

A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional

Rachel Nigro*

1. Apresentação do argumento

Os casos polêmicos julgados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) fomentaram uma intensa discussão sobre o papel desempenhado por uma corte constitucional nas democracias contemporâneas¹. A partir da filosofia pragmática da linguagem², este artigo pretende contribuir para esse debate, usando como referencial teórico a concepção de demo-

* Professor adjunto II do Departamento de Direito da PUC-Rio, ministrando as disciplinas Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Filosofia Constitucional. Possui Graduação em Educação Física (1993) e Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio, Mestrado em Filosofia pela PUC-Rio e Doutorado em Filosofia pela Puc-Rio. E-mail: rachel.nigro@gmail.com

1 Destaco, nesse sentido, os “casos difíceis” decididos recentemente pelo STF e que envolveram uma leitura moral da Constituição, como a Adpf 186 (Cotas) que decidiu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa a partir de uma interpretação do princípio da igualdade (art.5º, *caput*, CF), a Adpf 54 (Anencefalia), em que se derivou do princípio da dignidade humana (art.1º, III), assim como de um conceito atípico de vida, a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos; a ADI 4578 (Ficha Limpa) que relativizou a leitura do art. 5º LVII - princípio da presunção de inocência - que havia sido alargado para o âmbito eleitoral; a ADI 153 sobre a constitucionalidade da Lei da Anistia, dentre outros.

2 Desenvolvo melhor a noção de pragmática na parte final deste artigo. Por ora, basta considerar a pragmática de modo amplo, como um desenvolvimento da filosofia ordinária da linguagem que entende a linguagem como ação, revelando sua função de 'constituição de mundo' (recriação, ressignificação, interação, comunicação) e não de simples descrição da realidade. A partir da 'virada linguística' da filosofia contemporânea, diferentes enfoques sobre o estudo da linguagem se desenvolveram. O 'tronco' da pragmática reúne vários ramos, como o ramo hermenêutico (Heidegger, Gadamer), expressivista (Herder, Taylor), ramo ordinário (Wittgenstein), performativo (Austin, Grice, Strawson), ramo comunicativo e interativo (Humboldt, Habermas), além do ramo analítico.

cracia constitucional de Ronald Dworkin e o constitucionalismo discursivo de Robert Alexy. A partir de uma visão mais ampliada da função da jurisdição constitucional na democracia brasileira, busco defender a legitimidade da decisão do STF sobre a união homoafetiva (Adpf 132) e refutar a crítica de “ativismo judicial” que tal decisão recebeu.

Assumindo que a interpretação constitucional de princípios, por ser indissociável de uma argumentação prática moral, conduz a uma reconstrução do texto constitucional, este artigo busca enfrentar a frequente crítica de que a jurisdição constitucional invade a competência do legislador. Nesse sentido, proponho que, sobretudo quando envolve a tensão entre direitos fundamentais e soberania popular, não é possível entender a emergência da nova ordem jurídica constitucional se não compreendermos o papel do tribunal constitucional na defesa de direitos fundamentais, em cujas decisões aparece a problemática da indeterminação do direito³. Nesse sentido, a leitura moral da constituição, com a disputa pelo sentido dos valores que lhes são subjacentes, torna-se fator decisivo para delimitar as novas funções das cortes constitucionais e definir se uma decisão foi ‘ativista’ (extrapolou os limites do texto) ou representou apenas uma legítima atuação da corte, consequência da ‘judicialização das relações sociais’⁴.

Como exemplo, a decisão favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (Adpf 132)⁵, recebida com aplausos por

3 HABERMAS, 1997, p. 304.

4 O trabalho de Luis Roberto Barroso pode ser indicado como referência sobre a questão na teoria constitucional brasileira: BARROSO (2008). Sobre o fenômeno mais amplo da judicialização, a obra pioneira sobre a questão no Brasil é: WERNECK VIANNA et al., 1999. Sobre as distinções entre ambos os fenômenos e que extrapolam os objetivos deste artigo, ver: TATE; VALLINDER, 1995). A distinção que importa ressaltar para o argumento proposto é entre a atuação 'ativista' da corte constitucional e 'ativismos judiciais' em geral, rótulo que envolve a atuação de juízes monocráticos e de tribunais infra-constitucionais na aplicação direta de princípios constitucionais como fundamento jurídico de suas decisões. Esse tipo de ativismo judiciário não será objeto de análise. É importante manter tal distinção em mente.

5 No dia 05 de março de 2011 o STF reconheceu, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar. Tal questão chegou às portas do Supremo através de três ações distintas que se reuniram no mesmo julgamento: uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin 4277), uma ação de descumprimento de preceito fundamental (Adpf 132) e a (Adpf 178) proposta pela Procuradoria Geral da República. Todas alegaram que, dada a omissão do legislativo federal sobre o assunto, o não reconhecimento da união homoafetiva estaria contrariando preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. As ações solicitavam a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal. Ambos os pedidos sustentavam que o não reconhecimento das uniões homoafetivas fere os princípios da dignidade humana (artigo 1º, III); da igualdade (artigo 5º, *caput*) da vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, V); da liberdade (artigo 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, *caput*), todos da Constituição de 1988.

grande parte da comunidade jurídica, também gerou diversas críticas, ilustrando a atual situação de confusão conceitual e interpretativa na teoria constitucional brasileira. Segundo Streck, em texto escrito antes mesmo da decisão do STF, “há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma ‘abertura de espaços jurídicos’ para a *criação de algo que depende de regulamentação do poder legislativo*”⁶. Mais adiante, com base em Dworkin, argumenta que “em um regime democrático, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questão de foro de princípio. O Judiciário pode intervir – e deve – quando estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade”⁷.

O resumo do artigo em questão ilustra a visão procedimentalista da jurisdição constitucional que busco rebater. Escreve Streck:

Nos últimos anos, o direito brasileiro foi tomado por uma nau teórica que admite e defende a necessidade de *ativismos judiciais* para resolver problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano. A última tentativa estampada neste sentido manifestou-se através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 178, proposta pela Procuradoria Geral da República com intuito de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo. No presente artigo, pretendemos problematizar essa questão, demonstrando como, embora fundada em boas intenções, tal medida representaria *grave risco democrático*, pois transformaria a jurisdição constitucional em verdadeiro *poder constituinte permanente*. (grifo meu).

Contrariando a crítica de Streck, a decisão do STF (Adpf 178 ou 132) foi unânime no reconhecimento da união estável homoafetiva, apesar do dispositivo constitucional estabelecer que: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher*, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Acatando à primeira vista os argumentos de Streck, uma interpretação mais próxima da superfície do artigo 226, parágrafo 3º parece não deixar nenhuma dúvida quanto ao fato de que o legislador constituinte originário assegurou

6 STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 77.

7 STRECK, 2009, p. 79.

que a união estável fosse equiparada ao casamento *apenas* para o homem e a mulher. A fidelidade ao significado convencional associado ao texto apontava claramente para uma resposta diversa daquela que seria produzida, caso se considerasse outras razões relevantes para a decisão. Portanto, considerando as críticas de Streck quanto aos limites da interpretação constitucional, isto é, que o STF não pode “criar algo que depende de regulamentação do poder legislativo”, como defender a legitimidade de tal decisão?

Apesar dos argumentos usados pelos ministros - e por grande parte dos defensores da decisão - de que os princípios da igualdade e da não-discriminação são suficientes para colmatar a “lacuna axiológica” existente, este artigo pretende enfrentar a via mais difícil⁸. Ou seja, levando à sério a linguagem constitucional, buscarei defender que a decisão da Adpf 132 afastou os limites explícitos do texto, mas mesmo assim foi legítima e, sobretudo, democrática. Em outras palavras, o significado convencional das categorias empregadas pelo dispositivo (*homem e mulher*) apontava claramente para uma resposta diversa daquela considerada ideal, caso fosse aplicada a totalidade de razões relevantes para a decisão.

