

## À guiza de conclusão: o patriotismo constitucional inclusivo

É fundamental compreendermos que, no contexto brasileiro, o Poder Judiciário tem assumido um papel relevante na efetivação dos valores constitucionais, tendo em vista uma nova configuração impulsionada pelas modificações interpretativas das escolas jurídicas, pelo aprimoramento das instituições judiciárias e, em determinados contextos, uma certa insuficiência das instituições majoritárias na satisfação de demandas sociais específicas vinculadas a grupos estigmatizados. Quando propugnamos uma releitura da concepção habermasiana de patriotismo constitucional à luz da filosofia política de Carlos Santiago Nino, estamos partindo de pressupostos pragmáticos que apontam, em contextos específicos, uma ausência no provimento de determinadas demandas por reconhecimento específicas relativas a determinadas minorias – como transexuais e gestantes de fetos anencéfalos – pelas instâncias deliberativas.

Antes de tudo, é premente elucidar que, sob o ponto de vista fático, muitas vezes, as normas de representação assumem uma perspectiva excludente, sendo indispensável incrementar a representação política de grupos subrepresentados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas.<sup>689</sup> Se os mecanismos das instituições deliberativas funcionam adequadamente, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político majoritário não atende às demandas sociais ou às pretensões normativas de grupos minoritários, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *défi*ct de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso. Entretanto, tal expansão da atividade judicial, como assinalamos, não pode se fundamentar em ontologias que concebem o reconhecimento em termos de depreciação de identidade. O potencial emancipatório das experiências de sofrimento é constitucionalmente incognoscível.

---

<sup>689</sup> YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Desse modo, como investigamos, Taylor salienta o aspecto psicológico do reconhecimento, porquanto a depreciação sistemática suscita efeitos nefastos em relação à autoestima por meio da internalização de imagens autodepreciatórias. Honneth, por sua vez, delinea uma concepção de autonomia que se configura na medida em que os indivíduos têm suas singularidades reconhecidas por seus parceiros de interação social, de forma a combater situações de vulnerabilidade moral inerentes a experiências de sofrimento. Como analisamos, o paradigma da autorrealização não possui recursos teóricos com potencialidade em avaliar as injustiças contemporâneas, sendo incapaz de atender aos desafios propostos pelos novos movimentos sociais.

Assim, enfatizamos que a psicologia moral - delineada por Honneth - distancia-se de políticas estreitas de autenticidade de grupo, capazes de ensejar o fenômeno da reificação identitária, desenvolvendo uma compreensão mais ampla de reconhecimento consubstanciada nas três esferas (do amor, do direito e da solidariedade). Nesse sentido, propugna o status quase antropológico, quase transcendental de desenvolvimento da identidade humana, sustentando que somente um paradigma normativo - capaz de transcender às contingências históricas - pode demonstrar o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, fornecendo o substrato teórico necessário para renovar a Teoria Crítica.

Inobstante, compartilhamos inteiramente com Nikolas Kompridis, a percepção segundo a qual “a reformulação bem intencionada da Teoria Crítica esvaziará, ao invés de renovar o seu conteúdo crítico”.<sup>690</sup> De um lado, a idealização da psicologia moral do sofrimento pré-político não pode ser um referencial teórico capaz de renovar a Teoria Crítica, porquanto as experiências de desrespeito não possuem potencialidade normativa capaz de avaliar a justiça de uma sociedade. De outro lado, como postulamos, a releitura habermasiana relativa à psicologia social de Mead constitui um instrumental teórico bem mais sofisticado do que o desenvolvido por Honneth, tendo em vista sua concepção sobre o desenvolvimento do *self* reflexivo, de forma que tanto individuação quanto socialização são compreendidas como processos comunicativos,

---

<sup>690</sup> KOMPRIDIS, Nikolas. “From Reason to Self-Realization? Axel Honneth and the Ethical Turn in Critical Theory”. In: *Critical Horizons*, vol. 5, n. 1, Acumen Publishing, p. 331.

consubstanciados por meio da interação linguística.

