreensão valorativa dos cidadãos e a projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios a fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos jurídicos, com seu código binário de validade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 102-103).

A existência de um código próprio do direito, com símbolos, discursos e fórmulas específicos, está relacionada à funcionalização⁸ do sistema social, seccionado em *subsistemas* autônomos, capazes, então, de prestar serviços recíprocos, e cuja reprodução se dá a partir de estruturas contidas neles mesmos⁹. Desse modo, logo se vê que não se equivalem aqui a autonomia do direito e o isolacionismo cognitivista de que dependiam os positivistas para cumprir a tarefa analítica de definir puramente o que é o direito. Há, sim, comunicabilidade entre os sistemas, mas que não resulta na formação do amálgama normativo característico do período pré-moderno, em que o direito se encontrava diluído em meio a outras esferas normativas. Trabalhando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann,

⁸“O sistema social na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. Isto leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, e inclusive de projetos normativos nos sistemas, forçando assim uma maior seletividade” (LUHMANN, 1983, p. 175).

⁹“Assim é que, como afirma Niklas Luhmann, a invenção da constituição formal pelos norte-americanos possibilitou que a modernidade se completasse no campo do Direito e da Política. Até então, o problema do fundamento do direito remetia às exigências de adequação do direito positivo às exigências morais do direito natural, ou seja, o fundamento da legitimidade do direito e da política residia fora deles mesmos. Agora, a distinção entre o Direito Constitucional e os demais direitos fundados pelo Direito Constitucional oculta o fato paradoxal de que o Direito Constitucional é Direito e permite a fundamentação autopoiética do próprio Direito” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 22-23).

Neves (2011) demonstra como ela supera o sistema autônomo de regras proposto por Kelsen (1997) como modelo de ordenamento jurídico:

“A concepção luhmanniana do fechamento autorreferencial dos sistemas baseados no sentido afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos (...). Nesse sentido, afirma-se: ‘Fechamento agora não significa falta de ambiente, nem determinação integral por si mesmo’. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia. O fechamento operativo¹⁰, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento” (NEVES, 2011, p. 129-130).

Institucionalizado esse discurso próprio, é com base nele que o julgador deve mobilizar argumentos capazes de depurar as pretensões normativas levantadas pelas partes ao longo do processo. Não caberá a ele pautar-se em opções instrumental-consequencialistas, sob pena de que a Constituição jurídica sucumba aos melindres da Constituição real, nos termos postos por Hesse (1991, p. 10-11). Expondo o risco representado pelo emprego desse tipo de argumentação, preceitua Castanheira Neves (1990, p. 36):

“Se levarmos a sério e às últimas consequências a perspectiva em causa [o funcionalismo], o que teremos afinal é um sistema político-jurídico em que o direito deixa de ser tanto uma normatividade de garantia (por ex. nos termos de um princípio da legalidade a cumprir) como uma axiologia ou um sistema de validades materialmente pressupostas (com imediata expressão, desde logo, nos direitos fundamentais) que se subtraia à contingência decisória numa intenção regulativa, e converte-se ele próprio num instrumento de todo relativizado ao *a posteriori* da sua performance, relativizando às suas consequências de momento e variáveis. Assim como a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado-de-

-direito) não passará de uma funcional *longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero álibi legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado-de-direito, transformando num Estado de mera administração, e, sob o princípio *salus populi suprema Lex*, o direito volta a ser maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente ‘o que é útil ao povo’”¹⁰.

Portanto, com a referida alteração no modelo de controle recíproco entre os poderes, a primazia dos argumentos de princípio¹¹, facilitada pelo atual padrão, em que a última palavra acerca da interpretação constitucional é dada ao Judiciário, cederá lugar ao império dos argumentos de política. O resultado disso é o esfacelamento do direito como sistema autônomo¹², já que ele deixará de reproduzir-se a partir de elementos de que ele mesmo é composto, autorizando que a política nele promova ingerências sem que elas sejam mediadas por mecanismos especificamente jurídicos. Deixando de atrelar-se a argumentos

¹⁰ Cf. também: BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR (2010, p. 47 et seq.).

¹¹ “A diferenciação interna ao direito entre direitos e políticas, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos argumentos de princípios, que remetem ao conteúdo moral dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58).

