

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM LETRAS
LINHA DE PESQUISA: TEXTO, DISCURSO E RELAÇÕES SOCIAIS

GUSTAVO KRATZ GAZALLE

CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL:
GÊNESE DE UM NOVO DISCURSO

PELOTAS

2017

GUSTAVO KRATZ GAZALLE

CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL:
GÊNESE DE UM NOVO DISCURSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Católica de Pelotas, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Letras.

Orientadora: Prof^ª.Dr^ª.Aracy Graça Ernst

PELOTAS

2017

G291c Gazalle, Gustavo Kratz

Casamento homoafetivo no Brasil: gênese de um novo discurso. /
Gustavo Kratz Gazalle. – Pelotas: UCPEL, 2017.

136 f.

Tese (doutorado) – Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-
Graduação em Letras, Pelotas, BR-RS, 2017. Orientador: Aracy Graça Ernst.

1. casamento homoafetivo. 2. discurso. 3. família. 4. memória afetiva.
5. acontecimento discursivo. I. Ernst, Aracy Graça, or. II. Título.

CDD 401.4

*À Fernanda, com muito amor.
Sem ti, não teria sido assim.*

AGRADECIMENTOS

Ao finalizar esta tese, necessário agradecer ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Católica de Pelotas, que acolheu prontamente este projeto de pesquisa e análise, na pessoa da Professora Carmen Matzenauer, que afetivamente me recebeu e encaminhou institucionalmente.

À minha orientadora, Professora Aracy Graça Ernst, pela condução segura por caminhos teóricos que definitivamente mudaram minha percepção sobre o direito, o discurso e a vida.

À Banca Examinadora, pela atenção e cuidado na leitura do texto, e cujas observações também construíram este trabalho.

Aos colegas Felipe Ávila e Marchiori Quevedo, por terem compartilhado comigo as dificuldades do deslocamento, reconstrução teórica e pessoal que a AD propõe, e especialmente pela construção conjunta, pelo companheirismo e amizade.

À querida amiga, Prof^a Helena Beatriz Mascarenhas de Souza, pela tradução do resumo para o inglês, e pelo carinho de sempre.

À Flávia Ramires da Silva, que realizou a degravação dos trechos originalmente produzidos em áudio, pela tenacidade amorosa com que participou do processo de construção do trabalho.

À minha família e meus amigos, pelo amor e compreensão.

À Fernanda Ramires da Silva, por tudo, especialmente por possibilitar que meu pensamento tenha trilhado o caminho que, enfim, percorreu neste trabalho e pelo rigor científico – permeado de afeto.

RESUMO

Esta tese analisa o voto do relator do julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Ministro Ayres Britto, sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O trabalho tem como referencial teórico o Direito, especialmente o Direito de Família, e a Análise de Discurso de orientação francesa, formulada por Michel Pêcheux. Trata-se de um olhar sobre o funcionamento de um discurso que marcou o começo de uma nova prática, de uma nova perspectiva de convivência social, à luz do Direito, entre e com as pessoas que têm uma orientação sexual homoafetiva. O desenvolvimento do conceito de *memória discursiva*, e o peculiar funcionamento da decisão enquanto acontecimento discursivo, possibilitam entrever novas redes de memória sobre a homoafetividade. O tema do presente estudo –o relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo– foi apagado pela coletividade, pela cultura, pela tradição religiosa. Um apagamento que se refletiu durante séculos na cultura ocidental, inclusive na linguagem, que não dispunha sequer de designações sem conotação pejorativa, como a que permeia o termo *homossexualismo*, por exemplo. Esta tese trata da transformação de um discurso socialmente estabilizado e legitimado pelas instituições (um discurso normatizado) em outro até então apócrifo e não reconhecido, em relação ao tema da união estável e do casamento homoafetivos. A ruptura proporcionada pela decisão inaugura um novo discurso institucional que proporciona a possibilidade de uma nova prática jurídica. O encontro do evento (o julgamento) com uma memória (a memória afetiva e solidária para com as pessoas homoafetivas) e a história autoriza a conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal aqui analisada, por todas as suas consequências – entre elas a de estabelecer novas redes de memória –, configurou um Acontecimento Discursivo com repercussões significativas na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Casamento homoafetivo; Discurso; Família; Memória afetiva; Acontecimento discursivo.

ABSTRACT

This thesis analyzes the vote of the Brazilian Federal Supreme Court's Justice Ayres Britto, on the possibility of recognition of stable union and marriage between same-sex partners. The work is theoretically grounded in the fields of Law, especially Family Law, and French Discourse Analysis, as formulated by Michel Pêcheux. It is a look into the functioning of a discourse which has determined the breakthrough of a new practice, of a new perspective of social coexistence, in the light of Law, between and with people with a homoaffective sexual orientation. The development of the concept of discursive memory, as well as the peculiar way the decision works as a discursive event, make it possible to catch a glimpse of new memory network around homoaffectivity. The theme of the present study – the affective relationship between people of the same sex – has been deleted by the collectivity, the culture, the religious tradition. This deletion has reflected, over the centuries, in Western culture, including language – which did not even have names without pejorative connotations, such as that which permeates the term *homosexuality*, for instance. This thesis deals with the transformation of a socially stabilized and legitimized discourse by institutions (a normative discourse) into a hitherto apocryphal and unrecognized one, in relation to the theme of stable union and homoaffective marriage. The rupture provided by the decision inaugurates a new institutional discourse that offers the possibility of a new legal practice. The confluence of the event (the trial) with a memory (the affective and supportive memory towards the homoaffective people) and with history grants the conclusion that the decision of the Federal Supreme Court analyzed here, for all its consequences – among them, establishing new memory networks – has configured a Discursive Event with significant repercussions in Brazilian society.

