

Julgamento da ADPF nº 132

Análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO
RAFAEL SIQUEIRA DE GUIMARÃES
CIRO ANTONIO DAS MERCÊS CARVALHO

Resumo: A pesquisa abordou o perfil teórico-epistemológico do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 pela Suprema Corte brasileira, à luz das teorias do ativismo judicial, de Garapon e Dworkin, e da hermenêutica de matriz fenomenológica, de Heidegger e Gadamer. A hipótese inicial era que a análise hermenêutica do discurso do voto do ministro relator e daqueles que o seguiram demonstraria influência do ativismo judicial hermenêutico de Dworkin e da hermenêutica filosófica heideggeriana de Gadamer. Na análise do julgamento, recorreu-se também aos conceitos de desterritorialização (Deleuze; Guatarri) e de regime de verdades estabelecidas (Foucault). O método foi o hermenêutico-fenomenológico, e a técnica, a pesquisa documental, com análise qualitativa dos autos do julgamento disponíveis no site do STF, e pesquisa bibliográfica do marco teórico. O estudo confirmou a hipótese de trabalho: a influência do ativismo judicial de Dworkin e o perfil teórico ativista de teor hermenêutico e fundo fenomenológico presente no julgamento da ADPF nº 132, embora não se encontre nele uma reflexão ou coesão epistemológica comprobatória.

Palavras-chave: Hermenêutica. Fenomenologia. Uniões homoafetivas.

Introdução

Recebido em 16/6/17
Aprovado em 10/07/17

A preocupação com a regulação das uniões homoafetivas integra a agenda do pensamento jurídico mundial há anos. Inquietantes deba-

tes e regulamentações jurídico-legislativas que envolvem a homoafetividade marcam a ininterrupta luta por direitos da humanidade. Hoje, países como Espanha, Holanda, Argentina, África do Sul e Irlanda, entre outros, já permitem juridicamente uniões homoafetivas. Deixaram, portanto, de ignorar seus vínculos afetivos. Dessa forma, aos poucos, a homoafetividade vem conquistando seu espaço com visibilidade social e jurídica.

No Brasil, decisões de primeiro grau e de tribunais superiores concederam direitos a companheiros homoafetivos, como o de partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda e a alimentos. Esses são, predominantemente, direitos patrimoniais. Entretanto, havia o vazio legislativo somado à ausência de uma decisão judicial da Corte máxima, com eficácia vinculante e conformadora. Assunto tão relevante para o exercício de direitos que concernem à personalidade e à intimidade, não raro provocavam decisões conflitantes, incerteza jurídica e lesão a direitos fundamentais.

Essa situação fez o Poder Judiciário, diante da omissão do Legislativo na matéria, fazer valer os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, entre outros, e dar provimento à ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), conforme se verá em tópico específico. Por essa decisão e por outras em que efetivou direitos de minorias,¹ foi acusado – algumas vezes em tom depreciativo – de praticar o ativismo judicial. Em verdade, parte dessas acusações revela uma compreensão equivocada do ativismo judicial, como se ele fosse ilimitado ou arbitrário.

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), por meio de desvelamentos hermenêuticos, salvaguardou os direitos fundamentais de inúmeros sujeitos homoafetivos, pessoas humanas detentoras de dignidade e merecedoras de consideração e respeito, para utilizarmos a expressão de Dworkin. Construiu, assim, hermenêutica e jurisprudencialmente, um marco na concreção dos direitos de pessoas homoafetivas no país, criando mutações e inovações no ordenamento posto. Colocou, ademais, em discussão o significado e as possibilidades do texto constitucional, diante da tradição e da comunidade de intérpretes.

Daí o interesse deste trabalho em analisar o julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) por meio de um diálogo entre a fenomenolo-

¹ Entendemos minorias como grupos marginalizados historicamente dentro de uma sociedade devido a aspectos econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos. A respeito de julgamentos que atribuíram direitos a minorias, a título de exemplo, veja-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 186 – cotas raciais em universidades públicas (BRASIL, 2012b), de abril de 2012.

gia hermenêutica de matriz heideggeriana (Heidegger e Gadamer) e o marco teórico do ativismo judicial (Ronald Dworkin e Antoine Garapon). A hipótese de trabalho, confirmada com ressalva, era que a análise hermenêutica do voto do ministro relator e daqueles que o seguiram na decisão plenária demonstraria forte influência do ativismo judicial hermenêutico de Ronald Dworkin e da hermenêutica filosófica de Gadamer, de matriz heideggeriana. No percurso da pesquisa também se recorreu aos conceitos de desterritorialização (Deleuze) e de regime de verdade (Foucault).

O método empregado, em sentido amplo ou epistemológico, foi o hermenêutico-fenomenológico. Quanto à técnica, foi a pesquisa documental, com análise qualitativa do julgamento mencionado, em consulta aos autos disponíveis no *site* do Supremo Tribunal Federal, e a pesquisa bibliográfica, na consulta do marco teórico selecionado. A pesquisa se justificou porque, além da ADPF ser uma recente criação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tem comprovado sua abertura e potencial para efetivar direitos fundamentais, o que pode ser comprovado nas ADPF nºs 54 – aborto de feto anencéfalo (BRASIL, 2012a), 132 – casamento homoafetivo (BRASIL, 2011) e 186 – cotas raciais em universidades públicas (BRASIL, 2012b).

Para atingir o objetivo proposto, será necessário, prévia e brevemente, delinear a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; narrar o suporte fático e jurídico da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011); discutir alguns conceitos da hermenêutica de matriz fenomenológica e do ativismo judicial e suas relações com a criação do Direito; refletir sobre a análise de Antoine Garapon do ativismo judicial e o esvaziamento da instituição política. Em Ronald Dworkin se encontrará uma excelente discussão acerca do papel do Judiciário

diante do que ele denomina, consagradamente, questões de princípios. Postos esses aportes teóricos, será feita a análise hermenêutica do voto do ministro relator Ayres Britto e de outros ministros que o seguiram.

1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF é uma criação do direito brasileiro. Introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988), não tem semelhante nas constituições ou na legislação pátria anterior. Segundo Cunha Júnior (2016), o *Verfassungsbeschwerde*, previsto na Lei Fundamental da Alemanha, segundo o qual cabe ao Tribunal Constitucional Federal Alemão decidir recursos interpostos constitucionalmente por qualquer cidadão em caso de direitos fundamentais ofendidos, pode ter inspirado o constituinte brasileiro. Porém, percebemos que, no caso da ADPF, a proteção dos preceitos fundamentais vai além dos direitos fundamentais (e, naturalmente, das normas constitucionais definidoras desses direitos) para abranger os preceitos fundamentais.

