

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ROAN COSTA CORDEIRO**

**EROS DIANTE DA LEI: A NORMATIZAÇÃO JURÍDICA DA SEXUALIDADE**

**CURITIBA**

**2012**

**ROAN COSTA CORDEIRO**

**EROS DIANTE DA LEI: A NORMATIZAÇÃO JURÍDICA DA SEXUALIDADE**

**Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig**

**CURITIBA**

**2012**

## AGRADECIMENTOS

A tarefa de agradecer nunca é grata. Agradecemos muito. Agradecemos. Agradecemos pouco. Não agradecemos. Talvez o que motive o agradecimento seja a incerteza. Não sabemos se o ato feito, ou não feito, a palavra dita, ou não dita, o abraço dado, ou não dado, enfim, se cada ato do qual se poderia agradecer é importante. Importante para a vida, para o eu, para o mundo.

Porque agradecer também é um ato genérico. Pode ser, ainda, que o agradecimento se mova na certeza, e só devemos agradecer o que sabemos que é bom, belo, justo. Talvez. Certo, por enquanto, é ser o agradecimento um ato que envolve atos. Envolve o humano. Não diz respeito a coisas. A criança ranheta querente de seu brinquedo agradece o brinquedo? Ou o seu ato de querer o brinquedo, na verdade, seria uma mobilização, como num jogo baseado na troca de atos, de um enorme conjunto de afetos, de emoções, de sensações? Provavelmente ambos. Ou pode, ainda, ser simplesmente ranheta. A solução mais simples não pode ser jamais desprezada, senão a navalha corta, e corta fundo. Mas também corta quando tomada como solução única ou sempre certa.

Até agora o que sabemos é que o agradecimento é um ato referido a atos. Acrescentemos: sendo ato, é ou não é. O poderia, aqui, não será nada além de poderia. A palavra não dita tem efeito de não dita. *Como* o sim e o não repercutem, isso só diz respeito aos envolvidos. “Obrigado”, “De nada”, “Veja o que lhe trouxe”... Apenas quem agradece e quem é agradecido podem mensurar. O mensuramento às esferas elevadas da psique, da interioridade humana. Mas, sendo assim, não é mais um é ou um não é. O poderia, nessas esferas – cubos ou planos, quem vai saber? – insondáveis do interior humano gera tantos efeitos quanto o sim e o não. Pode haver, ainda, fingimento. Mas é discutível que isso seja um agradecer. Este é sincero.

O agradecimento é sincera atividade de reconhecer o ato do outro em nossas vidas. De reconhecer, ainda, o outro em nossas vidas. Agradecemos também o outro. O outro e o ato do outro.

A língua portuguesa, em seu plano normativo gramatical, diz ser agradecer transitivo direto, transitivo indireto e transitivo direto e indireto. Agradecemos *algo* (ato ou objeto), agradecemos *a alguém* e agradecemos a alguém *por algo*. O que

mais se aproxima do nosso entendimento seria o segundo. Mas também é o primeiro. E o terceiro! É cada um, e não abrimos mão: cada um é um agradecimento ao ato do outro e ao outro. Façamos a concessão, para os teimosos, de que uma coisa pode ser agradecida. Estes que transitivamente se deleitem.

Nós ficamos com o humano, em sua dimensão de atos, em que é o outro e o ato do outro que compõem o agradecimento. Exemplifiquemos.

Agradeço ao Luiz Henrique Budant, o Ique, por me mostrar que se pode viver, apesar dos perigos, e até mesmo por causa deles. Por ter sido e ser, para mim – e arrisco dizer: para o mundo – um sopro de vida. Ou, melhor, uma ventania de vida que nos carrega, que nos arrebatava... Por me mostrar que se pode ser feliz. Que podemos viver com *felicidade!* Vejam só, que maravilha! Poderia retomar aqui um poema da Szymborska sobre ser feliz e a relação com os outros. Mas não o cito e o rebato, de certa forma. Uma aporia interna, com a qual concordo, é aquela entre a felicidade individual e o sofrimento no mundo, o sofrimento do mundo. Mas como relatamos essa aporia, e como nos relacionamos com ela, é o grande ponto em questão. Poderíamos renegar nossa felicidade, bradando: “Só serei feliz se o mundo todo for”. Tolice. A felicidade também depende de autoconsciência, o que pressupõe carnalidade humana. Mas, o que podemos fazer, não negando nossa felicidade, que nada tem a ver com a postulação patética de um “direito à felicidade”, pois esta não tem nada a ver com direitos, mas com *vida*, é lutar para que, ao menos no âmbito das condições objetivas, haja condições sociais para a felicidade, o que significa um retorno sobre o subjetivo, pois a sociedade mutila nossas “estruturas” de percepção, de entendimento, de gozo. Voltando ao Ique, pois já abstraímos um pouco, aprendi que posso, sim, ser feliz. Mas na verdade o certo seria dizer que, sim, *podemos* ser felizes; está em jogo uma conexão afetiva sem a qual a felicidade não ocorreria. A ele, enfim, só posso agradecer dizendo: Eu o sou, você me é, *nós somos*.

Agradeço à Thais Pinhata, esta espécie de Dona, de criatura que é capaz de apenas com a presença alterar o ambiente e a nossa cara de tacho. Agradeço por conseguir me aturar praticamente todos os dias neste último ano dessa graduação do inferno – não escondo de ninguém o sofrimento -, pois, como se sabe, eu queria fazer outra coisa. Mas terminamos! E ano próximo, você na USP, eu não sei ainda

onde, continuaremos, mas nos mundos onde queríamos estar. Agradeço, ainda, por me apoiar e por trazer *alegria* a nossas vidas.

Agradeço à Suelen Florentino por ter me acompanhado no tempo todo de Faculdade, desde a primeira semana. Não teria como esquecer nossa primeira conversa, sobre “véu e grinalda” e a o “caráter obsoleto do que chamam de casamento”. Agradeço-lhe por *confiar* e acreditar em mim, mesmo quando eu mesmo não o fiz.

Agradeço aos colegas do Programa de Educação Tutorial (PET) pela paciência. Desse grupo retiro dois amigos, Daniel Martins e Luiz Henrique Krassuski.

Ao Daniel agradeço por me mostrar que ainda há humanidade no mundo, até mesmo na Santos Andrade, na qual a arrogância e a desumanidade sorriem pelos corredores, esbanjando recalque! Agradeço, sobretudo, por ajudar a destruir tabus e a esfregá-los nas caras pálidas que se consideram o melhor dos mundos. Agradeço por, muito mais do que eu, entregar-se às lutas, por mais que às vezes de modo um tanto atrapalhado. Agradeço pela existência de corações tão grandes.

Ao Krassuski agradeço pelas longas discussões, por alimentar minhas lucubrações, por ser um amigo desde o período em que nos conhecemos. Agradeço-o, ainda, por, como todos os outros amigos, confiar em minhas capacidades e conseguir lidar com minhas crises.

Por fim, agradeço ao professor Celso Ludwig, meu orientador não apenas de monografia, mas de Iniciação Científica, por confiar academicamente em mim como orientando. Agradeço aos demais membros da banca, professora Vera Karam e professor Leandro Gorsdorf, por terem aceitado meu convite e por mostrarem, com suas posturas, que pode haver vida, frescor e jovialidade no direito.

Agradeço, enfim, genericamente, a todos os meus amigos, nomeados aqui ou não. Agradecer, penso, é um ato cotidiano. Eu o mensuro pelo mínimo, pelo seu dar-se fragmentado em nossos dias. Há quem os mesure pelos atos grandes, grandiosos. Não eu. Por isso, amigos, sintam-se sempre contemplados.

Hoje, a luta pela vida, a luta por Eros, é a luta *política*.

Herbert Marcuse

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1 DIANTE DA LEI .....</b>	<b>3</b>
1.1 DIANTE DA LEI: A NECESSIDADE DE UM <i>ENFOQUE PRODUTIVO</i> PARA O FENÔMENO JURÍDICO.....	3
1.2 DIREITO E LITERATURA.....	8
1.2.1 Direito <i>versus</i> Literatura.....	8
1.2.1 Direito <i>como</i> Literatura.....	10
<b>2 DIANTE DA DECISÃO.....</b>	<b>14</b>
2.1 JUDICIÁRIO E DECISÃO.....	14
2.1.1 O <i>Judiciário Espetacular</i> .....	14
2.1.2 A privatização do público.....	21
2.2 O DISPOSITIVO DE SEXUALIDADE.....	23
<b>3 EROS DIANTE DA LEI.....</b>	<b>31</b>
3.1 EROS DIANTE DA DECISÃO.....	31
3.1.1 ADI nº 4.277 – Um breve relato.....	32
3.1.1 Ministro Carlos Ayres Britto e sua <i>jurisprudência dos afetos</i> .....	33
3.1.3 Ministro Luiz Fux, ou como “vencer o ódio e a intolerância, <i>em nome da lei</i> ”.....	40
3.1.4 Ministra Cármen Lúcia: a não “entendibilidade” da vida e sua captura pelo direito.....	45
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>55</b>

## RESUMO

Diante da Lei apresentamo-nos com nossos desejos, com nossa corporalidade, com nossa vida. Esta, todavia, já estava, de alguma forma, relacionada à Lei. A partir de uma abordagem narrativa do texto e do discurso jurídico recepcionado e produzido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277, partindo da vertente analítica do direito como literatura, será destacado como a reivindicação de reconhecimento das uniões estáveis entre parceiros de mesmo sexo incita o Poder Judiciário a produzir, inscrevendo na dimensão jurídica, uma efetiva constituição normativa da sexualidade. Baseando-nos em algumas das abordagens de Michel Foucault e Judith Butler, notaremos como o moderno dispositivo de sexualidade, incitante das práticas e dos discursos, e o dispositivo de aliança entram em relação. Sendo assim, tem-se como sentido problematizar o jurídico, de modo que ele possa ser lido como um fenômeno *eficaz* tanto *produtiva* quanto repressivamente, e assegura não apenas um sistema econômico, mas todo um encadeamento discursivo que reforça a divisão sexual, a inteligibilidade de gênero e o controle sobre as práticas sexuais. Em outras palavras, está em questão a relação entre direito e vida, a qual, quanto mais tomada pelo direito, menos a si pertence.

Palavras-chave: Dispositivo de sexualidade. União homoafetiva. Diante da lei.

## **ABSTRACT**

Before the Law one present oneself with its desires, body and life. This life, though, is somehow already connected to the Law. From a narrative approach to the text and legal discourse produced and enforced by the Brazilian Supreme Court (ADI n. 4.277) – analytical theory of law as literature –, this academic work aims to highlight that claiming recognition of civil union between same-sex partners incites the Judiciary to produce an effective constitution of normative sexuality enrolled in legal dimension. According to some of Foucault`s and Butler`s works it becomes clear that the discourses and practices encouraged by the Modern deployment of sexuality and the legal apparatus are in constant relation. Therefore, it is needed to peruse the Law in order to see its productive efficiency and repressive effectiveness not only to ensure an economic system, but as discursive thread that strengthens sexual division, gender comprehension and take control over sexual practices. In order words, this work analyses the relation between Law and life; the more life is taken by Law, the less to itself belongs.

Keywords: Deployment of sexuality. Civil union between same-sex partners. Before de law.

## INTRODUÇÃO

Compreender o direito além das formas dadas, dogmáticas, ou mesmo de uma abertura discursiva que mais confunde do que esclarece quais são os interesses em jogo, é tarefa que põe em movimento análises críticas, as quais devem ser capazes de problematizar e questionar os seus objetos. O direito, portanto, deve ser descoberto, procedendo-se pela subversão do imediato, na busca das mediações. Veremos o direito como narrativa, a qual, por sua dialeticidade, possibilita traçar os marcos pelos quais se pode compreender sua relação com a esfera da sexualidade, como atua em relação a ela, como o seu texto judicial, modelo que abordamos, acaba por normatizar situações do social.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo analisar como as formações textuais produzidas pelo Judiciário, partindo de um caso específico, conectam-se com discursos e práticas que circulam socialmente, inclusive de modo contraditório. Escolhemos, para isso, um caso de repercussão social elevada, a saber, a decisão a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que julgou unanimemente como cabível a geração de efeitos jurídicos para a união entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva).

Partindo da parábola Diante da lei de Franz Kafka, primeira mediação crítica que empregaremos, e que será essencial, em termos categoriais, para o desenvolvimento da pesquisa, propugnar-se-á uma abordagem do fenômeno jurídico que o encare como produtivo, apesar do escamoteamento discursivo desse caráter performático. Para destacarmos esse caráter produtivo, buscaremos algumas contribuições sobre a discussão entre direito e literatura, dentre cujas vertentes escolheremos a que encara o direito como literatura, pela qual o direito se coloca como uma produção textual e narrativa não apenas apta para ser estudada pela teoria literária, pela análise do discurso, etc., mas que deve contar com a construção e estabelecimento de uma análise crítica que não apenas se valha desses métodos para naturalização de seu objeto, mas até mesmo com propósitos desinstituintes.

Valorizando o direito em sua face instituinte, colocaremos o aparato judicial, enquanto enunciador de normatividades, no quadro geral das instituições da sociedade contemporânea, percebida como “sociedade do espetáculo”. Para tanto, empregaremos algumas das teses de Guy Debord, consagradas em sua obra A sociedade do espetáculo, além de relacionarmos a falência do espaço público à

privatização da vida, promovida pelas novas dinâmicas dos processos econômicos – as quais não são tão novas assim, lembrando que o mote “tudo que é sólido se desmancha no ar”, o qual permanece como uma tendência, pertence ao Manifesto Comunista de Karl Marx.

Uma vez expostas essas questões mais gerais e teóricas, colocaremos os pressupostos para analisar o discurso e a atuação judicial quanto ao tema da sexualidade, quando nos alojaremos em alguns dos buracos do queijo de tipo gruyère que é o “livro-programa” *História da sexualidade I: a vontade de saber*, de Michel Foucault<sup>1</sup>. Dentre estes, destacaremos a produção do dispositivo de sexualidade, e como este, enquanto dispositivo histórico, acaba por se colocar ao lado do dispositivo de aliança, com o qual, por intermédio da família, estará em relação com os modelos jurídicos.

Por fim, num terceiro momento, partiremos para a análise de três dos votos da decisão da união homoafetiva, os quais selecionamos pela pertinência analítica e temática que apresentavam, tanto por manifestarem concepções naturalizantes dos papéis de gênero e de sexualidade quanto por enfatizarem a relação entre direito e vida, ou como, ainda, seria em função do reconhecimento jurídico que a vida poderia ser vista como digna. Movimentando-nos por uma série de dilemas práticos e teóricos, acabaremos por abordar aqueles pelo modo como repercutiram na decisão, além de como esta enquadrou os objetivos políticos de um movimento social, os quais poderão ser abordados, rapidamente, à luz das conclusões a que nossa pesquisa poderá chegar: em termos kafkianos, se a porta da Lei estaria desde sempre aberta esperando nossa chegada, capturando-nos, portanto, e enredando nossa vida no direito, ou se podemos apostar numa política radical da sexualidade que possa questionar os próprios termos pelos quais o ordenamento jurídico diz prestar reconhecimento.

---

<sup>1</sup> Em entrevista, Foucault assim introduziu sua fala ao primeiro volume de *História da Sexualidade*, a ele se referindo como “livro programa, tipo queijo *gruyère*, cheio de buracos para que neles possamos nos alojar” (FOUCAULT, Michel. *Sobre a história da sexualidade*, p. 243).

## 1 DIANTE DA LEI

### 1.1 DIANTE DA LEI: A NECESSIDADE DE UM *ENFOQUE PRODUTIVO* PARA O FENÔMENO JURÍDICO

A porta da Lei está sempre aberta ao homem do campo da parábola kafkiana *Diante da lei*, afirmando uma entrada indeclinável. Mas diante da Lei também estão todos aqueles que buscam reconhecimento, identidade, buscam, precipuamente, uma máscara com a qual possam representar papéis sociais simbolicamente ancorados. Para isso é necessário instituir máscaras, e essa produção de *personas* (que também contribui para o processo mais amplo de personificação), ou, ao menos, a sua consolidação, é aquilo que, dentre outros fatores (como a suposta estabilização social ou repressão dos sujeitos), caracteriza a dimensão jurídica diante do Legal. Em sua abertura, a Lei efetiva a entrada daquilo que não pode entrar a não ser já tendo sido englobado, constituído mediante o estabelecimento Legal: “A porta aberta, que é destinada somente a ele [ao homem do campo], o inclui excluindo-o e o exclui incluindo-o”<sup>2</sup>.