Nesse particular, perspectivas psicológicas não podem se configurar como substratos filosóficos capazes de legitimar formas de ativismo judicial que objetivem a proteção de grupos estigmatizados. Explicitamos ainda a relevância do instrumental teórico delineado por Fraser, como referencial filosófico capaz de legitimar formas de ativismo judicial voltadas para a proteção de grupos minoritários. Em contraposição a filosofias hegelianas, a teórica feminista desenvolve uma estrutura deontológica de justiça, por meio da qual a prioridade do justo sobre o bem estabelece pretensões universais que se opõem a um relativismo ético de visões particulares de mundo. Com efeito, quando afirmamos que o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça têm assumido um papel de destaque na proteção de determinados grupos estigmatizados, concebemos que tal expansão da atuação judicial deve consubstanciar-se - nos termos da teórica feminista Nancy Fraser - como uma força política capaz de eliminar determinados obstáculos institucionais que inviabilizam a denominada “participação paritária” de tais minorias, de forma a rearticular os padrões justos de interação social.

Diante dessa estrutura conceitual e com o intuito de demonstrar a incerteza de ontologias psicológicas, é importante enfatizar a indeterminação do “princípio da anticlassificação”, porquanto, muitas vezes, as Cortes o têm implementado de forma a preservar relações de status. Sublinhamos também que a prova da intenção discriminatória, muitas vezes, demanda juízos complexos e discricionários, razão por que Jack Balkin e Reva Siegel se inserem no movimento do constitucionalismo norte-americano que pretende a defesa do “princípio da antissubordinação”, visando a combater “instituições e práticas que asseguram o status social secundário de grupos historicamente oprimidos.”<sup>691</sup> A dimensão psicológica, portanto, deve ser refutada, não apenas, sob o ponto de vista dos grupos oprimidos, mas também sob a perspectiva dos atos governamentais discriminatórios, focalizando as práticas institucionalizadas que subordinam determinados indivíduos.

---

<sup>691</sup> BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 9.

Assim, percebemos que o Constitucionalismo da Antissubordinação está inexoravelmente relacionado à dimensão institucional do reconhecimento delineada por Fraser, que focaliza os mecanismos institucionais capazes de impedir a participação paritária de determinados grupos. A norma da participação paritária, portanto, requer estruturas sociais que permitam aos cidadãos interagirem como pares, de forma que a eliminação das desigualdades institucionais entre os atores sociais irá viabilizar que estes se tornem membros plenos da sociedade, incrementando tal dimensão participativa

Em face desta leitura, para Fraser, a norma da participação paritária requer pressupostos objetivos e subjetivos. De um lado, a condição objetiva vincula-se à distribuição de recursos materiais que permitam aos participantes uma plena interação na vida social, porquanto determinados mecanismos sociais que institucionalizam a privação econômica, retiram dos indivíduos a possibilidade de interagirem com os outros na vida social. De outro lado, a condição intersubjetiva para a participação paritária relaciona-se à ausência de “normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e qualidades associadas com elas.”<sup>692</sup> Nesse sentido, podemos estabelecer uma conexão entre “Constitucionalismo da Antissubordinação” e o modelo de status desenvolvido por Fraser, uma vez que o Judiciário pode contribuir de forma relevante para a eliminação das estruturas institucionais impeditivas da plena interação dos cidadãos como pares na vida social.

Outrossim, ressaltamos, de um lado, que Habermas e Fraser se aproximam quando apostam no potencial racionalizador do debate, expresso em termos de procedimentos por meio dos quais as pretensões identitárias são tematizadas no espaço público. De outro lado, em relação ao debate Taylor-Habermas, destacamos que, em contraposição à perspectiva habermasiana, a concepção de racionalidade tayloriana assume uma dimensão substantiva, e não procedimental, pois os bens articulados pelo *self* autointerpretativo vinculam-se às práticas culturais de uma comunidade, ou seja, o desvelamento de tais valores pressupõe articulações linguísticas nas quais o sujeito se autocompreende como membro de uma comunidade cultural, ainda que inspirando uma “fusão de horizontes”. Inobstante, argumentamos que a concepção tayloriana de *self* contém recursos

---

<sup>692</sup> *Ibidem*, p. 36.

teóricos valiosos para combater políticas estreitas de autenticidade de grupo, mas percebemos uma ambiguidade marcante no seu instrumental teórico, porquanto a ênfase em uma “pluralidade de fontes morais” e em uma “fusão de horizontes” confronta com a tese principal desenvolvida na “Política de Reconhecimento”, que estimula essencializações identitárias.