Considerando a argumentação adotada pelos ministros razoável para justificar suas respectivas decisões⁹, o que me importa destacar é que, contrariando o uso negativo da expressão ‘ativismo’, a Adpf 132 é um exemplo paradigmático de ‘ativismo judicial legítimo’, cuja fundamentação ideal deveria enfrentar um grande ônus argumentativo por descon siderar o texto escrito, mas também deveria tazer à tona considerações morais relativas à democracia. Assim, além de propor uma versão consis-

8 Estratégia semelhante é utilizada por Brand-Ballard para defender que os juízes estão, em certas ocasiões, moralmente justificados em desviar da letra da lei para evitar resultados injustos. O autor apresenta diversas definições de ativismo judicial e opta por enfrentar a mais difícil, ou seja, quando 'ativismo judicial' quer dizer a 'desconsideração do texto legal'. Compara tal escolha com uma corrida de maratona, enquanto que a defesa do ativismo judicial em casos de indeterminação linguística seria uma 'fácil' corrida de 1 milha. Em suas palavras: "Defending departures from clear laws is like running a marathon. After that, defending the use of extralegal considerations in unclear cases is like running a mile" (...) "If judicial activism means "legally unauthorized departure from the law as it is properly understood", then I do present an ethical defense of limited judicial activism". BRAND-BALLARD, 2010, pp. 10-13.

9 Importa notar que, apesar de ser constituído por 11 ministros/intérpretes, seres humanos de carne e osso, sujeitos a falhas éticas e cognitivas diversas, a argumentação jurídica produzida nas decisões da instituição STF enquanto corte constitucional, transcende a pessoa dos seus membros. Daí que, a crítica quanto a um ou outro voto em particular ou quanto à idoneidade moral de um ou outro ministro, além de não poder ser generalizada, também não é argumento válido contra a legitimidade da jurisdição constitucional e da correção da argumentação aduzida pela corte.

tente com demais princípios moralmente carregados que fazem parte do modelo constitucional brasileiro, a decisão do STF também precisava responder à acusação de ter extrapolado os limites do texto constitucional e de ter agido “como se legislador fosse”, ou seja, deveria enfrentar a crítica clássica do ‘ativismo judicial’¹⁰.

Supostamente ignorando questões de conteúdo, a crítica procedimentalista da jurisdição constitucional alega que toda e qualquer atuação mais ativa da corte conduziria ao desrespeito ao legislador constituinte e, conseqüentemente, à soberania popular expressa pela regra majoritária. Conforme essa crítica, a decisão da Adpf 132 teria invadido função privativa do legislador ao assegurar tratamento igualitário aos homossexuais, apesar das “boas intenções” dos ministros. Portanto, tal visão entende que se deve aguardar a atuação legislativa para a alteração do texto constitucional, mesmo em casos aonde o resultado da aplicação da regra conduz a graves injustiças. Este seria o único procedimento legítimo e democrático para garantir o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar.

Portanto, o argumento subjacente a tal crítica é de ordem moral. Ao evocar os limites institucionais do Judiciário, a crítica procedimentalista argumenta que a ampliação do poder do STF é um risco à democracia e, em alguns casos, pode coagir a própria atividade estatal, colocando em risco sua legitimidade. Assim, o recurso ao Judiciário como guardião último dos ideais democráticos conduziria a uma situação paradoxal: ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário apenas contribuiria para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. É o que denomino de “maldição de Garapon”, ou seja, o diagnóstico de autores estrangeiros sobre o ativismo judicial, usado recorrentemente pela literatura nacional, que advoga que o Judiciário, ao buscar amenizar as falhas deixadas pelo sistema representativo, acaba contribuindo para aprofundar a crise da democracia¹¹.

10 O debate sobre o "ativismo judicial" é antigo e complexo. Considerando os limites deste texto e por razões pragmáticas, usarei a expressão "ativismo judicial" como uma qualificação negativa atribuída pela crítica àquelas decisões do STF que transbordaram os limites de sua competência institucional. Portanto, o objetivo deste artigo não é apresentar nem tentar resolver o problema conceitual do chamado "ativismo judicial", mas apenas problematizar a versão procedimentalista de que toda atuação 'ativista' do STF é contrária à democracia. Para uma análise conceitual acerca do ativismo judicial no Brasil, ver: CONTINENTINO, 2010.

11 GARAPON, 2001.

Em sentido contrário a tal diagnóstico, este texto pretende apresentar a decisão sobre a união homoafetiva como exemplo de um ‘ativismo judicial legítimo’, ou seja, advogar que, dependendo do caso, mesmo o tipo mais radical de ativismo - o afastamento do texto constitucional – pode contribuir para o fortalecimento da democracia, se esta for entendida para além do princípio majoritário. Portanto, para atender ao *plus* de legitimidade exigido no caso, a justificação da Adpf 132, além de uma argumentação com base em princípios, precisava de uma revisão da teoria da democracia. Nesse sentido, a correção moral e política da decisão demandam a interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 em conjunto não somente com os demais dispositivos constitucionais envolvidos, mas também com a consideração de duas outras ordens de questões conectadas: i) os defeitos do sistema representativo e ii) a legitimidade discursiva da jurisdição constitucional nas democracias atuais.

Considerando os “dispositivos majestosamente abstratos”¹² previstos na Constituição brasileira e as implicações da indeterminação linguística, defende-se que não se trata mais de saber *se* queremos que os juízes das cortes constitucionais “legislem” ou implementem políticas públicas. Tendo em vista a complexidade de uma interpretação constitucional que busca efetivar cláusulas gerais como “dignidade” e “igualdade”, trata-se agora de saber *quando* e *como* queremos que isso ocorra¹³. Para além dos rótulos de ‘ativista’, ‘procedimentalista’ ou ‘minimalista’ e diante de um caso difícil como a Adpf 132, outras razões podem e devem ser consideradas para justificar uma atuação mais ativa da corte constitucional brasileira. Apresento, para apoiar tal argumento, a noção de democracia constitucional de Dworkin e, na sequência, o constitucionalismo discursivo de Alexy como possíveis critérios para pensar os limites da atuação ativista da corte. Ambos devem ser compreendidos a partir de uma visão pragmática da filosofia da linguagem que desenvolvo na parte final do artigo.

Portanto, para a boa compreensão do argumento central proposto, é fundamental a conexão das três partes do artigo, de onde o leitor pode-

12 Cf. DWORKIN, 2006, p. 51.

13 Para uma discussão sobre a teoria da separação dos poderes que, conforme uma visão dialógica e deliberativa da democracia constitucional, envolve tanto ação quanto omissão, ver MENDES, 2012. Conforme esta leitura atualizada, o jogo político da separação de poderes envolve diversos comportamentos das instituições que integram a competição política – deferir, esperar, evitar custos políticos, desafiar o outro poder a decidir sob outro argumento.

rá extrair as ‘razões’ não estritamente jurídicas que devem ser consideradas para demarcar os limites da jurisdição constitucional: i) Dworkin e a concepção constitucional de democracia; ii) Alexy e o constitucionalismo discursivo: argumentação, pretensão de correção e direitos fundamentais; iii) Contribuições da filosofia pragmática da linguagem para pensar a interpretação constitucional.

2. Dworkin e a concepção constitucional de democracia

O argumento de Dworkin de que os grandes casos constitucionais giram em torno de profundas questões de moralidade, e não em torno do simplório argumento de que ‘a constituição deve ser deixada como está’, é útil para pensar a Adpf 132. A constitucionalidade da união homoafetiva decidida pelo STF ilustra bem a tese dworkiniana de que o verdadeiro debate teórico diz respeito a *como* a constituição deve ser interpretada e não sobre *quem* pode fazê-lo¹⁴.