Segundo consenso doutrinário,² entendem-se por preceito fundamental os princípios fundamentais (artigos 1º ao 4º da CRFB); os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana, expressos ou não no título II, devido à abertura proporcionada pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CRFB; o que a doutrina convencionou chamar de princípios constitucionais sensíveis, constan-

² Por todos, ver Cunha Júnior (2016).

tes no artigo 34, inciso VII da CRFB:³ e as limitações materiais ao poder de reforma constitucional explícitas do artigo 60, parágrafo 4º,⁴ também da CRFB, bem como as vedações implícitas.⁵

O conceito de descumprimento para efeito da ADPF é trazido pela Lei nº 9.882 (BRASIL, 1999), que regulamenta essa ação constitucional. A esse respeito, elucida Cunha Júnior (2016): descumprimentos são todos os atos e omissões do poder público, normativos ou não, que sejam resultado do desenvolvimento, expedição ou prática de uma lei ou ato normativo, bem como de decisões judiciais provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas ou jurídicas privadas que desconsiderem ou violem, direta ou indiretamente, preceito constitucional fundamental.

Em fevereiro de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). A autoria foi do então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pleiteou a extensão de direitos de união estável aos funcionários públicos homoafetivos do estado. A referida ADPF arguiu que o não reconhecimento da união homoafetiva como união estável (uma omissão) violaria os direitos fundamentais concernentes ao direito à isonomia e à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade e no princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana. A ação pedia a equiparação da união estável de casais homoafetivos à dos heteroafetivos (BRASIL, 2011).

³ A forma republicana, o sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

⁴ Vedação de reforma à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes; aos direitos e garantias individuais.

⁵ A impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder constituinte derivado reformador.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) entrou com pedido de interpretação do artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) conforme a CRFB, para que se reconhecesse sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002). A Procuradoria-Geral da República buscou a interpretação desse dispositivo do Código Civil conforme a CRFB, sustentando que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar feriria os princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º), da vedação de discriminação odiosa (art. 3º, V), da liberdade (art. 5º) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º) (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que, segundo Barroso (2009), a interpretação conforme a Constituição é a opção por uma interpretação da norma que se mantenha em harmonia com a Lei Maior, em meio a outras possibilidades interpretativas aceitáveis. Essa interpretação encontrará um sentido que não o mais evidentemente encontrado na leitura da lei. Dessa forma, outras interpretações possíveis são eliminadas para não contrastar com a Constituição. Assim, a interpretação conforme a Constituição não é conceito meramente instrumental, mas um mecanismo de controle de constitucionalidade em que se declara ilegítima outra leitura da norma.

Essa foi uma ADPF que mobilizou a sociedade. Antes do voto do ministro Ayres Britto, relator do processo, houve manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), Procuradoria-Geral da República (PGR) e de

entidades e personalidades representativas LGBT, como o deputado federal pelo Partido Socialismo e Liberdade, Jean Wyllys, e, entre outras, da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT), pela procedência da ação.

Em seguida, manifestaram-se contra o pedido, entre outras entidades, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks, tratada pelo nome de “Antiga e Iluminada Sociedade Barksiana”, que se tornou conhecida por, em 2010, tentar modificar a Lei Áurea para indenizar antigos proprietários de escravos.

A Associação Eduardo Banks trouxe argumentos com fundamentos incomuns para defender a improcedência da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Sustentou que havia uma espécie de desvio moral e que não bastava reconhecê-lo, mas seria preciso aplicar “a força do Judiciário contra a nítida decadência da família, arredando o caos instalado”. E encerrou dizendo que se forem acolhidas as ações, “o Brasil terá entrado no infame grêmio daquelas nações que, como Roma e Sodoma, foram varridas com a poeira dos séculos junto com seus povos que institucionalizaram a torpeza e o despudor – e que se reduziram a ser nada (*nihil*)” (BRASIL, 2011).

A CNBB, por sua vez, alegou que a CRFB não prevê uniões homoafetivas, e sim união estável entre homem e mulher, ou seja, haveria uma limitação expressa à união entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, de acordo com a CNBB, não se tratava de uma lacuna constitucional. Por esse viés, não seria competência do Judiciário, mas sim do Legislativo alterar o correspondente dispositivo constitucional (BRASIL, 2011).

Em maio de 2011, a Corte Suprema julgou a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) e discutiu a concessão de igualdade entre a união estável entre

pessoas do mesmo sexo e a entidade familiar, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil quando preenchidos os requisitos necessários àquela: “a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002). Realizou, assim, a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição e, numa decisão ousada, deu nova interpretação ao artigo 226 da CRFB.

1.1. Relações de gênero, sexualidades e interdição

Ao tratar da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), não se pode deixar de lado a questão da sexualidade. Se há um campo em que as práticas discursivas são controladas, selecionadas, organizadas e redistribuídas, esse campo é o da sexualidade, como dito por Foucault (2009). Nos seus estudos, o francês analisa que, nas sociedades cristãs ocidentais, é evidente o processo de exclusão discursiva de certos assuntos tidos como tabus. “Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que não é qualquer um, enfim, que pode falar de qualquer coisa” (FOUCAULT, 2009, p. 9).

Quanto à falta de permissão para tratar de certos assuntos, Foucault (2009) trabalha o conceito de interdição. Mesmo nos discursos aparentemente inofensivos e dentro dos padrões morais aceitos, há interdições a determinadas temáticas. Essas interdições têm “ligação com o desejo e o poder” presentes nas enunciações. Isso porque o discurso é, além de um espaço de luta, o âmbito em que os sistemas manifestam sua dominação e despertam o desejo de obtenção do poder (FOUCAULT, 2009, p. 10). Por isso, tratar de determinados assuntos pode causar desafetos e conflitos que afastam o enunciador do padrão discursivo

dominante e, por conseguinte, interdita-lo, ou seja, afastá-lo da aceitação coletiva e do poder.

Nesse sentido, segundo Foucault (2009), os detentores do poder – que são as instituições religiosas, midiáticas, políticas, a família etc. – são responsáveis pelo que se pode chamar de produção de “verdades” discursivas. Essa produção se oculta nas relações de poder e se revela nas relações fáticas e reais de dominação do dia a dia. Está presente, inclusive, de forma ampla, nas estruturas econômicas e estatais, bem como nas pequenas relações cotidianas entre os indivíduos de uma sociedade.