¹² Sobre a definição de sistema autônomo e o modo como se opera sua reprodução em face do ambiente, são precisas as lições de Neves (2011, p. 129-130), para quem “Eles mantêm o seu caráter autopoiético enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente (...). Porém a incorporação da diferença ‘sistema/ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido possibilita uma combinação de fechamento operacional com a abertura do ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiése pode ser através da referência ao ambiente. (...) o ambiente (...) constitui algo mais, ‘o fundamento do sistema’. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes uma forma”.

estritamente jurídicos, serão pressupostos, para a resolução de contendas judiciais, ideias de maximização de objetivos econômicos, promoção de fins coletivos e valores responsáveis por constituir a tessitura ética de uma dada comunidade, obstando a concretização do projeto estipulado constitucional. Nesse sentido, assinala Neves (2011, p. 93):

“Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do ambiente. Ao contrário, (...) ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/ programas jurídicos-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais.”

Ancorando-se no argumento de que a atuação judiciária padece de déficit democrático, a mudança pretendida pelas PECs tornaria o Texto Constitucional instrumento de governabilidade sujeito ao alvedrio de maiorias eventuais, como consequência do esvaziamento do potencial contramajoritário da jurisdição constitucional.

Ao lado da definição de democracia condicionada ao sistema representativo majoritário, poderá ser erigido modelo democrático aos moldes da democracia identitária defendida por Schmitt, já que os valores constitutivos do autoentendimento de determinada comunidade, majoritariamente definidos, solaparão direitos fundamentais de grupos minoritários que a eles não se alinham. Daí a explicação pela qual a formação de uma ética substantiva, viabilizada pela possibilidade de maiorias parlamentares revogarem decisões judiciais, seja tão prejudicial à democracia em tempos de Estado Democrático de Direito, quando inarredável a obrigatoriedade do respeito às minorias para que ela se consolide. Por isso, Neves (2011) ressalta a importância dos direitos fundamentais em tempos de sociedades difusas, plurais, supercomplexas e o risco que representa a projeção de concepções identitárias capazes de subordiná-los:

“Os direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. Sua função relaciona-se com o ‘perigo da desdiferenciação’ (especialmente da ‘politização’), isto é, exprimindo-se positivamente, com a ‘manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação’. Assim sendo, na hipótese de ‘Constituição’ identificada com concepções totalitárias, por serem excluídos ou deturpados os direitos fundamentais, não se consideram a pluralidade e a contingência das expectativas, produzindo-se, portanto, uma desdiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea” (NEVES, 2011, p. 75).

Representam exemplos contundentes de decisões que contrariam forças políticas no Congresso e os valores que elas pretendem institucio-

nalizar, os julgamentos do STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, juntamente com a permissão do aborto de fetos anencéfalos pelo STF (ADPF nº 54) e a decisão que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510). A irresignação em face dessas decisões resultou no apoio de vários parlamentares, muitos deles componentes da chamada bancada evangélica do Congresso, à PEC de Nazareno, que, apesar de não ser evangélico, é fortemente ligado à Igreja Católica, já tendo atuado, inclusive, em algumas pastorais. A PEC tornou-se prioridade da frente parlamentar evangélica, que se viu contrariada com as recentes decisões do STF que rivalizam com crenças religiosas amplamente aceitas pela população brasileira, e que, portanto, foram sempre ignoradas pelo Legislativo.

No contexto das pretensões proselitistas desses deputados, a aprovação das referidas Propostas de Emenda Constitucional representa forte ameaça ao Estado laico e compromete a tutela de direitos fundamentais de grupos minoritários, sobretudo, a daqueles titularizados por homossexuais.

4. O especial desserviço prestado à causa LGBT

Há um bom tempo, membros da bancada religiosa no Congresso Nacional têm influenciado não apenas na aprovação (e na não aprovação) de certos temas, alguns dos quais já mencionados. Mesmo sobre o Executivo se percebe tal ingerência. Isso pôde ser visto mais fortemente nas últimas eleições presidenciais (bem como na eleição para a Prefeitura de São Paulo): os dois principais candidatos viram-se forçados a, publicamente, colocar-se contra o aborto e contra projetos de lei que estendessem a homossexuais direitos civil-familiares (união estável, casamento, adoção etc.) e/ou que os protegesse de crimes de natureza homofóbica, ampliando-se o conceito (já amplo) de racismo da Lei nº 7.716/89¹³.