Apesar de ser citado por diversos críticos do ativismo do STF, Dworkin defende uma revisão do conceito de democracia que atribui legitimidade ‘democrática’ às cortes constitucionais. Para o autor, a interpretação de uma cláusula constitucional moralmente carregada implica em realizar uma interpretação plausível da moralidade política que lhe dá sentido. Assim, Dworkin traz a moralidade política ostensivamente para o centro do direito constitucional, e nos lembra que, devido ao intenso conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, não é possível argumentar constitucionalmente sem argumentar moralmente. Para falar juridicamente de igualdade, liberdade e dignidade temos que formular juízos morais¹⁵. Quando questões envolvendo direitos fundamentais se apresentam, a regra majoritária não é suficiente para a justificação de uma decisão política. É preciso uma interpretação moral que, no atual modelo político brasileiro, deve ser realizada pelo STF, enquanto corte constitucional, através da argumentação produzida nas suas decisões.

14 Em sentido contrário, Jeremy Waldron argumenta que Dworkin comete o erro de inferir um arranjo institucional a partir de uma consideração substantiva, o que confundiria as duas tarefas principais da filosofia política. Um procedimento decisório, segundo ele, não pode ser justificado em termos de substância. WALDRON, 2006 apud DWORKIN, 2006, p. 483.

15 Uma das premissas do novo constitucionalismo é o reconhecimento de que as particularidades do Estado constitucional fazem com que toda argumentação constitucional implique em uma argumentação moral. Ver a respeito: FIGUEROA, 2010, p. 135; ALEXY, 2008, p. 71.

Assim, a própria questão dos limites da interpretação constitucional depende de uma controvérsia política e moral. Seguindo a argumentação de Dworkin, a única objeção substantiva à leitura moral da constituição é a de que ela ofende a democracia ao desafiar a teoria clássica da separação dos poderes. Em suas palavras:

Um dos lados se declara ardoroso defensor da democracia e ansioso para protegê-la, ao passo que o outro se considera mais sensível às injustiças que a democracia às vezes produz. Mas tal embate continua confuso porque *precisa ser visto sob uma luz completamente diferente*: não como um debate acerca do grau em que a democracia deve curvar-se perante outros valores, mas sim acerca do que a democracia realmente é¹⁶.

O conceito de democracia constitucional não se satisfaz com a premissa majoritária. Ela exige, daqueles que conduzem e zelam pelo processo democrático, a submissão a determinadas condições capazes de assegurar o ideal *status* a todos os cidadãos. Para Dworkin, os procedimentos majoritários são uma exigência em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. A democracia não se satisfaz com as decisões tomadas nas instâncias de deliberação majoritária, mas exige, daqueles que conduzem o processo democrático e da sociedade em geral, a submissão a determinadas condições capazes de assegurar o igual tratamento a todos os cidadãos¹⁷.

Entretanto, os limites de atuação das instâncias de deliberação não-majoritárias, como a jurisdição constitucional exercida exclusivamente pelo STF, somente podem ser demarcados no caso concreto, através da análise dos princípios envolvidos. A maleável fronteira entre legislar/criar e aplicar/reproduzir o direito, entre a função do legislador e a do julgador, apenas pode ser determinada em face aos princípios que demandam interpretação moral. Portanto, os limites de atuação da corte constitucional

16 DWORKIN, 2006, p. 23.

17 DWORKIN, 2006, p. 26. Segundo Dworkin, duas versões disputam o conceito de democracia: i) uma concepção majoritária que a define apenas de modo procedimental, e ii) uma concepção mais social (*partnership conception*) ou substantiva que vincula o conceito de democracia a exigências de legitimidade. O profundo contraste entre ambas as concepções é revelado de modo ilustrativo no debate norte-americano sobre a compatibilidade entre a democracia e o *judicial review* e no debate brasileiro entre a 'maldição de Garapon' e o 'ativismo judicial'. DWORKIN, 2011, p. 384.

dependem de uma compreensão moral dos princípios envolvidos no caso. Por isso, causa espanto notar que o artigo crítico de Streck foi escrito antes da decisão colegiada do STF, com base apenas nos argumentos de uma das ações em julgamento. O que nos mostra que, para esse tipo de crítica procedimentalista, o conteúdo da disputa não importa. A decisão já estava tomada, “apesar das boas intenções” dos ministros: somente o legislador poderia alterar a letra da lei, mesmo tratando-se de direitos fundamentais de grupos discriminados.

Com efeito, aplicando uma leitura de Dworkin ao caso brasileiro, o limite da jurisdição constitucional legítima não é apenas o texto expresso, mas uma coerente interpretação moral dos princípios envolvidos. Se compreendemos bem a leitura moral da constituição, segundo Dworkin, o que está em jogo, em última análise, é o limite da interpretação constitucional, o limite em que o intérprete pode determinar o sentido e o alcance do dispositivo constitucional em questão ou mesmo afastá-lo, quando sua aplicação conduzir a resultados injustos, face à uma leitura moral mais ampla da própria constituição.

Seguindo o argumento de Dworkin, toda disputa sobre a interpretação constitucional é uma disputa substancial que envolve uma definição moral de democracia. A fronteira entre legislar e aplicar o direito, entre as funções clássicas do legislador e do julgador, apenas pode ser determinada com precisão em face aos princípios que demandam interpretação moral. Desse modo, os limites da jurisdição constitucional legítima não são delimitados apenas pelo enunciado diretamente envolvido, mas pela interpretação moral dos princípios subjacentes à prática jurídica como um todo. Mas isso não significa que os juízes tenham poder absoluto para nos impor suas convicções morais. Significa simplesmente que, quando o texto estiver impregnado pela linguagem moral, a leitura moral é o melhor método interpretativo¹⁸.

18 DWORKIN, 2006, p.18. Para uma visão crítica da leitura moral proposta por Dworkin, ver: STRUCHINER; SHECAIRA, 2012. Os autores reconhecem, contudo, que a argumentação constitucional baseada em princípios é moral. Não sendo tipicamente jurídica, ou seja, inteiramente institucional, na argumentação constitucional as razões substantivas (deontológicas e substancialistas) podem prevalecer. Op. cit., p. 140. Dentro dos limites deste artigo, impossível discutir a questão de filosofia moral envolvida no caso. Entretanto, gostaria de deixar marcado que nem todo objetivismo moral leva a um absolutismo moral. Autores como Habermas, Rawls, Singer, Nino e Atienza defendem a superação do relativismo moral subjacente a diversas teorias positivistas, sem contudo recaírem em um absolutismo moral intolerante. Cf. ATIENZA, 2012, p. 32.

Para os propósitos deste texto, o que importa destacar da proposta de Dworkin é que a sua versão de democracia constitucional recepciona extensas prerrogativas de revisão judicial às cortes constitucionais e não apenas ‘quando estiver em jogo uma questão de princípio’, conforme leitura de Streck¹⁹. Ao reconhecer a necessidade de problematizar a regra da maioria como definidora da democracia, a atuação mais ativa da corte constitucional evidencia as falhas do modelo clássico de representação política. Vale recordar que a Adpf 132 foi suscitada a partir de um caso exemplar de inércia legislativa, ou seja, de ausência de legislação específica e não-discriminatória para a regulamentação das uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo. E tal ausência de legislação deve-se a uma antiga pressão política da maioria moralmente conservadora. Conforme destacado pelos ministros do STF no julgamento, inúmeros projetos encontram-se paralisados no Congresso por falta de iniciativa política para levá-los à votação. O primeiro deles, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, é de 1995²⁰. Tal situação, somada a uma interpretação literal do dispositivo constitucional 226, §3º (e do artigo 1.173 do Código Civil), deixava no limbo jurídico diversos casais homossexuais que viviam situações de unidade familiar de fato.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Dworkin quanto à dificuldade profunda da democracia que vem à tona nas discussões constitucionais: a incompletude de seus processos. Ou seja, a democracia não pode, por si mesma, garantir os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos democráticos que prescreve estão sendo atendidas. Mesmo John Hart Ely, ícone da teoria procedimentalista da revisão judicial norte-americana, argumenta que a democracia representativa falha quando gera a recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses, negando a uma minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. Nesses casos, a corte constitucional deve

19 Dentro dos limites deste texto, impossível discutir a distinção entre princípios e regras proposto por Dworkin, nem analisar a recepção de tal teoria no Brasil. Para o argumento que se pretende defender, é suficiente a concepção de democracia constitucional para a articulação entre ativismo judicial, defeitos do sistema de representação majoritário e limites da interpretação constitucional.