Keywords: Homoaffective marriage; Discourse; Family; Affective memory; Discursive event

LISTA DE ABREVIATURAS

AD	Análise de Discurso
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIE	Aparelhos Ideológicos de Estado
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Aparelhos Repressivos de Estado
CEB	Comunidades Eclesiais de Base
CF	Constituição Federal
CGJ	Corregedoria Geral de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CUT	Central Única dos Trabalhadores
FD	Formação Discursiva
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis
SDR	Sequência Discursiva de Referência
STF	Supremo Tribunal Federal
TJAL	Tribunal de Justiça de Alagoas
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSE	Tribunal de Justiça de Sergipe

SUMÁRIO

CAMINHOS PERCORRIDOS.....	03
1 SOBRE AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE HISTÓRICO- CONSTITUCIONAIS.....	21
1.1 Contextualizando o <i>corpus</i> : o voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....	21
1.2 A união estável em seu contexto histórico-normativo.....	26
1.3 Casamento e união estável no direito brasileiro: um percurso histórico.....	38
1.4 Os sistemas de aplicação e interpretação do direito.....	45
2 SEXO/SEXUALIDADE, AFETO E PRECONCEITO COMO DISPOSITIVOS DE ANÁLISE.....	54
2.1 Sexo e sexualidade: significado e funcionamento.....	54
2.2 O afeto como cânone interpretativo do Direito de Família: <i>pré-condição ao pensamento</i>	68
2.3 A reprovação ao preconceito em funcionamento: proibição da discriminação	78
3 MEMÓRIA AFETIVA: UM CONCEITO ÚTIL À ANÁLISE DE DISCURSO.....	83
4 A DECISÃO JUDICIAL EM FUNCIONAMENTO: LUTA IDEOLÓGICA E APARELHOS DE ESTADO.....	93
4.1 A luta de classes como motor da história: uma dialética discursiva.....	93
4.2 Os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE) e o poder do discurso.....	99
4.3 A ideologia como prática: as condições econômicas determinantes e a família como espaço da luta discursiva.....	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS.....	118

ANEXOS.....	121
Anexo 1 – Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....	122
Anexo 2 – Provimento nº 40/2011 do TJAL.....	123
Anexo 3 – Provimento Conjunto nº CGJ/CCI – 12/2012 do TJBA.....	124
Anexo 4 – Provimento nº 06/2012 do TJSE.....	125
Anexo 5 – Resolução nº 175/2013 do CNJ.....	126

CAMINHOS PERCORRIDOS

Tem mais presença em mim o que me falta.
Manoel de Barros¹

É na família² que se dá o primeiro contato do sujeito com o mundo, com a linguagem, com o discurso, com o afeto, com a sensação de pertencimento. Para o Direito e a Sociologia, a família é a *cellula mater* da sociedade, o primeiro meio social-humano com o qual o sujeito, ordinariamente, depara-se.

Nesta tese doutoral, proponho-me a investigar como o discurso – especialmente o jurídico – sobre família se constitui e como funcionou em uma decisão judicial que ampliou seu conceito no plano do Direito. Como a família é observada e tratada do ponto de vista discursivo no plano jurídico? Estaria a família, seu conceito, constituição, seus princípios de cunho ético, sexual, de gênero, a serviço de uma ideologia dominante: capitalista, machista-patriarcal, heterossexual, monogâmica...? Ou, ao contrário, estaria sendo constituída por outra(s) ideologia(s)?

Esta é uma tese sobre Direito de Família que tem como esteio teórico a Análise de Discurso. Situa-se em uma zona epistemológica de entremeio: Análise de Discurso, o constitucionalismo brasileiro contemporâneo e o Direito de Família.

O Programa de Pós Graduação em Letras da UCPel tem, entre suas linhas de pesquisa, a denominada *Texto, Discurso e Relações Sociais*. Um lugar teórico que congrega a investigação de processos textuais/discursivos em sua organização interna e em seu

¹ Disponível em <<http://www.revistabula.com/2680-os-10-melhores-poemas-de-manoel-de-barros/>>, acessado em 29/07/2017.

² A compreensão sobre o que é família (entidade familiar) para o Direito de Família contemporâneo tem em conta, precipuamente, a relação afetiva. Será família qualquer grupamento humano que viva em comunhão de vida tendo o afeto como elemento agregador. Afeto do tipo afetivo-sexual entre pessoas não ligadas por um vínculo parental, e afeto do tipo materno/paterno-filial, que abrange relações de parentesco biológico e socioafetivos, a posse do estado de filiação, as técnicas de reprodução assistida, etc. (cf. LOBO, 2009).

funcionamento em diferentes práticas sociais. É nesse lugar que o trabalho foi produzido, nele foi pensado.

Não teria como trabalhar exclusivamente com a Análise de Discurso, pois venho de outro lugar – o Direito. Ao reconhecer meu lugar pude, então, com os referenciais teóricos do Curso de Doutorado, pensar o Direito e analisar o *corpus*, uma decisão judicial, com um olhar e um instrumental teórico que nunca antes me foi imaginável.

O que há de novo? Uma peculiar perspectiva do funcionamento de um discurso que marcou o começo de uma nova prática. De uma nova perspectiva de convivência social, à luz do Direito, entre e com as pessoas que têm uma orientação sexual homoafetiva. O desenvolvimento de um conceito e o peculiar funcionamento da decisão enquanto acontecimento discursivo, possibilitando novas redes de memória sobre a homoafetividade.

“O agir é uma espécie de tornar-se” (CARNELUTTI, 1940, p.7). O voto³ do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, em análise neste trabalho, representou a institucionalização de um discurso, de uma posição teórico-prática, acerca do tema dos direitos civis das pessoas homoafetivas⁴, mas acima de tudo uma nova prática, um novo agir institucional obrigatório pelos agentes do Estado, pelos professores de Direito, pela doutrina e, especialmente, um direito de agir e institucionalizar seus afetos até então inexistente às pessoas homoafetivas. Institucionalizou-se um discurso até então não dominante sobre a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Um discurso que, a partir do voto, passou a ser institucional e obrigatório quanto à prática cartorial e jurídica, por um lado, e proibitiva de preconceito e discriminação em razão da sexualidade, por outro.