Tendo sido eleita com o apoio de parlamentares religiosos e líderes de igrejas evangélicas, a atual Presidente mantém fortes laços com eles. Não por acaso o chamado “kit contra a homofobia” – material produzido por uma equipe de pedagogos e outros profissionais e que seria distribuído a professores do Ensino Médio para que promovessem a discussão sobre a violência contra LGBT – sofreu ferrenha oposição daqueles setores, sendo “abortado” pela Presidente antes mesmo de sua finalização (ESTADÃO, 2011). De igual modo, campanhas do Ministério da Saúde a respeito da prevenção de DST/Aids têm esbarrado na crítica de religiosos ao incentivo

¹³ “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

do uso de preservativos e/ou quando há campanhas dirigidas especificamente ao público LGBT, o que já gerou críticas até do representante da Unids no Brasil¹⁴.

Voltando à questão legislativa a respeito da questão LGBT, a bancada religiosa tem atuado em duas frentes: de um lado, apoiando ou propondo projetos contra aquela minoria, de outro lado, envidando esforços para barrar, de qualquer forma, a aprovação de qualquer proposição que favoreça a estes.

Quanto à primeira atuação, destaque para o PDC nº 234/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO), chefe da “bancada evangélica” no Congresso Nacional, que propõe revogar a Resolução nº 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe seus profissionais de promover “terapias de cura da homossexualidade”. Tal projeto já rendeu vários debates na Câmara dos Deputados, inclusive com a realização de audiência pública para a qual foram ouvidos um pastor (que também é formado em psicologia) e uma psicóloga, ambos defendendo a possibilidade de “cura” da homossexualidade com terapia voltada à religião¹⁵.

Podem ser mencionados também: a proposta de Indicação nº 2.478/2004, do deputado Milton Cardias (PTB-RS), “sugerindo que o Ministério das Relações Exteriores parabeneze e apóie o presidente dos Estados Unidos, George Bush, quanto à sua manifestação contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo”; o Projeto de Lei nº 2.279/2003, do deputado federal Elimar Máximo Damasceno (Prona-SP) pretendia

¹⁴ “O representante da Unids no Brasil, Pedro Chequer, criticou hoje o governo da presidente Dilma Rousseff, por ceder a pressões de grupos religiosos conservadores em sua política de combate à epidemia de Aids. Ele não falou diretamente em denominações religiosas, mas disse que o governo acaba ‘violando direitos’ à medida que cede a pressões de ‘minorias organizadas’. Em seguida lembrou o episódio, ocorrido em fevereiro, quando o Ministério da Saúde deixou de veicular na TV o vídeo de uma propaganda destinada a jovens gays, estimulando o uso de preservativos” (ARRUDA, 2012).

¹⁵ Vale lembrar que a Resolução do CFP, que já perdura há mais de dez anos, vem na esteira de decisões semelhantes de órgãos internacionais de saúde. A Associação Americana de Psiquiatria deixou de classificar a homossexualidade em 1973 – aliás, classificá-la como doença é uma atitude moderna e vem do século XIX –, seguida pela Associação Americana de Psicologia (1975), da Organização Mundial da Saúde, que em 1990 retirou a homossexualidade de sua lista de doenças (CID – Classificação Internacional de Doenças) e da Organização Pan-americana da Saúde, que, em 2012, em comemoração aos 22 anos do posicionamento técnico da OMS, elaborou também um documento rechaçando práticas de cura da homossexualidade: “‘Curas’ para una Enfermedad que no existe – Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables” (ORGANIZACIÓN..., 2012). No Brasil, a Associação Brasileira de Psiquiatria em 1984 posicionou-se considerando que a homossexualidade não é algo “prejudicial à sociedade”; de forma semelhante, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual e em 1999 veio a mencionada Resolução que ditou regras sobre a forma como psicólogos deveriam portar-se face a questões de orientação sexual, proibindo-os de tratar a homossexualidade (e correlatos) como doença, distúrbio, perversão e, logo, buscando “curar” seus pacientes. Vale ainda lembrar que não é a primeira vez que algo semelhante aparece no Congresso Nacional: o Projeto de Lei (PL) nº 5.816/2005, do deputado Elimar M. Damasceno (Prona-SP), previa “apoio psicológico às pessoas que desejarem deixar a homossexualidade” (a proposta foi arquivada).