20 Projeto de Lei 1151/95. Conforme Adriana Vidal, em recente pesquisa sobre os anais da constituinte 87/88, a discriminação com base na orientação sexual sempre foi escandalosamente visível no Parlamento brasileiro. Grupos organizados de homossexuais, como o Triângulo Rosa, enfrentaram enormes obstáculos para garantir a participação nas subcomissões de minorias. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento ao nº 66). Quarta-feira, 27 de maio de 1987, p. 127. OLIVEIRA, 2012, mimeo., p. 236.

agir²¹. Ou seja, mesmo partindo de um entendimento procedimental do ‘Judicial Review’, é plenamente justificável a atuação de um mecanismo não-majoritário, quando os mecanismos majoritários deixam de dispensar a todos a mesma consideração e respeito. No caso da discriminação por orientação sexual que vigorava no Brasil antes do julgamento da Adpf 132, uma parcela minoritária da população não conseguia, através dos meios democráticos majoritários, como o voto e a iniciativa popular de leis, alterar a condição de desigualdade que suportavam.

Então, é possível afirmar que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, não deve ser lido isoladamente, mas em conjunto com as considerações sobre os defeitos do sistema representativo e sobre a legitimidade discursiva da jurisdição constitucional. E levar em conta essas considerações só é possível em razão dos princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição e que se aplicam ao caso. Entender como um “custo” da democracia precisar esperar que os “pré-compromissos constitucionais” sejam “liberados pelo poder constituinte derivado”, como argumentou Streck no caso da união homoafetiva²², não é apenas tentar justificar a perpetuação de um tratamento desigual e injusto, mas sobretudo não compreender o que a democracia realmente é, parafraseando Dworkin.

Entretanto, apesar da inércia do legislador, o afastamento do texto constitucional aqui defendido não precisa do argumento de uma suposta crise atual do legislativo brasileiro²³. A noção de democracia constitucional associada aos direitos fundamentais assegurados na Carta de 88 – texto arejado em questões morais – somado à argumentação prática que exige a reflexão racional do processo político, tal como apresentarei a seguir, nos parece suficientes para preencher o *plus* de legitimidade que a decisão

21 ELY, 2010, p. 137.

22 Sobre uma crítica da noção de pré-compreensão tal como utilizado por Streck em sua hermenêutica crítica, ver SARMENTO (2009).

23 Não preciso enfrentar a crítica quanto à falácia da ‘crise institucional que ameaça a democracia brasileira’, apresentada por Thamy Pogrebinski através de pesquisa empírica. Segundo a autora, se há expansão da atuação do Judiciário, isso não se dá devido ao suposto vácuo deixado pelo Legislativo, visto que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional em 21 anos. O estudo realizado por Pogrebinski também nos mostra que os potenciais “defeitos do sistema representativo” são mais abrangentes do que a simples “crise do legislativo” e que a atuação ‘ativista’ das cortes constitucionais também deve ser entendida como uma forma de representação política. Portanto, além de um trabalho empírico, a autora também oferece uma proposição normativa sobre o papel da jurisdição constitucional na consolidação democrática brasileira (POGREBINSCHI, 2012).

do STF quanto à união homoafetiva exigia²⁴. As novas funções das cortes constitucionais nas democracias representativas plurais são independentes da atual situação de crise do legislativo brasileiro. O aumento relativo do poder dos juízes é consequência da evolução do direito e das práticas judiciais e não de uma suposta crise institucional do legislativo²⁵.

Certamente, casos envolvendo interpretação de princípios, defesa de direitos fundamentais de minorias e jurisdição constitucional contra-majoritária, como a união homoafetiva, são casos fronteiriços onde a democracia representativa e o direito positivo encontram seus limites. Em tais situações, a questão crucial torna-se a seguinte: como decidir responsivamente onde o direito legislado é falho ou quando seu conteúdo literal conduz a resultados indesejados? O constitucionalismo discursivo de Alexy pode nos apontar um caminho para responder tais questões e muitas de suas reflexões sobre o papel da representação deliberativa das cortes constitucionais podem ser úteis para embasar a legitimidade da decisão da Adpf 132.

3. Alexy e o constitucionalismo discursivo: argumentação, pretensão de correção e direitos fundamentais

Segundo Alexy, o papel do tribunal constitucional na interpretação última de direitos fundamentais é uma representação política, exercida argumentativamente. Isto porque, mais do que corretivos do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam hoje como condições estruturantes da própria democracia, devendo permanecer à margem das disputas políticas. A partir de um modo realista de entender a relação entre democracia e direitos fundamentais, Alexy argumenta que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, democráticos e não democráticos porque garantem, por um lado, as condições funcionais do processo democrático, mas, por outro lado, subtraem de maiorias parlamentares

24 Nessa perspectiva, a revisão da ideia de delegação política torna-se uma necessidade. Segundo Pogrebinschi, é possível notar uma estagnação do conceito da “democracia representativa”, já que muitos ainda a interpretam de acordo com as bases históricas que lhe deram suporte e que não são mais suficientes para defini-la. A autora também ressalta que há questionamentos acerca do vínculo 'umbilical' atribuído entre democracia e representação, já que o nexo assumido historicamente entre ambos não é trivial. Em outros termos, os conceitos de 'governo representativo' e 'democracia' não guardam congruência histórica, tendo o primeiro surgido em oposição ao segundo (POGREBINSCHI, 2012, pp. 167-169).

25 Isto não significa, contudo, reduzir o direito às práticas dos tribunais. Ver, a respeito: ATIENZA, 2012, p. 31.

poder de decisão; daí dizer que direitos fundamentais “desconfiam do processo democrático”²⁶.

Assim, um tribunal constitucional pode representar o povo argumentativamente e se legitima quando a coletividade o aceita como instância de reflexão racional do processo político. E grande parte da legitimidade da jurisdição constitucional está na capacidade das decisões de uma corte constitucional, através do discurso racional, energizarem o debate público e incrementarem o seu grau de racionalidade. Não se trata de definir quem tem a “última palavra”, mas de compreender o jogo político democrático de modo mais complexo, condizente com o pluralismo moral em que vivemos²⁷. Nesse sentido, não se trata de transformar o STF no lugar privilegiado da discussão moral e política, mas simplesmente reconhecer que as decisões das cortes constitucionais, quando bem fundamentadas, constituem ‘rodadas procedimentais’ que contribuem para a racionalização do próprio debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas como questões de justiça.

A racionalidade discursiva do direito evoca a pretensão de correção constitutiva do próprio direito. Argumentos são a expressão pública da reflexão e, nesse sentido, o direito está, necessariamente, vinculado a uma pretensão de correção. Conforme os recentes julgamentos do STF demonstraram, é forçoso notar que a corte constitucional exerce poder político através da melhor leitura possível dos princípios envolvidos em cada caso. Tal função não deixa de ser, portanto, uma forma de representação²⁸.