Mesmo no século XXI, as sociedades ocidentais, inclusive as instituições seculares do Estado, ainda mantêm os debates sobre sexualidade cercados de interdições, e a influência bíblica continua enraizada nos sistemas jurídicos. Uma das mais contundentes é a interdição moral e religiosa da homoafetividade. Tradicionalmente vista como desvio de conduta, foi tão fortemente coibida pela coletividade, que chegou a ser considerada uma doença. Apenas em 17 de maio de 1990, a Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais (Classificação Internacional de Doenças, CID) e, nessa data, passou a ser celebrado o Dia Internacional contra a Homofobia. Em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar a discriminação contra homossexuais uma violação aos direitos humanos (LEITE JUNIOR; NASCIMENTO, 2012).

Até no Poder Legislativo, um dos âmbitos políticos mais representativos dos estados democráticos, ainda hoje, tratar da homoafetividade pode gerar atritos internos entre parlamentares ou entre parlamentares e setores mais conservadores da sociedade. É, pois, pertinente a crítica de Dias (2012), jurista especializada em direitos homoafetivos, quando

diz que “diante da postura omissiva e complacente da sociedade, os legisladores, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, impedem a aprovação de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas”. A jurista afirma ainda que o Brasil é o país que registra o maior número de crimes relacionados à homofobia, que os legisladores insistem em não ver, pois não existem estatísticas oficiais.

Não por acaso, os direitos assegurados aos casais homoafetivos pela decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) encontram-se ameaçados pelo projeto de Lei nº 6.583 (BRASIL, 2013), conhecido como Estatuto da Família. Para o dispositivo, já aprovado em comissão especial da Câmara dos Deputados, “a entidade familiar é formada a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. [...] O deputado Flavinho (PSB-SP) afirmou que ‘Estamos defendendo de fato o que é família’. Já o deputado Ezequiel Teixeira (SD-RJ) acredita que ‘os novos arranjos familiares são verdadeiros desarranjos’ e que é preciso ‘salvaguardar o País da anarquia’” (HAJE, 2015). Daí a necessidade imperiosa de se conhecer a densidade hermenêutica da decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) e a disputa pela construção das noções de gênero e sexualidade.

O conceito de heterossexualidade compulsória proposto por Butler (2003) nos auxilia a compreender a recusa social de outras vivências de gênero e de sexualidade, já que “A instituição de uma heterossexualidade compulsória e naturalizada exige e regula o gênero como uma relação binária em que o termo masculino diferencia-se do termo feminino, realizando-se esta diferenciação por meio das práticas do desejo heterossexual” (BUTLER, 2003, p. 53).

Apoiada na compreensão genealógica de Foucault, que propõe a lógica do dispositivo da sexualidade, cujo “poder sobre o sexo se exerceria do mesmo modo em todos os níveis” (FOUCAULT, 1998, p. 92), Butler explica que só se pode discutir essa matéria a partir da ordem do “sexo”, e não do “gênero”: a transfobia ainda não foi devidamente tratada pelos regimes jurídicos e pelos regimes de saúde e despatologizada, ao passo que a homossexualidade já pode ser defendida dentro dos padrões performativos (BUTLER, 2003) mais próximos aos da normalidade, mesmo que o desejo sexual seja um desvio da norma.

2. A hermenêutica de matriz fenomenológica e a criação do Direito

Antes da análise específica do julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), é preciso demonstrar como a interpretação que se deu nesse julgamento se alinha à noção de desvelamento. Para Heidegger (2006), o desvelamento traz possibilidades de revelação dos múltiplos entes existentes e concretos, bem como interpretações, as quais não se confundem entre si. O desvelamento é, pois, uma entre as diversas possibilidades de verdade e interpretação que se apresentam para o intérprete. É como se a verdade fosse, em termos heideggerianos, uma clareira que se abre para o intérprete em meio a várias outras possibilidades que se ocultam.

Quanto às possibilidades de verdade, apropriamo-nos da desconstrução que a fenomenologia heideggeriana opera. A verdade observada pelo viés da tradição filosófica como representação de um mundo, da qual o Direito e a interpretação jurídica tradicional resistem em se libertar, tem como centro a consciência de um sujeito pensante, tomado em sentido transcendental ou em termos metafísicos. Heidegger (1989) denuncia o fim dessa perspectiva. O filósofo, em *Ser e tempo* (HEIDEGGER, 2006), propõe a finitude, a precariedade, o desvelamento dos entes (*Dasein*). Entes são cada um dos múltiplos seres existentes e concretos da realidade circundante que não se confundem com o ser em si (*Sein*). Os entes estão no mundo e se apresentam como uma das possibilidades de verdade que a clareira proporciona na sua abertura para o intérprete, enquanto outras possibilidades se ocultam. O ser – portanto, a verdade – que se mostra em uma de suas possibilidades também se oculta.

A esse respeito e munido dessas premissas, Carneiro (2009) busca elucidar o círculo hermenêutico heidegger/gadameriano no Direito. Um círculo que é ontológico, não instrumental. Essa é a lei básica de compreensão e conhecimento para encontrar o espírito do todo no par-

ticular e o particular através do todo. Assim, é preciso questionar-se de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular (sujeito-sujeito, não mais sujeito-objeto). Embora, no Direito, tentemos lidar com sentidos instrumentais a todo tempo, quando lançados no mundo, alienamo-nos da dimensão hermenêutica da compreensão, embora ela seja inexorável. Por isso, Carneiro afirma que

somos a decaída em um mundo dos entes. Estamos em meio às coisas, aos utensílios que utilizamos cotidianamente. O significado desses instrumentos é a referência de sentido de que nos valem no cotidiano. Não nos perguntamos pelo ser desses entes em sua totalidade, mas apenas sobre essa forma especial de ser que é a instrumentalidade. Vivemos alienados em nossas atividades do dia a dia e não refletimos sobre as mudanças no mundo. Na mundanidade do mundo dos entes deixamos de perceber que o tempo já passou e que o sentido das coisas já é outro (CARNEIRO, 2009, p. 67).

O Legislativo brasileiro, talvez por ter deixado de refletir sobre “as mudanças do mundo” – especificamente, no caso do tema da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), as uniões homoafetivas –, alienado no cotidiano, instrumentalizado na referência de sentido, esqueceu-se de se perguntar sobre a totalidade da união – não que a totalidade seja alcançável, mas a pergunta é necessária para o projeto. Da mundanidade do mundo de intérpretes, o Judiciário entrou no círculo hermenêutico para, na sua atuação, desvelar uma possibilidade de sentido, um sentido novo, para desafiar a referência de sentido estabelecida e salvaguardar direitos que há muito clamavam por tutela. Por isso é de bom proveito citar um dos trechos do voto do Ministro Ayres Britto em que aborda a interpretação do termo “família” na ADPF nº 132:

Assim interpretando por forma *não reducionista* o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico* (BRASIL, 2011, p. 42, grifos do autor).