Com efeito, elucidamos que, em contraposição a concepções rígidas de um *self* descentrado típico da tradição cartesiana, o autor destaca a existência de uma pluralidade de fontes morais, evidenciando o caráter complexo e multifacetado da identidade. Nesse ponto, a percepção eminentemente dialógica do *self* e a afirmação de uma pluralidade de fontes morais constituem um substrato para combater perspectivas que estimulam a reificação de identidade, mas tal percepção filosófica é enfraquecida na sua concepção acerca da política da diferença, que termina por suscitar a incomunicabilidade e a intolerância. Em Habermas, diferentemente, somente um distanciamento reflexivo em relação aos padrões culturais de uma sociedade pode combater perspectivas estreitas de autenticidade de grupo.

Diante do exposto, mencionamos que Taylor se contrapõe à perspectiva do indivíduo atomizado, ou da razão desarticulada baseada na centralidade da vida individual, porquanto, nesse contexto, o *self* afasta-se de uma visão mais ampla relativa a nossas fontes morais, resultando no esvaziamento do próprio sentido de sua existência. Para o filósofo canadense, a questão fundamental não é impedir que o indivíduo tenha a prerrogativa de perseguir uma concepção de vida boa, mas em realizá-la de maneira articulada, qual seja, transcendendo às questões específicas do “eu”. Honneth, assim como Taylor, opõe-se à perspectiva do indivíduo atomizado e desenvolve uma alternativa filosófica ao modelo liberal, mas conecta a ideia de comunidade democrática com uma perspectiva reflexiva de cooperação comunitária na qual cada indivíduo se insere em um contexto de divisão cooperativa do trabalho e liberdade. Nesse aspecto, compartilhamos as mesmas preocupações teóricas que visam a distanciar-se de perspectivas liberais baseadas em indivíduos atomizados, mas compreendemos que o Judiciário – enquanto instância de representação de minorias – também pode inspirar uma narrativa simbólica fundamental capaz de resguardar um certo universo de autonomia a partir de uma dimensão principiológica, sempre que o processo

político não for receptivo a pretensões normativas relativas a minorias estigmatizadas.

Disso se infere, ao nosso ver, que, de um lado, o modelo procedimentalista de *Verfassungspatriotismus* constitui um substrato filosófico fundamental para combater políticas estreitas de autenticidade de grupo, promovendo a inclusão da diferença cultural em uma cultura política; de outro lado, a sua integração à cultura jurídico-constitucional em uma perspectiva puramente procedimental, por razões pragmáticas (e não teóricas), pode ser incapaz de incrementar uma maior intensidade de proteção judicial da autonomia individual, no que se refere a ideais de excelência e virtude. Como analisamos, Habermas, estabelecendo um nexo entre autonomia pública e privada, considera os direitos fundamentais como um pressuposto constitutivo para um processo de autolegislação, em uma perspectiva instrumental.

Nessa trajetória teórica, tais direitos fundamentais, para o autor alemão, ainda que se consubstanciem como princípios, possuem um sentido deontológico, e não teleológico. Nas palavras de Habermas, “valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim.”<sup>693</sup> Os princípios, portanto, não se confundem com os valores, possuindo um significado absoluto e universal. Para o filósofo, não constitui função do Judiciário aplicar princípios como valores compartilhados, pois tal postura pressupõe uma convergência de autocompreensões éticas. Não seria função do Tribunal Constitucional interpretar princípios como reflexo de valores substantivos, de forma incompatível com uma moralidade pós-convencional. Defende o sentido deontológico de validade das normas e princípios, que são concebidos como comandos, não devendo ser interpretados como valores.

Sob o ponto de vista político, a perspectiva habermasiana estabelece um conjunto de direitos fundamentais que não podem ser objeto de violação pelo processo democrático, legitimando a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional para tutela de tais liberdades. Tal abordagem teórica, entretanto, encontra limites pragmáticos, tendo em vista a sua rejeição à dimensão valorativa

---

<sup>693</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 316.

de interpretação dos princípios constitucionais. É indubitável que o instrumental filosófico de Habermas, teoricamente, possui uma preocupação com a proteção da autonomia privada em sua relação de cooriginalidade com a autonomia pública. Mas, sob o ponto de vista pragmático, muitas vezes, não há como aplicar direitos fundamentais em uma dimensão estritamente deontológica, tornando-se necessário adentrar em um aspecto substantivo e valorativo, a fim de corrigir os desvios do procedimento.