Para Alexy, o direito envolve uma pretensão de correção que, por sua vez, inclui uma pretensão de fundamentabilidade²⁹. Nesse sentido, duas

26 ALEXY, 2008, pp. 11, 53 e 163. Importante notar que, para o argumento deste artigo, basta a defesa da *argumentação judicial das cortes constitucionais* como um tipo especial da argumentação prática racional geral. A conhecida tese de Alexy, a partir da teoria do discurso de Habermas, de que a argumentação jurídica em seus diversos contextos (judicial, legislativa, retórica) é o modelo da argumentação racional, não precisa ser aceita completamente para o argumento deste artigo. O que importa destacar é a pretensão de correção erguida pelo argumento na justificação de decisões na seara constitucional. Sobre as regras pragmáticas da argumentação jurídica, ver: ATIENZA, 2006, pp. 268-280.

27 Ver nesse sentido: MENDES, 2012, p. 13. Neste texto, Mendes relativiza alguns argumentos defendidos em *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, ao substituir a noção de “última palavra” por “rodada procedimental”, ou seja, o circuito decisório entre os poderes até chegar a uma decisão final. Este caráter ‘final’ é também relativo e não escapa de uma inevitável provisoriamente. Desse modo, Mendes desdramatiza a ideia de que o STF tem o ‘direito de errar por último’.

28 ALEXY, 2008, p. 53.

29 Importante notar que a pretensão de correção defendida por Alexy vincula-se à pragmática de

são as condições da representação argumentativa exercida pelas cortes constitucionais: argumentos válidos ou corretos e pessoas racionais, que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos³⁰. Conforme explica Struchiner, “quando alguém sustenta uma posição jurídica, está ao mesmo tempo afirmando que está correto, dizendo que tem garantias que servem como amparo para sustentar a sua posição, e assumindo que está lidando com um auditório que é capaz de entender as razões aduzidas e ser persuadido por elas”³¹.

Mas importa ressaltar que esta função representativa via argumentação é exercida diretamente apenas pelas cortes constitucionais. As decisões dos tribunais superiores, especialmente o STF no sistema jurídico brasileiro, concentram os casos difíceis, ou seja, os casos insólitos e controversos nos quais a questão da qualidade da argumentação capaz de justificar a decisão realmente vem à tona. Além disso, as opiniões escritas pelos juízes de última instância caracterizam-se como os melhores exemplos jurídicos de tentativas de agentes responsáveis e metodologicamente conscientes de justificarem suas decisões. Isto porque o caso frequentemente já foi debatido e exposto a um grande número de interpretações rivais e fundamentações incompatíveis, o que aumenta ainda mais a responsabilidade em relação à qualidade da argumentação³².

No caso da Adpf 132, a união estável homoafetiva já havia sido amplamente debatida pela sociedade brasileira e por diversos órgãos da administração pública e do Judiciário, restando uma situação caótica e arbitrária sobre a tutela jurídica das relações de fato. Uma decisão definitiva do tribunal dotado de maior autoridade tornou-se uma exigência da democracia e não um “grave risco democrático” pela “instauração de um terceiro turno da constituinte”, conforme afirmou Streck³³.

Nesse sentido, uma vez que a legitimidade de uma corte constitucional em casos difíceis é argumentativa, a teoria da argumentação prática (seja ela jurídica ou moral) torna-se o único instrumento capaz de limitar a discricionariedade judicial e estabelecer critérios para a atuação de uma corte

Habermas, mesmo que ambos não concordem sobre a racionalidade de decisões envolvendo princípios (ALEXY, 2008, p. 111).

30 ALEXY, 2008, p. 16.

31 STRUCHINER, 2005.

32 STRUCHINER, 2005.

33 STRECK, 2009.

constitucional³⁴. Mas a representação argumentativa defendida por Alexy e a concepção do direito como prática interpretativa de Dworkin devem ser compreendidos a partir de uma visão não essencialista da linguagem, isto é, deve-se levar em conta as implicações da virada linguístico-pragmática, sob pena de recairmos na falsa oposição entre 'descrever' e 'criar' direito e na consequente confusão entre texto e norma.

4. Contribuições da filosofia pragmática da linguagem para pensar a interpretação constitucional

Conforme a crítica mais comum ao 'ativismo judicial', as decisões que não respeitam a 'intenção do legislador' expressa no texto estariam usurpando a função legislativa e colocando em risco a própria democracia. Tal crítica, além de não considerar a especificidade da corte constitucional em comparação com as demais instâncias judiciais infra-constitucionais (onde a argumentação jurídica típica deve prevalecer), parece também não considerar as implicações da filosofia da linguagem e seus desenvolvimentos recentes sobre os limites da interpretação constitucional. Com efeito, a reconstrução do texto constitucional realizada pelo STF é frequentemente acusada de extrapolar os limites da interpretação e criar direito para além das palavras do texto. Tal crítica parte de um pressuposto falso e já denunciado pela filosofia contemporânea da linguagem, qual seja, a de que as palavras carregam essências e que basta ao intérprete descobri-las e descrevê-las como premissas de um raciocínio dedutivo.

Entretanto, conforme a pragmática e sua concepção convencionalista do significado, sem a qual as teorias de Dworkin e Alexy aqui apresentadas não podem ser compreendidas adequadamente, tal distinção entre 'reproduzir' e 'criar' não é tão simples como a arraigada concepção essencialista sugere³⁵. A linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza

34 Sobre a questão do critério de objetividade das argumentações jurídicas, Atienza oferece uma versão combinada do uso de elementos fáticos e normativos na construção de um critério maleável de objetividade para avaliar a qualidade da argumentação constitucional. Cf. ATIENZA, 2006, p. 276.

35 Segundo a tradição filosófica do essencialismo linguístico (que remonta ao *Crátilo* de Platão), há um "verdadeiro" e "único" significado das expressões da linguagem, que deve ser captado investigando-se uma misteriosa realidade não empírica. Carnap a chamou de "concepção mágica da linguagem" e Kantorowicz de 'realismo verbal'. Struchiner marca a distinção entre formalismo ingênuo e o formalismo sofisticado pela superação, pelo último, de uma "concepção ontológica" da linguagem, "na qual toda palavra funciona como um tipo natural". Cf. NINO, 2010, p. 294.

como uso. O direito é expresso em palavras e, na maioria das vezes, é criado pelo uso de palavras. O legislador utiliza uma linguagem natural, o que faz com que a expressão de sua “intenção” esteja limitada pelas falhas que toda linguagem natural apresenta³⁶.

Segundo a versão pragmática, a linguagem é melhor compreendida como uma atividade capaz de exercer pressão sobre o mundo, uma forma de ação, comunicação e ‘recriação’ no mundo e não apenas ‘descrição’ do mundo. A rejeição da concepção essencialista da linguagem - realizada por filósofos da linguagem ordinária como o segundo Wittgenstein, J. L. Austin, Grice e Strawson, além de juristas contemporâneos como Santiago Nino e Manuel Atienza – nos permite pensar a argumentação constitucional em outras bases, sem recair nas velhas teses metafísicas que pressupõem que as palavras usadas pelo legislador descrevem a “essência” ou a “natureza” das entidades do mundo e que aos intérpretes bastaria redescrivê-las. Tal visão pressupõe que existe um significado intrínseco às palavras que independe do uso e da interpretação.

A linguagem é ação e, sobretudo, interação³⁷. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação de um texto. Portanto, na argumentação jurídica usada para justificar uma decisão, o julgador exerce uma atividade que não consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste, em grande parte, em constituir esses significados³⁸.

Uma vez que entendemos que a linguagem ordinária usada pelos textos jurídicos é socialmente construída (e, portanto, pode se alterar no tempo) e que todo ato de interpretação implica em reconstruir o significado, então é forçoso reconhecer que a indeterminação de sentido assombra o direito e ameaça suas bases racionais. Reconhecer um caso difícil implica em reconhecer a indeterminação de sentido própria da linguagem natural que constitui o direito. Mas reconhecer que os sentidos são constituídos pelo intérprete no processo de interpretação não significa dizer que eles sejam radicalmente indeterminados, nem que a linguagem seja totalmente

36 NINO, 2010, p. 291.

37 Para uma visão dialógica da teoria dos atos de fala, ver: MARCONDES, 2012, p. 112.

38 ÁVILA, 2010, p. 32.

arbitrária. Existem traços mínimos de significado incorporados ao uso da linguagem e da prática jurídicas³⁹.