³ Anexo 1.

⁴ A terminologia a designar as pessoas que desenvolvem seus afetos com outras do mesmo sexo, tradicionalmente, comporta expressões como homossexual, gay, lésbica etc. Faço referência à adoção da nova terminologia - homoafetivo, homoafetividade - já semanticamente estabilizada no discurso jurídico. Não se desconhecem, entretanto, os estudos que identificam nessa expressão um assujeitamento da pessoa homoafetiva a critérios da heteronormatividade, que prevê uma relação afetiva estável, monogâmica, e, portanto, aceita, criando-se, assim, uma submissão a padrões de comportamento e de gênero, aquilo que se tem denominado *homonormatividade*. Para um estudo mais aprofundado do tema (cf. JUNQUEIRA, Rogério Diniz). Disponível em <www.esforce.org.br/index.php/semestral/article/download/320/490>. Acessado em 21/01/17.

Minha intenção é que alguém da área do Direito leia esta tese e a compreenda facilmente. Entenda o que pesquisei no doutorado realizado em outra área do conhecimento. Entenda os pressupostos teóricos do pensamento desenvolvido e possa, de alguma forma, vislumbrar uma possibilidade diferente de ver o Direito, suas práticas e seu funcionamento através dos discursos, de seus embates, das disputas de poder pela via do enfrentamento discursivo. Meu objetivo, em outro prisma, é que um indivíduo da área da Análise de Discurso possa compreender este trabalho como um olhar que vem de outro lugar. Reconheça também que manejei a teoria a fim de empreender esse exercício de compreensão de uma decisão judicial e seu funcionamento ideológico e discursivo. Ofereço minha tese aos colegas da área de Letras como um olhar exterior à teoria; e aos do Direito como um contato com um instrumental teórico-conceitual diferente dos que estamos acostumados a lidar, a fim de nos observar de fora, um “fora-dentro”, em ambas as áreas do conhecimento.

Falo de uma posição *sui generis*. Não se trata de um estudante de Letras ou um professor de Letras, forjado durante sua vida acadêmica ao traquejo e ao manejo teórico da linguagem, mas de um sujeito atravessado desde sempre, na vida acadêmica, pelos caminhos do pensamento jurídico, em essência positivista, idealista.

Trabalhei com o que me fez sentido aplicar nesta análise, após as leituras propostas nas disciplinas do Doutorado em Letras. Parte das leituras, parte dos conceitos, já que evidentemente impossível dar conta de um verdadeiro mundo de possibilidades que se abriu em uma concepção esculpida por Kelsen⁵ e sua teoria pretensamente pura – como em todas as cabeças atravessadas pelo pensamento positivista.

Minha experiência como professor de Direito de Família começou em outubro de 1996, época em que já lecionava a matéria levando em conta as ainda incipientes teorias inclusivas das pessoas homoafetivas no Direito brasileiro. Reconhecer seus direitos civis em

⁵O pensamento de Hans Kelsen (1881-1973) é considerado o alicerce teórico do positivismo jurídico, que influenciou e influencia todos os sistemas jurídicos do constitucionalismo contemporâneo ocidental. Para aprofundar a questão vide KELSEN, 2000. Também WIEACKER, 1980.

“pé de igualdade” com as pessoas heteroafetivas sempre foi um intento a fim de garantir, na prática, o Princípio Constitucional da Igualdade.

Como professor de Direito de Família e advogado na mesma área, há 20 anos, percebo empiricamente que os discursos machista, androcêntrico, patriarcal e religioso sobre a família, que se observam em alto grau na sociedade, também medem suas forças no Direito de Família com o discurso da igualdade, do reconhecimento dos direitos civis à homoafetividade, da laicidade do Estado, da centralidade do afeto nas relações familiares. Ocorre que, nesse âmbito, o do Direito de Família, toda a legislação brasileira e as discussões doutrinárias caminharam em direção ao reconhecimento da igualdade absoluta entre os gêneros, à possibilidade de união afetivo-familiar entre pessoas do mesmo sexo, à possibilidade de adoção individual ou por casais homoafetivos, ao direito de convivência de pais/mães separados com seus filhos, à filiação afetiva (não biológica) etc. Ou seja, questões de gênero não podem mais servir como fundamento de uma decisão judicial no sentido de privilegiar ou dar direito a alguém tão somente por ser homem ou mulher. O traço característico da família é o afeto entre as pessoas e não mais o casamento formal. A relação paterno-filial afetiva ganhou prevalência sobre o vínculo biológico. Assim caminha o Direito de Família brasileiro na contemporaneidade.

O Programa de Pós Graduação em Letras da UCPel propiciou-me o espaço adequado a esse exercício analítico interdisciplinar. Este trabalho é resultado de uma análise discursiva de uma decisão judicial em minhas condições históricas de produção. Ao me debruçar sobre o *corpus*, ele passou a me indicar caminhos, comecei a identificar pistas que me mostraram objetos de análise discursiva possíveis.

Essa incursão teórica na Análise de Discurso mudou radicalmente meu olhar sobre o Direito e seus meandros de luta discursiva e exercício de poder – meu modo de trabalhar, pensar e lecionar o Direito mudou essencialmente após as leituras que possibilitaram esta

tese. A montagem estrutural do trabalho deu-se durante a construção do trabalho. Um exercício intelectual que gostaria fosse tão útil às pessoas ao fazerem sua leitura, quanto me foi enriquecedor realizá-lo.

Trata-se de um tema –o relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo – que foi apagado pela coletividade, pela cultura, pela tradição religiosa. Um apagamento que se refletiu durante séculos na cultura ocidental, inclusive na linguagem, que não dispunha sequer de designações sem conotação pejorativa, como a que permeia o termo *homossexualismo*, por exemplo.