Nessa concepção normativa, tornar-se-à possível incrementar a intensidade de proteção judicial da autonomia privada, recorrendo a uma perspectiva substantiva na proteção de tais direitos fundamentais, que, muitas vezes, necessitam submeter-se a um processo de ponderação principiológica. Consideramos, portanto, que a ética da substância assume relevância não para impor concepções de bem - conduzindo a formas opressivas de comunitarismo - mas para potencializar a intensidade de proteção judicial à autonomia individual, sempre que o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, em uma perspectiva perfeccionista. Sob essa ótica, exemplificamos a ausência de valor epistêmico do processo democrático em certas questões éticas relativas a grupos estigmatizados. Na problemática do transexualismo, tal ausência de valor epistêmico das instâncias deliberativas evidenciou-se nas inúmeras tentativas frustradas de regulamentar legalmente a matéria. O projeto de lei n° 1.909-A, proposto por José Coimbra, embora tenha alcançado aprovação nas duas casas legislativas, terminou por ser vetado pelo ex-presidente Figueiredo. Como analisamos, também foram arquivados os projetos de n° 5.789/85 e n° 3.349/92. Por sua vez, o Projeto de Lei n° 70-B - que pretendia alterar a redação do artigo 58 da Lei no 6.015/73 - embora tenha sido aprovado com emendas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e na Comissão de Seguridade Social e Família, também foi arquivado.

Em relação à antecipação terapêutica de fetos anencéfalos, também citamos inúmeros exemplos de tentativas de regulamentar a matéria que não obtiveram êxito. Os Projetos de Lei n° 4.403/04 e n° 4360/04 tentavam regulamentar a matéria, mas foram arquivados. Embora o deputado Dr. Pinotti tenha apresentado pedido de desarquivamento do Projeto de Lei n° 4.360/04, o mesmo foi indeferido em 21 de Agosto de 2007. Em relação ao projeto n° 4.403/04, o pedido de desarquivamento foi solicitado em 2007, de forma que a

tramitação foi retomada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara. Tais exemplos revelam que, quando maiorias parlamentares com doutrinas abrangentes frustram o valor epistêmico do processo democrático, cabe ao Judiciário corrigir a injustiça do mesmo, concretizando direitos fundamentais de minorias, inclusive em uma perspectiva valorativa e substancialista.

Diante dessa estrutura conceitual, com o intuito de incrementar a intensidade de proteção judicial à autonomia individual, somente uma nova concepção de patriotismo constitucional pode ser capaz de articular a dimensão procedimental e substantiva da Constituição. Assim, a compreensão fundamental, para os nossos propósitos, consiste no fato de que as democracias constitucionais são marcadas por um pluralismo moral, porquanto existe um desacordo razoável acerca de concepções de vida digna, de forma que as diferentes concepções morais devem influenciar nos processos deliberativos de concretização de direitos. No modelo habermasiano, o Legislativo seria a instituição mais adequada para expressar o pluralismo moral que marca as democracias constitucionais, limitando-se o Judiciário à garantia das condições procedimentais que garantam a cooriginalidade entre autonomia pública e privada.

Inobstante, não concordamos com o diagnóstico habermasiano que vincula o substancialismo a uma comunidade ética de valores compartilhados, de forma que a ponderação de princípios seria incompatível com o pluralismo moral das democracias constitucionais. Em determinadas situações estratégicas o Poder Judiciário deve ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas e sem efetiva participação no processo político, resgatando uma certa moralidade crítica relativa à reconstrução das práticas sociais vigentes. Em muitos casos, é necessário adentrar em uma dimensão substantiva, com o intuito de corrigir os desvios do procedimento, resguardando uma esfera de autonomia pessoal em face de eventuais investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares.

Desse modo, quando refletimos sobre a questão da antecipação terapêutica de fetos anencéfalos, transexualismo ou direitos de homossexuais, surge a seguinte questão fundamental: como pensar todas essas transformações do ponto de vista dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento? O modelo ora proposto de patriotismo constitucional propugna uma releitura da versão procedimental habermasiana, apostando no Judiciário como uma instância de representação de minorias, que é capaz de inspirar um novo processo de

articulação da diferença em uma cultura constitucional aberta e inclusiva. Assevero que, no contexto brasileiro, uma perspectiva substancialista – capaz de atribuir ao Judiciário um papel relevante na proteção de minorias estigmatizadas, quando as instituições deliberativas se mostram insensíveis a suas aspirações normativas – pode inspirar uma nova narrativa simbólica, uma identidade constitucional inclusiva.