A indeterminação do direito se dá nas beiradas, ou seja, em casos excepcionais, principalmente quando envolvem direitos de minorias, como no caso em análise. Assim, a Adpf 132 pode ser caracterizada como um caso difícil, que ocorre nas beiradas do sistema jurídico, onde a instrumentalização do direito é aceitável, desde que acompanhada de uma adequada argumentação prática não restrita a argumentos institucionais.

Portanto, reconhecer as implicações da pragmática não significa afirmar que o intérprete é livre para atribuir o sentido que lhe aprouver, nem que a intenção do legislador não tenha importância. Simplesmente, a 'intenção do legislador', especialmente quando expressa em dispositivos abertos do texto constitucional, não é um critério decisivo para atribuir significado às suas palavras. A determinação de como essas palavras seriam razoavelmente interpretadas por seus destinatários e as considerações de autoridade (ordem sistêmica, coerência e integridade), além da consideração de razões que não estão incorporadas ao texto, devem ter preferência sobre uma suposta 'descrição' da vontade do legislador 'expressa' no texto constitucional.

Desse modo, uma decisão fundamentada, resultado da jurisdição constitucional, é uma escolha interpretativa sobre um texto moralmente carregado, cujas palavras deixam grande espaço para a reconstrução do significado e para atuações mais ativas dos intérpretes⁴⁰. Contudo, o maior espaço para o intérprete implica também em uma maior responsabilidade quanto à qualidade da argumentação utilizada para justificar a decisão. Interpretar é construir a partir de algo já dado, portanto, reconstruir. Os textos normativos são os pontos de partida obrigatórios (convenções dotadas de autoridade) que oferecem limites à construção de sentidos pelo intérprete. Mas a reconstrução implicada em toda a interpretação constitucional também manipula a linguagem ao explicitar versões de significado não explícitas, mas que são coerentes com os fins e valores subjacentes à linguagem constitucional.

39 STRUCHINER, 2011, pp. 123 e 140. Para um estudo mais aprofundado sobre o fenômeno da textura aberta da linguagem aplicada ao direito, ver: STRUCHINER, 2002.

40 "Se o significado é fornecido pela consolidação do uso e este ainda não está solidificado, então o conceito moral é indeterminado nas regiões em que tal convergência ainda não se deu de uma maneira significativa" (STRUCHINER, 2011, p. 137).

O critério do uso convencional das palavras para determinar o sentido das expressões utilizadas pelo legislador nos leva à conclusão de que uma interpretação constitucional é, em última análise, uma reconstrução do uso que a prática jurídica – que não se restringe aos juízes – faz sobre o direito como um todo, e não simplesmente uma descrição do material jurídico diretamente envolvido no caso. O direito é sistêmico e suas regras derivam seus significados não somente do proferimento que as originou, mas de outras partes do direito. Por isso, a combinação das normas determinadas pelo legislador com as outras, que já pertencem ao sistema ou que venham a fazer parte dele no futuro, poderá derivar consequências não previstas pelo referido legislador, ou fazer surgir problemas lógicos que não se apresentam nas normas isoladas, mas que aparecem sempre que entram em relação com o restante do sistema jurídico⁴¹.

A identificação entre texto e norma nos revela o preconceito do essencialista linguístico. Textos não são normas, mas os pontos de partida da atividade interpretativa de atribuição de sentidos e conseqüente construção de normas. As normas são o resultado da interpretação. Nas palavras de Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁴².

Retomando meu argumento central, a interpretação constitucional de dispositivos abertos (como os princípios da igualdade e da não-discriminação envolvidos na Adpf 132), por ser indissociável de uma argumentação prática moral⁴³, conduz a uma reconstrução do texto constitucional e à conseqüente criação de normas. No caso da Adpf 132, além de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, outras razões não estritamente jurídicas também deveriam ser consideradas para responder ao *plus* de legitimidade que a decisão exigia: a ausência de vontade política para a deliberação legislativa pertinente (limites da democracia representativa tradicional) e a nova função da corte constitucional na decisão de casos envolvendo direitos fundamentais (representação via argumentação).

41 Cf. NINO, 2010, p. 292.

42 ÁVILA, 2010, p. 30.

43 Sobre a argumentação constitucional baseada em princípios como um tipo de argumentação moral, ver: STRUCHINER; SHECAIRA, 2012. Para uma crítica ao modelo pragma-dialético elaborado por van Eemeren y Grootendorst, na esteira do diálogo racional de Alexy, com regras para avaliar a racionalidade da argumentação, ver: ATIENZA, 2006, p. 268.

Enquanto co-legislador, o intérprete da corte constitucional (sobretudo em face a dispositivos vagos e moralmente carregados) reconstrói o sentido do texto e apresenta novas versões de significado, novas normas⁴⁴. Diante da abertura textual dos direitos fundamentais, interpretar a Constituição implica em desenvolver o direito, produzir normas que não existiam e, nesse sentido, implica em “criar” direito. Mas isso não significa inventar a partir do nada, mesmo que, em casos excepcionais, a decisão seja contrária ao sentido convencional das palavras usadas pelo legislador (como ocorreu na Adpf 132). Conforme os constitucionalistas não-positivistas – como Dworkin, Alexy, Nino e Atienza –, os sistemas jurídicos constitucionalizados estão atravessados por uma tensão própria ao Estado de Direito e que afeta em cheio a interpretação constitucional. Tal tensão, entre a efetivação dos direitos fundamentais – a realização da justiça – e o respeito à autoridade, traz para a jurisdição constitucional uma difícil conciliação entre um papel ativo, porém limitado pelo sistema jurídico⁴⁵.

No caso da Adpf 132, mais do que atualizar o sentido do dispositivo constitucional, o STF realizou uma leitura (moral) ampla e sistemática dos princípios constitucionais envolvidos para derogar um enunciado constitucional ou, no mínimo, para produzir uma versão de significado bastante heterodoxo do §3º do artigo 226. Mas isso não significa dizer que os tribunais constitucionais tomam sempre as melhores ou mais corretas decisões⁴⁶. Significa apenas que, entendido como um *ato de fala* complexo (ato ilocucionário com determinada força performativa), a argumentação judicial produzida pela corte constitucional não é um simples procedimento

44 ÁVILA, 2010, p. 30.

45 ATIENZA, 2012, p. 35.

46 A adesão a um constitucionalismo pós-positivista a partir de uma leitura de Dworkin, Alexy, Nino e Atienza, não implica na adesão ao realismo jurídico ou a uma visão instrumentalista do direito. O reconhecimento da dimensão normativa do direito (axiológica ou valorativa), sem a qual a noção de direito fundamental não pode ser compreendida, não desconhece o sistema baseado em fontes, não precisa de uma distinção forte entre regras e princípios, não reduz a metodologia jurídica à ponderação e não pressupõe um objetivismo moral intolerante. Portanto, a tese da conexão intrínseca entre direito e moral defendida por tais autores, não significa desprezar a autoridade do sistema, mas apenas reconhecer uma dimensão de valor no âmago do direito e as novas funções das cortes constitucionais diante das democracias atuais. A partir de tal constatação, interpretar o direito significa, a partir do material jurídico proveniente da autoridade que é dado ao intérprete, esforçar-se por encontrar o sentido que conduza ao melhor desenvolvimento dos valores que informam a prática jurídica, prática esta que não se restringe aos juízes, mas se estende aos advogados, legisladores, gestores públicos, teóricos e 'dogmáticos' do direito, etc.. Cf. ATIENZA, 2012, pp. 31-35.

formal, mas uma atividade social, dialógica e intersubjetiva, um processo de deliberação que ergue pretensões de correção e coloca em discussão os fins e valores da sociedade em questão⁴⁷.

