Hélcio Corrêa

A INÉRCIA E A INTERFERÊNCIA SISTÊMICA COMO OBSTÁCULOS PARA A TUTELA DE DIREITOS HOMOAFETIVOS

STAGNATION AND SYSTEMIC INTERFERENCE AS HINDRANCE TO THE PROTECTION OF HOMOAFFECTIVE RIGHTS

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Sara Helena Pereira e Silva

RESUMO

Propõem-se a analisar as causas do ativismo sob a luz da Teoria da Argumentação de Jürgen Habermas, a reconstrução do Estado Social e a inclusão nos ambientes de discussão de forma satisfatória.

Segundo eles, os variados tipos de discurso delegados aos diferentes poderes estatais e discussões quanto à influência de sistemas sociais na política configuram importantes questões a serem levadas em conta quando se trata de direitos de minoria e representatividade.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; ativismo judicial; direito homoafetivo; democracia representativa; Poder Legislativo; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The authors intend to analyze the causes of activism in the light of Jürgen Habermas's argumentative theory, the rebuilding of the welfare state and its insertion into discussion environments in a proper manner.

According to them, the different types of discourse, linked to different state powers, as well as discussions about the influence of social systems on politics constitute important matters to be considered when it comes to minorities rights and representation.

KEYWORDS

Law Theory; judicial activism; homoaffective right; representative democracy; legislative branch; judiciary branch.

1 INTRODUÇÃO

As Constituições elaboradas posteriormente à 2ª Guerra instituíram significativas mudanças no tocante aos direitos fundamentais. Antes vistas apenas como "orientações gerais" ao legislador, as normas constitucionais passaram a ser dotadas de exigibilidade, tanto ante o Legislativo quanto Judiciário. Sendo assim, com o aumento de matérias tratadas pelas Constituições e sua vinculação quanto aos poderes estatais, elas são também consideradas Constituições Dirigentes, que traçam planos para o futuro de acordo com os ideais de vida boa contidos em seu texto independentemente das orientações políticas dos que estão no poder (cf. CANOTILHO, 2001 e COUTINHO, 2003).

No Brasil o fenômeno da constitucionalização dos direitos ocorreu de forma tardia, apenas após a vigência da atual Constituição da República de 1988. As alterações advindas após a referida Constituição redefiniram significativamente o sistema jurídico pátrio, introduzindo novas formas de interpretação de princípios e garantias, alterando a percepção da comunidade política sobre o papel do Estado e a representatividade. Assim, é previsível o alargamento do campo de atuação judiciária em diversos países que passaram pelo processo de instituição de um Estado democrático de Direito, como é o caso do Brasil. Reivindica-se, nessas novas demandas, a concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição pátria, colocando a atuação judiciária em destaque como meio de obter prestações do Estado.

Dessa forma, o Judiciário, especialmente os tribunais superiores ganham uma posição de protagonismo em face das mudanças sociais, uma vez que aparentemente os outros poderes se mostram falhos, o que parece inadequado a uma República baseada em um Estado democrático de Direito. Os estudos existentes sobre o tema demonstram uma preocupação excessiva em analisar a postura ativista do Judiciário em detrimento das causas do problema, que são aqui colocadas como a crise da democracia representativa e do Estado de Bem-Estar. Esta abordagem diferenciada do problema é proposta pelo grupo de pesquisas ProCon[1] que investiga seus desdobramentos em diversos temas fraturantes da sociedade.

[...] o Judiciário, especialmente os tribunais superiores ganham uma posição de protagonismo em face das mudanças sociais, uma vez que aparentemente os outros poderes se mostram falhos, o que parece inadequado a uma República baseada em um Estado democrático de Direito.

Após um primeiro momento de confusão do referido poder, ao ser obrigado a solucionar demandas que tratam de questões políticas, nota-se o fenômeno do ativismo judicial baseado no princípio da proporcionalidade, quando os limites para a determinação de direitos e políticas públicas por parte do Judiciário são postos à prova. Nenhuma das duas posturas, abstencionista ou ativista[2], parece ser adequada para a sociedade atual, muito menos para concebê-la como uma tensão entre dimensão pública e privada do cidadão.

Há então que se repensar o papel do Legislativo e como este funciona, considerando a judicialização da política como consequência da impossibilidade daquele de dar voz aos influxos comunicativos periféricos.

Quanto à questão específica dos direitos homoafetivos[3], em comparação a outros direitos reivindicados amplamente nos tribunais (como saúde e educação), aqueles têm pouca ou nenhuma normatização na área federal, ficando a cargo de algumas resoluções administrativas a parca garantia desses direitos – além, é claro, da proteção constitucional difusa em artigos como o art. 3º, IV. Mesmo que existam inúmeros projetos de lei e emendas à Constituição tratando de questões relacionadas ao tema, estes têm sido barrados e arquivados sem manifestação quanto ao mérito, seja para reconhecê-los como procedentes ou não[4]. A cargo disto o Judiciário tem sido chamado constantemente a resolver questões envolvendo direitos da população LGBT[5].