A instituição simbólica da Lei opera com base na acessibilidade indeclinável da abertura, a qual veda aquilo que diz fazer, tornando inacessíveis os *termos* diante dos quais se joga o jogo da acessibilidade. Abrangendo a tudo, não há nada que a ela não tenha acesso; a linguagem do acesso, portanto, torna-se a linguagem operacionalizada pela própria Lei, muito anterior e posterior ao meramente legal. A lei é apenas um momento, talvez o mais humano e penetrável, da Lei, enquanto normatividade fundante da ordem simbólica<sup>3</sup>. Se a lei é acessível ou não, é uma questão de contingência, de limitação dos agentes, sempre uma miríade de papéis, no mais sem nomes, designados perante a ordem apenas como seus agentes, o que basta para que eles possam operá-la e atuar diante dela. Mas a Lei é

---

<sup>2</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, p. 55.

<sup>3</sup> Fixemos, pois, por seu caráter estratégico ao longo de nosso trabalho, o que entendemos por Legal e por legal: enquanto aquele diz respeito à normativa jurídica instituinte de realidade, à ordenação simbólica de nossa forma de sociedade, este diz respeito às manifestações legislativas (ou, ainda, executivas e judiciárias, nos limites de emissão de diplomas de ordem legal de cada um) específicas de cada ordenamento jurídico. O Legal, portanto, remete ao Direito enquanto relacionado à ordem social e à fundação das realidades, tendo um sentido muito mais amplo do que o legal, que pertence ao Legal. Enquanto este se aproxima mais do momento instituinte do Direito, o legal guarda relação de proximidade com o instituído. Adotaremos esses termos, e não os tradicionalmente consagrados, como forma de privilegiar as hipóteses interpretativas do texto kafkiano *Diante da lei* e a necessidade de sua interpretação jusfilosófica.

inacessível *necessariamente* mediante a acessibilidade. Diante dela há espera, apenas porque ela é presença daquilo que ainda não está e não estará jamais presente. Sua presença é sempre condenação, jamais redenção ou justiça.

A Lei, a qual tem no direito uma de suas especializações, refere-se às narrações, aos processos narrativos que instituem, violentamente, o próprio começo, sempre encenado em cada momento menor, em cada (pseudo) protagonista: o juiz, o legislador, o guarda, o oficial, o comandante, o pintor ou o padre. Cada começo é uma refundação do Império do Direito, da Lei, da ordem jurídica e, também, da ordem simbólica na sua face de normatividade estatalmente assegurada. Estamos diante de reprodutores, mas também de produtores, distribuidores e consumidores, pois a forma discursiva jurídica, e sua coercitividade, são a cada momento representados, fortificados, armados (até mesmo, ou talvez principalmente, no sentido de uma máquina). Constitui-se assim uma cadeia na qual o último dos elementos é

“consciente” de que é apenas o menor e mais frágil elemento da cadeia, ao menos na dicção do oficial que guarda a porta da Lei.

Estamos diante, ao focar na produção, do direito em seu momento instituinte, além do âmbito mais visível do instituído. É a tensão entre ambos que marca a constituição de *novos direitos*: um longo processo de demandas sociais, de espera diante do direito, seus legisladores, executores ou tribunais (quando não todos, não exatamente nessa ordem), é necessário para que algo aconteça: “Os domínios da ‘representação’ política e lingüística estabeleceram *a priori* o critério segundo o qual os próprios sujeitos são formados, com o resultado de a representação só se estender ao que pode ser reconhecido como sujeito”<sup>4</sup>. Essa colocação de Judith Butler, hoje a filósofa expoente da teoria *queer*, portanto, é crucial para compreendermos o caráter de condução da formação de subjetividades. Não a partir da carnalidade sofridora das pessoas, mas dos sujeitos. Assim, diante da Lei já se é capturado-produzido como sujeito, ao passo que também o é aquilo que desse esquadro foge, sendo a negação apenas a face mais evidenciada – o que gerou, inclusive, as críticas de Foucault ao poder jurídico –, o que significa que “Em outras palavras, as qualificações do ser sujeito têm de que ser atendidas para que a representação possa ser atendida”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 18.

<sup>5</sup> BUTLER, Judith. *Idem*, *ibidem*.

A imagem, portanto, da parábola kafkiana *Diante da Lei*, assim, servirá como nosso mecanismo textual que chama atenção para a crítica, para a problematização das condições e situações assegurados ou a assegurar, em termos de produção de sujeitos:

O 'sujeito' é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista [e, acrescentamos nós, para a política *queer*], pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não 'aparecem', uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política. Em outras palavras, a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de *legitimação* e de *exclusão*, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O *poder jurídico 'produz' inevitavelmente o que alega meramente representar; conseqüentemente, a política tem de se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de 'sujeito perante a lei', de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subseqüentemente, a própria hegemonia reguladora da lei.*<sup>6</sup>

A tarefa de luta é árdua, mas é justamente tal movimento que precisa ser problematizado: por que o direito? Por que a vida é confundida com o direito? Por que este captura aquela, fazendo dela seu material, e impede seu curso? Não é isso o avesso do que se pensa por liberdade? Mas, se esta contar sempre com limites, e não for nunca pura, como seria, portanto, propriamente liberdade? Essas indagações, antes de serem respondidas, propõem se colocarem como tais, como problemas. Se o direito visa à resposta, à certeza, essa, pelo contrário, não é a tarefa da filosofia, uma vez que esta se apresente como crítica da captura da vida na norma (jurídica), do governo biopolítico do homem.

Levantamos problemas, – partindo de nossa imagem textual até aqueles que esperam diante da Lei para integrá-la – como forma de manter a acuidade teórica e de análise, de colocar questões naqueles pontos geralmente tomados como dados, como conquistas que, uma vez alcançadas, passam a se estabilizar e levam ao apagamento da trajetória da conquista: todo seu rastro será dela em diante. Escolhemos um caso específico, assim, mas não aleatoriamente: a decisão do nosso “Tribunal Constitucional” – o Supremo Tribunal Federal (STF) – sobre a chamada “união estável homoafetiva” (ADI nº 4277-DF, que abarcou os fundamentos da ADPF nº 132-RJ, motivo pelo qual foram julgadas conjuntamente), conhecida simplesmente como união homoafetiva.

---

<sup>6</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 19.

Será crucial, portanto, apontar o caráter *produtivo* da dimensão jurídica, pois nosso foco será justamente a produção de um texto juridicamente normativo sobre uma manifestação específica do afeto humano (que não é o que os ministros do STF dizem ser), sobre um modo de relação. Mais do que negar, portanto, o movimento é de produção: as estruturas jurídicas legitimam seu todo e asseguram relações sociais específicas, mas por meio de “práticas de exclusão” que, como afirma Judith Butler, não “aparecem”, pois a própria estrutura da política se encontra juridicizada. Basta pensarmos, nesse sentido, na estatalidade erigida pela Constituição Federal de 1988: todo um modelo de relações representativas é esquadrinhado, seja em forma de regras, ou, o que é ainda mais importante, pois abre o texto constitucional, em forma de princípios.

Celebrada como marca crucial para a conquista de novos direitos, ela assegura aos casais “homoafetivos” a equiparação de seu estatuto jurídico, em termos de efeitos, àquele da união estável entre homem e mulher, partindo do texto constitucional e sua fiel reprodução no Código Civil de 2002. Mas o que resta consubstanciado nessa decisão? Em termos de interpretação da Constituição, quais são os mecanismos que se operam? Por que a sexualidade e a intimidade dos casais *gays* é objeto de decisão? Como o movimento que contestava as bases heteronormativas da sociedade pôde deixar sua vida, num aspecto essencial, o *relacional*, ser subsumida à moldura jurídica que confina as entidades familiares a padrões heterossexuais? Como os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal encaram a sexualidade? Como os seus textos, que, ao fim, consubstanciam decisões normativas, encadeiam a integração da forma de vida *gay* não apenas em formas jurídicas, mas, antes de tudo, como percebem e constituem o processo de significação da sexualidade em sua vertente normativa, isto é, como tema jurídico? Mais do que isso, como produz sujeitos específicos, segundo toda uma normativa de afeto e sua manifestação, relacionamento consigo e com os outros, seja público ou privado?

Antes de representar, portanto, um sujeito, uma comunidade, um grupo, uma relação, o direito atua *produzindo-os*. O jurídico e o produtivo, assim, imiscuem-se, de modo que, na decisão que tomamos para análise, não há como não considerar esses dois momentos. Ao longo da análise dos votos, assim, é que consideraremos as diversas implicações dessa concepção, seja quanto aos sujeitos complementados (pois os próprios movimentos sociais em questão já apresentam

ao Judiciário certos padrões de investidura, isto é, constituição de *personas*) e produzidos (o caráter normativo-produtivo do Judiciário que institui a *persona* no mundo jurídico, como todos os seus efeitos legitimadores ou excludentes). Produzindo e ocultando que pressupõe um sujeito “diante da lei”, termina o direito por pressupor esse movimento como base naturalizante de sua necessidade social, o que significa dizer que acaba por legitimar a si próprio.

A textualidade jurídica surgirá, assim, como uma delimitação da esfera de atuação, no sentido de conformá-la à realidade, que não permanece incólume diante da aparente cegueira do direito frente ao seu campo de desenvolvimento (como a decisão mostra, a concepção de julgador da Suprema Corte está longe dos padrões tidos como tradicionais. Pelo contrário, elas reivindicam afetuosidade e proximidade *casuísticas*). É na traição levada a cabo pelo caráter textual do direito que se inscreve o nosso propósito analítico. Traição, porque a tradição positivista deixou-se conduzir pela ilusão da descrição (quando não da simples prescrição), esquecendo-se do narrar. Mas a concepção “pós-positivista” trai o seu soberano, a saber, os desígnios da biopolítica, do governo do mundo. A abertura normativa do direito, como veremos, adquire força da sua capacidade de normatizar a vida, de englobá-la na sua normatividade. As decisões, portanto, passam a tornar indistinguíveis as fronteiras entre vida e direito, seja em termos de sua abrangência, seja, o que é ainda mais importante, no que diz respeito aos seus efeitos *performativos*.

Por isso, é necessário mobilizar outras formas de leitura do fenômeno jurídico que não as “lógicas”, que visam à legitimação sistêmica, na medida em que não questionam os mecanismos de validação dos discursos, e também não apenas as que enfocam apenas a “retórica” e o fluxo e rupturas do processo argumentativo (não que, num ou noutro momento, não deixemos de fazer considerações neste ou naquele sentido). Deparando, assim, o direito com outra textualidade, a literária, abrem-se possibilidades analíticas por aproximação e por distanciamento.

Pela aproximação, destacaremos aqueles elementos que, oriundos da teoria literária, podem se mostrar como adequados para uma leitura discursiva e textual do acontecimento decisório, mas que, pelo distanciamento entre as duas formas de textos, necessitam de trabalho cuidadoso, para não se operar uma legitimação. O distanciamento, assim, caracteriza-se como forma de apontar as especificidades do direito, bem como evitar cair em armadilhas teóricas (das quais o direito como literatura pode ser uma). Com esse cuidado, enfim, cabe analisar mais

profundamente quais sejam esses vetores, que fundarão entendimento crucial para nosso trabalho: a compreensão do direito como fenômeno narrativo.

## 1.2 DIREITO E LITERATURA

### 1.2.1 Direito *versus* Literatura

O direito moderno tentou engessar as formas criativas que instituem realidades. Força instituída, o direito mostra-se, rígido e árido, ligado às formas de vida por meio de dissabores: os aparelhos de Estado, que mantêm o *status quo* de uma sociedade que reprime as possibilidades de liberdade, engendrando a reprodução de uma ordem repressiva.

O banimento da criatividade constitui um engano, ou melhor, da produção de uma visão de si que aparece antes como negação do que em seu aspecto positivo: o direito institui, e na medida em que o faz, também reinstitui. Força instituinte, forma e conforma os possíveis, e, por mais limitada que seja tal instituição, o direito pode ser visto como nascendo da narrativa:

Os juristas aprendem na faculdade que o direito se origina no fato: '*ex facto ius oritur*'. Para a reflexão (...) seria mais exato dizer: '*ex fabula ius oritur*' – é da fábula que sai o direito. Tudo se passa como se, entre toda a gama dos roteiros que a ficção imagina, a sociedade selecionasse uma intriga tipo que ela normativa a seguir sob a forma de regra imperativa acompanhada de sanções. Mas as coisas não param aí: tão logo estabelecidas, essas escolhas são discutidas, matizadas, modificadas – nos bastidores judiciais em particular, que são como a antecâmara de uma legalidade mais flexível. A intriga jurídica, assim, que se estabiliza, retorna à fábula da qual se origina: os personagens reais vão além do papel convencional das pessoas jurídicas, ao mesmo tempo em que peripécias imprevistas obrigam o autor a modificar o *script*.<sup>7</sup>

É aqui que o direito cruza com a literatura, forma narrativa por excelência, mas nem por isso lhe é dissimilar. Como apresenta François Ost, cuja análise, é aqui evocada como base a partir da qual apontamos as diferenças (ou formas de distanciamento): primeiramente, “enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> OST, François. *Contar a lei*, p. 24.

<sup>8</sup> OST, François. *Idem*, p. 13. Grifo nosso.

O direito conta, assim, com um duplo movimento: positivo (instituição da realidade) e negativo (codificação da realidade). Se, por um lado, monta a realidade, por outro, monta-a conforme um esquema, que ele mesmo esquadrinha e segundo o qual permite julgar: a fluidez, portanto, e irradiação depõe contra um momento apenas repressivo: antes de tudo, ela forma. Depois é que passar a conformar. Mas, o que complica, é que os momentos se dão ao mesmo tempo, o direito é estrutura que se dá a uma realidade, tem sentido em função de sua eficácia performativa, de sua possibilidade de instituir realidades. Mas é, também, função que limita realidades: conforma os possíveis. Por isso, como veremos adiante, é preciso ter em vista as precauções levantadas por Foucault em *A Vontade de Saber*, obra na qual ele afirma a necessidade de se pensar o aspecto normativo da sexualidade além da “hipótese repressiva” e do aspecto negativo destacado pelo modelo jurídico, baseado em interdições<sup>9</sup>.

Uma segunda diferença é que, enquanto o direito acaba por determinar suas fronteiras nas suas promessas (ou, ao menos, nos limites daquilo que precisa fazer atuar para garantir estabilização não apenas jurídica, mas social) e nas suas funções, prestando certeza e previsibilidade às relações, a literatura é “Livre para entregar-se às variações imaginativas mais inesperadas a propósito de um real sempre muito convencional, ela explora, como laboratório experimental do humano, todas as saídas do caminho”<sup>10</sup>. Ainda uma terceira diferença, talvez a que, junto com a primeira, mais nos seja significativa, é aquela entre a formação das individualidades a que cada qual se volta. Enquanto um produz *sujeitos*, a outra produz *personagens*:

*A pessoa jurídica é o papel estereotipado, dotado de um estatuto (direitos e deveres) convencional. Na encenação que opera da vida social, o direito endurece o traço – impondo aos indivíduos uma máscara normativa (persona, em Roma, é a máscara de teatro que ao mesmo tempo amplifica a voz e facilita a identificação do papel). Essas pessoas jurídicas são dotadas de um papel exemplar destinado a servir de referência ao comportamento padrão que os cidadãos esperam: o ‘bom pai de família’ combina com o ‘usuário prudente e avisado’, o ‘concorrente leal’ com o ‘profissional diligente’. Exatamente o contrário dos personagens literários,*

---

<sup>9</sup> Isso não significa “seguir” a analítica foucaultiana, pois temos de ter em vista o específico local em que se origina o fenômeno discursivo então em análise, isto é, um aparelho de Estado, o que implica considerar o momento repressivo existente, contanto não seja esse o foco (que, como apontamos, é o momento *produtivo*).

<sup>10</sup> OST, François. *Contar a lei*, p. 15.

cuja ambivalência de sua natureza geralmente só combina com a ambigüidade das situações que eles enfrentam.<sup>11</sup>

Por fim, a quarta diferença apontada por Ost é aquela entre a abstração e generalidade do direito e a singularidade que revela o registro literário, o que o leva a considerar que o caminho pelo singular talvez seja a via de acesso ao universal<sup>12</sup>.

A literatura, ainda, podemos acrescentar, ao contrário da obra jurídica, parte do estranhamento, não da tentativa de *identificação*, por colocar o dado em suspensão, deslocando o olhar para além do estabelecido. A literatura constantemente se problematiza, até mesmo quando crê atingir os desígnios da denominação, da nomeação, é por acabar justamente mostrando (não querendo, ou sem querer) a ineficácia da palavra diante do inominável que denuncia os limites do possível, abrindo-se ao impossível. Ela tenta se ultrapassar; o direito, por sua vez, tenta fazer com que seja o limite último diante do qual não há ultrapassamento possível.