tornar contravenção penal o “beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público” (a Comissão de Constituição e Justiça votou por sua rejeição); o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 232/2011, do deputado federal André Zacharow (PMDB-PR), que foi proposto logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 supracitada e que propõe a convocação de plebiscito a fim de que o eleitorado decida “sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: ‘Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?’”¹⁶; também em razão daquela decisão foi apresentado o PDC nº 224/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO) que pretendia que o Congresso Nacional suspendesse a decisão do STF¹⁷; contra Portaria nº 1.707/2008 do Ministério da Saúde que prevê a realização de processo transexualizador pelo SUS. O deputado federal João Campos propôs o PDC nº 52/2011 para que ela fosse suspensa¹⁸.

Estão em tramitação na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei para permitir e dois para proibir a adoção por casais homoafetivos. O primeiro é o PL nº 2.153/2011 da deputada federal Janete Rocha Pietá (PT-SP); os outros, que visam a proibir, são o PL nº 4.508/2008, do deputado federal Olavo Calheiros (PMDB-AL)

¹⁶ O Projeto está em tramitação. Infelizmente, o deputado desconhece que direitos fundamentais de “minorias” não podem ser decididos pela “maioria”. Os Direitos Fundamentais servem como “trunfo” – no sentido dado por Ronald Dworkin (2001, p. 107 et seq.) – nessa tensão frente à vontade “democrática”.

¹⁷ O Projeto foi devolvido pela Mesa com fundamento no art. 137, § 1º, II, “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (isto é, devolvido por ser “evidentemente inconstitucional”).

¹⁸ Esse Projeto é uma reedição do PDC nº 1.050/2008, do deputado Miguel Martins (PHS-MG) que havia sido arquivado. O atual Projeto sofreu parecer pela rejeição na Comissão de Seguridade Social e Família mas ainda não há decisão final.

e o PL nº 7.018/2010, do deputado federal Zequinha Marinho (PSC-PA)¹⁹ – o último chegou a ser arquivado mas foi desarquivado e está apenso ao primeiro.

Na cidade de São Paulo chegou a ser aprovado em 2011 o PL nº 294/2005, do vereador Carlos Apolinario (PDT) que instituiu o “Dia do Orgulho Heterossexual”²⁰

Mas a principal atuação vem do esforço por barrar projetos que visam a estender direitos à comunidade LGBT ou que lhe reconheçam o *status* de minoria vulnerável. No Brasil não há lei federal a tratar do tema, a despeito de a CF/88 garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (art. 3º, IV) e o direito de igualdade (art. 5º, I)²¹; e apesar também do fato de já haver resoluções internacionais da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) orientando os países a promoverem políticas de não discriminação

¹⁹ Em sua Justificativa, o deputado argumenta que “tais ‘casais’ – por assim dizer – não constituem uma família”, logo, a “adoção por casais homossexuais exporá a criança a sérios constrangimentos. Uma criança, cujos pais adotivos mantenham relacionamento homoafetivo, terá grandes dificuldades em explicar aos seus amigos e colegas de escola porque tem dois pais, sem nenhuma mãe, ou duas mães, sem nenhum pai”.

²⁰ O Projeto foi integralmente vetado pelo Prefeito, Gilberto Kassab, por ser “materialmente inconstitucional e ilegal”, bem como porque “contraria o interesse público”. Projeto semelhante, mas no âmbito federal, foi apresentado pelo deputado federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ): é o PL nº 1.672/2011, em tramitação. Em sua Justificativa, pode ser lido que: “[...] não podemos confundir combate a preconceito com uma ideologia de venerar a razão do próprio preconceito. O objetivo aqui é a livre manifestação das famílias, daqueles que respeitam as opções sexuais de quem quer que seja, mas querem deixar claro a sua opção e não irão se envergonhar dela. Daqui a pouco os heterossexuais se transformarão pela propaganda midiática em reacionários e nós queremos ter a nossa opção pela família sendo alardeada com orgulho”. É feita a mesma associação entre “heterossexualidade e família”, o que leva à conclusão de que quem não é heterossexual é contra ela.