Nesse desvelamento de novas possibilidades de sentidos, acreditamos, com Gadamer (2015)⁶, que o intérprete está, ludicamente, num jogo, que é o modo de ser no qual o Dasein se mantém suspenso sem

⁶É importante ressaltar que Gadamer desenvolveu o conceito de jogo voltado para o campo da estética.

que desapareçam todas as suas finalidades lúdicas ou competitivas enquanto os jogadores estão inseridos. O jogo é movimento e jogador (intérprete). Assim se constitui, nessa experiência, o seguinte: “o movimento que é o jogo não possui nenhum alvo em que termine, mas renova-se em constante repetição” (GADAMER, 2015, p. 156). Aquele que joga entra no jogo ao mesmo tempo em que o jogo se assenhora do jogador: “todo jogador é um ser jogado” (GADAMER, 2015, p. 160). O sujeito desvelador de sentidos, no que toca ao nosso recorte, o julgador, está lançado num jogo lúdico de mundanidade, embora se afaste dessa mundanidade quando atrelado às interpretações cristalizadas do cotidiano. Essas noções desconstroem e elucidam a compreensão das “verdades” no Direito. Na citação acima, da lavra do Ministro Ayres Britto, é possível perceber o que se poderia chamar de sua inserção no jogo. O mesmo se observa na passagem a seguir:

o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. *Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos.* (BRASIL, 2011, p. 42-43, grifo nosso).

Mas o Direito, como discurso⁷ decisório, não admite, pelo menos não confessadamente, jogos lúdicos. O discurso jurídico decisório produz consensos fictícios, com base em verdades possíveis e provisórias, apesar de sua pretensão de estabilidade para garantir a segurança jurídica.

A pretensão de estabilidade e segurança do Direito lida com as referências de sentido do cotidiano, com as reduções de complexidade que o afastam da totalidade na medida em que busca se manter estável. Nesse ponto, cabe a referência a outro conceito elucidativo: o de território (DELEUZE; GUATTARI, 1997). O território é onde os intérpretes se deparam com o mundo, é o campo de trabalho no qual o intérprete

⁷Tomemos discurso como o conjunto de enunciados que se correlacionam na mesma formação discursiva (jurídica, no caso). Como nos informa Foucault, o discurso é “Um conjunto de regras anônimas, históricas sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram em uma dada época, e para uma área social, econômica, geográfica, ou linguística dada, as condições de exercício da função enunciativa” (FOUCAULT, 2009, p. 132-133).

está inserido e ao qual está, ao mesmo tempo, adaptado. Entretanto, os inevitáveis movimentos criativos e interpretativos dão novos contornos e possibilitam novas dobras.

No Direito, as interpretações não se repetem como modelos, mas como campo que permite a improvisação, não só pelas analogias, mas pelos novos territórios que o “jogar-se no mundo” permite. As formações discursivas criam novos territórios, e a prática dos intérpretes se configura como criações no sentido *delleuziano*.

O tempo passa e, na mundanidade do mundo dos entes e dos entes dadores de sentido, os entes reclamam novas possibilidades de sentidos. O círculo põe-se em movimento, o ente dador de sentido entra no jogo. Ao desvelar novos sentidos, ele sai do território; o dador de sentido desterritorializa-se. Os juristas/intérpretes, ao se depararem com o mundo, veem-se obrigados, se não ao abandono total do território, a um novo encontro com o mundo. Nesse movimento, as verdades são colocadas em xeque, produzem-se novas interpretações, desvelam-se novas possibilidades de sentidos. Simultaneamente, os movimentos de territorialização e desterritorialização se interpenetram. Esse foi, como se verá mais à frente, o movimento presente no julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Para verificar essa presença fenomenológica hermenêutica e esse movimento de territorialização e desterritorialização, há que se observar o discurso desse julgamento.

3. O esvaziamento da instituição política em Antoine Garapon

Para tratar do processo de criação de sentidos pelo Poder Judiciário em temas ou territórios tão bem marcados – e por vezes inter-

ditados – pelos valores da moralidade social dominante, são salutares as advertências de Garapon (2001). Para ele, o incremento do protagonismo judicial na definição de sentidos se deve ao esvaziamento da política. Os juízes se converteriam em guardiões da moral pública na medida em que “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior” (GARAPON, 2001, p. 27). A carência de identidade das instâncias políticas democráticas levaria o indivíduo a buscar cada vez mais o Judiciário para a defesa dos interesses, havendo o risco de os juízes se tornarem “novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito” (GARAPON, 2001, p. 62). Os juízes se converteriam no recurso de sustentação contra o desmoronamento das sociedades democráticas que já não conseguem lidar com as complexidades que elas próprias criaram (GARAPON, 2001, p. 26-27).

Segundo o autor, nesse processo, as elites políticas republicanas não cumpriram mais o dever de proteger a moral e a justiça, e o Judiciário se tornaria mais importante, o último suspiro de desejo democrático. Nesse contexto, o ativismo judiciário representa não “uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, uma transformação da democracia” (GARAPON, 2001, p. 39). O perigo que surge, nessa senda, é que, confrontados com uma nova expectativa política, os juízes alcem grande popularidade e se sagrem como heróis. Isso resultaria no aspecto negativo do ativismo judicial, sobretudo na relação deletéria entre Justiça e mídia, além da pernicioso quebra do papel simbólico da Justiça, que veicula a sua autoridade.

As advertências de Garapon quanto ao perigo do ativismo são pertinentes para refle-

xão, mas não são suficientes como pretensão de impedi-lo. Como reconhece o próprio autor, trata-se de uma mudança no próprio funcionamento contemporâneo da democracia. Portanto, melhor do que negar esse fenômeno é estar atento a ele. Até porque o esvaziamento da arena política na contemporaneidade se deve também, a nosso ver, à impossibilidade de manutenção de um virtuosismo republicano clássico em sociedades complexas, assimétricas, desiguais, que se pretendam inclusivas e não elitistas.

As observações de Garapon se aplicam ao julgamento em comento. Diante da ineficiência da instituição política refletida no silêncio legislativo acerca das uniões homoafetivas, a demanda chegou ao Judiciário por meio da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Tal como preconizado por Garapon (2001), o Ministro relator Ayres Britto foi instado a dar uma interpretação política para a ADPF nº 132, de modo a efetivar, judicialmente, com base em princípios constitucionais (portanto, valores constitucionalizados) os interesses dos casais homoafetivos, diante da ausência legislativa. No voto do ministro relator, há o reconhecimento da orientação sexual homoafetiva como “direta emanção do princípio da *dignidade* da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De *autoestima* no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente *caminho da felicidade*” (BRASIL, 2011, p. 31, grifos nossos).