Nesse cenário, em um Estado pluralista, os argumentos jurídicos utilizados para a análise de problemáticas envolvendo aborto de fetos anencéfalos, transexualismo, e união gay, devem estar baseados em fundamentos de “razões públicas” e não por autocompreensões de mundo particulares, religiosas ou morais, que não constituem substratos filosóficos a serem impostos pelo Estado. Em contextos estratégicos, a arena jurídico-constitucional pode se configurar como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, sobretudo em situações nas quais as instâncias deliberativas não serão capazes de atender às pretensões normativas de grupos minoritários, tal como nas hipóteses que envolveram a discussão sobre a gestação de fetos anencefálicos, e outros casos emblemáticos supracitados. Mas, como pretendemos demonstrar, tal perspectiva teórica não implica o abandono de uma perspectiva procedimentalista, a qual teoricamente também revela um potencial inclusivo. Em verdade, quando as instâncias deliberativas atendem aos anseios de grupos minoritários, a necessidade de intervenção judicial atenua-se, pois, nesse aspecto, o procedimentalismo revelou o seu efetivo conteúdo democrático.

Nessa linha de raciocínio, de um lado, o STJ e STF, diante da inércia das instâncias deliberativas e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político; por outro lado, a Constituição brasileira é eminentemente substantiva, repleta de valores materiais que não se compatibilizam com uma perspectiva estritamente procedimental de interpretação constitucional. Nesse ponto, vale a pena transcrever o posicionamento do Dr. Daniel Sarmiento:

(...) Não é preciso discutir aqui se é viável uma teoria puramente procedimental da Constituição, ou se, ao contrário, qualquer definição sobre o tipo de democracia desejado e seus respectivos pressupostos acaba envolvendo, inexoravelmente, escolhas substantivas. Basta, para nós, constatar que teorias procedimentais não combinam com uma Constituição como a brasileira, que é profundamente substantiva, eis que pródiga na

consagração de valores materiais. Aliás, a aplicação de teorias procedimentais de jurisdição constitucional, no Brasil, implica curioso paradoxo. Estas teorias, como se sabe, buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Contudo – e aí, a suprema contradição - para adotarem esta teoria, os juízes teriam de ignorar as orientações valorativas já contidas na Constituição. (...) <sup>694</sup>

É premente ponderar que, no contexto constitucional brasileiro, diante de um *déficit* de legitimidade do legislativo no provimento de algumas demandas específicas relativas minorias, é necessário apostar no Judiciário como instância argumentativa capaz de resguardar, não apenas, as condições procedimentais inerentes ao jogo democrático, mas também princípios e valores materiais ínsitos ao Estado de Direito, com potencialidade em dinamizar um sentido de patriotismo constitucional. Em face desta leitura, não propugnamos defender um esvaziamento da esfera pública, mas apenas ressaltar que o Judiciário também pode desempenhar um papel fundamental na inspiração de uma identidade constitucional aberta e pluralista. Se a perspectiva puramente procedimentalista é efetivamente inadequada às especificidades da nossa cultura constitucional, resta-nos refletir sobre possibilidade de uma relação fática, mas não-contingente - ignorada por Habermas - entre substancialismo e patriotismo constitucional.

Antes de tudo, é mister lembrar que, por meio de uma reinterpretação da teoria do patriotismo constitucional comprometida com a sua dimensão deliberativa, autores como Cronin, Lacroix e Shabani, enfrentam as críticas formuladas, contra-argumentando que o patriotismo constitucional apenas procura relativizar o nacionalismo, negando as interpretações fundamentalistas de identidade nacional, mas pode se compatibilizar com o respeito às identidades nacionais distintas. Como salienta Lacroix, ao invés de negar a importância das peculiaridades nacionais, um dos objetivos do patriotismo constitucional é promover uma cultura política compartilhada pelo processo de confrontação entre vínculos identitários. Cronin, por sua vez, esclarece que uma identidade coletiva, fundamentada em um projeto constitucional compartilhado, pode conquistar a lealdade dos membros dos diversos subgrupos religiosos e culturais, sem destruir

---

<sup>694</sup> SARMENTO, Daniel. “Legalização do Aborto e Constituição”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48-49.

suas especificidades, por meio de uma cultura política comum que transcenda suas diferenças.