²¹ Seguindo a classificação de Roger Raupp Rios no que se refere à forma como os ordenamentos tratam da homossexualidade, o Brasil encontra-se num estágio intermediário: não a criminaliza e também proíbe sua discriminação (RIOS, 2003, p. 158).

contra homossexuais (BAHIA, 2012b). Verdade seja dita: os legislativos (e executivos) municipais e estaduais figuram em posição privilegiada frente ao federal: talvez a proximidade local, principalmente do primeiro, permite maior acesso à população, o que tem gerado bons resultados na aprovação de leis e políticas de cidadania, como o reconhecimento de ONGs e a promoção de direitos humanos – pense-se, por exemplo, em leis (e políticas) municipais e estaduais de proteção aos homossexuais²².

Os vários Projetos de Lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero²³ são colocados de lado. Mas a questão não é que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação, como mencionado acima; na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional, sequer se posicionaram, seja a favor, seja contra. Segue-se uma pequena lista²⁴:

a) PECs nºs 139/95, 66/2003 e 392/2005, para reintroduzir no inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”²⁵;

b) o PL nº 1.151/95, que visa a regular a união estável de pessoas do mesmo sexo²⁶. Desde 2001, o Projeto está pronto para ser incluído em pauta para votação do Plenário da Câmara dos Deputados. A despeito de sua antiguidade, e de que nos “últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT

²² Sobre o tema cf. BAHIA (2010a) e BAHIA; MORAES (2010b).

²³ As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual e bissexual. Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (BORTOLINI, 2008, p. 8-9). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais).

²⁴ Na verdade esse debate já vinha desde a Assembleia Nacional Constituinte (1987-88), quando duas subcomissões propuseram a inclusão da proteção contra discriminação por “orientação sexual” junto com os outros grupos no que depois veio a se tornar o art. 3º, IV da Constituição. No entanto, devido principalmente à oposição da bancada evangélica, aquela expressão foi retirada. Sobre isso ver também Bahia e Moraes (2010b).

²⁵ A primeira foi arquivada. Quanto às outras duas, de 2005 a 2007 não sofreram nenhuma votação, quando, então, foram arquivadas. Desarquivadas ainda em 2007, não tiveram qualquer movimentação de 2007 a 2011, quando foram novamente arquivadas. Então, o deputado Paulo Pimenta conseguiu desarquivá-las em fevereiro de 2011 e, até agora, não tem nenhuma movimentação.

²⁶ Em 1996 uma Comissão Especial deu parecer favorável ao Projeto. Daí ele passou por várias sessões do Plenário sem que fosse apreciado até que foi retirado de pauta por acordo dos líderes em 2001. Em 2007 foi pedido seu desarquivamento e, de lá até o momento, nenhuma apreciação houve do projeto.

na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional” (GUERREIRO; GUIMARÃES, 2011).

c) o PL nº 3.712/2008, do deputado federal Maurício Rands (PT-PE) que visa a incluir “na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física”;

d) os PL nºs 3.770/2000, 5.003/2001, 5/2003 e 4.242/2004, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no PL nº 122/2006.

O PLC nº 122/06 foi aprovado na Câmara, mas ainda não conseguiu aprovação no Senado, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica”. Já houve várias tentativas de acordo com estes – foi até esboçado um substitutivo –, mas a discussão não avançou e, ao que tudo indica, ele também deve ser arquivado. Uma das discussões é que, se for aprovada a lei, seriam criados “super-direitos” para uma minoria. Esquecem-se, no entanto, os críticos, que toda a lei do racismo (na qual seriam incluídos os LGBT) já “protege especialmente” a outras minorias discriminadas por raça, cor, sexo etc. É justamente porque são minoria e justamente porque sofrem “preconceito específico e direcionado” é que é necessária uma lei como essa.²⁷

De outro lado, esquece-se que a liberdade de expressão religiosa não é um direito absoluto – assim como os demais direitos fundamentais –, é dizer, ainda que “prima facie” válida, pode se configurar em “discurso de ódio” (isto é, em abuso) quando o seu uso implica a não consideração do outro como igual portador dos mesmos direitos e dignidade (naquilo que este outro autonomamente se define como tal). Nesse sentido, Miguel Carbonell, comenta sobre o art. 9º, incisos XV e XVIII da “Ley Federal para Prevenir y Eliminar La Discriminación”, de 2003 do México (que tem objetivos similares ao PLC 122/06):

“Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual” (CARBONELL, 2006, p. 215).