Em uma sociedade que considera sua Constituição como projeto civilizatório e, portanto passível de abertura para novos direitos (conforme expresso no § 2º do art. 5º da CR/88), os já constantes na Carta Constitucional não excluem outros, possibilitando a incorporação de acordo com as necessidades de tratamento. Neste contexto, entendeu-se necessária uma pesquisa quanto às propostas que tramitaram no Congresso, incluindo as que foram aceitas, rejeitadas ou arquivadas sem manifestação quanto ao mérito. Os temas tratados pelos projetos levantados na pesquisa foram então comparados com os temas levados aos tribunais, procurando averiguar se a litigância é causada pela inércia legislativa ou se, de todo modo, é possível estabelecer uma ligação entre uma e outra.

Como hipótese maior, elencamos a de que, quando se trata de temas "polêmicos" ou que encontram alguma resistência em certos setores da sociedade o Poder Legislativo brasileiro é quase sempre omisso, "decidindo não decidir" e abandonando as causas referidas à decisão nos tribunais. É extremamente prejudicial para um Estado democrático de Direito que as questões levadas ao Congresso pelos cidadãos não sejam amplamente discutidas, nem ao menos para lhes negar provimento de forma fundamentada. Observa-se a ineficiência comunicativa, em que os representantes nas arenas públicas de discussão prefe-

rem não opinar, seja por interesses políticos ou pessoais.

A delegação desse poder de decisão ao Judiciário pode se apresentar tanto como um meio de garantir direitos, como força contramajoritária, como também uma forma de oprimi-los, dependendo do interesse de alguns setores da sociedade. Dessa forma, o estudo do fenômeno deve visar à busca de limites para tal atuação, baseando-se na fonte do problema e nas alternativas para a reversão deste quadro. Baseia-se então a discussão em como a alteração de seu *modus operandi* pode resgatar a representatividade no Estado democrático de Direito.

2 PRINCIPAIS PROJETOS DE LEI QUE ENVOLVEM O DIREITO HOMOAFETIVO

Foi eleito como primeiro objetivo do presente trabalho realizar levantamento acerca dos projetos de lei que envolvem direitos homoafetivos, pretendendo assim provar as hipóteses levantadas a respeito da falta de representatividade do Congresso Nacional quando se trata da minoria LGBT. Os resultados foram analisados de acordo com os seguintes critérios: assunto, tempo de tramitação, atual *status* (se a demanda foi provida, não provida ou sem resposta conclusiva) e relevância desta para a efetivação desses direitos.

3 PRINCIPAIS REIVINDICAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

Busca-se averiguar como as referidas demandas por direitos da minoria LGBT têm sido atendidas, se pela via judicial, administrativa ou legislativa, como também exemplificar a funcionalidade dos influxos comunicativos em algumas instâncias.

Em uma sociedade que considera sua Constituição como projeto civilizatório e, portanto passível de abertura para novos direitos [...] os já constantes na Carta Constitucional não excluem outros, possibilitando a incorporação de acordo com as necessidades de tratamento.

Analisando o levantamento acerca das decisões, leis ou projetos de lei que protegem ou pretendem proteger essa gama de direitos, ficou evidente a correção da hipótese levantada. Existe uma pequena quantidade de leis em vigor que asseguram os direitos dessa minoria e elas se concentram apenas no âmbito de alguns Municípios e Estados. Ficou demonstrado que existe a demanda para proteção e que os influxos comunicativos da periferia conseguem ser repercutidos pelos representantes do povo em alguns foros. Inexiste proteção federal semelhante, como é visível nas inúmeras demandas aguardando há muito tempo votação no Congresso Nacional.

Ainda, foi constatado que as proposições federais levadas à deliberação legislativa ou são de menor importância (como os inúmeros projetos de lei que visavam modificar um artigo acerca das metas para o plano de educação da próxima década) ou são extremamente importantes e por isso mesmo – porque envolvem tema que causa "susceptibilidades" em setores conservadores – são deixados de lado, não tendo seu mérito discutido e acabam por tramitar durante muitos anos sem uma resposta definitiva, chegando até ao arquivamento.

Quanto às demandas judiciais, nota-se que muitas delas poderiam ser evitadas se os projetos de leis ignorados estivessem em vigor. Também é relevante salientar que, como não há lei específica, cabe a cada julgador decidir se determinado direito da comunidade LGBT será protegido ou não, o que gera uma insegurança jurídica sem precedentes. Delegar a um órgão que não possui representantes eleitos a decisão acerca de questões fraturantes na sociedade indica um mau funcionamento do processo comunicativo dentro do Estado democrático de Direito, e esse mau funcionamento deixa minorias reféns da falta de representatividade.