Diante dessa estrutura conceitual, por procedimentos de deliberação discursiva, os cidadãos identificam-se com um projeto constitucional compartilhado, reconhecendo a si próprios como autores e destinatários dos princípios de direitos humanos que a eles se aplicam, o que, por si só, é capaz de suscitar integração social. Na ontologia habermasiana, a deliberação democrática, portanto, seria o meio pelo qual os cidadãos podem construir uma identidade racional coletiva por intermédio da participação em um projeto constitucional democrático, que pode se tornar fonte de formas não fundamentalistas de reconhecimento mútuo e solidariedade entre cidadãos de diversos *backgrounds*, de forma a reconstruir imaginativamente a nação. Inobstante, a realidade brasileira revela, em casos específicos, uma inércia das instituições deliberativas em questões morais, envolvendo direitos de minorias, no que se refere a uniões homoafetivas, transexualismo e aborto de fetos anencéfalos, razão por que o Judiciário tem assumido uma postura mais ativa na concretização de princípios constitucionais, suscitando um sentido de patriotismo constitucional sensível à diferença.

Em face dessa percepção filosófica, como leciona Carlos Santiago Nino, quando o processo deliberativo está desprovido de condições que configurem seu valor epistêmico, torna-se necessário um maior protagonismo do Judiciário, fundado em princípios substantivos para proteção de uma esfera de autonomia pessoal. Em se tratando de minorias estigmatizadas pelo processo político, revela-se legítima uma perspectiva substancialista a fim de proteger tal universo individual, de forma a impedir que maiorias parlamentares imponham concepções abrangentes de bem que frustram as condições de abertura e participação dos afetados. Exemplificamos a ausência de valor epistêmico da deliberação legislativa em relação a certos direitos de minorias sexuais, como, por exemplo, o próprio fato de o PLC nº 122/06, que criminaliza a homofobia, ter sido retirado de pauta das votações devido ao risco de sua não aprovação, em razão das manifestações das frentes parlamentares da Família e Apoio à Vida. O Senador Marcello Crivella, por exemplo, manifestou-se em plenário contra o projeto, argumentando ser o comportamento homossexual claramente antinatural,

legitimando o posicionamento dos religiosos de assumirem posturas contrárias à conduta homossexual.

Ademais, o Projeto de Lei n<sup>o</sup> 70-B, que pretendia alterar a redação do artigo 58 da Lei no 6.015/73, visando a assegurar direitos de transexuais, foi aprovado com emendas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e na Comissão de Seguridade Social e Família, mas terminou por ser arquivado. Em relação à antecipação terapêutica de fetos anencéfalos, destacamos que os Projetos de Lei n<sup>o</sup> 4.403/04, que inseria um inciso ao artigo 128 do Código Penal, e n<sup>o</sup> 4360/04 revelavam a tentativa de regulamentar a matéria, mas foram arquivados. O pedido de desarquivamento do Projeto de Lei n<sup>o</sup> 4.360/04 foi indeferido em 21 de Agosto de 2007. Em relação ao projeto n<sup>o</sup> 4.403/04, o seu pedido de desarquivamento foi solicitado pela deputada Cida Diogo em 2007, de forma que a tramitação foi retomada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara. O atual Projeto de Lei n<sup>o</sup> 183 de 2004, de autoria do Senador Duciomar Costa, que objetiva alterar o artigo 128 do Código Penal, objetivando incluir o aborto de fetos anencéfalos, está sendo analisado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Indubitavelmente, alguns direitos relativos às uniões homoafetivas, como, por exemplo, conferir direitos sucessórios ao convivente, possuem uma relação tão intrínseca com concepções individuais de bem, que sua violação implica a não satisfação de determinados pressupostos que conferem valor epistêmico ao processo democrático, subtraindo dos indivíduos o engajamento em práticas de adesão a um projeto constitucional compartilhado. O método democrático requer a satisfação de determinados pressupostos para possuir valor epistêmico, até mesmo para que os indivíduos se mobilizem em torno de um projeto constitucional democrático capaz de inspirar um sentido de *Verfassungspatriotismus*. Cabe ao Judiciário avaliar o valor epistêmico de determinadas decisões deliberativas que possam restringir direitos relativos a minorias estigmatizadas, na medida em que estas não tiveram possibilidade de influir com argumentos morais no processo político.