Esta tese trata da transformação de um discurso socialmente estabilizado e legitimado pelas instituições (um discurso normatizado), em outro até então não dominante⁶ e não estabilizado, em relação ao tema da união estável e do casamento homoafetivos. Sobre a necessidade de estabilidade/homogeneidade lógica dos discursos, afirmou Michel Pêcheux:

O sujeito pragmático – isto é, cada um de nós, os “simples particulares” face às diversas urgências de sua vida – tem por si mesmo uma imperiosa necessidade de homogeneidade lógica [...]

De nada serve negar essa necessidade (desejo) de aparência, veículo de disjunções e categorizações lógicas: essa necessidade universal de um “mundo semanticamente normal”, isto é, normatizado, começa com a relação de cada um com seu próprio corpo e seus arredores imediatos [...]

E também não serve de nada negar que esta necessidade de fronteiras coincide com a construção de laços de dependência face às múltiplas coisas-a-saber, consideradas como reservas de conhecimento acumuladas, máquinas-de-saber contra as ameaças de toda espécie: **o Estado e as instituições funcionam o mais freqüentemente– pelo menos em nossa sociedade – como pólos privilegiados de resposta a esta necessidade ou a essa demanda** (PÊCHEUX, 2012, p. 33-34). [grifo meu]

Talvez todos os discursos ou práticas desejadas, que sejam comuns a todos os indivíduos e, por isso, de interesse público/social, “tenham” de passar pelo processo dialético-discursivo travado na infraestrutura, a fim de obterem a condição jurídica do reconhecimento na superestrutura, através do sistema judiciário. Para que sejam garantidas, impostas ou,

⁶ Não dominante porque, até a decisão aqui analisada, não era considerado possível o casamento homoafetivo sem sentença judicial. O termo “discurso dominante”, em Direito, significa dizer que, na prática jurisdicional, um determinado discurso sobre um tema (que comporta duas ou mais possibilidades de decisão), tem sido aplicado majoritariamente ou unanimemente pelos Tribunais.

muitas vezes, tão somente reconhecidas como não proibidas. Reconhecidas como práticas legitimadas pelo Direito que, na visão Constitucionalista de Estado Democrático de Direito, representam aquela sociedade, naquele tempo, naquele espaço, naquelas dadas condições de produção históricas para que elas (as práticas) assim se constituíssem como temas discursivo-públicos socialmente relevantes.

Propus-me, então, a observar as condições de produção do discurso articulado na decisão judicial. Identificar os dispositivos mobilizados na formulação do *corpus* de análise que possibilitam seu efeito de sentido. Desenvolver o conceito de memória afetiva⁷ e identificar sua necessidade para o instrumental teórico da AD. Identificar e descrever a luta discursiva estabelecida entre a Formação Discursiva favorável e a contrária à equiparação das uniões hétero e homoafetivas e, por fim, enquadrar o voto como um Acontecimento Discursivo à luz da compreensão de Michel Pêcheux.

A decisão analisada não resolve, no plano da vida, com seus multifacetados enfrentamentos, todas as questões atinentes ao apagamento das relações homoafetivas. Não resolve a violência diária gerada pela homofobia no Brasil, ou o preconceito instituído por anos de apagamento e discriminação à sexualidade entre iguais⁸. No plano do Direito, entretanto, apresenta-se como uma concreta mudança de rumo hermenêutico nas lides judiciais e, especialmente, a inauguração de uma nova prática: a possibilidade de casamento entre pessoas homoafetivas.

Este trabalho tem como objeto de análise uma decisão judicial, especificamente o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Carlos Ayres Britto, proferido no dia

⁷A expressão “memória afetiva” em AD é de autoria de SILVA, (2011). A autora expressa em sua tese, ao cunhar o termo, ser este um conceito carente de desenvolvimento teórico. Partiu de sua compreensão sobre o termo para pensá-lo enquanto um conceito necessário ao instrumental teórico da AD.

⁸Sobre a luta feminista pela igualdade de gêneros, liberdade sexual da mulher e homoafetividade feminina vide Adriene RICH, Heterossexualidade Compulsória e Existência Lésbica, disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2309/1742>>. Acessado em 29/07/2017.

05/05/2011, que, acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros⁹, foi a fundamentação central da decisão que reconheceu a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, o que redundou na possibilidade, também, do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esse foi o documento escolhido como *corpus* desta tese.

O voto a ser analisado, como dito, é uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal sobre união estável. Dentro do espaço institucional do Direito, a união estável é um instituto de Direito de Família, reconhecida como uma *entidade familiar* – como uma família.

É o STF que, em última instância, “diz o Direito” no Brasil. Em um momento histórico no qual o Poder Legislativo apresenta-se em profunda crise de legitimidade, as decisões do Supremo ocupam um vácuo legislativo. Isso significa que analisar uma decisão do STF significa olhar para a instituição que tem o poder de impor condutas, determinar novas práticas a partir dos princípios constitucionais que estruturam, dão corpo, finalidade e valores ao Estado Democrático de Direito.

O julgamento teve origem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do Artigo 1.723 do Código Civil¹⁰, para que fosse reconhecida sua incidência, também, sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

A Procuradoria Geral da República propôs a ação perante o Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que o não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, fere os seguintes princípios: da dignidade humana, previsto no Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF); da igualdade, Artigo 5º, *caput*, da CF; da vedação

⁹ Votaram os Ministros Cármen Lúcia Antunes Rocha, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski.

¹⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

de discriminação odiosa, Artigo 3º, inciso V, da CF; da liberdade, Artigo 5º, *caput*, da CF; e da proteção à segurança jurídica, Artigo 5º, *caput*, da CF.

Com igual objetivo, considerando a omissão do Legislativo Federal (Congresso Nacional) sobre o assunto¹¹, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 132, alegando que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal¹². O Ministro Relator aglutinou as duas ações e as julgou conjuntamente. Esse julgamento constitui o *corpus* dessa tese, constante no Anexo 1.

Acrescentei ao *corpus*, também, Resoluções de diversos órgãos estatais que, por força da decisão judicial referida, ordenaram a realização do casamento homoafetivo em alguns estados da federação para, ao fim, o Conselho Nacional de Justiça determinar, aos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em todo território brasileiro.