4 ALTERAÇÕES PARADIGMÁTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DELEGADO AO JUDICIÁRIO

Os conceitos de Constituição, atuação estatal e direitos que temos hoje são frutos de diversas alterações históricas e sociais (BAHIA, 2004). Os direitos fundamentais começaram a ter características parecidas com as que conhecemos hoje no primeiro paradigma moderno, o do Estado Liberal de Direito. Baseado no espírito revolucionário francês, evocavam-se os direitos de igualdade, liberdade e propriedade, condenando qualquer privilégio advindo do nascimento ou parentesco e considerando cada homem como dependente apenas da própria sorte para conquistar o que lhe fosse de interesse. Os representantes agora eram eleitos pelo povo (mesmo que inicialmente apenas por voto censitário) e deu-se início à atividade democrática, embrião da que temos hoje (BAHIA, 2004, p. 303).

O interesse da burguesia revolucionária de ser livre para agir exigia um Estado "enxuto", participante apenas de atividades essenciais e que não interferisse na recém-conquistada gama de direitos fundamentais. O agir do Estado deveria ser voltado apenas para garantir os direitos de liberdade já conquistados, e esse era o papel da Constituição da época: separar a ação dos cidadãos livres que agiam conforme seus interesses e o Estado mínimo que visava apenas ao bem comum.

O Judiciário, nesse contexto, aparecia como vilão, pois era uma conhecida extensão dos interesses e poderes das classes nobres/reis que antes figuravam no comando do Estado. Sendo assim, foi necessário criar métodos de limitar a ação dos julgadores, e então se elegeu, em um primeiro momento, a lei fria, codificada e sem interpretações como barreira à discricionariedade (Escola da Exegese), posteriormente os costumes (Escola Histórica) entre outras, sempre com a intenção de conter a ação discricionária do Poder Judiciário.

A escola que mais se destacou, porém, foi a do positivismo jurídico, fundada na ideia de que o rigor metodológico e a objetividade poderiam ser transportados para o Direito, o qual não tinha um fundamento metafísico ou natural, sendo somente o que o Estado positivava como tal. Para ajudar a preencher possíveis antinomias e lacunas, foram criados diversos métodos de interpretação lógica, chegando-se a afirmar que a lacuna era apenas aparente, uma vez que a própria lei forneceria a resposta faltante se os métodos de interpretação fossem utilizados.

A utopia de igualdade e liberdade formal do Paradigma Liberal de Direito deu margem à exploração sem precedentes

dos "homens livres", que, sem nenhuma intervenção estatal, viviam à mercê da vontade dos outros "homens livres" que possuíam o poder dos meios de produção. As inúmeras revoluções sociais do final do séc. XIX deixaram claro que apenas a igualdade e a liberdade formais não bastavam, estes direitos deveriam ser assegurados de forma concreta, e o dever de realizá-los era do Estado.

O segundo pós-guerra, com todas as consequências políticas e econômicas, demonstrou, clara e definitivamente, como o modelo de Estado até então adotado era ineficaz para assegurar a persecução de vida boa dos seus integrantes. Sendo assim, surgiu um novo paradigma, o Paradigma do Estado Social. Uma releitura completa dos direitos fundamentais até então fez nascer o que hoje denominamos de "direitos sociais", que nada mais são que releituras dos direitos individuais à luz de um novo paradigma.

As Constituições redigidas nesse período são extensas, abarcando uma gama muito maior de temáticas, e programáticas uma vez que ficou demonstrado que apenas a menção a direitos não basta, é preciso realizá-los. Segundo J. J. Gomes Canotilho: *Como é sabido, o estado social que ganhou força na Europa ocidental, após um breve conflito entre a judicialidade e socialidade, passou a ser amplamente aceito o modelo de Estado social de direito. Os direitos sociais passaram á dimensão estruturante do próprio estado Democrático: ratificando a ideia de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos, o que se garante (liberdade e igualdade) com os direitos fundamentais da pessoa humana (família, educação, saúde, etc.) e a liberdade igual passa pela garantia de igualdade substancial para todos. Assim tornou-se clara a ligação entre a democracia e os direitos fundamentais: uma democracia só é válida quando todos têm direito de participar da polis* (CANOTILHO, 2010, p. 11).

Com essa alteração na forma de interpretar a lei constitucional, inúmeras teorias surgiram para justificar a aplicação dela, buscando ora indicação na vontade do legislador, ora na vontade da lei. Foi aberta nova oportunidade para o decisionismo, uma vez que os julgadores não estariam mais atados à estrita redação da norma, e essa era uma grande preocupação do publicista Hans Kelsen. Este queria construir uma ciência do direito "pura", independente da interferência de outros sistemas sociais, como a moral, a economia e a emoção.