Independente de ser considerada “regulatória” ou “principiológica”, a Constituição brasileira de 1988 é um texto amplo e generoso, repleto de promessas de ‘estados ideais de coisas’ que deixam enorme margem para a reconstrução criativa do intérprete, como demonstra a jurisprudência constitucional dos últimos 20 anos. Poucos negariam que a CF/88 é uma Carta dirigente e que preza por valores como dignidade, liberdade, igualdade e não-discriminação. Entretanto, entendimentos muito diferentes de tais expressões são compatíveis com a linguagem, os precedentes e a história de nossa prática jurídico-constitucional. O que pode gerar legítimas divergências de interpretação, ou seja, diferentes reconstruções de sentido dos enunciados diante dos casos concretos. Mas a indeterminação de dispositivos principiológicos e o fato do pluralismo moral das democracias atuais não justificam a autocontenção da corte constitucional, especialmente quando tratar-se de garantir os direitos fundamentais de minorias derivados de uma leitura moral da Constituição, como parece ter sido o caso da Adpf 132.

Expressões como “dignidade”, “igualdade” e “interesse público” significam muito pouco antes da intervenção do intérprete no caso concreto. Textos são diferentes de normas e, quanto mais vagos e indeterminados, maiores as possibilidades de reconstruções e mutações de sentido, de acordo com o desenvolvimento da própria linguagem que é, por sua vez, uma construção social. Assim, a derrotabilidade das regras demonstrada pela prática das cortes constitucionais democráticas nos revelam a transformação do direito, da linguagem e da sociedade. Hoje não se trata mais de determinar *como é* o direito atual – mera descrição do material jurídico – mas de determinar como ele *deve ser* reconstruído da forma mais ‘fiel’ possível⁴⁸. Nas palavras de Dworkin: “dizer como as coisas são significa, até certo ponto, dizer como elas devem ser”⁴⁹. No entanto, a teoria jurídica brasileira continua a considerar trivial a máxima implícita na visão não essencialista da linguagem de que ‘toda interpretação implica uma reconstrução de sentido.

47 Sobre o caráter social da argumentação a partir de uma perspectiva pragmática, ver: ATIENZA, 2006, p. 256.

48 Cf. FIGUEROA, 2010, p.141.

49 DWORKIN, 2006, p. 59.

Como destaca Santiago Nino, o pensamento jurídico continua preso à uma concepção platônica quanto à relação entre a linguagem e a realidade⁵⁰. Ainda predomina no Direito uma “concepção mágica da linguagem”, onde os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e as palavras são veículos dos conceitos. Como se a relação entre as expressões e a realidade consistisse em uma conexão necessária que os intérpretes não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer e descrever⁵¹.

Segundo Atienza, muitas das falácias que encontramos no raciocínio jurídico não são apenas erros de inferência (falácias formais), mas falácias materiais causadas pela concepção essencialista da linguagem que leva o intérprete a pensar que há um verdadeiro significado das palavras. Dessa maneira, o intérprete parte de uma premissa falsa (com aparência de ser verdadeira e correta) irrelevante para a conclusão. Por exemplo, quando pretende defender uma interpretação estritamente literal de um dispositivo⁵². Nesse sentido, a acusação de que o STF teria invadido a competência do legislador por ter “criado” norma na decisão da Adpf 132 não é uma crítica relevante, se levarmos em conta o convencionalismo linguístico e a reconstrução do sentido realizada pelo intérprete na argumentação com base em direitos fundamentais. Além disso, o desvio do significado usual do enunciado constitucional pode ser justificado por razões não estritamente jurídicas, como as considerações sobre a democracia constitucional e as novas funções de representação política das cortes constitucionais, ambas já destacadas através das teorias de Dworkin e Alexy. A desconsideração da literalidade do parágrafo 3º do artigo 226 implicado na decisão da Adpf 132 exigia um considerável esforço argumentativo com base em princípios, mas também no reconhecimento explícito do papel político do STF em casos excepcionais.

50 NINO, 2010.

51 Conforme nos ensina Dworkin, o 'originalismo' tal como defendido por Antonin Scalia, manteve por muito tempo a discussão sobre a interpretação constitucional norte-americana refém da dicotomia "interpretativista" versus "não-interpretativista" proposta por John Hart Ely. Nesse sentido, os 'não-interpretativistas' (muitos deles liberais) defendiam que a Constituição é um documento 'vivo', que deve ser 'atualizado' para fazer frente a novas circunstâncias. Como estavam enclausurados pela visão essencialista da linguagem e não conseguiam reconhecer o espaço para a reconstrução do sentido do texto, os opositores do conservadorismo de Scalia aceitaram a distinção de Ely e propugnaram pela 'invenção' de um novo documento no lugar da interpretação do antigo. Já os interpretativistas, como Scalia, defendiam que a Constituição deveria ser 'deixada como está', isto é, *interpretada fielmente de acordo com a 'vontade do legislador originário'*. Percebe-se que a atividade interpretativa era considerada, por ambos os lados, uma descrição de essências expressas nas palavras do legislador (DWORKIN, 2006, p. 6).

52 ATIENZA, 2006, p. 274.

Portanto, a abertura concedida ao intérprete pela versão pragmática da linguagem não conduz a uma completa desconsideração das palavras usadas pelo legislador. Adotar uma visão pragmática da linguagem não implica em desconsiderar os limites semânticos do texto, mas apenas reconhecer que os critérios da semântica não são suficientes para a interpretação constitucional⁵³. Como nos lembra Nino, “os tribunais não podem alterar, apagando ou riscando, o que está escrito em um texto legal, mas podem, sim, adaptar o significado das expressões linguísticas a usos linguísticos diferentes dos seguidos pelo legislador”⁵⁴. Nesse sentido, as palavras “homem e mulher” expressas no dispositivo em análise na Adpf 132 representavam um obstáculo muito mais grave para os ministros do que a suposta ‘intenção do legislador’ sobre o reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas.

O novo constitucionalismo possibilitado pela versão pragmática da linguagem aqui defendido com apoio em Atienza, Nino, Alexy e Dworkin não é uma simples “exaltação da importância dos princípios e da ponderação”, além de não menosprezar a importância das regras na prática do direito⁵⁵. Desse modo, além da argumentação com base em princípios, este artigo buscou enfrentar a via mais difícil - como a maratona de Brand-Ballard - ao reconhecer que a decisão da Adpf 132 não se legitima completamente apenas com distinções semânticas ou pragmáticas. Para além do rótulo de ativista, o acerto da decisão do STF não pode ser compreendido desvinculado da disputa (moral) sobre o conceito de democracia.

5. Notas conclusivas

Enfrentando a tarefa mais exigente, ou seja, reconhecendo que o texto do art. 226, §3º era ‘claro’ e não comportava uma leitura que permitisse incorporar à regra os casais homossexuais, então a correção da decisão da

53 Para uma visão mais aprofundada da filosofia pragmática da linguagem, que não se confunde com o pragmatismo, nem desconsidera a semântica, ver: MARCONDES, 2005. Para uma crítica do ramo analítico da filosofia da linguagem que “deu continuidade à teoria do conhecimento por outros meios”, desconsiderando as implicações do ramo hermenêutico da virada linguística, ver: HABERMAS, 2004, p. 10.

54 NINO, 2010, p. 292.

55 Não é preciso defender uma caracterização da Constituição brasileira como principiológica para aceitar que as teorias clássicas da separação dos poderes e da democracia representativa como mero “princípio majoritário” não servem mais como critérios para avaliar a atuação das cortes constitucionais nas democracias pluralistas contemporâneas. Também não é preciso aceitar acriticamente o ‘paradigma da ponderação’ para reconhecer que a Carta de 1988 está repleta de cláusulas gerais e moralmente carregadas. Para uma crítica a um certo “neoconstitucionalismo”, ver: ÁVILA, 2009, p. 10.