Delineado o contexto em que se situam as lutas da causa LGBT, manifestadas as dificuldades que grupos majoritários que alcançaram

²⁷ Sobre isso cf. BAHIA (2010, p. 97-98).

representatividade política têm lhes objetado, as PECs nºs 3 e 33, ambas de 2011, se aprovadas, tornar-se-ão forte instrumento na mão de setores políticos refratários à defesa de direitos titularizados por grupos minoritários, especificamente se esses direitos forem reconhecidos na esfera judicial.

Isso porque qualquer avanço conquistado na defesa de direitos fundamentais de grupos minoritários que contrariem padrões ético-religiosos desses setores reacionários dependerão do crivo último de seus opositores declarados para serem institucionalizados. Ou seja, ainda que sob os auspícios da laicidade do Estado, critérios desta monta serão mobilizados para determinar definitivamente quais passos poderão (e quais outros tantos não poderão) ser dados na luta por direitos de grupos LGBT.

Supondo a aprovação das referidas PECs, serão recorrentes situações como o caso hipotético de uma ADI julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional que autorizava credos religiosos a proferirem irrestritamente impropérios contra homossexuais sendo posteriormente revista pelo Congresso Nacional, sob o argumento de que eles estariam amparados pela liberdade de expressão.

O esvaziamento do potencial contramajoritário por meio dessas PECs vulnerabilizará de tal maneira os grupos LGBT que só lhes restará assistir a sucessivos retrocessos na sua já tão árdua caminhada pela equiparação de direitos.

5. Considerações finais

Por ter adotado *modelo unitário*, em que o STF reúne as funções de jurisdição constitucional e as de jurisdição ordinária, cumulando-se-lhe a competência para processar crimes de responsabilidade e crimes comuns de altas autoridades do regime político, o sistema judiciário deu causa à transformação do Supremo Tribunal Federal em superego de uma sociedade. Esse descolamento de autoridade para a mais alta cúpula do judiciário não veio, contudo, acompanhada de teoria da decisão constitucionalmente adequada hábil a conter a subjetividade (assujeitadora) dos julgadores, que, apoiando-se no dever de decidir (art. 5º, inc. XXXV, da CR/88), se tem aforado o direito de julgar segundo sua livre consciência, descolados de todo o sistema democraticamente instituído.

Desse quadro é possível retirar exemplos em que o STF arroga-se a condição de legislador, substituindo consensos políticos alcançados ao longo do processo legislativo por escolhas pessoais, por julgá-las de melhor qualidade constitucional, ou, e o que é ainda pior, se reveste da condição de agente do Poder Constituinte Derivado para atropelar o Texto Constitucional e, de fato, emendá-lo, como fora defendido em alguns votos da Rcl. nº 4.335-5/AC. Atentando-se nesse quadro, é inegável a

necessidade de se pesquisarem e discutirem propostas que fomentem os diálogos institucionais entre os Poderes e desenvolvam teoria decisória que democratize a jurisprudência do STF. A exemplo, a ideia de que a argumentação jurídica não compreende espécie de argumentação prática geral²⁸ – pressuposto para a tese dworkiniana de que a responsabilidade política do julgador se funda na vinculação ao emprego de argumentos de princípio, e não de política –, propõe-se a frear o Judiciário a meio a tantas posturas ativistas adotadas.

Com o mesmo objetivo dessa teoria, foram submetidas na Câmara dos Deputados as PECs nº 3/2011 e 33/2011. Com base nelas o Congresso poderá sustar decisões do STF que excederem o poder regulamentar ou a delegação legislativa, revisar decisões que julguem Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de emenda constitucional, para além de alterar os quóruns para a procedência de ADI e aprovação de súmula vinculante.

Ventilar os perigos subjacentes à promulgação dessas PECs foi a proposta deste trabalho. Já trabalhados os riscos à deontologia dos direitos fundamentais, à democracia e ao Estado laico, muito pertinente se mostra a crítica feita por Streck (2012), em que o professor gaúcho combate a idoneidade das PECs para equalizar a separação de poderes no Estado brasileiro.

“Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via EC 3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a ‘questão da democracia’” (STRECK, 2012, p. 4).