Criando um sistema baseado na hierarquia e na legitimidade das normas, Kelsen tentou expurgar do direito as interferências externas, acabando por reconhecer, um tempo adiante, que o seu quadro normativo de interpretações possíveis que tinha pretensão de limitar o julgador, na verdade abria espaço para decisões diferentes e divergentes. O problema enfrentado por Kelsen é recorrente em doutrinas que encaram o sistema do direito como fechado, desconsiderando os princípios mais densamente constituídos[6].

A crise do modelo do Estado Social se iniciou já nos anos 60, movida pela incapacidade deste paradigma de tratar os influxos comunicativos de uma sociedade cada vez mais diferenciada (CARVALHO NETTO, 2003), diminuição do montante de recursos disponíveis para a manutenção dos serviços sociais por conta da desaceleração da economia e constatação de que os cidadãos se tornaram meros clientes do Estado, ao invés de desenvolverem consciência e participarem ativamente da esfera pública. A necessidade de repensar os conceitos de representatividade, democracia, soberania, etc. e a volta a um estado menos inflado e unilateralmente interventor ensejou o surgimento de um paradigma alternativo, o do Estado democrático de Direito.

Situado de alguma forma entre os dois paradigmas anteriores, este novo reinterpreta os direitos fundamentais de maneira a não deixar o cidadão à mercê apenas de sua própria sorte (como no paradigma Liberal) como também não delegando ao Estado a tarefa de decidir *per si* o que seria melhor para a vida de cada um (como no paradigma social).

Voltado a formar a opinião de seus cidadãos de forma institucionalizada, mantém a tensão entre as opiniões formadas nas instâncias de discussão da sociedade e que consequentemente se transformariam em leis gerais que a regem e o que cada um decide como projeto particular de "vida boa" (HABERMAS, 2010, p. 226). A efetivação dos direitos fundamentais, obrigação Estatal, surge como pressuposto de participação nas instâncias públicas de discussão, permitindo aos integrantes da coletividade formularem verdadeiramente seus ideais de vida boa e suas opiniões publicamente compartilhadas[7].

5 "ATRASO" BRASILEIRO, A DIFICULDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E O FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A demora da afirmação de uma cultura constitucional deixa o Brasil atrás de muitos países na efetivação de direitos fundamentais. Se, na Europa, o constitucionalismo e a época voltada à jurisdição se iniciaram logo depois do segundo pós-guerra, a sociedade brasileira ainda enfrentou anos de governos totalitários e somente após a Constituição de 1988 é que essas questões começaram a ser levantadas (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 9).

Além do atraso histórico, Marilena Chauí (2007) ressalta inúmeras causas, para a crise da democracia representativa, ou "esquecimento da política", como a influência da política neoliberalista na diminuição dos espaços de argumentação públicos e aumento do espaço privado, com sua lógica de governo voltada para o capital em detrimento dos direitos sociais e políticos. Também aponta a destruição da esfera da opinião pública, na qual a troca de reflexões realizada para a defesa de interesses que posteriormente gerava decisões políticas hoje passou a uma simples manifestação de gostos e preferências. Juntamente a esses fatores, soma-se a destruição do debate político dos programas e ações do governo, que, com um

[...] quando se trata de temas "polêmicos" ou que encontram alguma resistência em certos setores da sociedade o Poder Legislativo brasileiro é quase sempre omisso, "decidindo não decidir" e abandonando as causas referidas à decisão nos tribunais.

marketing sobre a figura do político, vendem ao cidadão, mero consumidor, a ideologia política proposta. Ainda, ela alerta para a ideologia da competência, que divide a sociedade entre os especialistas em determinado assunto, portanto competentes, e o resto da população, os incompetentes, que devem se conformar com sua situação e deixar a discussão de assuntos como a política nas mãos de quem "entende" do assunto. A *mass media* amplifica esta ideia e torna irrelevantes os conceitos de verdade e falsidade, bastando que, para ser verdade, tal coisa apenas seja plausível ou apresentada por alguém "confiável".

Marilena Chauí (2007) ainda aponta para uma convergência entre o pensamento dos filósofos Hannah Arendt, Claude Leford e Michael Foucault acerca do que seria política. Ela afirma que todos eles a entendem como espaço público no qual são deliberadas e discutidas ações concernentes ao coletivo, que determinam a sociabilidade e a sociedade conforme definem a forma de poder e o seu exercício.

Trazendo a filosofia do alemão Jürgen Habermas à baila, os espaços de formação de opinião pública dos cidadãos são essenciais para o funcionamento da democracia. Neles cada ator social, intérprete da Constituição, traz suas expectativas e planos de vida boa, que são colocados em discussão em um discurso idealmente universal, em que os melhores argumentos convenceriam a todos, ou a quase todos. Como não é materialmente possível realizar um debate que inclua a universalidade de membros de uma sociedade, ainda mais considerando um país com proporções continentais como o Brasil, a formação da opinião e a discussão da mesma ocorrem de forma gradual até se transformarem em ações governamentais (BAHIA, 2004).