Adpf 132 dependia de uma argumentação moral e política mais complexa, considerando os limites da representação majoritária e a nova função de representação discursiva das cortes constitucionais. Porém, essa não foi uma tarefa reconhecida expressamente pelos ministros do STF, que resolveram a questão pela interpretação sistemática da Constituição e pela ponderação dos princípios envolvidos no caso. Apenas o ministro Gilmar Mendes mencionou a dificuldade maior que a literalidade do enunciado 226, §3º trazia para a decisão, problematizando a conveniência do pedido de ‘interpretação conforme’ empregado e reconhecendo os poderes mais amplos, mas também os limites e responsabilidades, da jurisdição constitucional nas democracias atuais.

Nesse sentido, o STF decidiu corretamente, mas perdeu uma chance de assumir politicamente a legitimidade discursiva das cortes constitucionais nas democracias representativas, como a brasileira. Conforme argumentei, a interpretação constitucional, isto é, a reconstrução do sentido do texto constitucional, não se esgota na exegese da literalidade das palavras usadas, mas não pode ser qualquer coisa. É preciso incorporar, entre as razões relevantes para justificar uma decisão judicial ‘ativista’ que enfrenta o sentido convencional de um dispositivo constitucional, os atuais limites da representação calcada no princípio majoritário e a função de representação política exercida pelos ministros da corte constitucional, especialmente na defesa dos direitos fundamentais de minorias.

Dessa forma, procurei articular neste texto algumas questões frequentemente tratadas de modo isolado: as implicações da democracia constitucional para o sistema majoritário de representação (Dworkin), a função de representação argumentativa das cortes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais (Alexy) e os limites de uma interpretação moral da constituição a partir de uma versão pragmática da linguagem. Além de delinear um cenário mais amplo de reflexão sobre a jurisdição constitucional, tal articulação buscou rebater a crítica disseminada na teoria jurídica brasileira de que o ativismo judicial é prejudicial à democracia (maldição de Garapon). Usando como caso ilustrativo a famosa decisão sobre a união homoafetiva, aqui chamada de Adpf 132, a crítica procedimentalista representada por Streck et al. foi rejeitada através de uma leitura pragmática da interpretação constitucional.

Portanto, considerando as implicações da nova forma de compreendermos a linguagem constitucional e a função das cortes superiores, muitas

das críticas formuladas ao STF não se sustentam. Por exemplo, a crítica de que a corte constitucional não tem legitimidade para “criar” lei porque os ministros não são representantes diretos do “povo” se dissolve perante uma versão deliberativa da jurisdição constitucional, seja ela classificada como ativista ou não⁵⁶. Uma vez que o juiz da corte constitucional é co-legislador, então sua função de ‘representante argumentativo’ não pode mais ser compreendida nos moldes do constitucionalismo liberal kelseniano, com seu modelo de ‘legislador negativo’.

Além disso, ao reconhecer e assumir a responsabilidade política de garantir a igualdade de consideração e respeito de todos os cidadãos, o Supremo Tribunal Federal, enquanto ‘fórum de princípio’, revela sua vocação de instituição com potencial para enriquecer a qualidade argumentativa da democracia e propiciar uma interlocução institucional desejável nos complexos estados de direito contemporâneos.

Contudo, para concretizar o nobre sonho de conciliação entre direitos fundamentais e soberania popular, superando o aparente conflito entre jurisdição constitucional e democracia, é preciso que a leitura moral defendida por Dworkin seja abertamente reconhecida “através de argumentos baseados em princípios e não em *slogans* superficiais ou metáforas batidas”⁵⁷. Afinal, não é possível entender a emergência da nova ordem jurídica constitucional se não compreendermos o papel do tribunal constitucional na defesa de direitos fundamentais, em cujas decisões aparece a problemática da indeterminação do direito.

As críticas procedimentalistas às decisões ativistas do STF, ao partirem de uma visão estreita da separação de poderes não mais condizente com as democracias constitucionais, também não oferecem nenhuma objeção substancial sobre a argumentação utilizada, nem sobre as demais razões relevantes para a decisão. Nesse sentido, não nos ajuda a avaliar a adequação dos argumentos utilizados nem a estabelecer critérios para a legítima atuação democrática de uma corte constitucional. De modo diverso, ao articular diversas teorias e autores, este artigo buscou incrementar um discurso de legitimidade capaz de reconhecer a nova posição da jurisdição constitu-

56 Conforme já argumentei, até mesmo teorias procedimentalistas como de Hart Ely, que desconfiam da compatibilidade entre a democracia e a revisão judicial e que defendem uma versão limitada de controle judicial, acabam por reconhecer a legitimidade da revisão judicial por razões de substância. Ver a respeito: DWORKIN, 2011, p. 384.

57 DWORKIN, 2006.

cional no desenho institucional brasileiro, desafiando a visão tradicional de que o STF é detentor da ‘última palavra’ ou do ‘direito de errar por último’, na versão mais dramática da jurisdição constitucional. Em outras palavras, a importância de atualizar nosso modo de pensar a relação entre ‘ativismos judiciais’, democracia representativa e os limites da interpretação constitucional envolvendo direitos fundamentais.

6. Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. Dos versiones del constitucionalismo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), jan-jun 2012.

_____. *El Derecho como argumentación*. Ariel Derecho. Barcelona, 2006.

AUSTIN, J. *How to do Things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

_____. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In SOUZA NETO; SARMENTO. (orgs) *A Constitucionalização do Direito*. Editora Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 11° ed. Malheiros, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 30 junho 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96. Brasília: fevereiro-maio de 2010.

_____. Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática”, http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica

BRAND-BALLARD, *Limits of Legality*. Oxford University Press, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

_____. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. *Alceu*, vol. 5, n. 9, p. 105/113, dez. 2004.

- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Revista de Direito do Estado - RDE*, ano 5, n. 19-20, jul/dez 2010
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- _____. *A Justiça de Toga*. Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, London, England, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle Judicial de Constitucionalidade*. Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Madrid: Ed. Trotta, 2009.
- _____. *La revancha neoconstitucionalista de Grecia contra Roma*. In *Foro Jurídico - Revista de Derecho*, Lima, abril de 2010.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- _____. *Verdade e Justificação*, Edições Loyola, São Paulo, 2004.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- MARCONDES, Danilo. *A Pragmática na Filosofia Contemporânea*. Jorge Zahar editor, Rio de Janeiro, 2005;
- _____. *Filosofia, Linguagem e Comunicação*. 3.ed. Cortez Editora, 2000.
- _____. Para além da Linguagem: performativos implícitos e atos indiretos In Avzaradel (ed.) *Sobre a Linguagem e o Pensar*. Casa do Psicólogo, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Ed. Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da mulher brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional*. Tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional para obtenção do título de doutora em Direito. 11 de abril de 2012. Mimeo. p. 236.
- NINO, Carlos S. *Introdução à análise do direito*. Martins Fontes, 2010.

- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Ed. Campus/Elsevier, 2012.
- STRUCHINER, Noel. Filosofia da Linguagem. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. Renovar, 2006.
- _____. *Para Falar de Regras: O positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.
- _____. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo Jr. e Barbieri. *Direito e Interpretação*, Saraiva, 2011.
- _____. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- STRUCHINER e SHECAIRA. A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito. In *Revista de Direito do Estado*, ano 7, n°22, 131-145, jan-mar 2012.
- SARMENTO, D. Interpretação constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SARMENTO (coord.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Lúmen Júris, 2009.
- _____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO; SARMENTO (Orgs.) *A Constitucionalização do Direito*. Editora Lumen Juris, 2007.
- STRECK, BARRETO, OLIVEIRA. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 1(2):75-83 jul-dez./2009. p. 7.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, 2006.

Recebido em setembro de 2012

Aprovado em dezembro de 2012