O *corpus* de análise são as sequências discursivas retiradas do voto. A análise se dá em relação ao *corpus*, também, observando-o como um todo, tendo em vista sua importância enquanto acontecimento histórico-discursivo e suas consequências em relação à adoção de novas práticas.

As análises estão divididas em quatro capítulos, cada uma decorrente de um movimento de interpretação construído sob diferentes prismas, porém unidos por um fio condutor que pretendo alinhado com as construções teóricas de Pêcheux, Foucault, Lacan e Althusser.

¹¹ Há anos tramitam projetos no Congresso Nacional a fim de regulamentar a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como famoso projeto da ex-Deputada Marta Suplicy (Projeto de Lei 1151 de 1995) e o recentíssimo Estatuto da Família proposto pela *bancada evangélica*, sem que até hoje tenham ido à votação. Nesse ínterim, provocado pelas ações aqui referidas, o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir sobre o tema.

¹² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>. Também em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acessado em 09/01/2016.

Não foram desenvolvidos capítulos puramente teóricos, nem puramente analíticos. Entendo mais produtivo realizar as análises costurando-as com os conceitos teóricos no corpo do texto.

Opto por tecer considerações acerca da noção de sujeito nesta introdução, vez que a compreensão sobre o sujeito da Análise de Discurso é central à realização deste gesto de análise. O deslizamento da compreensão sobre o sujeito empírico, o indivíduo com nome, sobrenome e suas ideias, deve ser feito em direção à compreensão sobre um sujeito histórico, barrado pela linguagem, assujeitado pela ideologia e determinado pelo inconsciente. É nessa clivagem entre o sujeito histórico, o sujeito do inconsciente e o sujeito empírico que pensamos o sujeito da AD pècheuxtiana.

No Capítulo 1, analiso o voto de um ponto de vista histórico-discursivo, observando especialmente as condições que possibilitaram a produção do discurso enunciado no voto. O objetivo é contar a história dessa decisão como uma ruptura: tratar o voto do Ministro Ayres Britto como um acontecimento discursivo-histórico que rompeu com uma história linear que se apresentava imaginariamente inquebrantável – a verdadeira materialização do objetivo de muitos casais homoafetivos que desejavam institucionalizar sua família por meio do sistema jurídico-formal, a inscrição na formalidade jurídica de relações afetivas até então não enquadráveis em um discurso jurídico-formal. Trato da descrição de uma história desordenada, de seus deslocamentos, uma história em transformação que rompe com ela própria, caracterizando a decisão em análise como uma ruptura, num procedimento consentâneo à posição de Foucault sobre o tema. Diz o autor:

(...) a atenção se deslocou, das vastas unidades descritivas como “épocas” ou “séculos” para fenômenos de ruptura. Sob as grandes continuidades do pensamento, sob as manifestações maciças e homogêneas de um espírito ou de uma mentalidade coletiva, sob o devir obstinado de uma ciência que luta apaixonadamente por existir e por se aperfeiçoar desde seu começo, sob a persistência de um gênero, de uma forma, de uma disciplina, de uma atividade teórica, procura-se agora detectar a incidência das interrupções (FOUCAULT, 2014a, p. 04).

Para identificação dessa interrupção foi necessário colocar em questão os princípios homogêneos, as sínteses acabadas, essa história que Foucault chama de uma história global, “o que procura reconstruir a forma de conjunto de uma civilização, o princípio (...) – o que se chama metaforicamente o ‘rosto’ de uma época”; e, então, tratar de uma história geral, que busca desdobrar o espaço de um acontecimento, de uma dispersão, em que “é determinada que forma de relação pode ser legitimamente descrita entre essas diferentes séries; que sistema vertical podem formar; qual é, de umas às outras, o jogo das correlações e das dominâncias; (...) em que conjuntos distintos certos elementos podem figurar simultaneamente” (FOUCAULT, 2014a, p. 11-12).

São essas as condições que possibilitam olhar o voto enquanto um *documento* na perspectiva foucaultiana de história, em que se propõe

trabalhá-lo no interior e elaborá-lo: ela o organiza, recorta, distribui, ordena e reparte em níveis, estabelece séries, distingue o que é pertinente do que não é, identifica elementos, define unidades, descreve relações. O documento, pois, não é mais, para história, essa matéria inerte através da qual ela tenta reconstruir o que os homens fizeram ou disseram, o que é passado e o que deixa apenas rastros: ela procura definir, no próprio tecido documental, unidades, conjuntos, séries, relações (FOUCAULT, 2014a, p.08).

Para o Direito, a decisão analisada representou uma ruptura, uma nova institucionalidade. Foi um acontecimento a redesenhar as possibilidades jurídicas, institucionais e discursivas para as pessoas que se relacionam amorosamente com outras do mesmo sexo.

No Capítulo 2 ,identifico quais os dispositivos que determinaram o efeito de sentido preponderante na fundamentação do voto. Tomo por hipótese que o efeito de sentido alcançado pelo discurso constante no *corpus* depende, basicamente, do manejo histórico-semântico dos dispositivos *sexo/sexualidade*, *afeto* e *preconceito/discriminação*. Utilizo o termo dispositivo, conforme referencio no texto, no sentido proposto por Agamben, ou seja, dispositivo é *qualquer coisa*, neste caso, um conceito, que de algum modo *captura*, *orienta*,

determina, intercepta, modela, controla e assegura os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos.(2009, p.12)

Foucault desenvolveu, especialmente em sua obra *História da Sexualidade*, a noção de *dispositivo de sexualidade*. Identificou as relações de poder, as inerentes, as que determinam e as que circundam o sexo e a sexualidade. Essa compreensão orientou a análise.