[...] é relevante salientar que, como não há lei específica, cabe a cada julgador decidir se determinado direito da comunidade LGBT será protegido ou não, o que gera uma insegurança jurídica sem precedentes.

Os cidadãos, com seus ideais particulares de vida boa (SIMIONI, 2007, p. 31), elegem um representante político, capaz de levar suas reivindicações ao parlamento. Dentro do parlamento, espaço destinado a formar os discursos de fundamentação das normas do direito, os representantes dão, ou deveriam dar, voz aos influxos comunicativos periféricos, representando seus eleitores em um diálogo aberto ao melhor argumento. Deve-se ter em mente que tal diálogo, que deveria ocorrer na instância dos parlamentos, tem sempre de estar de acordo com a Constituição. Esta é entendida como o projeto civilizatório, um acordo das vontades dos membros de determinada sociedade que determina o que eles querem que esta sociedade seja (HABERMAS, 2010, p. 102).

No caso específico do Brasil, a Constituição em vigor mostra-se extremamente profícua em apontar e até exigir determinadas proteções, como a não discriminação e a igualdade entre os integrantes da nossa sociedade. São inúmeras as passagens no texto constitucional que deixam explícitos em qual tipo de sociedade queremos nos transformar: uma sociedade sem exclusão, sem preconceitos, na qual desde o mais simples trabalhador ao mais afortunado homem de negócios tenha oportunidade de viver dignamente independente de seu sexo ou opção sexual.

O problema crônico apresentado, como ficou evidente em todo o estudo, é a falta da discussão dentro do próprio Poder Legislativo. Um órgão que deveria, acima de tudo, representar seus cidadãos especialmente em questões importantes para o projeto de sociedade instituído pela ordem constitucional jamais poderia deixar de opinar, seja positiva ou negativamente, acerca de uma demanda colocada em sua pauta de discussão. Segundo Menelick de Carvalho Netto: *A possibilidade de participação ativa dos movimentos sociais no processo de elaboração das leis que nos regem, é imprescindível para o incremento da credibilidade e da legitimidade da própria democracia representativa* (CARVALHO NETTO, 2007). Neste contexto, inúmeras reivindicações de grupos minoritários, que antes ficavam à margem do fluxo comunicativo social, surgiram demandando uma proteção e discussão maior dentro das instâncias estatais.

6 IMPOSSIBILIDADE ARGUMENTATIVA DE DELEGAR AO PODER JUDICIÁRIO OS "DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO"

Segundo a teoria habermasiana da Decisão Jurídica, marco teórico do presente estudo, existem dois tipos de discursos quando tratamos de normas jurídicas: os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação.

Antes, é necessário aclarar alguns pontos fundamentais da teoria referida. Como já citado neste estudo, a formação de opinião nas instâncias institucionalizadas é fundamental à democracia. Os atores sociais, intérpretes do mundo que os rodeia, desenvolvem ideais próprios do que seria a "vida boa" (ações estratégicas) (HABERMAS, 2010, p. 227). Da mesma forma, estes atores sociais estão incluídos em uma sociedade, portanto estão sujeitos a enfrentar outros ideais de vida boa formulados por outros integrantes da mesma[8]. Assim, para institucionalizar e tornar possível a realização destes ideais, os atores sociais participam de instâncias de argumentação, considerando até as mais informais, buscando o convencimento do outro(s) (SIMIONI, 2007, p. 141) de que seus argumentos são melhores e portanto devem prevalecer.

Como discussões que integrem todos os atores sociais são apenas idealmente possíveis, utiliza-se de instâncias institucionalizadas, como é o caso da Câmara e do Senado brasileiros, para levar à apreciação da totalidade dos integrantes sociais as propostas de "vida boa" por meio de seus representantes, eleitos para este fim. Estes debates, argumentações e convencimentos recíprocos é que fundamentariam as normas do direito vigente. Assim, Habermas desloca a validade das normas do devido processo de produção e da norma superior abstrata (segundo o neopositivismo kelseninano) para a fundamentação racional: uma norma é válida porque, para sua gênese, houve um consenso idealmente aceito por todos os cidadãos de acordo com os critérios adotados no discurso[9].

As normas de um ordenamento são válidas pelo processo de discussão e aceitação pelas quais passam, supondo que são aceitáveis de acordo com o que todos os membros daquela sociedade querem desta. Todo o processo de fundamentação dos preceitos normativos deve ser realizado à luz da Constituição, que como "projeto maior" de civilização traz direitos que visam garantir em iguais condições o acesso de todos aos debates[10],

segundo Simioni: *a exclusão social é uma exclusão também do discurso, que por isso apresenta-se, inicialmente, como um problema de inclusão aos direitos públicos e, consequentemente, de validade (legitimidade) das deliberações tomadas discursivamente.* [...] *Um discurso elitista, secreto, corporativista, etc., no qual as decisões tomadas não foram discutidas com todos implicados, reclamará uma legitimidade que não poderá ser alcançada* (SIMIONI, 2007, p. 227).