A concepção do direito enquanto narrativa, portanto, abre-o para alternativas concretas, e essa abertura, já sempre Legal, é aquele momento que gera um impasse para os propósitos políticos de um movimento, pois envolve o assumir de posições e identidades os quais necessitam estar sempre sob a atenção do papel público e performativo que cumprem (portanto, não gerando apenas efeitos “individuais”, mas encadeando toda uma relação de efeitos “sociais”). É necessário, pois, delinear de maneira muito clara, e talvez não seja outro o papel prático de nosso trabalho, o caráter de tais “alternativas concretas”: é abertura *no* direito, e não além dele. Há possibilidades, mas elas são, como veremos, ao seguir os passos de Judith Butler, maneiras de integração: estamos aqui, pois, naqueles confins da ética e da política que ultrapassam o direito, motivo pelo qual, portanto, é preciso fazer a crítica do direito.

### 1.2.2 Direito *como* literatura

Para verificar já no texto da decisão o quão complexo é todo esse movimento produtivo, integrativo, legitimador, enfim, é que, além das diferenças entre fenômenos jurídicos e literários, precisamos abordar aquilo que possuem de

---

<sup>11</sup> OST, François. Idem, p. 16-17. Grifo nosso.

<sup>12</sup> OST, François. Idem, p. 18.

semelhança, conquanto manifestações narrativas e textuais. Ao apontarmos as diferenças, retemos alguns elementos que servem, pois, para prestar um contorno conceitual mínimo ao direito: codificação da realidade, por meio de restrições, sanções, o que constitui um movimento negativo, mas também *produção* de sujeitos, de pessoas jurídicas, um momento positivo, portanto. A partir de Butler e Ost, assim, temos a base teórica focar o momento performativo/instituinte do jurídico, o processo de produção de sujeitos, os sujeitos como resultado desse movimento, mas como pressupostos já colocados pelo processo de produção.

Primeiramente, cabe delinear a diferença, brevemente, entre três correntes analíticas do “Direito e Literatura”, seguindo a leitura de Ost, para, situando-nos em uma delas, podermos definir ainda alguns outros critérios, partindo da análise do discurso e da crítica literária. Consideremos, pois, o “direito *da* literatura”, o “direito *na* literatura” e o “direito *como* literatura”<sup>13</sup>.

O direito *da* literatura “estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da literatura”<sup>14</sup>. Constitui-se como tendo interesses práticos identificáveis, pois analisará a conformação de mercado diante do possível tratamento normativo pelo Estado, tratando, basicamente, daqueles temas que atravessam os ramos do direito e dizem respeito à proteção do direito autoral, às práticas penalizáveis que se cometem por meio da escrita (e, mais amplamente, pela imprensa, como enfoca Ost), à liberdade de expressão e ao modo como escolas e bibliotecas regulam seus programas<sup>15</sup>.

O direito *na* literatura “se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica”<sup>16</sup>. Tal vertente é a desenvolvida por Ost em *Contar a Lei*, no qual se “aposta” no caráter contributivo da literatura para o direito, pela formulação e elucidação de questões conectadas ao tema do poder, da lei e da justiça<sup>17</sup>. Nessa obra, ele focará em determinadas “narrativas de instituição”<sup>18</sup>, narrativas fundadoras que, se não se mostram como fontes do direito, ao menos elucidam, em sua narrativa, a constituição das fontes do direito. Contamos, assim, com a análise instituinte presente em inúmeras narrativas, como a lei mosaica, *As Eumênides*, *Oréstia*, *Antígona*, *Robinson Crusoé*, *Fausto*, *O*

---

<sup>13</sup> OST, François. *Contar a lei*, p. 48.

<sup>14</sup> OST, François. *Idem*, *ibidem*.

<sup>15</sup> OST, François. *Idem*, p. 50.

<sup>16</sup> OST, François. *Idem*, p. 48.

<sup>17</sup> OST, François. *Contar a lei*, p. 55.

<sup>18</sup> OST, François. *Idem*, p. 56.

*Processo*, bem como outros “textos jurídicos” de Kafka – dentre os quais o *Diante da lei*<sup>19</sup>.

O direito *como* literatura, por sua vez, “aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária”<sup>20</sup>, “supõe a aplicação ao direito dos métodos da crítica literária”<sup>21</sup>. Corrente ampla em linhas, e mais largamente estudada nos Estados Unidos, tendo aí focado a “imaginação dos juristas”<sup>22</sup>, e os modos como poderia auxiliar na formação dos juristas, interessa-nos na medida não desse caráter “humanista”, mas nas possibilidades críticas pelas quais, reconhecendo o direito como narrativa, e como fenômeno textual, especificamente, possibilita a mobilização de alguns tópicos da teoria literária.

É a vertente que constitui a base para nossa análise dos votos componentes da decisão sobre a união homoafetiva: poderemos ver, assim, como, da semelhança textual, alguns elementos componentes são considerados de maneira extremamente diversa, por exemplo, quanto à noção da intenção do autor. Embora não seja nosso foco, vejamos de forma crítica a concepção de direito como literatura que chamamos “humanista”, por entender que

uma opinião judiciária, uma defesa de causa, uma sentença são sempre construções de possíveis jurídicos que envolvem a responsabilidade de seus autores. Longe de deduzir-se de premissas formais e *a priori*, o direito deve ser imaginado no meio mesmo das relações de interlocução e das demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social.<sup>23</sup>

Mas tal entendimento não basta. Caso dele partíssemos, tão-somente, acabaria por se tornar opaca a complexidade do processo social de reconhecimento, e da luta de agentes sociais que ele envolve, quando fôssemos tratar da decisão, e os mecanismos de integração poderiam se perder. É por isso, assim, que é preciso não se restringir ao texto, mas focar discursos. Sendo assim, a decisão será tomada como um conjunto não harmônico de fundamentos, pleno de contradições, confluindo para textos específicos e como formação que introduz discursos, ao mesmo tempo em que deles resulta (como no tocante aos padrões sociais da sexualidade: pressuposição de masculino e feminino, que reafirma esses termos

---

<sup>19</sup>OST, François. *Idem*, p. 56.

<sup>20</sup>OST, François. *Idem*, p. 48.

<sup>21</sup>OST, François. *Idem*, p. 51.

<sup>22</sup>OST, François. *Idem*, p. 51-52.

<sup>23</sup>OST, François. *Idem*, p. 52.

binários e reinstitui a divisão binária). É pelo direito como literatura que, a partir da análise do texto jurídico, poderemos perceber, levando em conta os discursos que reproduzem e produzem, e, principalmente, a posição discursiva que ocupam os produtores desse discurso específico, como os enunciados devem ser remetidos à cadeia narrativa que integram, como cumprem não apenas funções e objetivos não apenas internos (como de “integração jurídica”, ou de preenchimento de “lacunas”), mas operações de legitimação e instituição *socialmente* verificáveis:

Em certas obras literárias, em particular a ficção realista, nossa atenção enquanto leitores é atraída não para o ‘ato de enunciação’, para o *modo* como algumas coisa é dita, para a perspectiva de onde é dito e com que finalidade, mas simplesmente para o *que* é dito, para o próprio enunciado. Qualquer enunciado ‘anônimo’ desse tipo provavelmente terá mais autoridade, conquistará mais facilmente nossa anuência, do que o enunciado que chama atenção para a maneira pela qual é construído. A linguagem de um documento jurídico ou de um manual científico pode nos impressionar, ou mesmo nos intimidar, porque não vemos, sobretudo, como a linguagem se manifestou ali. O texto não permite aos leitores ver como os fatos nele contidos foram selecionados, quais foram excluídos, por que esses fatos foram organizados daquela maneira específica, que pressupostos nortearam esse processo, que formas de trabalho foram empregadas na elaboração do texto e como tudo isso poderia ter sido diferente. Parte do poder desses textos está, portanto, na supressão que fazem daquilo que poderíamos chamar seu meio de produção, a maneira pela qual chegaram a ser o que são.<sup>24</sup>

Além disso (ponto ao qual cabe voltar, ainda), acabaremos por nos colocar em alguns dos buracos do queijo *gruyère* de *A vontade de saber*<sup>25</sup>, de Michel Foucault. Sua análise do dispositivo da sexualidade, e da instituição do sexo e seus discursos, constitui-se como modelo de análise do qual adotaremos algumas indicações – e com o qual, também, entraremos em conflito, como na leitura do fenômeno jurídico e na questão da Lei -, principalmente o *enfoque produtivo*<sup>26</sup>:

Em suma, gostaria de desvincular a análise de privilégios que se atribuem normalmente à economia de escassez e aos princípios de rarefação, para, ao contrário, *buscar as instâncias de produção discursiva* (que, evidentemente, também organizam silêncios), de *produção de poder* (que, algumas vezes, têm função de interditar), *das produções de saber* (as quais,

<sup>24</sup> EAGLETON, Terry. *Teoria da literatura*, p. 255.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Sobre a história da sexualidade*, p. 243.

<sup>26</sup> “Foucault observa que os sistemas jurídicos de poder *produzem* os sujeitos que subsequenteiramente passam a representar. As noções jurídicas de poder parecem regular a vida política em termos puramente negativos – isto é, por meio de limitação, proibição, regulamentação, controle e mesmo ‘proteção’ dos indivíduos relacionados àquela estrutura política, mediante uma ação contingente e retratável de escolha. Porém, em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências delas” (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 18).

freqüentemente, fazem circular erros ou desconhecimentos sistemáticos) (...).<sup>27</sup>

Pelo deslocamento de alguns destes elementos para o discurso jurídico, e seu especial tratamento da sexualidade numa manifestação judicial, haverá base do enfoque narrativo. Mas, antes de se passar à análise textual (e discursiva), propriamente, é preciso considerar mais de perto o Judiciário como local de produção de discursos, bem como dar algumas indicações mínimas para o que vier a ser um “dispositivo da sexualidade” (cabendo considerar algumas questões pertinentes ao reconhecimento LGBT e políticas de identidade/diferença), pontos que serão o sentido do próximo capítulo.

---

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 19.

## 2 DIANTE DA DECISÃO

### 2.1 JUDICIÁRIO E DECISÃO

#### 2.1.1 O *Judiciário Espetacular*

Mais do que considerar o papel do Judiciário na clássica divisão dos poderes, ou no modelo de “freios e contrapesos”, deve-se considerar qual o local do Judiciário naquilo que, seguindo as indicações de Guy Debord sobre a “sociedade do espetáculo”, podemos chamar de divisão social do espetáculo, isto é, como essa instituição passou a se articular na forma de sociedade que consagra as manifestações espetaculares.

A importância da contribuição de Guy Debord manifesta-se na radicalidade com a qual analisa os novos fenômenos do capitalismo, mas sem deixar de integrá-los a uma compreensão global e complexa dos processos econômicos, nem por, jamais, abandonar os desígnios críticos de sua teoria. Como ele mesmo disse, em “advertência” de 1992, “Uma teoria crítica como esta não se altera, pelo menos enquanto não destruídas as condições gerais do longo período histórico que ela foi a primeira a definir com precisão”<sup>28</sup>, isto é, um período de emergência de um processo de integração mediado pela mercadoria e pelo seu espetáculo.

Sua teorização pode ser identificada como partindo, ao menos de modo sintético, da “Tese 34” de sua obra *A sociedade do espetáculo* (1967): “O espetáculo é o *capital* em tal grau de acumulação que se torna imagem”<sup>29</sup>. Mas também devemos lembrar que “O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens”<sup>30</sup>. As sociedades, assim, ditas industrialmente modernas, passam a ter sua vida *representada* como uma “imensa acumulação de *espetáculos*. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se representação”<sup>31</sup>. Passa a se confundir, assim, o que seria realidade e o que seria espetáculo, pois um surge do outro, um apoia-se no seu oposto, consagrando a separação e a alienação. A sua tautologia decorre da consagração da aparência, e a própria vida é tomada apenas enquanto aparente. Se o espetáculo une, une em

---

<sup>28</sup> DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, p. 9 (Advertência da edição francesa de 1992).

<sup>29</sup> DEBORD, Guy. *Idem*, p. 25.

<sup>30</sup> DEBORD, Guy. *Idem*, p. 14 (Tese 4).

<sup>31</sup> DEBORD, Guy. *Idem*, p. 13 (Tese 1).

função da própria separação. Elos comunitários, bem como o político, são suplantados pela integração mercadológica, pela integração na produção do espetáculo (e no espetáculo como produção). Isso afeta a vida, seus modos, a linguagem, a arte, o sonho. Mas qual a importância do reconhecimento dessa teoria para o nosso tema, tão entranhado no mundo jurídico? Por que falar em espetáculo?

Primeiramente, porque as instituições políticas, o Estado, fundamentalmente, passam a estar dentre os produtores do espetáculo, mas, também, como seus reprodutores. Sua ação e sua omissão são sempre significativas, sempre repercutem em relação ao mundo da produção econômica. Em segundo lugar, pela visão radical que impede que tomemos processos de luta, conquista e reconhecimento de direitos como processos duradouros. O reconhecimento de uma dinâmica espetacular obriga-nos a reconhecer a fluidez desse processo, que nunca é tão estável quanto parece ser: não é porque o direito assegure estabilidade, que esta de fato possa ser tomada como uma proteção contra os processos sociais de uma sociedade eminentemente móvel – valendo sempre a pena lembrar que nela “tudo que é sólido se desmancha no ar”. A flexibilização de direitos, mais evidente no mundo do trabalho, bem como o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, onde este efetivamente existia, são riscos inerentes ao sistema do capital.

Além disso, em terceiro lugar, alerta-nos para uma “fase da dominação da economia sobre a vida social” calcada no *parecer*<sup>32</sup>: Algo era justo quando a razão objetiva dominava o mundo, possibilidade que os processos subjetivadores corroeram e transformaram em uma propriedade *apropriável*, em um *ter*, uma propriedade que se adquire mediante aparatos. Torna-se justo porque se tem a propriedade material de aparatos, e porque o processo econômico da mão invisível é tido como justo. Na sociedade do espetáculo, *excitada*, o foco torna-se o *parecer*, diante do qual o *ter* passa a adquirir sentido. Afirmando a aparência, ser justo é algo que meramente se parece, assim como democrático e pluralista: “a liberdade ditatorial do Mercado [é] temperada pelo reconhecimento dos Direitos do homem espectador”<sup>33</sup>.

Devemos, assim, analisar sempre as mediações, buscar compreender os processos sociais que demandam juridicamente, bem como os interesses e vontades que fazem atuar agentes específicos. Mas também o lado “oposto”, aquele

<sup>32</sup> DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, p. 18 (Tese 17).

<sup>33</sup> DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, p. 11 (Advertência da edição francesa de 1992).

que recepciona, ou não. É correto, pois, que os juristas (dentre eles os juízes, bem como os legisladores e demais “operadores” da maquinaria jurídica) operem no interior de uma “comunidade narrativa”<sup>34</sup>. Nesse sentido, articulam-se conforme um encadeamento discursivo pelo qual se tem de remeter o Judiciário ao quadro maior das relações sociais: econômicas, políticas, raciais, sexuais. A resposta que dão, e que não é a “certa”, mas uma possível entre tantas, levando em conta os limites da normatividade jurídica, se dá em *forma jurídica*: eis porque a dimensão jurídica só atribui reconhecimento *jurídico* (o que, sem dúvida, na época das flexibilizações mais diversas, é um mínimo de segurança): sem dúvida é melhor a proteção de uma forma de vida pelo direito do que a sua negação, proibição, quando não condenação à morte: a conquista de direitos dos homossexuais, nesse sentido, é crucial num mundo em que, recentemente, em Uganda, por exemplo, foi aprovada a pena de morte contra homossexuais.

O foco deve incidir sobre os aparelhos concretos, que não se tornam justos pela fixação abstrata do discurso jusnaturalista. A positividade estava aí, na concretude, por mais que a teoria não a justificasse nos termos de sua origem concreta. O positivismo jurídico falhou justamente naquilo de que dizia abster-se: vinculação aos valores extrajurídicos; isso fez com que recaísse num falseamento teórico-metodológico pautado na neutralidade axiológica. Pelo fato de ser uma das teorias da ordem, por excelência, não podia deixar de esconjurar a sua posição concretamente enquadrada em um conjunto de valores social e historicamente específico.

Não cabe ao direito dizer o justo, mas dizer a si mesmo, porque tende a não ver com acuidade os demais processos sociais, ou acaba por reduzi-los, quando os absorve, a uma *pretensão de normatividade* (jurídica). Se isso pode ser chamado de “ideologia positivista”<sup>35</sup>, como o faz Michel Troper, não é por isso que deixa de estar mais perto de sintomaticamente acabar por revelar laivos de verdade, pois esta tem

---

<sup>34</sup> OST, François. *Contar a lei*, p. 29.