Em face desta leitura, não pretendemos negar que as concepções de bem devam ser discutidas intersubjetivamente, porquanto até mesmo para exercemos nossa autonomia privada é necessário um debate racional. O modelo ora proposto, todavia, pretende uma releitura da concepção habermasiana de patriotismo

constitucional, à luz das nossas circunstâncias específicas. Cada indivíduo deve realizar plenamente seu projeto pessoal de vida, de forma a não ser instrumentalizado a um projeto político majoritário; nesse sentido, o processo democrático não possui valor epistêmico para impor ideais de excelência e virtude em relação a determinados indivíduos, que não interfiram na esfera jurídica alheia.

Em vista disso, quando tal situação se efetiva, apenas o Judiciário pode ser capaz de inspirar uma narrativa simbólica sensível a pretensões normativas de grupos minoritários. Somente se resguardando a autonomia privada de minorias estigmatizadas contra possíveis interferências estatais perfeccionistas, tornar-se-à possível suscitar uma efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Indubitavelmente, para a proteção dessa esfera privada, o Judiciário assume um papel primordial: sempre que ausentes as condições de abertura e participação de minorias estigmatizadas, uma atuação judicial substancialista constitui a única forma de corrigir os desvios do procedimento.

Em síntese, por meio de um Judiciário mais atuante na afirmação dos valores materiais da dignidade da pessoa humana e igualdade, os grupos homossexuais vêm avançando na conquista dos seus direitos, inclusive em aspectos que não alcançaram êxito junto às instituições deliberativas. Se, na realidade brasileira, o processo político majoritário não atende às expectativas normativas de minorias, o Judiciário legitima-se na reconstrução do núcleo substantivo da Constituição, de forma a resgatar uma certa moralidade crítica capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes, tendo como parâmetro a Dignidade da Pessoa Humana. O modelo ora proposto de *Verfassungspatriotismus* considera a arena jurídico-constitucional como um cenário simbólico de lutas por reconhecimento, repercutindo nos processos morais pelos quais os indivíduos geram representações de sua identidade, criando expectativas, indignação e construindo pilares de cidadania.

Em relação ao potencial emancipatório do direito, exemplificamos a utilidade da arena jurídica quando colocada a serviço de minorias estigmatizadas e sem voz no processo político, sendo patente o impacto da jurisprudência do STJ e STF em relação a demandas por reconhecimento de grupos minoritários. A repercussão das vitórias judiciais relativas a transexuais e direitos previdenciários das uniões homoafetivas foi capaz de transcender o campo jurídico, na medida em que veio fortalecer a própria identidade e o autorrespeito de minorias

estigmatizadas, suscitando um sentido de patriotismo constitucional sensível à diferença que permite ao indivíduo desenvolver intersubjetivamente sua singularidade em uma cultura político-jurídica aberta e inclusiva.

Inobstante o louvável esforço intelectual de Habermas no sentido de compatibilizar a atuação do Tribunal Constitucional com o princípio da separação de poderes, entendemos que sua compreensão puramente procedimental de democracia, especificamente no contexto brasileiro, enfraquece o potencial democrático e inclusivo do conceito de “patriotismo constitucional”. O legislativo não é a única via capaz de inspirar o *Verfassungspatriotismus*. Nesse sentido, a versão inclusiva de patriotismo constitucional, que pretendemos sustentar para países periféricos de modernidade tardia, pressupõe – diferentemente da perspectiva habermasiana, estritamente procedimentalista – uma metodologia substancialista e principiológica da Constituição, empreendida por um Judiciário que, enquanto instância argumentativa, deve ser capaz de promover os valores constitucionais como pressuposto necessário para a construção de uma identidade consubstanciada no apreço à Constituição.

Sob essa ótica, para Habermas, ao deixar-se conduzir pela realização de valores materiais, dados preliminarmente no Direito Constitucional, o Tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária. Todavia, a compreensão meramente procedimental na cultura política brasileira, em casos específicos, pode ser incapaz de suscitar engajamento emotivo dos cidadãos ao ideário constitucional, consagrando apenas a atuação do Judiciário na tutela das condições procedimentais democráticas. Inversamente, um incremento da atuação do Judiciário, fundamentado em uma principiologia constitucional, também pressupõe a construção, no imaginário nacional, de uma nova forma de identidade constitucional, pluralista e integradora, capaz de aglutinar a sociedade brasileira em torno da tarefa de construir uma cultura política democrática. Nessa perspectiva, embora na teoria habermasiana se possa constatar uma conexão teórica entre procedimentalismo e patriotismo constitucional, especificamente na cultura democrática brasileira, há uma relação fática, mas não contingente, entre substancialismo e *Verfassungspatriotismus*.