Já os discursos de aplicação ocorrem nas instâncias jurisdicionais. São discursos que adéquam as normas, já fundamentadas na instância legislativa de discussão, a casos concretos (HABERMAS, 2010, p. 288). Nos processos jurisdicionais, o julgador imparcial (HABERMAS, 2010, p. 288) leva em consideração a norma previamente fundamentada e a aplica, com um novo processo de fundamentação *in locu.* Mesmo que a decisão seja também voltada para a comunidade, a questão é resolvida argumentativamente entre as partes, não existe membro eleito ou discussão de ideias de vida boa em um discurso idealmente universal. Este processo visa adequar o consenso geral e abstrato a uma questão argumentativa mais restrita[11], mesmo que se considere a adequação transcendental do provimento.

Assim, torna-se impossível delegar ao Poder Judiciário a decisão sobre a pertinência ou não de questões fraturantes como o casamento de pessoas do mesmo sexo, pois os discursos produzidos por estes tribunais não são de fundamentação, não incluem os argumentos e a participação de todos possivelmente afetados pela decisão. Ainda, se existe um poder, qual seja o Legislativo, que tem a função precípua de fundamentação das normas, não parece adequado e coerente transferir a competência para instâncias que podem ter sua legitimidade questionada para tal.

7 INTERFERÊNCIA DO SISTEMA SOCIAL RELIGIÃO NO SISTEMA POLÍTICO

Levando as considerações feitas a respeito das discussões que deveriam ocorrer dentro das instâncias legislativas, são levantadas hipóteses sobre as causas da negligência a assuntos que tratam de direitos de minorias, especialmente os da minoria homossexual. No caso específico brasileiro, como o presente estudo procurou demonstrar exaustivamente, as demandas para proteger de forma satisfatória (e incluir definitivamente na esfera de discussão pública[12]) existem há muito tempo, mas alguns setores da sociedade, representados no parlamento, barram sua discussão e votação como é o caso da bancada que representa algumas religiões.

A necessidade de repensar os conceitos de representatividade, democracia, soberania, etc. e a volta a um estado menos inflado e unilateralmente interventor ensejou o surgimento de um paradigma alternativo, o do Estado democrático de Direito.

Na lógica argumentativa do Estado democrático de Direito não há espaço para os intolerantes a argumentos alheios (BAHIA; SANTOS, 2010). Além do visível cerceamento de direitos fundamentais, confusão de proteção com imposição de cultura, etc., nota-se nos discursos uma confusão entre os sistemas sociais Política e Religião, ou melhor, uma confusão entre suas linguagens de operação. Segundo a Teoria de Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann (2012), cada sistema social opera com um código, delimitando quais operações pertencem a cada sistema, ou seja, dependendo do código utilizado na operação, esta se encaixa em um ou outro determinado sistema social. Existem interferências sistêmicas, mas a operação "estranha" ao sistema passa por um critério interno de admissibilidade.

Analisando os argumentos apresentados pela bancada legislativa em questão, passagens retiradas de discussões nas Comissões pelas quais passaram o Projeto de Lei n. 122[13] demonstram certa confusão, como exemplo: *gostaria, por princípio religioso, evangélico, de pedir à Mesa e ao Plenário uma atenção especial sobre isso, porque vou referir-me* [...] *ao que está escrito no livro de Deus* [...]. *Não é um problema apenas da atualidade* [...] *de que Deus tratou, no meio do seu povo, Israel, de modo diferente de como a sociedade moderna está querendo encará-lo.*[...] *O homossexualismo é motivo de maldição. Isto não quer dizer que nós queiramos eliminar os homossexuais. Mas quem dera se eles pudessem parar com este hábito, e assimilar o hábito verdadeiro para o qual foram colocados no mundo.* [...] *Existem livros* [...] *que registram que, na história da humanidade, nações foram exterminadas por determinação divina devido à prática do homossexualismo.* [...] *Os homossexuais são tão habilidosos quanto as mulheres. Vestem-se de perucas, colocam sapatos altos, e terminam enganando muitos homens.* [...] *Somos contra a discriminação, mas também somos contra a legalização de aberrações* (BAHIA; SANTOS, 2010).

Argumentos embasados nas "leis de Deus" ou outras convicções religiosas mostram-se extremamente frágeis perante o discurso idealmente universal, bem como seu uso demonstra uma confusão entre os sistemas sociais Política e Religião. O uso da dualidade imanente/terreno não pode fundamentar uma decisão que abrange, dentro de um Estado democrático de Direito laico, uma infinidade de diferentes crenças (ou a ausência delas), ainda mais se pensarmos em um contexto de sociedade altamente diferenciada, em que os mandamentos religiosos não são unanimidade quando se trata dos "planos de vida boa" dos cidadãos.