<sup>35</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*, p. 28. Entende ele que o sentido do “positivismo” como ideologia “prescreve a obediência ao direito enunciado e estabelecido, ou porque se acredita, como a escola da exegese na França, que ele seja justo, ou independentemente de seu caráter justo ou injusto, apenas porque é direito. É precisamente essa segunda vertente que entendemos por “sintomática”, por acabar por revelar o sentido de funcionamento do direito: conservação de sua esfera normativa. Note-se, ainda, que Troper parte de algumas das análises de Norberto Bobbio.

sido a tendência de autocompreensão da dimensão jurídica<sup>36</sup>. Equivale a dizer: os seus “operadores”, que são seus sustentáculos e produtores, distribuidores e consumidores, alimentam essa visão, a saber, de que o direito tem de ser mantido, de que ele é base de preservação da sociedade, de que ele é instrumento para democratização da sociedade, concepções exemplificativas que são compartilhadas não apenas pelos “juristas”, mas pelos movimentos sociais.

Todo o processo estruturado radicalmente a partir da industrialização e consolidação da esfera de abrangência e interferência mundial do capital indica a “unidimensionalização” do aparato: seu fim são os fins da dominação. Pela crítica à filosofia analítica, delinea-se um quadro de fechamento discursivo: o discurso está aberto, como a porta da Lei kafkiana, mas ao custo do seu fechamento.

O discurso das leis e o discurso legal são o discurso da institucionalidade, uns dentre tantos operadores da discursividade produtiva – ou generativa – da Lei, perante a qual só há o *diante*. Destruidor da vivência do tempo e dos mundos, o tempo espetacular é a publicidade de mundos e tempos, tempo do consumo de imagens e imagens do consumo do tempo. “O espetáculo se apresenta como uma enorme positividade, indiscutível e inacessível”<sup>37</sup>. Se trocássemos espetáculo por Lei teríamos uma colocação completamente adequada, mas o seu caráter completo exclui as aporias que viria a encobrir e trai a exposição. A lei é consumível e acessível. A Lei é *inconsumível* e *inacessível*, pois instaura a ordem infungível (o que implica dizer: instaurando-se) orientada à fungibilidade universal: tudo é mutável e acessível, exceto o *princípio fundador, imutável e inacessível*. Diante da Lei (ou “Diante do Espetáculo”) espera-se sentado, a lei é cotada pela oferta e procura do processo legislativo, menos estatal do que economicamente orientado. A lei torna-se um bem dentre tantos outros, enquanto a Lei torna-se o Bem. Objetivam todos à lei e cada minoria, cada sujeito de direitos diz querer tê-la, uma vez que o dizer se torna o monólogo do instituído.

A Lei é o objetivo final, o fim que ela própria promove enquanto meio. Todo acesso que a lei dá, portanto, é sancionado simbolicamente pela Lei, que sagra a Injustiça, o não acesso à Justiça. Os cidadãos atingem o seu ápice público na

---

<sup>36</sup>“No mundo *realmente invertido*, a verdade é um momento do que é falso” (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, p. 16). Nenhum processo, portanto, deve ser de antemão ignorado, ou tido como de menor importância

<sup>37</sup> DEBORD, Guy. *Idem*, p. 16.

sociedade do espetáculo como *espectadores*, ou ainda, quando muito, como *consumidores* de prestações a serem buscadas no processo de espetacularização.

Pensada de acordo com a sociedade que integra, a operacionalização jurídica trabalha mediante articulações discursivas e midiáticas, sustentando-as e sendo por elas sustentada, encontrando aí a possibilidade de *investidura simbólica* - entendida como as formas “pelas quais um indivíduo é dotado de um novo status social, é investido de um mandato simbólico que, desse momento em diante, impregna sua identidade na comunidade”<sup>38</sup> – como forma de efetivação de um processo de narração. O caminho do processo, e também do procedimento *maquinal*, são performativos, criam o que dizem criar e o que vale é o *parecer*. Não é por acaso, percorrendo o inverso da Lei, apontado por aquilo que nela há de podre, que chegamos ao seu anverso, ao corpo que *faz dar um corpo*, ao Estado, especificamente indicado aqui como Judiciário<sup>39</sup>. Culpados de antemão e condenados desde o princípio, os alvos da maquinaria jurídica (o Judiciário, que não necessariamente por isso é uma *fria burocracia*) comprovam que há vias unilaterais de acesso, vias que não fazem outra coisa a não ser mostrar que a ordem está certa e isso é toda a certeza. O que não se enquadra aí é chamado de utopia, uma vez que é inconsumível.

Tal é o quadro no qual o Judiciário encena, diante do qual os grupos sociais aparecem e constituem sua representação. Como local, o aparelho judicial torna-se *palco*, é outro centro espetacular. Se o Legislativo “falha”, resta o socorro dos togados, pois, formados na dignidade da pessoa *humana* (como se se fizesse questão de frisar que há aqueles para os quais a dignidade não valesse: inumanos,

---

<sup>38</sup> SANTNER, Eric. *A Alemanha de Schreber*, p. 10. Nesta obra, Eric Santner analisa o caso Schreber, famosamente consagrado pela leitura dele feita por Sigmund Freud, à luz do que denomina “crise de investidura”, revelando um processo de desgaste social mais profundo e que “culminariam, provisoriamente, na catástrofe nazista. (...) Minha hipótese é que esses impasses e conflitos dizem respeito a mudanças na matriz fundamental da relação do indivíduo com a autoridade social e institucional, aos modos como a ele se dirigem e como ele responde aos chamamentos do poder e da autoridade “oficiais”. (...) A estabilidade social e política de uma sociedade, assim como a ‘saúde’ de seus membros parecem correlacionar-se com a eficácia das operações simbólicas – com o que poderíamos chamar de sua *magia performativa* – pelas quais os indivíduos ‘se tornam o quem são’, assumem a essência social que lhes é atribuída através de nomes, títulos, diplomas, postos, honrarias e coisas similares. Cruzamos o limiar a modernidade quando a atenuação desses laços sociais performativamente efetivados torna-se crônica, quando eles já não são capazes de se apoderar do sujeito em sua compreensão de si mesmo” (SANTNER, Eric. *Idem*, *ibidem*). Seu trabalho, portanto, é dotado de uma preocupação crucial, e que, segundo vemos, não pode deixar de ser sempre colocada, “de que, quando existe uma cultura da paranoia, pode não estar muito longe um fascismo deste ou daquele tipo” (SANTNER, Eric. *Idem*, p. 12).

<sup>39</sup> É interessante notar o encontro, colocado por Eric Santner, de Kafka com Schreber, sendo um o reverso do universo do outro (SANTNER, Eric. *Idem*, p. 27).

ou desumanos, ainda), eles são os protetores das minorias contra o arbítrio da maioria...

As sentenças anteriores fazem ressaltar, utilizando-se dos clichês compartilhados pela comunidade de narração jurídica (ou pelo discurso jurídico), que o espetáculo atinge as instituições: estas tornam-se instituições *espetaculares*. Como ressaltou Debord,

O movimento de inovação tecnológica, que já dura muito tempo, é constitutivo da sociedade capitalista, chamada às vezes de industrial ou pós-industrial. Mas, desde que recebeu seu mais recente impulso (logo após a Segunda Guerra Mundial), ele reforçou ainda mais a *autoridade espetacular*, por seu intermédio, todos se veem inteiramente entregues ao corpo de especialistas, a seus cálculos e a seus juízos sempre satisfeitos com esses cálculos. A  *fusão econômico-estatal*  é a tendência mais manifesta do século XX; ela se tornou o motor do desenvolvimento econômico recente. A aliança – defensiva e ofensiva – firmada entre essas duas forças, a economia e o Estado, garantiu-lhes os maiores ganhos comuns em todos os domínios: pode dizer que cada uma das duas possui a outra; é absurdo opor uma à outra, ou fazer uma distinção entre suas razões e desrazões. Essa união também se mostrou muito favorável ao desenvolvimento da  *dominação espetacular* , que, desde sua formação, não era outra coisa.<sup>40</sup>

Disso decorre que considerar o Estado, seus aparatos, seus artífices, implica ter em vista a relação com a economia, com a forma de sociedade capitalista (espetacular). Tema deveras amplo, cabe salientar, aqui, aquilo que é pertinente ao desenvolvimento do trabalho, isto é, a relação entre espaço privado e espaço público, no esquema do espetáculo, o que significa considerar, além da alardeada “publicização do privado”, no mundo  *jurídico*  (ao menos em certos setores discursivos, como no direito civil, ou aqueles que priorizam o papel da Constituição de 1988 na instituição de um ordenamento jurídico democrático), a existência da nefasta “privatização do público”, no mundo político e social. As consequências desse processo serão abordadas na sequência e estão relacionadas, pois, ao processo de demanda social que deflagrou o “controle de constitucionalidade” do STF, dizendo respeito à integração de populações na sociedade do espetáculo: integração do  *queer* , não sem contradições, disputas e vozes dissonantes, no  *straight* , vale dizer, no  *Establishment* <sup>41</sup>.

<sup>40</sup> DEBORD, Guy.  *A sociedade do espetáculo* , p. 175 (Comentários sobre a sociedade do espetáculo). Grifo nosso.

<sup>41</sup> O que por sua vez, também, não assegura estabilidade. Podemos ver, no Brasil contemporâneo, que, enquanto o Judiciário assegura a união homoafetiva, o Legislativo, por meio de sua “bancada evangélica”, promove “discussões” sobre a institucionalização da “cura da homossexualidade”.

### 2.1.2 A privatização do público

Os aparatos que gerenciam os interesses sociais indicam que a estrutura estatal adquiriu um caráter para além do “burocrático”, em sentido weberiano; nessa estrutura passam a estar presentes elementos flexibilizadores, típicos das necessidades econômicas do capitalismo contemporâneo, bem como, e aqui é o que nos interessa, concernente à integração das populações (de uma população específica, na verdade) no quadro do mundo econômico. Na medida em que intervém o político no econômico, o próprio econômico passa a se tornar mais dependente das interferências. Não são instâncias apartadas. O que ocorre é que ao sofrer intervenção, a esfera econômica de produção da vida passa a constituir essas vinculações segundo a sua lógica. A esfera pública, como condição de possibilidade do desdobramento do capital, constitui-se segundo as exigências desse processo: “trata-se”, como lembra Chico de Oliveira, “de uma esfera pública *burguesa*”<sup>42</sup>. O caráter público passa a ser um âmbito de economicização da política. A partir dele, tem-se a segurança de que um processo visível e racionalizador, já aberto pela técnica, é capaz de responder eficazmente às falhas inerentes da economia. As relações na esfera pública estão cada vez mais tomadas pela lógica dos desdobramentos econômicos, processo esse que, por não existir um mercado autônomo e autorregulável (o máximo que podemos afirmar é que o mercado conta com princípios próprios, mas regidos por meios tecnológicos que perpassam as mais diversas dimensões da realidade), faz com que a condução do político se dê nos sentidos não do público, mas do privado; é a “privatização do público”, face obscena e autêntica da construção mundana da “publicização do privado”.

A administração gerencial da vida, todavia, passa a ser princípio *interno* à ordem burocrática. Não há fluidez que não requeira uma *forma* de contenção, de amoldamento e orientação; o funcionamento das terapias mercadológicas do choque historicamente indica a falência de um mercado que se regula por si mesmo – não passando de mera deposição ideológica ou simples desvio de olhar teórico a consideração de que ele seria o condutor por excelência da justiça (já individualizada) –, já que a decadência de seus preceitos de independência mostra o

---

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Francisco de. *Privatização do público, destituição da fala e anulação da política*, p. 56.

Estado como estrutura financiadora e mantenedora autêntica dos princípios liberais de mercado. Diante da crise recente de 2008, o grande artífice foi justamente o “vilão”, o qual tinha a vantagem de ser o arauto impessoal da Lei, na medida em que a “burocracia emerge assim num terreno aparentemente objetivo e impessoal, fornecido pela especialização racional das funções, e esta racionalidade, por sua vez, serve para implementar a *racionalidade da submissão* (...). O caráter objetivo e impessoal da racionalidade tecnológica confere aos grupos burocráticos a dignidade universal da razão”<sup>43</sup>.

Isso desconstrói o caráter ambíguo – não perdido, porém – da burocracia pública, espaço social no qual as minorias e movimentos sociais encontram, ainda, possibilidades (mínimas, mas ainda assim possibilidades que não se podem dispensar, apesar de sua disposição de sentido – e finalidades – não poder se dar para qualquer orientação)<sup>44</sup>. Essa oposição da burocracia pública, a ser fortalecida contra a privada, encontramos em Marcuse: “Na era da sociedade de massas, o poder da burocracia pública pode ser a arma que protege o povo da invasão de bem estar-geral pelos interesses particulares”<sup>45,46</sup>. Mas nem por isso devemos depositar confiança ingênua na burocracia, nos quadros estatais, pois as relações são muito mais dependentes do que imaginamos. Disso é que surge a necessidade de uma intensa reinvenção do político, perpassando as mais diversas esferas da vida. Os diversos movimentos sociais, e o movimento LGBT, dentre esses, não podem permitir que os assuntos que lhes são pertinentes sejam conduzidos por outros agentes que não os diretamente interessados, o que também implica um processo

---

<sup>43</sup> MARCUSE, Herbert. *Algumas implicações sociais da tecnologia moderna*, p. 94.

<sup>44</sup> A arma tem na destruição sua imanência. A questão é que a destruição não é apenas a dos transgressores (sacrifícios sangrentos da violência mítica, lembrando Walter Benjamin); ela pode ser a dos próprios construtos opressores, no sentido de uma efetiva libertação (violência divina – Benjamin, novamente). Mas também pode ser a da humanidade inteira. O caráter não neutro da tecnologia é o que contesta a segunda possibilidade.

<sup>45</sup> MARCUSE, Herbert. *Idem*, p. 95. Devemos ter em mente, aqui, que quando Marcuse escreveu o texto, entre 1940 e 1941, tinha em vista os Estados totalizadores do nacional-socialismo, bem como as democracias plebiscitárias do Ocidente. Quando estas se tornam uma possibilidade histórica para a realização de um autoritarismo de novo tipo, devemos estar atentos à atualidade das colocações acerca do papel do espaço público burocrático. Tendo em vista que “Um novo sistema social está talvez em vésperas de nascer: um regime neo ou semifascista com amplos apoios populares” (Cf. MARCUSE, Herbert. *Uma nova ordem*), estamos para além do quadro no qual a farsa vem depois da tragédia. Note-se, ainda, a atualidade dessa preocupação, em análises como a de Santner (vide Nota de Rodapé 19).

<sup>46</sup> Apesar da mitigação dessa posição em *O homem unidimensional*, a esfera pública passa a ser lida como potencialidade para além da burocracia pública, muito restrita, mas não absolutamente fechada (o que deve nos fazer ler as colocações da “administração total” diante do engajamento concretamente utópico da teoria marcuseana).

de vocalização, de *fala* e de discussão pautados no dissenso: o qual, por si só, já os deveria colocar em pontos estratégicos antissistêmicos. Veremos, porém, que a realidade social mais nos enreda do que permite a ‘libertação’, e, mesmo quando esta ocorre, liberta-se na medida da constrição à fala, sob o signo do “dizer o sexo”.

## 2.20 DISPOSITIVO DE SEXUALIDADE

Conforme uma abordagem baseada na dominação social, seja a partir de classes, ou dos aparelhos de Estado que asseguram a manutenção sistêmica (mesmo que contra os interesses específicos das “classes dominantes”, a linguagem da operacionalidade sistêmica fecha o discurso para a disputa. As formas subversivas de discurso, quando se articulam, permanecem às margens, ao seu reduto exterior. São capazes de já aí formar uma normatividade própria, até mesmo libertadora, mas que se encontra aprisionada na medida em que não se opõe ao *Establishment*. Mas, como alertou Michel Foucault, em *A vontade de saber (História da sexualidade I)*, contamos com uma incitação *institucional* a falar do sexo, ocorrendo uma “multiplicação dos discursos sobre o sexo *no próprio campo do exercício do poder*”<sup>47</sup>. Começaremos a questionar, assim, a relação entre a pauta da união homoafetiva e a incitação a dizer o *seu* sexo (e sua afinidade sexual), pela qual os sujeitos acabariam por reproduzi-lo e por afirmar a matriz de divisão sexual (e de gênero), condição esta para que, uma vez estando esta afirmada, seus direitos pudessem ser verificados.

Para Foucault, estamos diante de uma incitação aos discursos que constitui uma injunção do projeto ocidental moderno de “colocação do sexo em discurso”<sup>48</sup>. Por mais que o plano do discurso fosse depurado, instrumentalizado conforme um regramento de palavras específico, alça-se além do nível da palavra, do controle sobre a enunciação e sobre os enunciados, por mais que ela “depure” o discurso, pois isso tudo não significa que o discurso fosse reprimido.

O essencial é bem isso: que o homem ocidental há três séculos tenha permanecido atado a essa tarefa que consiste em dizer tudo sobre seu sexo; que, a partir da época clássica, tenha havido uma majoração constante e uma valorização cada vez maior do discurso sobre o sexo. E que se tenha esperado desse discurso, cuidadosamente analítico, efeitos

---

<sup>47</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 24. Grifo nosso.