Ao argumento levantado de reforço à democracia, cabe indagar a qual conceito de democracia eles se referem. Não é certamente àquele que dimensiona o constitucionalismo como condição de possibilidade para o regime democrático, em virtude do caráter universal dos direitos fundamentais, justificativa para o Judiciário exercer seu potencial contramajoritário. Não diz respeito também à ideia de democracia em que

²⁸ “O discurso de aplicação aparta-se da argumentação prática geral por uma terceira questão: primeiro, não permite o livre trânsito de argumentos pragmáticos, ético-políticos, como advoga Alexy (2001). Tampouco tem, tal como o legislador político, poder ilimitado para lançar mão dos mesmos, não podendo com eles dispor de forma arbitrária. Em outras palavras, enquanto Alexy (2001) supõe uma identidade, Habermas (1997) defende a tese de que a jurisdição exerce uma função distinta daquela exercida pelo legislador! Logo, ele não pode ser como um legislador concorrente ou um Poder Constituinte Derivado anômalo” (CRUZ, 2004, p. 230).

todos se consideram corresponsáveis das medidas coletivas que lhes afetam, não por compartilharem a mesma ética integradora, mas porque, reconhecendo-se como livres e iguais, detêm igual capacidade de interferir na formação dessas decisões (DWORKIN, 1998). Talvez o que pretendam seja vincular a democracia à ditadura da maioria, sobrepondo seus valores éticos a direitos fundamentais de minorias representativas.

Os efeitos perversos dessa vinculação foram desenvolvidos para demonstrar de que maneira específica eles prejudicarão os grupos LGBT na luta digna pela construção de sua pauta de vida boa.

Por fim, só resta reiterar que conceder a última palavra na cadeia interpretativa acerca do que sejam a Constituição e os direitos que ela alberga a grupos políticos muitas vezes associados a programas proselitistas, de expansão religiosa, sacrificará as bases (já não muito sólidas) de nossa democracia. Jamais se prestará para o fim declarado de fomentá-la.

Referências

ARRUDA, Roldão. Representante do programa de Aids da ONU critica governo por ceder a pressões de grupos religiosos. *Estadão*, Blog do Roldão Arruda, São Paulo, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/representante-do-programa-de-aids-da-onu-critica-governo-por-ceder-a-pessoes-de-grupos-religiosos>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

_____. Constituição, política e judiciário em uma sociedade de risco permanente: um ensaio a partir da teoria dos sistemas. *Revista Eletrônica Metacrítica*, Lisboa, v. 6, p. 1-16, 2005.

_____. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 89-115, abr./jun. 2010.

_____. As súmulas vinculantes e a cova escola da exegese. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012a.

_____. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3269, 13 jun. 2012b. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21999>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no Direito brasileiro: análise da convergência do civil Law e do common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010a.

_____; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 10, p. 409-431, out. 2010b.

- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: UNAM, 2008.
- BORTOLINI, Alexandre. (Coord.). *Diversidade sexual na escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. *PEC autoriza Congresso a sustar atos do Poder Judiciário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/193958-PEC-AUTORIZA-CONGRESSO-A-SUSTAR-ATOS-DO-PODER-JUDICIARIO.html>>. Acesso em: 3 out. 2012.
- CARBONELL, Miguel. Consideraciones sobre La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. In: DE LA TORRE MATÍNEZ, Carlos. *Derecho a la no discriminación*. México: UNAM, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. The partnership concept of democracy. *California Law Review*, n. 86, p. 453-458, 1998.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ESTADÃO. Após pressão de religiosos, Dilma suspende produção de 'kit anti-homofobia'. *Estadão*, São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2011/05/25/apos-pressao-de-religiosos-dilma-suspende-producao-de-kit-homofobia>>. Acesso em: 25 fev. 2013.
- GARAPÓN, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GUERREIRO, Gabriela; GUIMARÃES, Larissa. Projetos pró-gays caducam e Congresso ensaia autocrítica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 maio 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0705201120.htm>>. Acesso em: 10 de maio 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. [S.l.]: [s.n.], 2011. Disponível em <<http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>>. Acesso em: 8 mar. 2012.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushastky, 1980.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

_____. *O actual problema metodológico da realização do direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

_____. Matéria de facto-Matério de Direito. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v. 129, n. 3866, p. 130-134, 1983.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (PAHO). *“Curas” para una enfermedad que no existe*. Buenos Aires: PAHO, 2012.

RIOS, Roger Raupp. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Poder legislativo não pode revogar decisões judiciais. *Revista Consultor Jurídico*, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

_____. et al. *A sociais judicialização da política e das relações no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.