O cerceamento e impedimento de votação definitiva[14] apresentam-se como empecilho à realização dos preceitos constitucionais de proteção, não discriminação e igualdade, bem como uma afronta à possibilidade de discussão aberta do que queremos como sociedade. Este impasse não é a única causa da incapacidade de resolução das demandas legislativas, mas certamente agrava o problema.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como proposto desde o início do trabalho, a questão da não apreciação definitiva de questões ligadas aos direitos homoafetivos foi analisada a fundo. Com o levantamento legislativo ficou evi-

dente que, mesmo que existam demandas propostas, a instância federal de discussão destas aparece inoperante (o que não ocorre em algumas instâncias municipais e estaduais). Quando os projetos são de extrema importância e poderiam realmente assegurar direitos e mudar realidades, são relegados ao trâmite "eterno", até seu arquivamento[15].

As demandas não resolvidas em um poder acabam por resvalar na competência de outro, visto que as pessoas têm o direito de buscar a proteção jurisdicional, em um contexto de Estado democrático que busca abranger os mais diferentes ideais de "vida boa" e consequentemente garantir condições para sua realização. Desta forma, o Poder Judiciário é compelido a resolver demandas que poderiam ser evitadas se a resposta do Poder Legislativo fosse suficiente para dar voz aos direitos das minorias[16].

Provimentos proferidos nas instâncias jurisdicionais podem servir, em certa medida, para proteção dos direitos a quem a ela recorre, mas como se tratam de casos pontuais e específicos, ficam prejudicados os que não podem ter acesso ao referido poder. Além de todos os problemas que a questão pode gerar, está a necessidade de discutir, de formar opinião a respeito de assuntos complexos e fraturantes da sociedade.

O Legislativo brasileiro apoia-se na premissa de "não decidir" importantes temas que poderiam transformar a realidade de inúmeros brasileiros vítimas de exclusão. Muitas vezes firmando acordos meramente com intenção de ganhar apoio político, questões que precisam entrar na pauta de discussões são deixadas à mercê de soluções paliativas tanto pelo governo quanto oposição, o que contribui para o descrédito do cenário político pátrio.

A invocação de temas religiosos que barram demandas de certas minorias (mulheres, homossexuais, grupos religiosos minoritários, etc.) demonstra a falta de separação entre convicções religiosas, portanto particulares, e a vontade de imposição delas a outros, que não têm a vontade e muito menos o dever de segui-las. O problema é recorrente em muitos países, mas no Brasil agrava-se pela forma como se organizam, votam e buscam apoio aos partidos políticos, independente de estarem ou não no comando do poder.

Como firmado na Constituição Federal de 1988, no projeto civilizatório idealmente aceito por todos os integrantes da comunidade nenhum tipo de discriminação deveria ser admitido. As minorias que necessitam de proteção diferenciada por uma opressão histórica e social deveriam ter, em âmbito de discussão do que queremos para a nossa sociedade, verdadeira representação e debate, trazendo à baila argumentos fortes e fracos, a favor e contrários, deixando claro o que nós, como atores sociais inseridos em uma comunidade hipercomplexa, esperamos dela.

NOTAS

1 Este projeto foi desenvolvido pelo grupo de pesquisas Procon, registrado no CNPq, disponível no endereço <http://dgp.cnpq.br/diretorioc/fontes/detalhegrupo.jsp?grupo=J2NQ601BLS2DNU> e conta com financiamento deste e da FAPEMIG. O grupo é coordenado pelo Professor Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e tem como colaboradores o Professor Dr. Dierle José Coelho Nunes.

2 Sobre isso, ver Carvalho Netto (2003).

3 Nomenclatura consolidada por Maria Berenice Dias (DIAS, 2011).

4 Sobre isso, ver Bahia (2010 e 2012).

5 Lésbicas, *gays*, bissexuais e transgêneros.

6 Como inúmeras teorias pós-positivistas indicam, os princípios não serviriam apenas para orientar e dar integridade ao sistema do Direito, teriam, portanto, um fundamento mais profundo e maior de realização dos direitos.

7 Vale citar: *Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a socialidade e a democracia pressupõe, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos fundamentais* (CANOTILHO, 2010, p. 19).

8 [O] *estado de Direito possui, desde seu nascimento, o objetivo de garantir institucionalmente a co-originalidade das autonomias pública e privada, buscando a legitimidade de suas decisões* (THEODORO JR., 2010). Ver também Bahia (2004, p. 301).

9 Como em Habermas (2010, 172): *Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*. Ver também Simioni (2007, p. 147).