<sup>48</sup> FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 26.

múltiplos de deslocamento, de intensificação, de reorientação, de modificação sobre o próprio desejo. Não somente foi ampliado o domínio do que se podia dizer sobre o sexo e foram obrigados os homens a estendê-lo cada vez mais; mas, sobretudo, focalizou-se o discurso no sexo, através de um dispositivo completo e de efeitos variados que não se pode esgotar na simples relação com uma lei da interdição. Censura sobre o sexo? Pelo contrário, constituiu-se uma aparelhagem para produzir discursos sobre o sexo, cada vez mais discursos, susceptíveis de funcionar e de serem efeito de sua própria economia.<sup>49</sup>

Graças à existência de outros mecanismos, a técnica discursiva sobre o sexo foi alçada ao plano público. Desde o século XVIII, o sexo está integrado a um sistema de gestão, associado mais à utilidade do que à repressão: insere-se no “cerne” do então nascente “problema político e econômico da população”<sup>50</sup>. Quando se trata do tema do sexo (o qual se relaciona à sexualidade, podendo ser até mesmo um produto desta), portanto, o tratamento que a ele se confere precisa inscrever o fenômeno sob análise na “economia política da população”<sup>51</sup>, pois a sociedade foi imbricando o seu futuro, aos poucos, ao modo como cada um é capaz de usar o seu sexo; e isso será um problema de *população*.

“*Entre o Estado e o indivíduo o sexo tornou-se objeto de disputa, e disputa pública; toda uma teia de discursos, de saberes, de análise e de injunções o investiram*”<sup>52</sup>. Tratar o sexo, portanto, bem como disciplinar e normalizar os corpos em função do uso que deles se faz, passou a ser operação pública, política. Há, além disso, silêncios tão eloquentes quanto algumas falas; não se deixa de falar, apenas a enunciação ocorre de outros modos, segundo outros pressupostos e a partir de certos enunciadores. Nos séculos XVIII e XIX pôde-se perceber o deslocamento dos focos a partir dos quais se produziam os discursos sobre o sexo, mas novos locais de fala foram instituídos: a medicina, a psiquiatria e a justiça penal passam a se destacar como focos “suscitantes” do discurso<sup>53</sup>. E podemos ainda hoje verificar a força da instituição desses locais, como na constituição da homossexualidade como patologia por determinados grupos (que misturam religião,

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 29.

<sup>50</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 32. “Os governos percebem que não têm que lidar simplesmente com sujeitos, nem mesmo com um ‘povo’, porém com uma população, com seus fenômenos específicos e suas variáveis próprias: natalidade, morbidade, esperança de vida, fecundidade, estado de saúde, incidência das doenças, forma de alimentação e de habitat. *Todas essas variáveis situam-se no ponto de intersecção entre os movimentos próprios à vida e os efeitos particulares das instituições*” (FOUCAULT, Michel. Idem, p. 31. Grifo nosso).

<sup>51</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 32.

<sup>52</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 33.

<sup>53</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 36-37.

moral e esfera pública: é o caso do chamado “neopentecostalismo”), como na criminalização da homossexualidade, ainda hoje verificáveis em países do mundo, em muitos dos quais não é uma questão de religião (apenas), mas de *polícia*.

Não apenas continuidade ou ruptura, mas antes deslocamento, dispersão e diversificação de discursos e pontos de emanação: o discurso não só é incitado, como a incitação é “*regulada e polimorfa*”<sup>54</sup>. Até o século XVIII havia códigos explícitos sobre as práticas sexuais, os quais, como o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil, tendo por foco o matrimônio, preocupavam-se em delimitar um limiar entre licitude e ilicitude<sup>55</sup>. Diante disso, pode-se perceber que “As proibições relativas ao sexo eram, fundamentalmente, de natureza jurídica. A ‘natureza’, em que às vezes se apoiavam, era ainda uma espécie de direito”<sup>56</sup>.

A incitação ao discurso, porém, embora tenha permitido que a sexualidade do casal pudesse passar para um segundo plano, e tenha focado a sexualidade dos “outros”, cuja proliferação às vezes parece derivar da criatividade humana para classificar, continua a contar com a “monogamia heterossexual” como sua “regra interna”<sup>57</sup>, o que pode se verificar sob o foco do atual texto constitucional brasileiro que privilegia a relação “entre homem e mulher”, conquanto não se proibam outras relações, a eloquência do texto constitucional reproduz e traz à luz os padrões “heteronormativos”.

A profundidade dos padrões verifica-se com a força da seguinte síntese foucaultiana: “O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie”<sup>58</sup>. O caráter produtivo do discurso, e do poder, tratará de se inscrever nos corpos, de reger o prazer: “dupla incitação”<sup>59</sup>, do prazer e do poder, os quais, numa espécie de dança, confrontam-se ao se reforçarem, reforçam-se ao se confrontarem<sup>60</sup>. E a proliferação é incitação fica a cargo de um específico mecanismo, o *dispositivo de sexualidade*<sup>61</sup>, o qual, relacionando-se ao poder, adquire carga distinta daquela das teorias da repressão (da “hipótese repressiva), é “*um dispositivo bem diferente da lei*: mesmo que se apoie localmente em procedimentos de interdição, ele assegura, através de uma rede de mecanismos

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 40.

<sup>55</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 44.

<sup>56</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 45.

<sup>57</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

<sup>58</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 51.

<sup>59</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 52.

<sup>60</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 53.

<sup>61</sup> FOUCAULT, Michel. Idem, p. 54.

entrecruzados, a proliferação de prazeres específicos e a multiplicação de sexualidades disparatas<sup>62</sup>.

Para Foucault, o que interessaria, em termos mais teóricos, conforme a sua proposição de uma “análítica do poder”, seria desamararr as análises sobre o fenômeno do poder do modelo jurídico-legal, cujo equivalente, no campo das práticas sexuais, equivaleria ao desvinculamento da análise do foco na interdição, na negação, na repressão. De forma alguma ele nega tais momentos, pelo contrário. Ele apenas afirma que é necessário entender que o poder, antes de ser encarado no modelo jurídico, deve ser entendido a partir do modelo estratégico<sup>63</sup>.

Sendo assim, o dispositivo de sexualidade deve ser remetido a toda a gama de discursiva que articula poder e saber, pela qual estes incidem sobre os corpos. Articula sexo e verdade, fazendo que se diga o sexo ao dizer a verdade, mas que se diga a verdade ao dizer o sexo: o dispositivo multiplicador funda, ainda, uma “sexualidade’ como verdade do sexo”<sup>64</sup>. Temos assim alguns momentos de articulação. Pela mutação histórica dos processos de produção-extração de verdade, acaba por surgir a exigência de um algo como o sexo, aquilo que precisará ser dito, pois produz verdade. Mas também, pelo outro lado, centra toda a verdade no sexo, esta residiria aí, nessa funcionalidade qualificante dos sujeitos. O dispositivo de sexualidade será a consagração desses movimentos. Imagetivamente – e registramos isso como tentativa –, o dispositivo de sexualidade seria o ativador de uma espécie de máquina que produz os elementos que a alimentam. Necessite de verdade, e obtenha o sexo. Necessite do sexo, e obtenha a verdade<sup>65</sup>. Sexualidade, assim, seria uma articulação estratégica de discurso, poder, saber e corporalidade (prazer). Estão em interação “mecanismos positivos, produtores de saber, multiplicadores de discursos, indutores de prazer e geradores de poder”<sup>66</sup>. Não haveria, assim, como rastrear um centro produtor. Trata-se, portanto, de compreender que esse dispositivo se manifesta até naquelas regiões nas quais aparentemente há um bloqueio, o que gera, ou deveria gerar, consequências para a compreensão do fenômeno jurídico.

---

<sup>62</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 57.

<sup>63</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 114.

<sup>64</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 78.

<sup>65</sup> Vale lembrar que a confissão seria o elemento do dispositivo que “obriga a enunciação verídica da singularidade sexual” (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 70), produção específica da *scientia sexualis*, marca do homem ocidental como “animal confidente” (FOUCAULT, Michel. Idem, p. 68).

<sup>66</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 83.

A centralidade do jurídico nos temas políticos, conforme a teoria de Foucault, não é mera casualidade. Ao contrário, integra-se ao enredamento entre política e direito desde o período medieval, pelo qual a representação do poder se encontra presa no sistema em que político e jurídico se consomem um no outro<sup>67</sup>. E isso é uma marca de um sistema monárquico, de uma “monarquia jurídica”<sup>68</sup>, inconcebível, ainda, fora dos esquadros do direito. “No pensamento e na análise política ainda não cortaram a cabeça do rei”<sup>69</sup>. Mesmo assim a análise foucaultiana não mitiga sua crítica à juridicidade, ou às abordagens jurídicas (ou mesmo estatistas):

E se é verdade que o jurídico pôde servir para representar, de modo sem dúvida não exaustivo, um poder essencialmente centrado na coleta e na morte, ele é absolutamente heterogêneo com relação aos novos procedimentos de poder que funcionam, não pelo direito, mas pela técnica, não pela lei mas pela normalização, não pelo castigo mas pelo controle, e que se exercem em níveis e formas que extravasam do Estado e seus aparelhos. Entramos, já há séculos, num tipo de sociedade em que o jurídico pode codificar cada vez menos o poder ou servir-lhe de sistema de representação.<sup>70</sup>

Diante disso, quais “consequências” se retêm para uma análise do direito, ou das intersecções (e afastamentos) entre direito, poder e sexualidade? Como resistiria a teoria do direito, e sua correspondente teoria do Estado, se é que seria capaz de fazê-lo? Antes, porém, de nos deixarmos sem chão (o que seria mais retórico do que efetivo), é necessário ler atentamente o que o próprio Foucault nos diz, pois algo importante pode ficar de lado.

Impressiona, assim, num primeiro momento, quando nos deparamos com uma síntese-programa como a seguinte: “Pensar, ao mesmo tempo, o sexo sem a lei e o poder sem o rei”<sup>71</sup>. Em nenhum momento, contudo, descarta-se o direito, mas se tenciona, complexificando as leituras juridicizantes dos fenômenos, ou os próprios acontecimentos que se desdobram, em algum momento, no interior do jurídico. É na própria investigação sobre a sexualidade, sobre o seu dispositivo, que podemos encontrar uma articulação que ilumina o nosso próprio objeto, a saber, a integração e o conflito de uma afetividade homossexual com as relações de parentesco fundadas numa certa “instituição familiar”, assegurada, por sua vez, pelo casamento,

---

<sup>67</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 98.

<sup>68</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 99.

<sup>69</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

<sup>70</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 100.

<sup>71</sup>FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 101.

ou, contemporaneamente, ao menos segundo o ordenamento jurídico pátrio, numa específica “entidade familiar”, na qual o casamento se destaca, contudo (ao lado da qual surge a “união estável *entre homem e mulher*”).

O elemento gerado pelas relações de sexo “em toda sociedade” com o qual o dispositivo de sexualidade tencionou historicamente é qualificado por Foucault como o “*dispositivo de aliança*”; ele representará as questões colocadas acima, o modelo patrilinear heterossexual fundado na reprodução:

Sistema de matrimônio, de fixação e de desenvolvimento dos parentescos, de transmissão dos nomes e bens. Este dispositivo de aliança, com os mecanismos de constrição que o garantem, com o saber muitas vezes complexo que requer, perdeu importância à medida que os processos econômicos e as estruturas políticas passaram a não mais encontrar nele um instrumento adequado ou um suporte suficiente. As sociedades ocidentais modernas inventaram e instalaram, sobretudo a partir do século XVIII, um novo dispositivo que se superpõe ao primeiro e que, sem o pôr de lado, contribui para reduzir sua importância. É o dispositivo de sexualidade: como o de aliança, este se articula aos parceiros sexuais; mas de um modo inteiramente diferente (...).<sup>72</sup>

Os dois dispositivos, que podem ser opostos, na verdade, antes de se anularem, acabam, numa outra espécie de dança, reforçando-se, quando um ou outro vem a “falhar”, mas também nos momentos de plena atuação. Em primeiro lugar, cabe considerar que o dispositivo de aliança associa-se a padrões de divisão estabilizadores de um sistema social baseado na conservação do *status quo*. Os seus elementos precisam ser claros, regrados e acabam por afirmar-se como *perenes* ou *naturais*. É nesse sentido que se haviam fixado, historicamente, os “crimes contra a natureza”. Natureza *histórica*, ressaltemos, porém, pois o que fará é generalizar uma forma de relação específica, baseada na cópula do macho e da fêmea (a reprodução *biológica da espécie*, padrão de reprodução até hoje). Isso a regra, em parte, ou totalmente, talvez, influenciada pelo preceito de índole religiosa – mas também social (basta pensarmos nas sociedades com elevada taxa de mortalidade e baixa expectativa de vida, via de regra afundando o grosso da população, se não na miséria, ao menos numa vida que não *pode* se dar muitos “luxos”). Mas a regra, o direito e o certo só podem se estabilizar quando delimitam os seus opostos, quando os criam, na verdade. Há, ainda, aquela espécie de depósito que podemos localizar nos limiares e que caracteriza o não regrado, ou o *não*

<sup>72</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, p. 117.

*regrável*. Entre o sim e o não de um sistema tem de haver um talvez, uma margem de atuação a partir da qual ele pode se elaborar, recriar, lançar novas bases. E é aí que se localiza aquilo que se pode ver como o “ganho” do dispositivo de sexualidade, uma vez que “funciona de acordo com técnicas móveis, polimorfos e conjunturais do poder”<sup>73</sup>, além de possibilitar “(...) uma extensão permanente dos domínios e da forma de controle”<sup>74</sup>.

Se o dispositivo da aliança é *reprodutivo* (e Foucault ressalta o seu papel econômico como associado à distribuição e aos processos distributivos), revelando sua íntima relação com o direito, o dispositivo de sexualidade é um tanto mais *produtivo*: sua ligação com a economia dá-se pelo corpo, um “corpo que produz e consome”<sup>75</sup>; ao invés do direito como articulação crucial, trabalhará com as mais maleáveis técnicas de controle: “O dispositivo de sexualidade tem, como razão de ser, não o reproduzir, mas o proliferar, inovar, anexar, inventar, *penetrar nos corpos* de maneira cada vez mais detalhada e *controlar as populações* de modo cada vez mais global”<sup>76</sup>.

Recapitemos, rapidamente, o caminho até aqui traçado: articulação discursiva entre sexo e verdade; extração de tal verdade por processos de indução à fala; dispositivos que multiplicam a sexualidade; recondução interpretativa para localizar outro dispositivo de funcionamento socialmente mais identificável, mais jurídico, em sua formulabilidade explícita, ao menos; articulação interativa entre o dispositivo de sexualidade e o de aliança, por fim.

O dispositivo de aliança não sucumbiu, nem perdeu de todo seu valor, pelo contrário. “Historicamente, aliás, foi em torno e a partir do dispositivo de aliança que o de sexualidade se instalou”<sup>77</sup>. O objetivo do caminho e da sua retomada é ressaltar o próximo passo (a partir do qual partiremos para a análise dessas manifestações em textos jurídico-normativos específicos), isto é, o surgimento da *família* nessas operações indicadas:

Não se deve entender a família, em sua forma contemporânea, como uma estrutura social, econômica e política de aliança, que exclua a sexualidade ou pelo menos a refreie, atenuar tanto quanto possível e só retenha dela as funções úteis. *Seu papel, ao contrário, é o de fixá-la e constituir seu suporte*

<sup>73</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

<sup>74</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

<sup>75</sup>FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 118.

<sup>76</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

<sup>77</sup>FOUCAULT, Michel. Idem, ibidem.

*permanente*. Ela garante a produção de uma sexualidade não homogênea aos privilégios da aliança, permitindo, ao mesmo tempo, que os sistemas de aliança sejam atravessados por uma nova tática de poder que até então eles ignoravam. *A família é o permutador da sexualidade com a aliança: transporta a lei e a dimensão do jurídico para o dispositivo de sexualidade e a intensidade das sensações para o regime da aliança.*<sup>78</sup>

A demarcação da importância da família como “o permutador da sexualidade com a aliança” é o que permite lançar luzes à união homoafetiva: pela “vontade de dizer” seu sexo ante o Tribunal para conquistar direitos de ter família, o que se dá nos *esquadros jurídicos*, os quais, historicamente, embora o dispositivo de sexualidade os tenha penetrado, abrindo-o às “sensações, encontram na família o modo pelo qual podem conduzir a lei e o jurídico – diríamos a Lei – até o dispositivo da sexualidade, incidindo e criando, talvez, pontos em que os diversos feixes de poderes e as diversas técnicas e tecnologias de controle se cruzam, interpenetrando-se e até mesmo se anulando, operação não menos efetiva, a depender de seu contexto.