Outrossim, postula Habermas que a Constituição possui uma sensibilidade inclusiva para as diferenças culturais, desde que estas estejam integradas em uma cultura política comum. Desse modo, na ontologia habermasiana, a única

maneira de permitir-se o reconhecimento da diferença seria promover uma cultura político-constitucional aberta e inclusiva capaz de ajustar o universalismo dos princípios ao particularismo das identidades e uniões. A questão fundamental é: como dinamizar tal sensibilidade constitucional inclusiva em relação à diversidade em uma democracia constitucional marcada por um *déficit* de legitimidade das instituições majoritárias no provimento de determinadas pretensões normativas - de natureza privada - vinculadas a minorias estigmatizadas? Como motivar os cidadãos a se engajarem em um projeto constitucional democrático quando ausentes os pressupostos de participação de grupos minoritários?

Diante do exposto, não pretendemos afirmar que o Judiciário, em uma perspectiva principiológica e argumentativa, seja a única instituição capaz de suscitar um sentido de patriotismo constitucional, mas ressaltar que, na nossa realidade democrática singular, tal instância argumentativa desempenha também um importante papel na promoção de uma identidade constitucional integradora capaz de alcançar os corações dos cidadãos. Todavia, entendemos ser fundamental para a construção de uma percepção de patriotismo constitucional capaz de ensejar o envolvimento emotivo dos cidadãos, um Poder Judiciário mais atuante na promoção dos valores constitucionais, razão por que a perspectiva puramente procedimentalista, aplicada a questões éticas inerentes a minorias, revela-se inaplicável em relação às especificidades de nossa cultura jurídico-política.

Com efeito, a realidade brasileira demonstra que nem sempre o processo político majoritário atende às expectativas normativas de minorias estigmatizadas como transexuais, homossexuais e gestantes de fetos anencéfalos, o que legitima um maior protagonismo do judiciário por meio de argumentos jurídicos racionais, quando seja o caso. Sublinhamos que uma perspectiva substancialista - que tem como paradigma os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade - pode potencializar uma sensibilidade constitucional inclusiva em relação a liames identitários, sem conduzir a uma perspectiva capaz de ensejar uma reificação das identidades coletivas, tão criticada por Nancy Fraser. Uma hermenêutica constitucional alicerçada nos referidos princípios constitucionais pode ser o catalisador de uma cultura constitucional integradora e

de um processo complexo de articulação da diferença que conduz a formas não fundamentalistas de reconhecimento mútuo.

Nesse quadro teórico, propugnamos um “patriotismo constitucional inclusivo”, capaz de reforçar a identidade nacional brasileira, pela confiança na capacidade de que a Constituição e um Poder Judiciário atuante na concretização dos princípios constitucionais, possam atender às demandas por reconhecimento de grupos minoritários e socialmente marginalizados. É necessário construir uma identidade coletiva consubstanciada no apreço à Constituição como pressuposto ideológico capaz de suscitar uma perspectiva jurisdicional argumentativa na afirmação da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse aspecto, imprescindível faz-se forjar uma identidade constitucional aberta e inclusiva por meio de uma atuação judicial capaz de resgatar a dimensão procedimental e substantiva da Constituição, sem a qual não há que se falar em envolvimento emotivo dos cidadãos em relação ao ideário constitucional. Tal dimensão psíquica do reconhecimento constitucional é potencializada por um aparato hermenêutico-argumentativo capaz de concretizar o conteúdo emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*.

Disso se infere, ao nosso ver, que a integração do conceito de patriotismo constitucional à cultura política brasileira, não pode ignorar o paradigma de democracia substancialista próprio do Neoconstitucionalismo, sob pena de transformar-se em uma teoria vazia e abstrata, como defendem alguns críticos. A concepção inclusiva de patriotismo constitucional poderia transformar o imaginário coletivo, suscitando admiração e respeito à Constituição pela comunidade de intérpretes e por um Judiciário atuante e efetivo na concretização das condições procedimentais inerentes à democracia e dos princípios constitucionais ínsitos ao Estado de Direito. Essa nova narrativa simbólica - capaz de transformar a imaginação política de uma sociedade - será o substrato para um maior protagonismo do Judiciário na proteção e concretização de uma esfera de autonomia moral.