Um país com tamanha pluralidade religiosa e cultural como o Brasil tem, ainda assim, um Legislativo conservador e heteronormativo quanto à criação e aprovação de novas leis infraconstitucionais. Daí a necessidade de os sujeitos homoafetivos, tal como preconizado por Garapon (2001), buscarem representatividade e o cumprimento das promessas

constitucionais no Judiciário, o “Guardião da Democracia”. Nota-se, no voto em análise, o relator se debruçar sobre o silêncio normativo constitucional diante da homoafetividade para, em interpretação ativista e criativa, firmar a inviolabilidade da sexualidade e da intimidade.

Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’ (BRASIL, 2011, p. 32).

Aqui se faz pertinente menção a Garapon (2001) quando diz que o Direito não está mais disponível para o povo por meio de seus representantes democráticos. Os representantes do povo têm que dividir a soberania do direito com os juízes que, de forma ativista, o sancionam por meio de interpretações, as quais buscam conformidade com os textos legislativos básicos para que sejam acolhidas pela ordem jurídica. Segundo o autor, quando as instituições democráticas clássicas vão mal, tanto por desinteresse quanto pela perda do “espírito público”, busca-se num terceiro imparcial (o juiz) uma decisão política que forneça uma decisão simbólica para preencher o vazio representativo.

Quanto aos riscos do ativismo judiciário na realidade do Direito, o autor alerta para o simbolismo e as mistificações que se buscam nos guardiões da democracia. Como, na prática, os juízes gozam de irresponsabilidade política, corre-se o risco de que sejam acometidos pela

tentação excessiva de acesso à verdade a qualquer custo. Com o auxílio da legitimação e da construção de narrativas pela mídia, os juízes podem tornar-se uma espécie de “anjos da democracia” que, apesar do nome, teriam um *status* demasiado privilegiado e acabariam por tomar decisões comparáveis àquelas tomadas por um soberano ou por um líder oligárquico. Acreditamos que Garapon (2001) identificou uma junção realmente perigosa que não é intrínseca ao funcionamento do ativismo judicial, mas pode consolidar, se baseada na compreensão equivocada e quase metafísica de verdade, uma ideia errônea de justiça moral e coletiva que reforça ideias de impunidade ou de justiça com as próprias mãos sob a justificativa de uma legitimidade popular aferida midiaticamente.

Garapon (2001) diria que, em sociedades ainda perdidas em suas mudanças, subitamente plurais e globalizadas, atribuir novamente identidade às pessoas deve ser uma prioridade política. Ademais, que a justiça deve manter-se como instância simbólica da democracia, com seus ritos legitimadores e afastada de glamorizações midiáticas. Para nós, é instância da democracia a criação hermenêutica de sentido no âmbito do Judiciário por meio de um ativismo responsável, no qual o simbólico e os ritos legitimadores continuam sendo imprescindíveis, apesar de insuficientes, porque insuficientes os procedimentos por si sós, assim como equivocada a verdade transcendental. Para evitar o ativismo judicial equivocado, ao qual Garapon se refere, sem densidade e vigilância hermenêutica, é-nos útil a teoria de Ronald Dworkin, de matriz gadameriana.

4. Ronald Dworkin e o papel do Judiciário

Para Ronald Dworkin, a decisão judicial adequada a um caso concreto é aquela que se justifica numa teoria política que sirva de parâmetro para futuras decisões. Nas palavras do autor, os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2007, p. 129). Em casos difíceis e complexos, afirma o jurista norte-americano que o juiz usará a compreensão e os juízos que desenvolveu ao longo de toda sua carreira em vez de expô-los em um julgamento arbitrário. Percebe-se aqui uma correlação entre o pensamento de Dworkin e a categoria de tradição, em Heidegger e Gadamer.

Dworkin também traz o conceito de jogo para o âmbito da decisão judicial. O Judiciário, instituição consolidada e autônoma, equivale ao árbitro. Os participantes do jogo terão direitos institucionais de acordo com regras precisas e pré-estabelecidas, próprias dessa instituição

(DWORKIN, 2007, p. 162-163). Nesse contexto, os casos difíceis terão uma resposta que se apresentará no próprio jogo, e caberá ao seu árbitro (juiz) apontar o melhor juízo sobre quais os direitos e a quem são cabíveis em cada caso. Desse modo,

Suponhamos que se diga que, em tal caso, tudo que as partes têm direito de esperar é que o árbitro faça uso de seu melhor julgamento. Em certo sentido, isso é perfeitamente verdadeiro, pois as partes não podem ter mais, no que toca à decisão do juiz, do que o melhor juízo deste. Não obstante, elas têm direito a seu melhor juízo a respeito da questão de quais comportamentos não são racionais, nas circunstâncias do jogo. Em outras palavras, as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos (DWORKIN, 2007, p. 163).

Embora o autor estadunidense não se reconheça como ativista, chama atenção para a ideia de que os juízes deveriam, às vezes, “criar um novo direito”, de forma implícita ou explícita, já que as normas do *common law* geralmente são vagas e devem ser interpretadas para novas aplicações em futuros casos. Dessa maneira, é como se os juízes fossem delegados do Poder Legislativo, que promulgariam leis que também seriam aprovadas pelo legislador originariamente competente. Em julgamentos, o magistrado criaria leis em resposta a fatos e argumentos concretos que constantemente dão fundamentos ao legislador para politicamente criar normas.

Acerca da objeção de que os juízes, em geral, não são eleitos e não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com o Legislativo nas democracias tradicionais, o que tornaria inviável a ideia de juízes criadores de leis, Dworkin responde que, por não serem eleitos, os juízes não estão naturalmente submetidos a lobistas ou a grupos de pressão e cobrança como ocorre com os entes políticos da democracia direta. Por essa razão, os juízes obtêm um processo político que ofereceria a expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.

Há, também, a objeção de que o juiz pode criar uma lei e aplicá-la retroativamente, o que seria punir uma das partes por violar um novo dever, criado pelo magistrado depois da ocorrência do fato. Dworkin responde que, em determinados casos, são necessários e inevitáveis os argumentos de política para justificar uma decisão judicial. Isso porque uma decisão que não leva em conta os fatores políticos de interesse do povo pode não alcançar suas finalidades de justiça social. Assim, ele responde a boa parte das críticas ao ativismo judicial (DWORKIN, 2007, p. 132-134).

A nosso ver, a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) é um exemplo em que os juízes (STF) se utilizaram do vácuo legislativo para possibilitar um

entendimento vinculante (com valor de lei) que seguiu as políticas protecionistas inseridas na CRFB.