A busca por reconhecimento, portanto, de uma forma de união que gere efeitos jurídicos não poderia passar ao largo do conceito de família, e pensamos isso mais largamente num sentido social: a partir do XVIII, a família passou a figurar como o “lugar obrigatório” no qual se produziriam e fixariam *afetos*<sup>79</sup>, e também sexualidades. A determinação dos afetos, princípio dos relacionamentos segundo o STF, acabarão por se colocar além da própria entidade familiar e seus vínculos: o afeto será norteador de uma visão *jurisprudencial*, tanto na prática judicial quanto na própria visão de dimensão jurídica. Mas se trata, como veremos, sempre de *estratégia*, e as empregadas pelos Ministros não escapam do seu campo discursivo e das influências e trocas que este efetua com outros. Se nós, homens, estamos diante da Lei, trata-se agora de verificar como nós mesmos, homens, em nossa face *erótica*, estamos diante da constituição discursiva da Lei, atual e espetacularmente centradas no Supremo Tribunal Federal. Eros diante da Lei, Eros diante da decisão.

---

<sup>78</sup>FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 119.

<sup>79</sup>FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 120.

### 3 EROS DIANTE DA LEI

#### 3.1 EROS DIANTE DA DECISÃO

A produção discursiva na dimensão jurídica não se limita ao que tradicionalmente se chama de “operadores do direito”. Estes são a face eloquente e responsável pela enunciação da Lei, de sua produção. Mas não detém monopólio dessa produção, embora seja no interior dessa dimensão que a produção jurídica se dê, propriamente. O que queremos dizer é que o processo produtivo é um longo processo de encadeamento narrativo que, embora para ser norma jurídica, precise ser enunciado nos confins do direito, normatiza não apenas a si mesmo, mas sua relação com o mundo: captura da vida nos seus confins, vida que está além do direito. Nesse sentido, ao focarmos no Judiciário, em sede de análise constitucional, estamos focalizando o momento em que se vocaliza publicamente e normativamente um processo de constituição normativa dos padrões da sexualidade, mediante o qual o dispositivo da sexualidade, com sua fluidez, acaba por se manifestar nos termos jurídicos do dispositivo da aliança. Constituem motivo de temor as tecnologias apartadas do direito, bem como a penetrabilidade corpórea e discursiva da sexualidade, de modo que estas acabam por ser *recodificadas* nas formas jurídicas

Estamos e nos manteremos distantes do direito civil, pois sua formação discursiva requereria outro trabalho. O foco é perceber como as lutas sociais acabam por trabalhar com os termos do direito, com as categorias jurídicas, não tão binárias, também, como se costuma conceber. Enfatizaremos a maleabilidade interpretativa da Constituição, pela qual, ao afirmar a proteção das entidades familiares e das suas possibilidades, as formações discursivas sobre a sexualidade (e sobre o sexo) podem contar com um momento juridicizante, momento específico de normatização da vida. Três serão os destaques, portanto: como o tema da sexualidade manifesta-se nos votos; como os magistrados compreendem a articulação entre o direito e os fenômenos sociais (da necessidade de direito à necessidade do reconhecimento passar pelo direito); como articular, por fim, a prática interpretativa com o reconhecimento. A base de análise são três dos votos, escolhidos por suas representatividades temáticas: do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em relação ao qual focaremos a sexualidade, do Revisor, Ministro Luiz Fux, a partir do qual se dá destaque ao direito como efetivador de reconhecimento, e, por

fim, da Ministra Cármen Lúcia Rocha. Cada voto escolhido, assim, não se restringe ao texto dado, mas remete a um discurso, o qual perpassa o texto, coloca-se, assim, como operador estratégico que conflui, de modo contraditório, contudo, para uma decisão, a qual encerra potenciais de abertura ou fechamento da dimensão jurídica, tendo por base que a norma jurídica mais deve seu caráter normativo pelas figuras simbolicamente investidas que a asseguram do que por uma *razão estritamente jurídica* subjacente às “fundamentações”.

### 3.1.1 ADI nº 4.227 – Um breve relato

A ADPF nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, visava à nova interpretação do Estatuto dos Servidores Públicos do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/1975, em seus incisos II e V do art. 19, e art. 33), pelo fato de a interpretação então consagrada implicar restrição de direitos aos homossexuais, além de que se agisse no sentido de controlar decisões que negassem a atribuição de direitos aos pares homossexuais estáveis dos direitos que lhes caberiam caso fossem heterossexuais. A fundamentação baseia-se no princípio da igualdade (a legislação e os intérpretes não poderia dar tratamento diferente aos iguais), no princípio da liberdade (autonomia privada e sua “dimensão existencial”, isto é, orientação sexual), no princípio da dignidade da pessoa humana (assegurador de projetos individuais e coletivos de vida), no princípio da segurança jurídica (a incerteza no reconhecimento das uniões homoafetivas e seus efeitos jurídicos causaria insegurança pessoal e social, bem como para o ordenamento jurídico) e no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade<sup>80</sup>. Além disso, era requerida “aplicação do *método analógico de integração do Direito* para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente”<sup>81</sup>, postulando-se a aplicação do regime da união estáveis às relações entre parceiros homossexuais.

Acontece que essa ADPF foi encampada pela ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e versando sobre o mesmo objeto, tendo por objetivo, assim, a declaração de que

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 618-619. Devido às normas para formatação de citação de fonte jurisprudencial implicarem excessivo gasto de espaço, optaremos por uma versão reduzida.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 619.

'a) é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo'.<sup>82</sup>

Sendo essa, resumidamente, a delimitação do pleito, cabe considerar como cada voto tratará do tema do reconhecimento, e com base em quais matrizes discursivas acaba por fazê-lo.

### 3.1.2 Ministro Carlos Ayres Britto e sua *jurisprudência dos afetos*

Carlos Ayres Britto, relator da ADI nº 4.277, provavelmente foi o Ministro que mais granjeou simpatia do público por sua performance “poética” no plenário do STF. Sem poupar arroubos retóricos, além de servir de modelo a certas formas de decisões que caracterizam um progressismo judicial, mais aparente do que real, de modo que nele nos deteremos.

Começa seu voto com uma marcação em primeira pessoa, e parte para análise do pedido de interpretação conforme a Constituição, o qual pressupõe “plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo (...) quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal”<sup>83</sup>, “técnica especial de controle de constitucionalidade”<sup>84</sup> que será reconhecida como de uso devido, pelo Ministro Ayres Britto, no presente caso.

Reconhece, primeiramente, que legislação do Estado do Rio de Janeiro (art. 1º da Lei nº 5.034/2007, bem como seu art. 2º<sup>85</sup>) acabou por reconhecer direitos previdenciários aos “parceiros homoafetivos”, de modo que, nessa matéria jurídica, e somente nela, a ação perderia seu objeto.

Em segundo lugar, sobre o dissenso jurisprudencial, o Ministro destaca que

É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade de inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários,

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 624.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 625.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 625.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 626.

com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.<sup>86</sup>

Desde o início, portanto, reconhece uma tensão, da qual, cabe dizer, ele próprio não escapa: de um lado, a subjetividade do julgador, de outro a objetividade inerente ao exercício da atividade. Vemos aqui uma primeira manifestação da ruptura entre o *juiz*, enquanto papel, e o *indivíduo* que dá suporte, que *investe* a *persona* que opera a máquina judicial. É também no limiar que resulta desse movimento, nunca demasiadamente completo, mas lacunar e móvel, que se deixará manifestar instâncias discursivas sociais inerentes à formação específica de uma subjetividade, deixando-se ver na visão de sexo e gênero que os Ministros apontam.

Com a análise da ADI nº 4.277, o foco passará a ser a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, o qual enuncia: “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”, diante do qual caberia ao Supremo analisar “o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”<sup>87</sup>.

Estaríamos diante do objetivo de conduzir uma tarefa objetiva, portanto, interpretar o direito à luz da Constituição, mas dependendo, também, da subjetividade incidente sobre o tema a ser interpretado, uma vez que trata da *preferência* sexual que destoa do padrão heteronormativo. Abre-se um âmbito de posturas e posições, no qual ocorre um choque de preferências afetivas com outras socialmente consagradas. Enquanto a umas cabe o destaque da *preferência*, a outras cabe o marcador do *padrão*. E é diante disso, também, que nos encontramos, do problema no modo de postulação do estar diante, do modo como este é concebido e enunciado.

“Pronto!”<sup>88</sup>, é assim que passamos à análise do mérito, ou, melhor dizendo, é assim que o Ministro Ayres Britto passa a analisar o mérito da causa, e nós, em nossas limitações até mesmo de espaço, ao mérito do mérito de seu voto. Sendo assim, não acompanharemos aqui cada elemento que ele expõe, mas já aqueles

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 626.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 627.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 629.

que se mostram indispensáveis para o nosso encadeamento, e que o são, também, para o do Ministro. Se o que se analisa, argumenta ele, é a interpretação conforme a Constituição, não poderia ser em outro lugar, a não ser nela, que se encontrariam as respostas para o caso.

Estabelece, como termo a ser utilizado para se referir aos homossexuais, a palavra homoafetivos, baseando-se na construção de Maria Berenice Dias, de forma a deixar a carga semântica, por assim dizer, recair no *afeto*, escolha da qual se utiliza de modo a

*dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de 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 (...).*<sup>89</sup>

Em contraste, cunha o termo “heteroafetividade”. Apesar de se referir ao âmbito erótico, ao qual sequencia a atração física, acaba por ignorá-lo, mesmo afirmando as referências que a Constituição Federal faz do vocábulo “sexo”, na medida em que o restringe ao “nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”<sup>90</sup>. Percebemos um deslocamento, assim, de todo o fundo erótico, propriamente sexual, que marcou a pauta do movimento *gay*, para um centramento na constituição afetiva, de *âmbito privado*. O direito baseia-se na substituição do termo, que pode ser lido com a indicação de um deslocamento estratégico de pauta política. A questão terminológica, pois, é uma importante questão política em termos de identificação, pessoal e coletiva, que tem se deslocado através de eufemismos (a violência do *bicha* ou *viado* poderia, como já foi, ser utilizada como *moto* político, o qual poderia ir além do pastiche e incidir naquilo que Butler chama performance).

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 630. Grifo nosso.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 631.

Chama atenção a relação entre normatização e naturalização no tocante ao sexo e ao gênero. Vejamos:

Trata-se, portanto, de um *laborar normativo* no sítio da *mais natural diferenciação* entre as *duas tipologias do gênero humano*, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um *laborar normativo* no sítio da *mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina*. Dicotomia *culturalmente* mais elaborada que a do *macho* e da *fêmea*, embora *ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal*, por oposição aos reinos vegetal e mineral.<sup>91</sup>

E isso “extrai” o Ministro do vocábulo sexo presente na Constituição. Analisemos mais detidamente o excerto. Pelo “laborar normativo” refere-se à textualização efetivada pelo constituinte sobre a diferença tipológica (1) mais natural (2) do gênero humano (3). O primeiro problema é já atribuir uma atividade normatizadora ao constituinte, isto é, aquele que constitui o texto a partir do qual se tem por fundado um ordenamento jurídico. Esse problema manteremos em suspensão, e ensaiaremos um retorno na conclusão, quando trataremos das visões de juiz e de sua influência sobre o conceito de direito. No momento interessa perceber que se pressupõe a existência de algo como um gênero humano, que contaria com uma divisão interna *natural* entre *masculino* e *feminino*, os quais, numa linguagem mais “lógico-formal” (4), seriam espécies. Seria essa divisão, ainda, *culturalmente* (5) mais trabalhada do que a de *macho* e *fêmea*, embora ambas as divisões se refiram ao *reino animal* (6), por oposição ao reino vegetal e mineral.

A articulação, reconstituindo o texto, parte da necessidade de diferenciar, primeiramente, um reino animal diante do mundo. Em segundo lugar, decorreria a necessidade (da qual já não se sabe o porquê) de divisões baseadas no aspecto biológico macho-fêmea e no masculino-feminino, que, embora tenha maior carga cultural, ainda assim diz respeito àquela raiz *animal* anterior. Percebemos, assim, que as articulações de gênero são decorrência, mas culturalmente “mais” mediada, do chamado “sexo biológico”, tido por natural e do qual decorre a dita naturalidade do masculino e feminino, de modo que o sexo, será tomado como um “dado empírico”<sup>92</sup>:

---

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 631.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 633.

(...) como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. *O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado.* Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica.<sup>93</sup>

A diferença corpórea, chamemos assim, entre homem e mulher, referenciada na diferença de órgão genital, seria o suporte “coloquial” de sexo. De um dado natural, portanto, somos remetidos a uma convenção baseada num “até então” de criteriológica biologicizante. Mas a sentença grifada pelo Ministro, “*O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado*”, conecta a coloquialidade do chamar de sexo o aparelho sexual, o qual se presta a funções específicas, como estimulação e conjunção, voltadas, em última análise, à reprodução. Aqui a naturalidade não é afirmada, mas pressuposta, pois há um determinado ser do qual o órgão toma o nome a uma naturalização. Afirma-se, páginas adiante, de modo a fechar o círculo, ou, antes, a linha de pressuposições: “*nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva*”<sup>94</sup>.

Isso fica claro quando se afirma que “o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser o respectivo aparelho genital. *Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado*”<sup>95</sup>. O curto-circuito surge quando, na página seguinte, lê-se: “(...) o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo (...)”<sup>96</sup>.

O constituinte, ainda, apenas fixaria o “sexo” no texto constitucional, mas as normas aí fixadas não distinguem a “espécie feminina da espécie masculina”<sup>97</sup> (desde o trecho anterior pressupostas no voto do Ministro Ayres Britto), assim como não distinguem “o concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural”<sup>98</sup>. Consagrando a autonomia da vontade, a Constituição não obrigou nem vedou

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 633.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 637.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 636. Grifo nosso.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 638.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 637.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 637.

qualquer possibilidade de prática da sua sexualidade, vista como algo íntimo e privado<sup>99</sup>. Se o sexo é natural e biológico, a sexualidade é concebida como passível de uso. Ao direito nada mais caberia do que prestar sua tutela<sup>100</sup>.

Antes de prosseguirmos a consideração sobre o jurídico e a concepção de juiz que desdobramos do texto decisional do Ministro Ayres Britto, cabe considerar essas ilações sobre o sexo tendo em vista, já com intuito crítico, um problema levantado por Judith Butler em *Problemas de gênero: a construção do gênero-sexo*.

Contestando veemente a naturalização do sexo, bem como gênero, a filósofa entende ser o fenômeno gênero tão construtor da corporalidade quanto o sexo, e a este se relaciona: “Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma”<sup>101</sup>. Essa indistinção de termos, em termos de uma pretensa natureza, mostra sua face de efeitos quando notamos toda a cadeia à qual remete, pela qual se estabelece o que ela chama de “gêneros inteligíveis”, isto é, “aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo”<sup>102</sup>. Se a conexão entre os dois primeiros, no voto do Ministro Ayres Britto, é evidente; na segunda parte que encontraríamos uma quebra, não fosse a articulação efetuada entre ambos por um “instinto sexual”, afirmado mesmo como “não raro, com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas”<sup>103</sup>.

Mas, para Butler, a cadeia de pressuposição não é desejo, prática, gênero e sexo. Este é o construto naturalista, que vai encontrar, em última instância, alguma organicidade na qual irá naturalizar todo o resto:

O gênero só pode denotar uma *unidade* de experiência, de sexo, gênero e desejo, quando se entende que o sexo, em algum sentido, exige um gênero – sendo o gênero uma designação psíquica e/ou cultural do eu – e um desejo – sendo o desejo heterossexual e, portanto, diferenciando-se mediante uma relação de oposição ao outro gênero que ele deseja. A coerência ou a unidade internas de qualquer dos gêneros, homem ou mulher, exigem assim uma heterossexualidade estável e oposicional. Essa heterossexualidade institucional exige e produz, a um só tempo, a univocidade de cada um dos termos marcados pelo gênero que constituem

---

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 639.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 642.

<sup>101</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 25.

<sup>102</sup> BUTLER, Judith. *Idem*, p. 38.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 634.

o limite das possibilidades de gênero no interior do sistema de gênero binário especial.<sup>104</sup>

Onde se vê natureza, portanto, imperam designações de ordem social, de uma específica economia dos prazeres que precisa fundar uma divisão para, assim, dar lugar a heterossexualidade como *necessidade*. A decorrência entre gênero e sexo que podemos ler, portanto, no voto exposto, configura e assegura um padrão heterossexual. Se lembrarmos, como diz Foucault, que a relação entre sexo e sexualidade é de uma discursividade remetida à verdade, que perpassa e controla corpos, então este voto expressa as contradições entre as duas articulações: uma baseada no dispositivo de aliança e sua “lei” natural e outra apoiada no dispositivo de sexualidade e suas forças dispersivas, que incitam a sexualidade. Não é por acaso, portanto, em termos de ordem discursiva, que o próximo ponto do voto seja, propriamente, a *família*.