O poder sobre o sexo se exerceria do mesmo modo em todos os níveis. De alto a baixo, tanto em suas decisões globais como em suas intervenções capilares, não importando os aparelhos ou instituições em que se apóie, agiria de maneira uniforme e maciça; funcionaria de acordo com as engrenagens simples e infinitamente reproduzidas da lei, da interdição e da censura: do Estado à família, do príncipe ao pai, do tribunal à quinquilharia das punições cotidianas, das instâncias da dominação social às estruturas constitutivas do próprio sujeito, encontrar-se-ia, em escalas diferentes apenas, uma forma geral de poder. **Essa forma é o direito, com o jogo entre o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo. Quer se lhe empreste a forma do príncipe que formula o direito, do pai que proíbe, do censor que faz calar, do mestre que diz a lei, de qualquer modo se esquematiza o poder sob uma forma jurídica e se definem seus efeitos como obediência.** Em face de um poder, que é lei, o sujeito é constituído como sujeito – que é “sujeitado” – e aquele que obedece. À homogeneidade formal do poder ao longo de todas essas instâncias, corresponderia, naquele que o poder coage – quer se trate do súdito ante o monarca, do cidadão ante o Estado, da criança ante os pais, do discípulo ante o mestre -, a forma geral da submissão. Poder legislador, de um lado, e sujeito obediente do outro (FOUCAULT, 2014b, p. 92-93). [grifo meu]

Nesse sentido, o *corpus* em análise representa o exercício do poder do Direito em tema que toca diretamente ao sexo/sexualidade das pessoas homoafetivas e o exercício de seus direitos civis. Adoto a noção de dispositivo de análise também para o *afeto*, que se transformou, no Direito de Família, em seu mais nuclear objeto e, por fim, aplico essa noção de dispositivo também para *preconceito/discriminação* que entram em funcionamento semântico-discursivo no voto como dispositivos presentes na teia social, entretanto, vetados pela Constituição Federal enquanto práticas.

Esses dispositivos são analisados em uma perspectiva que procura identificar o efeito de sentido alcançado pela decisão que acabou por determinar uma nova prática em relação à formação das entidades familiares e estabeleceu uma transformação de sentidos até então

estabilizados nos discursos sobre o Direito de Família, através da Lei e seu corolário: a coerção estatal.

No Capítulo 3, trato de desenvolver um conceito que entendo útil à AD, o que me ocorreu ao identificar no *corpus* a mobilização do dispositivo do afeto como o efeito de sentido central da fundamentação da decisão. Fazendo uso do conceito de *memória discursiva*, desenvolvi o conceito de *memória afetiva*, termo cunhado e originalmente trabalhado por SILVA (2011), uma memória “afetivo-discursiva”, como uma espécie de memória discursiva, que coloca em funcionamento, especificamente, um sentimento/percepção de alteridade e capacidade de imaginar-se no lugar do outro.

No Capítulo 4, procurei analisar o *corpus* sob as lentes da teoria althusseriana acerca dos Aparelhos de Estado, a fim de observar como um discurso minoritário/dominado sobre a constituição da família passou a ser majoritário/dominante (no sentido de ter inaugurado uma nova prática institucional). Para isso tomei, como fez Althusser, a noção marxista de observação da constituição da sociedade em uma superestrutura estatal composta pelos Aparelhos Repressivos de Estado, integrada pela estrutura jurídico-estatal e pela ideologia dominante que se impõe através do mecanismo jurídico.

Essa luta discursiva travada entre as posições contrárias e favoráveis ao casamento homoafetivo, sempre nos Aparelhos Ideológicos de Estado, como a família, a escola (faculdades), associações, sindicatos, igrejas etc, e a “vitória” ou não de determinado discurso, se dá quando ele se institucionaliza através do aparelho jurídico-estatal.

Nesse capítulo, analiso o movimento dialético-discursivo que acompanhou o discurso em defesa dos direitos civis das pessoas homoafetivas, especialmente sobre o reconhecimento dos casais homoafetivos como família, pelo Estado, através do Direito, e como esse discurso passou a se estabilizar como dominante através dos Aparelhos Ideológicos de Estado, em especial as Faculdades de Direito, uma vez que, o que era considerado “certo”, até a decisão

judicial em análise, era a impossibilidade jurídica do casamento homoafetivo. Após o voto, alterou-se diametralmente esse entendimento. Esse “movimento” de dominação-estabilização discursiva identifiquei estar presente no *corpus*, o que será demonstrado nesse capítulo.

Ainda à guisa de introdução, necessário tratar da questão do sujeito em Análise de Discurso, o que visa possibilitar teoricamente as análises que serão realizadas.

A partir da leitura do texto do voto do STF, chamaram-me atenção não uma, mas várias questões ligadas a conceitos-chave da Análise de Discurso da maneira como foi pensada e estruturada por Michel Pêcheux. Assim que, neste trabalho, não há que se falar em um *corpus* específico definido prévia e fixamente, mas em um processo de leitura e releitura do voto, uma espécie de decantação daquilo que mais me preocupou na clivagem epistemológica do Direito de Família com a Análise de Discurso. O processo se deu como uma *construção dinâmica de corpus* (MAZIÈRE, 2007, p. 59/60), móvel, gerida em interação com a progressão da análise. Nessa senda, o texto é analisado do ponto de vista do Direito de Família e à luz da AD, como o acontecimento discursivo que institucionaliza um discurso até então minoritário, no Capítulo 1. Foram identificados e analisados os dispositivos-chave utilizados a alcançar o efeito de sentido que deu corpo à fundamentação da decisão judicial, no Capítulo 2. Foi desenvolvido o conceito de memória afetiva, no Capítulo 3. A decisão foi analisada à luz do processo institucional, do embate discursivo a partir dos Aparelhos de Estado, no Capítulo 4.

Para trabalhar com a Análise de Discurso, necessário se faz tratar com cuidado a questão do sujeito, especialmente em um gesto de análise que se situa em zonas epistemológicas diferentes, mas complementares, tendo em vista ter na linguagem sua matéria-prima: o Direito e a AD.