Dworkin (2007) questiona se, nos casos difíceis, a Suprema Corte e mesmo os juízes estadunidenses agem conforme princípios e regras já estabelecidos ou se algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente. Na visão do autor, os princípios funcionam como proposições que descrevem direitos, são verdadeiros ordenamentos que precisam ser observados para além de uma finalidade econômica, política, ou social. Por isso, devem funcionar como norte que atenda a uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade que se adapte às circunstâncias em que o caso concreto está inserido.

Dworkin acredita que o juiz, então, deve descobrir quais direitos cabem às partes sem jamais *inventar* o direito. É por isso que existe a necessidade de analisar interpretativa e cuidadosamente os casos e seus fatos concretos tomando os princípios como norteadores. Nesse sentido, se a verdade sobre um fato ainda não foi descoberta ou não está clara o suficiente, não significa que ela não exista. É papel do juiz chegar o mais perto possível da verdade mantendo ao máximo a integridade do direito. É nesse ponto que se torna possível extrair da obra de Dworkin qual o papel dos juízes e do Judiciário. Na opinião do autor,

Nos casos fáceis, [...] parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso. Mas podemos dizer isso quando a Suprema Corte derruba precedente e ordena que as escolas sejam dessegredadas ou declara ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando há décadas? Nesses casos dramáticos a Suprema Corte cita razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública (DWORKIN, 2007, p. 8).

É possível notar a presença de Dworkin no julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), cujo ministro relator extraiu, de um princípio constitucional de teor amplo, a dignidade da pessoa humana, veiculado no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna brasileira,⁸ a possibilidade da união homoafetiva, apesar de a regra constitucional específica se referir somente à união heteroafetiva. Trata-se de patente exemplo de um ativismo judicial como trabalhado por Dworkin, com base nas *questões de princípios* e do direito a ser considerado com igual consideração e respeito. Portanto, não se trata de uma criação extraída do nada. Vejamos essa questão no voto do relator Ayres Britto:

o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, *pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem*. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada (BRASIL, 2011, p. 26, grifo do autor).

No discurso decisório da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), houve ativismo judicial na mutação constitucional operada no artigo 226, § 3º – “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (BRASIL, 1988) –, para que, por força dos também princípios constitucionais da dignidade e da busca por uma vida plena, entre outros, se reconhecesse a união estável entre casais homoafetivos. Trata-se de uma decisão vinculante à administração pública e às futuras decisões judiciais. Pode-se discutir sua vinculatidade

⁸O artigo 3º da CRFB diz que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

em face do legislativo, tema caro às discussões nos estudos sobre controle de constitucionalidade, legitimidade democrática e minorias, mas não será possível tratar desse aspecto no espaço deste trabalho. O fato é que foi uma decisão pioneira sobre um tema historicamente marginalizado e condenado por instituições seculares, mas trazido ao debate por sujeitos discursivos que resistem.

A decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) evidencia, além de certa mudança de *locus* da arena pública nas questões de direitos das minorias, a interpretação política de caráter principiológico constitucional no Judiciário, a criação de novos projetos compreensivos e novas possibilidades de verdade.

5. Análise do julgamento da ADPF nº 132

5.1. O voto do Ministro relator Ayres Britto

O ministro relator Ayres Britto votou para que houvesse interpretação conforme a CRFB (BRASIL, 1988) e, assim, para excluir qualquer interpretação que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar do texto do artigo 1.723 do Código Civil, que diz no seu *caput*: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

No seu voto, o ministro relator foi enfático ao asseverar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, sendo descabíveis distinções de qualquer natureza. Nas suas palavras, “iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses tam-

bém juridicamente positivados” (BRASIL, 2011, p. 36). É perceptível, no trecho citado, que o ministro se mantém territorializado no Direito, ao usar o próprio discurso jurídico para uma nova clareira interpretativa sobre o tema, interpretação que segue os princípios constitucionais para possibilitar uma verdade.

O ministro Ayres Britto, ao elucidar o termo homoafetivo relacionando-o a noções de amor e afeto, ultrapassa a etimologia para, quase poeticamente, fixar o sentido dessa união e determinar direitos consequentes a ela, num nítido exemplo de inovação criativa e desterritorialização. Vejamos:

uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados (BRASIL, 2011, p. 23).

Segue o relator da ADPF nº 132, a exemplo do trecho anterior, com noções desterritorializadas dentro do Direito, afirmando que é protegida constitucionalmente a livre disposição da sexualidade do indivíduo, sendo um bem autêntico da personalidade e

Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da composição anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche (BRASIL, 2011, p. 30).

Até esse ponto, o voto do ministro Ayres Britto trata das noções de família e de amor consolidadas no pensamento tradicional, “pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada” (BRASIL, 2011, p. 39). Em clara remissão ao § 3º do artigo 226 da CRFB (“Para efeito da 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” – BRASIL, 1988), fundamenta que “não se deve separar por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto” e assevera que uma “interpretação jurídica acanhada e reducionista” do artigo 226 seria “o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz” (BRASIL, 2011, p.46).

Ayres Britto também fez questão de se manifestar, em outros momentos do voto, sobre a questão da adoção, tema que não era o objetivo da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), mas se faz digno de destaque. Em relação à adoção, o ministro afirma que não importa a orientação sexual dos adotantes, desde que seja observado o melhor para aquele que é adotado.

E [a Constituição] também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito” (BRASIL, 2011, p. 49).

Quanto às influências externas sobre as Cortes em seus julgamentos, a reflexão garaponiana também é necessária, uma vez que, num colegiado, ministros, desembargadores e juízes, como seres humanos que são, podem sofrer pressões externas e decidir de forma a se afastar dos princípios da equidade e da justiça. Se os juízes acabarem por se tornar o que Garapon chama de os “imaculados anjos da democracia”, esse heroísmo disfarçado pode ter efeitos desastrosos. Nesse sentido, as críticas e análises feitas pelo autor em relação ao Judiciário francês no final do século XX poderiam se aplicar, atualmente, ao Brasil.

5.2. Votos dos outros ministros e decisão plenária

Os outros ministros da turma do STF seguiram o voto do excelentíssimo ministro Ayres Britto com suas justificativas específicas. Todos trilham as linhas traçadas inicialmente pelo relator, à exceção do ministro Dias Toffoli, que, por suas razões, esteve ausente do julgamento. Nos votos, de uma maneira geral, foi utilizado o conceito de família mais atual no Direito, encontrado principalmente na literatura doutrinária

do Direito Civil. Esse conceito, garantido sob a égide principiológica da CRFB, está baseado nas noções de construção afetiva e emocional, de vida em comunhão de interesses que vão além de bens materiais e da constituição de uma prole. Dessa forma,

O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. A ideia de família baseada na procriação e assistência à prole é ultrapassada. A família que se busca fomentar é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e cooperativa que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário (FIUZA; POLI, 2015, p. 152-153).