Conforme o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O enfoque não poderia ser mais explícito, e, segundo o Ministro, “(...) a Constituição *limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas*, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica”<sup>105</sup>. A metáfora utilizada é a da família como um “continente”<sup>106</sup>, em sua fundamental importância para a instituição da sociedade. Não poderia, assim, restringir-se ao sexo, pois, baseada num ordenamento jurídico democrático, essa forma de família não poderia ser excludente. Veja-se assim, portanto, como os movimentos vão se compondo, de modo que confluem, numa mesma decisão, as mais diversas matrizes discursivas, as quais são produtivas socialmente, no interior do direito e pelo próprio direito. Assim, não poderíamos negar uma face produtiva intrínseca ao direito, que não pode ser visto como apenas negação ou reprodução; é *também* instituinte (ou, na linguagem benjaminiana de *Crítica da violência-crítica do poder*, violência mítica *fundadora*). Isso não obsta que a produtividade lhe pertença, antes o contrário, e a proliferação de dispositivos na contemporaneidade atesta isso. Porém, como esses escapariam de uma regulação, e incidem num específico medo

---

<sup>104</sup>BUTLER, Judith. Idem, p. 45.

<sup>105</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 645. Grifo nosso.

<sup>106</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 645.

social dos aparatos, acabam por encontrar regulações, que serão capazes de efetividade se *aplicadas* juridicamente (sendo a eficácia *fundamente*).

Por fim, reconhecendo a juridicidade das uniões homoafetivas, desde que públicas, contínuas e duradouras, isto é, orientadas pelo mesmo quadro normativo das uniões estáveis “heteroafetivas”, confirma-se a “interpretação conforme”, não se justificando a ausência de proteção pela parte do Estado, já que da Constituição nada se extrairia no sentido de impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o outro nome que se passou a emprestar para família.

### 3.1.3 Ministro Luiz Fux, ou como “vencer o ódio e a intolerância, *em nome da lei*”

Em comparação ao voto do relator, o do Ministro Luiz Fux, revisor do presente caso, mostra-se mais preocupado com o plano jurídico, ou, melhor dizendo, como é nele que se resolvem as pautas de reconhecimento. Isso é sintetizado numa passagem curta, mas significativa:

O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser Estado.<sup>107</sup>

Os direitos fundamentais, portanto, são o ponto para o qual se voltam a jurisdição, “como função primordial do Estado”, e o próprio Estado, que teria na proteção dos direitos fundamentais sua *razão*. Afirma-se, assim, uma visão finalista da atividade estatal direcionada ao âmbito jurídico naquilo em que ele mais se aproximaria da realidade. No presente caso, a proteção é justificada e cabível, motivo pelo qual ele apresenta algumas premissas: “a homossexualidade é um fato da vida”<sup>108</sup>, “a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção*”<sup>109</sup>, “a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença”<sup>110</sup>, “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 664.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 666.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 666.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 666.

recíprocos, com o propósito de compartilhar projetos de vida”<sup>111</sup>, “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas”<sup>112</sup>. Se as quatro primeiras premissas são “fáticas”, a última seria jurídica.

A primeira visão parte da homossexualidade como um fato social. É algo que existe, que faz parte do mundo. Reveladora é a segunda opção, que se baseia numa inerência da homossexualidade: um entranhamento no *ser*, e não um estar. É impassível de deslocamento – genética, socialmente ou em ambos os sentidos<sup>113</sup>. Mais do que isso, implica um âmbito no qual escolhas seriam irracionais, tendo em vista a sociedade na qual se integra:

(...) não parece *razoável* imaginar que, mesmo *no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos*, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida *descompassado* das concepções *morais* da maior parte da sociedade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e violência.<sup>114</sup>

Parece que o centro em função de orientação seria a *moralidade* instituída e compartilhada pela maioria, diante da qual uma questão como a homossexualidade, se passível de escolha, seria irracional. Pois não haveria como arcar com o preconceito e ódio. Questão que se deve fazer é que essa é a realidade de todo um processo social de *performance*, desde o reconhecimento intersubjetivo do seu desejo, pois este é um desejo de um outro, até sua exteriorização, conflitos inúmeros estão envolvidos, os quais não se resolvem num simples “ser ou não ser”. Pense-se apenas naqueles que, tementes dessa moralidade, da aceitação social, da pertença ao mundo econômico e das relações heterossexuais instituídas, permanecem com seus “armários” trancados, ou saem apenas furtivamente, de modo “discreto”. Estamos diante, pois, de uma manifestação duradoura da “essencialização estratégica”, estratégia já utilizada pelo movimento *gay* como forma de conferir inteligibilidade a sua posição no mundo (sexualidade não como opção, mas como um simples ser). Apesar disso, de todo modo, esse é um espaço de discussão aberto, dizendo respeito ao modo como os sujeitos e as coletividades encaram a sua situação.

---

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 667.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 667.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 667.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 667. Grifo nosso.

A incompreensão do quadro social em análise, e da centralidade das formas de *estar* no mundo, mostra-se quando o Ministro escreve sobre a “união entre pessoas do mesmo gênero”<sup>115</sup>. Mesmo gênero em função do mesmo sexo, ou mesmo sexo em função do mesmo gênero? Se no voto anterior as conexões são exploradas, aqui aparece simplesmente um resultado. A decorrência, neste voto, é implícita, e incide, talvez, com maior força; algo como a categorização da “identidade de gênero”, portanto, entraria em conflito com o modo como o voto é estruturado.

Como afirma Judith Butler, cujo auxílio se faz novamente necessário, para melhor compreendermos o discurso articulado, “‘decorrer’ seria uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade”<sup>116</sup>. Em algum momento, portanto, o direito, por meio da política, institui-se a partir de uma normativa cultural, espaço no qual já transitavam as configurações da sexualidade.

Não afirmando muito mais sobre a sexualidade, nem seu texto permitindo estender muito mais a interpretação e uma busca discursiva, o engate próximo é a conexão entre concepção de direito que o Ministro possui e a vida social. A relação entre fato e direito, exposta em seus pressupostos, articula a seguinte afirmação: “Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi ius* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos”<sup>117</sup>. Não se trata de descobrir, portanto, se as uniões homoafetivas tem proteção do ordenamento, pois de pronto teriam; tratar-se-ia, pois, de verificar *qual* a disciplina jurídica a ser conferida ao caso concreto<sup>118</sup>.

A verificação de qual seja essa forma também é operada tendo em vista a *família*. Esta, funcionalizada pela Constituição, e garantida institucionalmente, não objetivaria preservar o modelo tradicional, mas sim a dignidade de seus membros. Prova disso seria o reconhecimento, no texto constitucional, das famílias monoparentais (art. 226, § 4º). O próprio conceito de família mostra-se afetado por essa funcionalidade: família é a conjugação de amor familiar, comunhão e identidade<sup>119</sup>, toda uma série de elementos que, como disse Foucault, marcam a

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 669.

<sup>116</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 39.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 668.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 668.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 671.

centralidade da família a partir do século XVIII como a instância por excelência dos afetos.

Nada há, portanto, prossegue Fux, que marque uma diferença, na família, as uniões heteroafetivas das homoafetivas. “Nada as distingue”<sup>120</sup>, indagando-se uma possível dimensão ontológica. Se entre elas não há hierarquia, não caberia conferir tutela apenas àquela. Citando, na mesma página, Robert Alexy e Ronald Dworkin (e mostra-se comum, na estratégia das citações dos votos analisados, citar de modo harmônico concepções jurídicas, e de mundo, completamente distintas<sup>121</sup>): conforme o primeiro, “inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico”<sup>122</sup>; já para o segundo “todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito”<sup>123</sup>. Cabe ao Estado, portanto, por meio do direito, assegurar manifestações outras de família, também conectadas à personalidade dos indivíduos; esta diz respeito, para o Ministro Fux, de raiz do direito da personalidade, enquanto identificável a homossexualidade com a capacidade jurídica<sup>124</sup>.

Sua visão da atuação judicial relaciona-se, pois, à garantia de expressão da personalidade e de conformação de família, manifestando-se, pois, na proteção contra a discriminação:

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.<sup>125</sup>

As manifestações odiosas seriam vencidas, assim, por meio da dimensão jurídica. A tutela das manifestações da personalidade implicariam “vencer o ódio e a intolerância *em nome da lei*” (p. 687). Mas não apenas isso. Como poderemos notar, o direito será o elemento que atribui dignidade às relações:

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 671.

<sup>121</sup> Veja-se, por exemplo, no voto do Ministro Ayres Britto, uma harmonização entre Hegel e Nietzsche, como se não houvesse qualquer conflito teórico. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 636).

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 672.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 672.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 675.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 668.

O silêncio normativo catalisa a *clandestinidade* das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, *sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.*<sup>126</sup>

Deixando de lado o caráter afrontoso dessas afirmações, como se as relações sociais necessitassem do “condão” do direito para serem dignas, como já não bastassem por si, interessa-nos mais verificar como se conecta diretamente o “silêncio normativo”, também focado no voto anterior, com uma “clandestinidade das relações homoafetivas”. Primeiramente, o não reconhecimento jurídico explícito não implica vedação de formas de vida. A vedação implicaria, por sua vez, e é o que ocorre nos países nos quais a homossexualidade é vedada. Em nossa sociedade, pois, a discriminação é mais sutil, o que não quer dizer menos forte. O que os parceiros reivindicam é uma acolhida simbólica, um reforço de reconhecimento, o qual, orientado por pautas políticas de índole *pública*, pode significar maior proteção concreta. As famílias fáticas, portanto, e não aquelas juridicizadas, portanto, também são relegadas ao limbo da farsa (“família de fachada”) ou indicam renúncia de uma dimensão “fundamental de uma vida”. Ora, o que percebemos é a centralidade do jurídico, que sem o jurídico não há reconhecimento, não há sequer dignidade.

Não só isso, mas o Ministro entende que se permitirá, pela equiparação entre as uniões estáveis, aos homossexuais “planejar suas vidas *de acordo* com as normas jurídicas vigentes”<sup>127</sup>, o que se daria, ainda, na “moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção”<sup>128</sup>. O direito, e a Constituição e sua aplicação, portanto, são dimensões socialmente imprescindíveis, tanto é que os indivíduos planejariam sua vida em conformidade com as normas jurídicas vigentes (o *de acordo*, por mais que implique duplicidade, seja num sentido estrito, de organização da vida conforme o direito, seja num sentido largo, no sentido de que não contrariaria ou deixaria de encontrar tutela no direito, ratifica as questões anteriormente exploradas): os “dramas humanos (...) não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição”<sup>129</sup>. A

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 676-677. Grifo nosso.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 678.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 680.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 687.

parábola de Kafka parece que retorna e incide com toda a sua força: onde haveria um oficial, o menor entre muitos, encontramos o magistrado, em sua toga de “guardião da Constituição”, abrindo a porta da Lei para que os sujeitos nela entrem, como se já não estivessem sendo capturados nela desde antes de se apresentarem (pela não inclusão a partir do silenciar). O brilho que emana da Lei e se pode entrever é a atribuição de dignidade, conferida pelo Tribunal. A porta está desde sempre aberta e esperando nossa entrada, mesmo que ao custo do nosso sucumbir humano e da não libertação das formas de vida das amarras jurídicas.

#### 3.1.4 Ministra Cármen Lúcia: a não “entendibilidade” da vida e sua captura pelo direito

Num voto sucinto, estilisticamente mais limpo, e articulado de modo claro, a Ministra, logo no início, ao contrário do que se diz sobre ser mais um momento de dar efetividade aos direitos do que “conquistar novos direitos”, afirma ser a conquista ainda necessária, como forma de assegurar uma vivência liberada da violência: “Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano”<sup>130</sup>.

Ao contrário dos votos anteriores, seu texto não manifesta muitas inferências sobre questões de sexo ou gênero. Ressalta-se, contudo, o destaque do plano das *escolhas*, isto é, da ideia de uma “opção pela convivência homossexual”<sup>131</sup>, também manifestado por “*liberdade de escolha* sexual, sentimental e de convivência com outrem”<sup>132</sup>. Em nenhum momento, ainda, a Ministra parte das visões naturalizantes ou biológicas sobre sexo, gênero ou sexualidade. O próprio sexual, como vemos, é remetido a um âmbito de escolha que integra a liberdade humana (a qual seria uma dimensão fundamental da dignidade).

Sendo assim, podemos nos centrar em apenas um âmbito de seu texto, aquele que discursivamente abre a textualidade e recepciona discursos sobre o direito. Ao fazê-lo, condiciona a visão sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, como exporemos.

---

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 695.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 696.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 700. Grifo nosso.

Citando Guimarães Rosa, numa passagem em que Riobaldo, encontrando Reinaldo/Diadorim, afirma “amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível”<sup>133</sup>, a Ministra Cármen Lúcia prossegue:

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.<sup>134</sup>

Esquadrinhemos o fragmento. A vida, e seu fluxo, prescinde de se ser entendida (1). Simplesmente pode ocorrer sem entendimento. Nem se trata de fazer os outros entenderem. O convencimento e a discussão, portanto, não se localizariam nesse nível fundamental da fixação do ser e do estar da vida no mundo. E podemos concordar com esse ponto, mas contrafaticamente, pois o que os poderes disciplinares e de controles modernos têm feito é justamente colocar a vida e as formas de vivência em discussão. Ainda mais, colocam-nas em *risco*, num limiar de indistinção entre pertencimento e exclusão<sup>135</sup>. Mas prossigamos. A escolha do outro (2), que pode não ser entendida, ou adotada, não pode ser de ser aceita (3). É fundamental, portanto, que a escolha das formas de vida dos outros (e sempre se frisa, aí, uma alteridade) seja aceita, pois é manifestação da liberdade desse ser outro, “*porque a vida é do outro*” (4) e a “*forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do direito*” (5). O outro pode, portanto, escolher a vida que quiser, mas, e o ponto que destacamos é o ponto 5, essa escolha encontra-se condicionada e fundamentada pelos limites do direito. A forma de vida, portanto, de algum modo tem de estar em relação com o direito, tem de com ele estar relacionada, não pode, ao menos, contrapor-se a ele, e essa proposição manifesta-se na existência do direito *para* a vida, e não no contrário. Surge aqui, de outro, modo, um imiscuir entre direito e vida, e esta não deixará de escapar daquele. A última colocação, de que a vida não existe em função do direito, é fraca diante da força pela qual se deixa enfatizar que há limites jurídicos para a vida: “as escolhas pessoais livres e legítimas,

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 697.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 697.

<sup>135</sup> Esse processo, como podemos ver a partir de Giorgio Agamben, é aquele mediante o qual cada um de nós é *virtualmente homo sacer*, banido e abandonado. (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, p. 131).

segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas”<sup>136</sup>.

O direito surge, portanto, como condicionamento da vida, como o operador de legitimação sem o qual as práticas sociais não seriam “válidas” (nota-se que a validade se mostra decorrente de uma conjugação entre o jurídico – “segundo o sistema jurídico vigente” – e o social). Mas a operação efetivada, ainda, tem relação com as formas institucionais de política, as quais são estendidas pela Ministra sob a rubrica de “pluralismo político”, o qual também seria social. Essa relação que vai se tecendo entre vida e direito é fundante do sistema jurídico do Ocidente, conforme o concebe Giorgio Agamben, e funda-se na violência<sup>137</sup>. Não é uma relação de substancialidade, mas um constante vilipêndio, excessivamente incitador na era da biopolítica, na qual a vida é o elemento que carrega a máquina político-econômica. A tendência a não distinguir vida e direito é a do estado de exceção, o qual parece não ser contido por nenhum sistema jurídico. Pelo contrário, ele “separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”<sup>138</sup>. Sendo assim, a eficácia social é sustentada por dispositivos que colocam a vida e o direito em constante conexão, e o dispositivo de aliança é aquele pelo qual a relação entre vida e novas técnicas que atravessam os corpos são remetidos ao direito. Os mecanismos incitadores, portanto, precisam ser recepcionados, e um dos modos que se tem encontrado de operar esse movimento passa pela “vida privada”, cuja regulação máxima cabe à família. A Constituição, que na visão da Ministra, é um “conjunto harmônico de normas”<sup>139</sup>, encontra, portanto, nos “Poderes” da República, o modo como, abrindo-se o texto, concretizam-se normas, o que, na terminologia agambeniana, concerne a uma *aplicação* (cujo custo é a não vigência da norma). As manifestações do desejo humano, sinteticamente assinaladas em nosso trabalho por Eros, em suas diversas direções, concretizações e formas de ser, encontram-se, pois, como que capturadas, mas, ao invés de reprimidas, são incitadas. Eros, portanto, não apenas se encontra diante da Lei, como, talvez, não existisse como tal fora dela. A libertação, indo além da liberação (a qual passa pelos poderes instituídos e instituintes do direito e da biopolítica), passa pela desativação dos

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 704.