O ordenamento jurídico necessita trabalhar com um sujeito da vontade. É a vontade humana manifestada por um sujeito que serve de suporte fático a quase tudo que compõe o

objeto do Direito (aquilo sobre o que o Direito recai). Para o Direito, o indivíduo, o sujeito, o ser pensante, tem a autonomia da autodeterminação, um livre arbítrio que lhe possibilita formular seus conceitos, decidir sobre sua atitude mais imediata, determinar seu destino, enfim, é um sujeito considerado a fonte primeira de uma ideia, tem a capacidade e a possibilidade de decidir sobre seu agir, seu pensar – a capacidade de formular seu discurso. Esse sujeito cartesiano, kantiano, psicológico, empírico, tem a ilusão, ou “o esquecimento”¹³ de ser fonte e origem de seu pensar, de seu dizer, de seu discurso. Esse sujeito idealista é o sujeito cartesiano, um sujeito que pensa por si, descrito assim pela filosofia.

Em filosofia, desde René Descartes (1596-1650) e Immanuel Kant (1724-1804) até Edmund Husserl (1859-1938), o sujeito é definido como o próprio homem enquanto fundamento de seus próprios pensamentos e atos. É, pois, a essência da subjetividade humana, no que ela tem de universal e singular. Nessa acepção, própria da filosofia ocidental, o sujeito é definido como sujeito do conhecimento, do direito ou da consciência, seja essa consciência empírica, transcendental ou fenomênica (ROUDINESCO; PLON, 1997, p. 742).

Em Análise de Discurso, o sujeito é, em oposição ao sujeito psicológico, um “lugar de sujeito” em uma abordagem dessubjetivada (MAZIÈRE, 2007, p. 22). O sujeito da AD é um sujeito histórico, um sujeito interpelado pela ideologia e pelo inconsciente. A ideologia e o inconsciente interpelam o indivíduo em sujeito – o constituem em sujeito. Este sujeito histórico é compreendido como um resultado, uma consequência da história, de seu lugar no mundo, dos discursos que o constituíram. O sujeito, nessa visão histórico-materialista, portanto, não é origem, mas produto, resultado, efeito.

O Direito, como campo do saber, situa-se, epistemologicamente, como uma ciência que encara o sujeito como um indivíduo dotado de direitos e obrigações. O sujeito de direito tem nome, CPF e endereço. É o sujeito empírico, psicológico, por excelência.

Ao emprendermos a análise do voto sobre o casamento homoafetivo, seu autor, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, numa perspectiva que atribui ao

¹³Pêcheux chama de esquecimento o acobertamento, a ignorância, daquilo que determina seu discurso. O sujeito tem a ilusão de ser a fonte de seu dizer. (PÊCHEUX, 2009).

sujeito o domínio de seu dizer, seria um sujeito empírico; no entanto, na perspectiva aqui adotada, valho-me da teoria do discurso que destitui o sujeito desse domínio. O Ministro a quem tocou, por sorteio, ser o relator do processo veio a reconhecer institucionalmente as pessoas homoafetivas como sujeitos de Direito de Família; até então, esses indivíduos estavam impedidos, pelo ordenamento normativo-institucional, de constituir uma entidade familiar através de um processo institucional reconhecido pelo Direito: o instituto do casamento, seu “lugar no mundo”, sua constituição enquanto sujeito, suas circunstâncias os posicionam e os constituem enquanto sujeitos históricos. A compreensão da constituição histórica da subjetividade, seja referida ao sujeito em exercício da função ministerial, seja referida aos sujeitos afetados pelas decisões sobre matérias constitucionais, torna-se condição necessária às análises que virão posteriormente.

O *corpus* desta tese constitui-se pela fundamentação da decisão e pelo discurso que representa, pelo discurso que a decisão (re)produz. Assim, faz-se necessário, para que as análises se enquadrem no campo teórico da Análise de Discurso, que o sujeito psicológico dê lugar ao sujeito da AD, em sua condição de assujeitado à ideologia, ao inconsciente e às condições de possibilidade histórico-discursivas da enunciação.

Nas reflexões de Michel Pêcheux sobre o sujeito, a categoria psicanalítica do inconsciente, especialmente através dos escritos de Jacques Lacan, foi fundamental.

O sujeito lacaniano é um ser barrado pela linguagem, barrado pela simbolização. Para Lacan, o Real é um mundo pré-linguagem, pré-simbólico. O autor usa o exemplo do bebê, na fase anterior ao processo de significar-se pela linguagem, para tratar do Real: o bebê tem o contato com o Real, um mundo inteiro de significantes ainda sem significado, é o simbólico que cria a realidade. Diz Fink:

Ao neutralizar o real, o simbólico cria “a realidade”, a realidade entendida como aquilo que é nomeado pela linguagem e pode, portanto, ser pensado e falado. A “construção social da realidade” implica em um mundo que pode ser designado e falado com as palavras fornecidas pela linguagem de um grupo social (ou subgrupo). O que não puder ser dito na sua linguagem não é

parte da realidade desse grupo; não existe, a rigor. Na terminologia de Lacan, a existência é um produto da linguagem: a linguagem cria as coisas (tornando-as parte da realidade humana) que não tinham *existência* antes de serem cifradas, simbolizadas ou verbalizadas (1998, p. 44).

No momento em que se apreende a linguagem, só existe aquilo que se pode dizer, só existe aquilo que se pode significar pela linguagem. E mesmo o que é simbolizado pela linguagem, a partir do Real (conjunto de significantes não apreensíveis pela linguagem do *self*), nunca o é de forma completa, fica sempre *um resto* (isso porque o Real é irrepresentável completamente pela linguagem), para Lacan, o Real é uma superfície

sem zonas, subdivisões, altos e baixos localizados ou lacunas e totalidades: o real é um tipo de tecido inteiro, indiferenciado, entrelaçado de forma a ser completo em todos os lugares, não havendo espaço entre os fios que são a sua “matéria”. É um tipo de superfície ou espaço plano e sem emenda que se aplica tanto ao corpo de uma criança quanto a todo o universo (FINK, 1998, p. 43-44).