Após a relatoria, o primeiro voto foi do ministro Luiz Fux, o qual reforçou que os direitos fundamentais devem ser salvaguardados e que não há nenhuma inconstitucionalidade nas uniões homoafetivas. Lembrou que o tema revolve preconceitos “ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira” (BRASIL, 2011, p. 60) e que qualquer que fosse o resultado do julgamento sua repercussão social seria estrondosa. Nas palavras do ministro Fux, “assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais” (BRASIL, 2011, p. 60). Percebemos que o voto reforça

a ideia de Garapon (2001) de que os juízes (nesse caso específico, o STF) atuarão como guardiões da moral e da ordem política institucional.

Em seguida, a ministra Cármen Lúcia desenvolveu em seu voto um argumento que vale a pena ser citado neste trabalho. Ela afirma que o Direito serve à humanidade, logo serve à vida; mesmo que a vida siga por caminhos que o outro não compreenda. É interessante pensar nisso com os olhos do *Dasein* heideggeriano e os modos específicos de existência de cada ser humano. Nas palavras da ministra:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. (BRASIL, 2011, p. 90).

Nessa perspectiva, o Direito, no jogo da mundanidade, não pode ir contra a união afetiva de duas pessoas capazes legalmente e que escolhem viver juntas. Essa união enaltece a vida e os direitos de liberdade de escolha afetiva, consolida o conceito de família já aceito no Direito e, além disso, não atenta contra outros direitos personalíssimos tutelados pelas normas jurídicas. Enfim, confirma a existência, que só é perceptível diante das interações com o mundo e com as outras pessoas.

Os votos seguintes enveredam por trilhas semelhantes às dos anteriores. Quando comparados dentro do ir e vir do círculo hermenêutico constitucional, permitem aos seus intérpretes fazer uma relação entre a fenomenologia heideggeriana e a noção de jogo proposta por Gadamer (2015). Os ministros, nesse sentido, podem ser entendidos como jogado-

res em seus discursos, jogando com a abertura de clareiras que dinamizam possibilidades de verdades inseridas na estrutura jurídica do Supremo Tribunal Federal.

Os novos vieses que daí emergem demonstram o potencial criativo da Suprema Corte brasileira. Como disse o ministro Ricardo Lewandowski em suas exposições, a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) é mais um exemplo de que o Judiciário não é mais a “boca da lei”, acrílica e mecânica, como propunham os pensadores liberais do século XVIII, razão pela qual se admite “certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico” (BRASIL, 2011, p. 105).

O emérito ministro Joaquim Barbosa lembra, em seu voto, que o Direito – não só brasileiro, mas em todo o mundo – tem dificuldade de acompanhar o desenvolvimento veloz e constante das relações sociais e que o tema da ADPF nº 132 tem sido motivo de debates acalorados e ações processuais, citando como exemplos ações na Corte dos Estados Unidos e em países da Europa. O recorte selecionado a seguir traduz bem o que foi dito por Joaquim Barbosa e também nos lembra da mundanidade:

Gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global (BRASIL, 2001, p. 116).

Os empecilhos que a questão enfrenta se devem especialmente aos regimes de verdade tradicionais estabelecidos no meio jurídico. Regimes que impedem, de modo significativo, potenciais desterritorializações que levariam,

por consequência, à produção de jurisprudências renovadoras. O julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) permitiu que os ministros se apropriassem de verdades possíveis e provisórias e, ao interpretar princípios como proposto por Dworkin (2007), preservaram a pretensão do direito de manter a estabilidade para garantir a segurança jurídica.

No voto do ministro Gilmar Mendes, é lembrada a questão política que envolve o tema do casamento entre homoafetivos, mostrando que o dilema afeta tanto o Poder Judiciário como o Poder Legislativo. O Congresso Nacional tem dificuldade para legislar temas relacionados a questões de gênero, porque ainda é assunto muito controverso nos meios populares, especialmente nos mais conservadores moral e religiosamente. Esse fato se reflete nos representantes eleitos para o Poder Legislativo e a isso se deve

a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo (BRASIL, 2011, p. 122).

O que acontece, então, no Legislativo e, em larga medida, no Judiciário com relação a união homoafetiva é claramente, numa visão baseada em Foucault (2009), a manutenção dos regimes de verdade que permitem a continuidade de sistemas conservadores. Esses sistemas se sustentam por discursos que ex-

cluem aqueles historicamente oprimidos pelo simples modo de ser e, muitas vezes, de forma implícita e por motivos perversos. O modo de viver dessas pessoas não ofende a vida e nem invade os direitos alheios; pelo contrário, apenas consolida o afeto entre seres humanos, bem como sua qualidade de vida.

O voto do ministro Marco Aurélio remeteu seus argumentos para o fato de que há poucas décadas o tema da homoafetividade era polêmico no Judiciário dos países mais desenvolvidos economicamente, a exemplo da Inglaterra. Nesse país, o assunto era tratado com repúdio, pois a moral tradicional bíblica era a dominante, e havia um cientificismo que afirmava que a homossexualidade era uma doença químico-psíquica. Nas palavras do ministro,

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo (BRASIL, 2011, p. 203).

Marco Aurélio também lembrou que o Direito outrora serviu à Santa Inquisição da Igreja Católica. Naquela época, o Direito esteve “absolutamente submetido à moral [e] prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica” (BRASIL, 2011, p. 204). O Direito que se conhece hoje, capaz de tutelar de maneira cada vez menos tímida as uniões homoafetivas, é resultado recente. No passado, foi instrumento do Estado “que condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o ‘pecado nefando’ que resultou, para alguns, na destruição divina da

cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica” (BRASIL, 2011, p. 204). Mais uma vez é nítida a possibilidade de analogia com o pensamento de Foucault (2009), com a sua lúcida contribuição quanto à análise dos discursos e das instituições que atuam em prol do poder hegemônico.

O ministro Cezar Peluso, presidente da Turma na época do julgamento, consolidou no seu voto que não há óbices a tentativas infraconstitucionais de regulamentações de direitos homoafetivos após a decisão da ADPF nº 132. Existia, segundo ele, um receio do legislador em legiferar sobre o tema, pois seriam normas inconstitucionais. O ministro Peluso desconstruiu essa ideia de inconstitucionalidade e ainda convocou, nas suas palavras, “o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável” (BRASIL, 2011, p. 270).