<sup>137</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 130.

<sup>138</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 58.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, p. 698.

dispositivos, ou, dizendo-o de outro modo, por um livrar-se deles. Se o que se quer integração ou libertação, aí já estamos naquele âmbito da personalidade que temos de ultrapassar para chegar ao coletivo, pois os focos das lutas podem ser um ou outro, conforme se desista ou resista.

## CONCLUSÃO

Muitas são as figuras que nossa sociedade forjou para Eros: já esteve *acorrentado*, e deveríamos a todo custo livrá-lo das amarras do recalque mediante tecnologias disciplinares, dentre as quais a sexologia; esteve *liberado*, para gozar como pudesse, já que seu querer seria contido sempre de modo heterônomo. Também se propugnou sua *libertação*, e ele poderia fluir livremente, dando origem a um novo princípio de realidade, não mais repressivo dos instintos, mas estético. Levando a sério nossa epígrafe marcusiana, temos de considerar que Eros efetivamente assumiu uma variedade de formas, e estas dizem respeito ao político, pois em cada momento se tencionou, de algum modo, os limites do Legal.

Essas formas não se relegam ao passado, todavia. Perpassam, ainda, discursos e práticas, dizem respeito aos processos sociais; remetem a uma complexa “economia política dos discursos” pela qual se faz necessário revisitar os lugares comuns das estratégias e táticas políticas para compreender o seu enquadramento sob um viés produtivo (ou até reprodutivo). Eros está diante da Lei, bate em sua porta, mas esta já estava lá, um estava para o outro. O caminho da presente pesquisa, breve e, talvez, sinuoso, indica para uma produtividade interna ao direito, ele não é apenas repressivo, mantenedor: ele é instituinte, ele funda realidades. Reconheça-se que sua atuação se dê por meio de uma codificação. Essa, também, é a interpretação que Judith Butler faz de Foucault: “Segundo Foucault, não só o ‘sexo’ precisa ser recontextualizado nos termos de uma *sexualidade*, mas o poder jurídico tem de ser repensado como uma construção produzida por um poder generativo que, por sua vez, oculta o mecanismo da sua própria produtividade”<sup>140</sup>.

O processo “codificador” (e não remetemos aos “Códigos” históricos, mas a normatização do real), portanto, conta sempre com subtextos, como uma espécie de norma invertida que diz respeito à organização de sua “economia” interna em relação ao errado, ao excluído, o qual, como vimos, figura no estabelecimento da dimensão jurídica. Conta, também, com aplicadores que auxiliam a deslocar os já indistinguíveis limites entre vida e direito.

---

<sup>140</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*, p. 142.

Com Foucault, portanto, preparamos o caminho no sentido de evitar algumas armadilhas: não tomar a sexualidade como barrada por alguma Lei repressiva, mas também que a Lei produz interposições na sexualidade, também a constitui. Possibilita espaços sociais para sua *efetivação*, para o seu desdobramento. Poderia ocorrer sem a dimensão jurídica? Talvez, pois há dispositivos que instituem outras normativas, fora do jurídico. O direito não subsume a normatividade, antes o contrário. O enfoque e o sentido de investigar a “a normatização jurídica da sexualidade” era o de ressaltar que, apesar das mudanças e deslocamentos das estratégias de poder, o campo de discurso do qual enunciamos nossa fala ainda é estrategicamente crucial para o estabelecimento de reconhecimento. Admitir isso não significa ratificar o estado de coisas, nem o Estado como o aparelho que detém a enunciação do Direito, o momento sancionador, falando claramente. Significa ver com clareza os movimentos de reconhecimento, que não podem ficar reféns, contudo, das figuras estatais nem do direito.

Como enfatizamos, a produção do direito envolve um longo circuito que envolve agentes, narrações, enunciações, silenciamentos, violência, mas também reconhecimento, proteção (por mais que sempre relativa e limitada), formação de identidades, constituição de um espaço político de garantias mínimas, melhor do que sem garantia alguma. Custos há. Mas os custos estritamente econômicos, monetários, visados por algumas vertentes analíticas do direito, não dão conta do efetivo combustível da máquina governamental do Ocidente: os custos humanos. Os processos econômicos, que corroem a constituição da esfera pública, na qual seriam possíveis a disputa por garantias *institucionais*, bem como a articulação dos movimentos de modo a ultrapassar as próprias instituições – remetendo-nos ao fator organizativo, mais facilmente articulado aí, mas não de modo exclusivo -, multiplicam a espetacularização. É nesse sentido que se pode constatar a prevalência da disputa pelo privado, em detrimento do público, na pauta da parceria homossexual:

Na luta pela parceria civil, prevalece a idéia de que a sexualidade de gays e lésbicas só pode ser reconhecida como questão privada. Deixa-se para trás quatro décadas de afirmação de que o pessoal é político e se ignora o destino daqueles para os quais o casamento não representará avanço nem proteção, pois é na esfera pública que sobrem as sanções sociais, onde são insultados, agredidos e até assassinados. Percebe-se o lado sombrio da privatização das vidas, ou seja, sua despolitização.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> MISKOLCI, Richard. *Pânicos morais e controle social*, p. 123.

Nossa sociedade, fundada na fetichização da mercadoria, na acumulação de capital, também é uma sociedade do espetáculo. Consomem-se imagens, ao invés de condições reais. Outra precaução advém, portanto, ao considerarmos a articulação espetacular que afeta as instituições, no nosso caso, o aparato judicial: são os mecanismos econômicos e políticos que perpassam o direito, e mesmo o contradizem, que asseguram as imagens (forma das personas no mundo do espetáculo); é a eficácia *simbólica* delas que assegura estabilidade. E essa eficácia é assegurada pela investidura, a inscrição da interpelação na ordem do discurso: a eficácia é *performativa*, mais do que *expressiva*.

Vemos, portanto, na articulação dos votos, não apenas a reprodução discursiva dos “gêneros inteligíveis”, mas como esses são produzidos em relação ao enquadramento jurídico-formal para os homossexuais. A dificuldade de conseguir fala no espaço público atesta sem dúvida esse encolhimento da vida pública. A dignidade da pessoa *humana*, panaceia do “constitucionalismo fraternal”, como propugnado pelo afetuoso Ministro Carlos Ayres Britto, depende de sua igualação aos parceiros heterossexuais. Numa sociedade em que impera uma heteronormatividade (antes de tudo, e mais fortemente, até, social do que jurídica), gerar essa equivalência nos termos da sexualidade implica consagrar os termos binários.

Outra comprovação disso é o próprio instrumento pelo qual se enuncia o reconhecimento: o Judiciário. As portas do Legislativo estão e encontrar-se-ão fechadas enquanto não houver uma radicalização no modo como se encara a sexualidade, e isso conduziria os problemas para além da máquina estatal; no sentido contrário, um movimento altamente repressivo, encabeçado pelo dogmatismo neopentecostal, é um risco para a já arriscada democracia. Onde a normativa moral de índole religiosa vinga, consagrando um texto sagrado religioso, e seus intérpretes miraculados, a incipiente institucionalização secular só poderia vingar. Não há espaço aí para uma Constituição, nem como folha de papel – e isso tudo ainda deve ser somado ao secularismo incipiente em nosso país. Se a lei nos veda, ou não impede, ou quer que sejamos curados, a Lei, pelo Judiciário, mantém sua porta aberta. A tensão entre os dispositivos é levada ao paroxismo, como se cada Poder do Estado estivesse funcionando de acordo com um dispositivo histórico, ou, ao menos, mais suscetível a sua interferência.

Literalmente, entre a cruz e a espada. O cenário histórico, no qual muitos veriam *segurança*, parece indicar antes o contrário. A política sexual radical, que parece ter saído de pauta, impõe-se, portanto, como necessária, bem como a recondução ao político, à luta radical contra os termos estabelecidos.

De fato, os dramas contemporâneos parecem passar pelo Estado e pelo Direito, não porque esses sejam a meta, mas porque os movimentos sociais refluíram no capitalismo espetacular – até mesmo o Bem-Estar europeu, com sua estabilidade de quase cinquenta anos conquistada ao custo de muitas lutas, vê-se como que se esfacelando no ar, com cada medida de austeridade estada. A passagem de nossas vidas pelo Estado fortifica o aparato, é necessário atentar para isso, o que coloca outro dilema político:

A petição por direito ao casamento procura o reconhecimento do Estado das relações não-heterossexuais e, assim, configura o Estado como detentor de um direito que, na verdade, deveria conceder de maneira não discriminatória. Independente de orientação sexual. Essa concessão do Estado intensifica a normalização, que parece passar despercebida por boa parte do movimento lésbico e *gay* organizado, exemplificado pela *Human Rights Campaign*.<sup>142</sup>

O Estado e o direito capturam a vida, inclusive quando a reconhecem. O reconhecimento operado pelo Estado é uma face daquela relação entre vida e norma que configura e impede os usos, dos corpos, das linguagens, de uma vida para si. O desejo movimento no reconhecimento pelo Estado é também, novamente nos termos de Butler, o desdobramento do “*desejar o desejo do Estado*”<sup>143</sup>. A espécie de publicidade que o Estado confere, ao conceder a união civil para pessoas cujo desejo se orienta para o que a sociedade fixa como “mesmo sexo”, é a da legitimação, e não o público do dissenso.

O dispositivo da sexualidade penetra nossos corpos e controla populações, lembrando a. É tensionado quando, “através do casamento, o desejo pessoal adquire um certo anonimato e intercambialidade, torna-se mediado publicamente e, nesse sentido, um tipo de sexo público legitimado”<sup>144</sup>. Mas é também fortificado.

---

<sup>142</sup> BUTLER, Judith. *O parentesco é sempre tido como heterossexual?*, p. 224.

<sup>143</sup> BUTLER, Judith. *Idem*, p. 234.

<sup>144</sup> BUTLER, Judith. *Idem*, *ibidem*.

Assim como a biopolítica alterou a relação do poder e da política com a vida e com a morte, alterou, também, o foco jurídico: onde antes imperava interdição, passamos a contar com o “reconhecimento”. De todo modo, é a promoção da vida o que importa. Ao menos essa é o que se pode extrair do texto constitucional, bem como da interpretação e aplicação efetivada pelo poder Judiciário. Porém, como podemos questionar seguindo as reflexões de Giorgio Agamben, não se trata de *qualquer* vida. Há, aqui, uma zona de indiferenciação sobre a qual incidem as decisões soberanas (das quais, às vezes, as decisões judiciais são apenas o elo que exterioriza, e normatiza, um longo processo de decisão: político-econômico, biopolítico, antes de jurídico): tudo se torna passível de decisão, o que torna a vida, ela mesma, indecidível. A ordem, hoje, portanto, não é de proibição, mas de permissão.

Foucault também percebia essas tensões, mas apostava numa transformação mais radical do que a de Butler, que parece investir excessivamente na força dos limiares, como se estes não fossem uma forma de sustentáculo do incluído e do expulso: os movimentos, portanto, partiriam dos dispositivos, levá-los-iam até os seus limites, mas se deslocariam dele e acabariam por deles se livrar, *ultrapassando-os*<sup>145</sup>.

Assim, seria como se depois de toda a espera e sucumbir nos livrássemos para sempre da Lei. O nosso diante pertenceria a nós mesmos, não orientaríamos nossas vidas pelos dispositivos, nem as teríamos orientadas por eles. Cabe lembrar, por fim, que *Diante da lei* não é apenas uma parábola ou fragmento isolado (nesse sentido integra a coletânea kafkiana de *Um médico rural*), mas é uma narrativa que é contada pelo sacerdote a Joseph K., no final de *O processo*. Depois de expô-la, e de discutirem a textualidade – sendo interessante observar as duas distintas atividades: enquanto K. questiona a literalidade e as “trapaças” narrativas, o sacerdote pouco a pouco apresenta os fundamentos que baseiam a história –, chegam ao limite, talvez da própria Lei:

- Não concordo com essa opinião [o porteiro fora investido pela lei na sua atividade; duvidar dele seria duvidar da própria lei] – disse K., balançando a cabeça. – Pois se se adere a ela, é precisa considerar como verdade tudo o que o porteiro diz. Que isso, porém, não é possível, você mesmo fundamentou pormenorizadamente.

<sup>145</sup> FOUCAULT, Michel. *Não ao sexo rei*, p. 233.

- Não – disse o sacerdote. – Não é preciso considerar tudo como verdade, é preciso apenas considera-lo necessário.
- Opinião desoladora – disse K. – A mentira se converte em ordem universal.<sup>146</sup>

Quando o necessário se sobrepõe à verdade, a mentira passa a imperar. O espetáculo também consagra a mentira, e o desafio da atuação política talvez seja conseguir agir em meio a tal incerteza. O Tribunal é um arauto da Lei, do Processo. Seus operadores estão em função da Lei, logo, da ordem que consagra a mentira. Diz ainda o sacerdote a Joseph K., com isso podemos encerrar nossa problematização, “O tribunal não quer nada de você. Ele o acolhe quando você vem e o deixa quando você vai”<sup>147</sup>. Uma política radical, a ser reinventada, é aquela que não *deseja* o Tribunal, mas o desafia. O Tribunal verdadeiro não é a Suprema Corte, mas a ordem social que nos rebaixa pelo nosso desejo, incitando-nos a classificá-lo, a torna-lo dócil. Ao que, talvez, numa negação da interpelação sistêmica a nos enquadrarmos, *devamos dizer*. “*preferiríamos não*”. Se podemos ou não fazê-lo, isso dependerá de nossa capacidade não apenas de resistir, mas de ir além.

---

<sup>146</sup> KAFKA, Franz. *O processo*, p. 221.

<sup>147</sup> KAFKA, Franz. *Idem*, p. 222.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALIAGA, Juan Vicente. Peligrosos y normales? Sobre la situación de la España democrática respecto de la diversidade sexual. In: COSTA, Horácio (et ali) (Org). *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial, 2010, p. 37-47.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277*. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. ADPF nº 132-RJ 1.723Código Civil2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator

de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade.

Cláusula pétrea.IV3ºConstituição FederalCarta Magna3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de

1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. CONSTITUIÇÃO FEDERAL Constituição Federal 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Constituição Constituição Constituição § 2º 5º Constituição Federal Constituição Constituição 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. Constituição 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. 1.723 CÓDIGO CIVIL CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1.723 Código Civil. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe nº 198. Publicação 14 de outubro 2011.

BENJAMIN, Walter Benjamin. "Crítica da Violência – Crítica do poder". In: \_\_\_\_\_. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. São Paulo: Cultrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

\_\_\_\_\_. O parentesco é sempre tido como heterossexual?. In: *Cad. Pagu* [online]. 2003, n.21, pp. 219-260. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332003000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332003000200010&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em 05 de junho de 2011.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. 12. reimpr. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A união homoafetiva e a Constituição Federal. In: COSTA, Horácio (et ali) (Org). *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial, 2010, p. 21-26.

EAGLETON, Terry. *Teoria da Literatura: uma introdução*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 19. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2009.

\_\_\_\_\_. Não ao sexo rei. In: \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996, p. 145-152.

\_\_\_\_\_. Poder- corpo. In: \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996, p. 229-242.

\_\_\_\_\_. Sobre a história da sexualidade. In: \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996, p. 243-276.

FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 3. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1984.

KAFKA, Franz. *O processo*. 3 reimpr. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009.

\_\_\_\_\_. *Um médico rural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 27-29.

LUGARINHO, Mário César. Direitos humanos e estudos gays e lésbicos: o que nós e Michel Foucault temos a ver com isso? In: COSTA, Horácio (et ali) (Org). *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial, 2010, p. 61-70.

MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

\_\_\_\_\_. Algumas implicações sociais da tecnologia moderna. In: \_\_\_\_\_. *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 73-74.

\_\_\_\_\_. *Contra-revolução e revolta*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

\_\_\_\_\_. *Eros and civilization: a philosophical inquiry into Freud*. Boston: Beacon Press, [s.d.]

\_\_\_\_\_. *Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

\_\_\_\_\_. *Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

\_\_\_\_\_. *O fim da utopia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

\_\_\_\_\_. *One-dimensional man: studies in ideology of advanced industrial society*. New York: Routledge, 2007.

MARLASKA, Fernando Grande. El matrimonio heterossexual: un mito? In: COSTA, Horácio (et ali) (Org). *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial, 2010, p. 27-36.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. In: *Cad. Pagu* [online]. 2007, n.28, pp. 101-128 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332007000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100006&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em 12 de julho de 2012.

OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco de. PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000, p. 55-81.

SANTNER, Eric. *A Alemanha de Schreber: uma história secreta da modernidade*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed., 1997.

THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo, 1900-2000*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

TREVISAN, João Silvério. Homocultura & política homossexual no Brasil: do passado ao por-vir. In: COSTA, Horácio (et ali) (Org). *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial, 2010, p. 49-59.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins, 2008.