10 Inclusive na proteção de minorias, que tem acesso ao discurso prejudicado por sua condição de exclusão. Sobre o tema, ver Habermas (2010).

11 *Uma decisão correta, portanto, não é só uma decisão que decide pela validade de uma determinada norma para o caso concreto, mas a decisão que decide pela adequação de uma norma válida ao caso concreto. A validade da norma é prima facie. A adequação de uma norma válida é que constitui o juízo dos discursos de aplicação* (SIMIONI, 2007, p. 147).

12 Assim, minorias devem ter acesso aos canais de formação discursiva da vontade e da opinião pública. Democracia não pode ser vista como tirania da maioria, mas *como el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión* (HABERMAS, apud, BAHIA; SANTOS, 2010).

13 O Projeto de Lei 122, de acordo com ementa oficial: Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604. Acesso em: 20 de mar. 2013. Nota-se que o projeto tramita há mais de sete anos no Senado e tem suas origens em um projeto proposto na Câmara dos Deputados no ano de 2001.

14 Como já dito no começo deste artigo, uma votação necessária, mesmo que seja para negar provimento.

15 Aqui podemos tomar como exemplo novamente o projeto de lei da Câmara n. 122 de 2006, que tramita desde 2001 e até agora não obteve votação conclusiva.

16 No âmbito do Judiciário, o *leading case* é o julgamento pelo STF da ADPF132/ADIn 4277 em maio de 2011 – na qual o Tribunal reconheceu uniões homoafetivas como uniões estáveis a partir de uma interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil (BRASIL, 2011a). No entanto, o reconhecimento de direitos decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo (desde o reconhecimento destas como uniões de fato até sua equiparação a uniões estáveis) já era jurisprudência dominante nos tribunais do país há quase dez anos. O pioneiro foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, 2000). Após aquela decisão do STF ocorreu um fenômeno (talvez) inesperado: reconhecida a *interpretação conforme a Constituição* do art. 1.723 do CC., passou-se a pretender a aplicação de todo o respectivo "Título III" daquele diploma legislativo, incluindo o art. 1726, que dispõe sobre a conversão da união em casamento. Assim é que vários casais têm pleiteado, junto a cartórios e invariavelmente por via judicial, a conversão em casamento. Alguns obtiveram êxito, outros não. Em um desses casos a ação chegou ao STJ e, no final do mesmo ano de 2011, o Tribunal decidiu, por 4 votos contra 1, pela possibilidade do casamento (BRASIL, 2001b). De igual modo, vários tribunais de justiça têm paulatinamente regulamentado o procedimento para que os cartórios sob sua responsabilidade realizem casamentos entre pessoas do mesmo sexo – até 30/04/2013, treze tribunais haviam regulado (SILVA, 2013).

REFERÊNCIAS

BAHIA, A. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a constituição de 88. *Jus Navigandi*, v. 3269, 2012. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/21999/homofobia-no-brasil-resolucoes-internacionais-e-a-constituicao-de-1988.

_____. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v.186, p. 89- 15, 2010.
_____; SANTOS, D. M. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.10, 2010.
BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. n. 1.183.378, 4ª T., Rel. Min. Luis F. Salomão, decisão final dada em 25/10/2011.
_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 132/ADIn 4277. Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011a.
_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apel.Cív. n. 70001388982, 7ª Câm.Cív., Rel. Des. José Carlos T. Giogis, j. 01/03/00.
CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.
_____. G. *Direitos fundamentais sociais:* O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Direitos fundamentais sociais.* São Paulo: Saraiva, 2010.
CARVALHO NETTO, M. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-146, dezembro, 2003.
_____. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Virtú. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1, Março 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/09572507/rv01_menelickdecarvalho.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2009.
CHAUÍ, Marilena. O que é política? In: NOVAES, Adauto (Org.) *O esquecimento da política*. RJ: Agir, 2007.
COUTINHO, J. N. de M. (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
DIAS, M. B. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
HABERMAS, J. *Faticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría Del discurso*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010.
LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas.* 2. ed. São Paulo: Vozes, 2012.
SILVA, V. Tribunal de Justiça da Paraíba obriga cartórios a aceitarem pedidos de casamento homoafetivo. Publicado em *NE 10*, 30/04/2013. Disponível em: <http://ne10.uol.com.br/canal/cotidiano/nordeste/noticia/2013/04/30/tribunal--de-justica-da-paraiba-obriga-cartorios-a-aceitarem-pedidos-de-casamento--homoafetivo-415799.php>. Acesso em: 3 maio 2013.
SIMIONI, R. L. *Direito e racionalidade comunicativa:* a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.
THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, ano 35, n. 189, novembro de 2010.

Artigo recebido em 3/5/2013.
Artigo aprovado em 7/6/2013.

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é advogado, em Belo Horizonte – MG.
Sara Helena Pereira e Silva é graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, em Pouso Alegre – MG.