Considerações Finais

Diante do exposto, as pesquisas relativas à ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) permitem concluir que de fato houve um perfil teórico ativista nesse julgamento. Outrossim, é perceptível, nos trechos de votos reproduzidos, o conteúdo hermenêutico com nuances fenomenológicas, embora sua utilização não esteja explicitada nem se encontre nele uma reflexão ou coesão epistemológica comprobatória.

Os resultados obtidos permitem também afirmar que o processo que envolveu a ADPF nº 132 foi um marco expressivo na luta pelos direitos. Foi a apropriação de verdades possíveis que, ao se desvelarem, conseguiram atender, parcialmente, às reivindicações de sujeitos

à margem da norma e, em leitura foucaultiana, compor com a pretensão do Direito de manter a estabilidade e segurança jurídica dos discursos de poder.

O Supremo Tribunal Federal foi responsável, com unanimidade de votos, pela criação de um novo sentido para o dispositivo Constitucional no que se refere à “união entre o homem e a mulher”. Em seu ir e vir hermenêutico, expandiu, nos termos do círculo heideggeriano e no acontecer do jogo gadameriano, seu entendimento também para os casais homoafetivos. No julgamento, em diversos trechos, ficou evidente que os princípios constitucionais da dignidade humana foram de suma importância, o que evidencia sintonia com a doutrina de Dworkin no que toca à questão de princípios que preconizam que todo ser humano tem direito a ser tratado com igual consideração e respeito que os demais.

A Corte foi, nesse ponto, a guardiã de direitos individuais e, diante da ineficiência da arena política legislativa sobre o tema, fato já predito por Garapon (2001), produziu uma jurisprudência vinculante com efeito protetivo aos casais homoafetivos. Nesse caso, a Suprema Corte não cedeu à pressão midiática, nem de grupos religiosos organizados. Conforme Garapon, comportou-se como “guardiã da moral pública”, o que não é necessariamente ruim, quando feito em defesa da dignidade das minorias e com vigilância hermenêutica.

Na perspectiva teórica de Dworkin (2007), pode-se afirmar que foi marcante a presença do que se convencionou chamar de ativismo judicial. Não é cabível dizer que houve arbitrariedades no curso do processo, e sim inovação hermenêutica em uma questão de princípio, tal como preconizado pelo autor. Nos termos de Deleuze e Guatarri (1995), foi uma decisão em que o Direito se desterritorializou no momento em que ministros utilizaram linguagem poética e experiências pessoais em suas fundamentações e justificativas e, em seguida, reterritorializou-se com os princípios constitucionais e a salvaguarda de direitos, em decisão unânime.

Por um lado, o julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) foi um grande avanço; por outro, há ainda reivindicações de gênero silenciadas, sobretudo da população trans. Além disso, pairam ainda ameaças legislativas conservadoras sobre a própria decisão da ADPF nº 132. O espaço discursivo continua em disputa.

Finalmente, é importante ressaltar a consolidação na tradição jurídica brasileira de conceitos de gênero, sexualidades e famílias amplos e que respeitam cada vez mais a multiplicidade do humano. Tal concepção é a melhor possível no que se refere à integridade constitucional, aos direitos fundamentais da pessoa humana e, especialmente para as minorias, ao direito de ser tratado com igual consideração e respeito.

Sobre os autores

Luana Paixão Dantas do Rosário é doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professora assistente de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; editora da Revista *Diké*; líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil.

E-mail: lpdroario@uesc.br

Rafael Siqueira de Guimarães é doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Itabuna, BA, Brasil.

E-mail: rafaorando@gmail.com

Ciro Antonio das Mercês Carvalho é bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; pesquisador de Iniciação Científica no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil, com bolsa FAPESB para o período 2015-2016; estagiário no Ministério Público do Trabalho, Itabuna, BA, Brasil.

E-mail: cirocarvalho08@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁹

JUDGMENT OF THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL (CONSTITUTIONAL) PRECEPT 132: PHENOMENOLOGICAL HERMENEUTICS AND JUDICIAL ACTIVISM ANALYSIS

ABSTRACT: The problem tackled in this research was the theoretical-epistemological profile of the Brazilian Supreme Court's Judgment of the Claim of Non-Compliance with a Fundamental (Constitutional) Precept – ADPF nº 132 – in the light of the theoretical framework of judicial activism by Garapon and Dworkin, and Heidegger/Gadamer's phenomenological hermeneutics. The hypothesis was that a hermeneutical analysis of the discourse of the vote of the rapporteur minister and those who followed him demonstrated the strong influence of Dworkin's hermeneutic judicial activism and Gadamer's philosophical hermeneutics of Heidegger's matrix. We approached the concepts of deterritorialization (Deleuze; Guatarri) and regime of established truths (Foucault). The method was phenomenological hermeneutical in nature, in a documentary research. The conclusion shows an activist theoretical profile of hermeneutic content of phenomenological background in this judgment, although it does not find in it a corresponding epistemological reflection or cohesion.

KEYWORDS: HERMENEUTICS. PHENOMENOLOGY. SAME-SEX MARRIAGE.

Como citar este artigo

(ABNT)

ROSÁRIO, Paixão Dantas do; Guimarães, Rafael Siqueira de; Carvalho, Ciro Antônio das Mercês. Julgamento da ADPF nº 132: análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 207-229, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207>.

⁹ Sem revisão do editor.

(APA)

Rosário, P. D. do, Guimarães, R. S. de & Carvalho, C. A. das M.(2017). Julgamento da ADPF nº 132: análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 207-229. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 6 dez. 1999.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 abr. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186/DF. Requerente: Partido Democratas. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 abr. 2012b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583, 2013*. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. São Paulo: Editora 34, 1997. v. 4.

DIAS, Maria Berenice. Homofobia é crime?. *Direito homoafetivo*, [S.l.], 18 maio 2012. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/70__30fc9d701df99332b46c2f67f356f24d.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 67, p. 151-81, 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730/1644>>. Acesso em: 2 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HAJE, Laura. Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. *Câmara dos Deputados*, [Brasília], 8 out. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/497879-CAMARA-APROVA-ESTATUTO-DA-FAMILIA-FORMADA-A-PARTIR-DA-UNIAO-DE-HOMEM-E-MULHER.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 71-81.

_____. *Ser e tempo*. 16. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

LEITE JUNIOR, Francisco Francinete; NASCIMENTO, Francisco Arrais. O ser e a imagem de si: a invenção do sexo ou a adequação do mesmo. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITOS HUMANOS, 2., 2012, Espírito Santo. *Anais...* Espírito Santo: UFES, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/gepss/article/view/3871/3086>>. Acesso em: 12 jul. 2017.