Por outro lado, os significantes são apreendidos pelo inconsciente, que se estrutura como linguagem, uma linguagem inacessível pelo sujeito da consciência, mas que, ao mesmo tempo, o determina. A cadeia de significantes é apreendida pelo inconsciente, que os encadeia e estrutura como se fosse outra língua, uma língua desconhecida pelo eu, pelo pensamento consciente. Enfim, o sujeito lacaniano é o sujeito do inconsciente, por ele assujeitado e determinado. O eu psicológico, para Lacan é, essencialmente, um erro. Com base nesse pressuposto, Fink assim se pronuncia:

O objetivo da análise não é procurar dar ao analisando uma imagem “verdadeira” ou correta do self, uma vez que o eu é, por sua própria natureza, uma distorção, um erro, um depósito de mal entendidos. Quando, de maneira geral, nos referimos ao eu ou self ao dizermos “Eu acho que...” ou “Eu sou o tipo de pessoa que...”, esse “Eu” é tudo menos o sujeito lacaniano: não é mais que o sujeito da enunciação” (1998, p. 58).

Assim, o sujeito da Análise de Discurso é um sujeito a ser percebido, também, como um sujeito do inconsciente. Esse sujeito do inconsciente, para a AD, é também um sujeito determinado pela ideologia que, sendo a relação imaginária do sujeito com sua posição no mundo, articula-se com a noção de inconsciente, na medida em que a representação de sua posição de classe se dá através de significantes marcados no inconsciente.

Essa compreensão de sujeito da ideologia em AD tem como fonte principal os escritos de Althusser. O sujeito, para ele, é um sujeito interpelado pela ideologia. Althusser considera a ideologia como a relação imaginária dos indivíduos em face das suas condições materiais de existência. Em suas palavras: “A ideologia é uma ‘representação’ da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência. Uma representação imaginária de seu ‘lugar no mundo’”(ALTHUSSER, 2013, p. 126).

Na mesma linha, Michel Pêcheux entende que a evidência da identidade do sujeito empírico, do indivíduo, esconde o fato de que essa identidade é resultado do processo de interpelação-identificação do sujeito. Assim, o sujeito pècheuxtiano é um sujeito que não é dono de seu dizer. Ele é determinado de um lado, pelo inconsciente e, de outro, pela ideologia. Trata-se de um sujeito submetido à ilusão de ser fonte e senhor de seu próprio dizer.

Esse sujeito ocupa uma posição de sujeito histórico, isso significa dizer que é determinado historicamente. O fato de o sujeito ser interpelado pela ideologia – e isso se dá através da linguagem – e, conseqüentemente, ocupar uma posição em dadas condições de produção de um discurso, deriva de sua condição inescapável de sujeito histórico. Trata-se mais de uma posição do que um ato de um indivíduo onisciente. O discurso a ser enunciado só é possível de ser enunciado porque ele já o foi, anteriormente, em outro lugar. As coisas que podem ser ditas, portanto, estarão sempre vinculadas a uma determinada formação ideológica, tendo a ver com as condições de existência, às formações discursivas e aos elementos do interdiscurso. O interdiscurso é o todo já-dito, e cada formação discursiva recorta desse universo aqueles saberes que a constituem. Então, o sujeito enunciator, filiado a uma determinada formação discursiva, é determinado pelos saberes do interdiscurso que define aquilo que pode ser dito. A partir da identificação das posições assumidas pelo sujeito, será possível identificar as formações discursivas em jogo em determinado discurso.

Em vista disso, o sujeito da AD não é a origem do discurso; ao contrário, ele encontra-se no fim do processo, um sujeito que foi formado/determinado pelas condições de possibilidade históricas e discursivas a que foi exposto.

Assim que, ao articular o discurso do voto a partir de uma formação ideológica pró Direitos Humanos, filiando-se à formação discursiva que, no Direito, assenta a igualdade entre as pessoas independentemente da orientação sexual-afetiva, o sujeito empírico (Ministro Ayres Britto) toma a forma sujeito-histórico e institucionaliza, tendo em conta o lugar de poder do qual formula o discurso, uma prática até então tida como impossível dentro dos parâmetros legais em vigor no país.

Como o Estado é a forma sob a qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns, na qual se condensa toda a sociedade civil de uma época, segue-se disso que todas as instituições comuns têm como mediador o Estado e adquirem, através dele, uma forma política. Daí a ilusão de que a lei se baseia na vontade e, além disso, na vontade separada de sua base real, na vontade livre. E, da mesma maneira, por sua vez, se reduz o direito à lei.

Marx, K. e Engels, F.¹⁴

SOBRE AS CONDIÇÕES DE PRODUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAIS

1.1 Contextualizando o *corpus*: o voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Este Capítulo trata das condições de produção da decisão judicial, sob um ponto de vista histórico-normativo da ciência do Direito sobre o tema da união homoafetiva.

Assim, o voto julga se uma união afetiva de cunho sexual-familiar entre dois homens ou entre duas mulheres pode gerar os mesmos efeitos jurídicos de uma união heteroafetiva – uma união estável. Mas o voto foi além, tratou, de maneira pioneira no Brasil, sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Foi este um dos principais efeitos do voto do Ministro Ayres Brito, que restou acompanhado pela unanimidade dos demais julgadores presentes. Esse julgamento determinou que ficasse definitivamente reconhecida pelo Direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, em outras palavras, as pessoas podem livremente constituir família

¹⁴ MARX, Karl. *Sociologia*. Org. Octavio Ianni. Trad. Maria Elisa Mascarenhas, Ione de Andrade e Fausto N. Pellegrini. 4 ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 32.

com pessoas do mesmo sexo. E que essas uniões estáveis homoafetivas– assim como as heteroafetivas– podem ser convertidas em casamento. Logo, se uma união estável entre pessoas do mesmo sexo pode ser transformada em casamento, também esses casais, por decorrência lógica, podem diretamente casar, respeitados os impedimentos matrimoniais¹⁵ e os demais requisitos legais aplicáveis a todo e qualquer casal.

Neste Capítulo, foram selecionadas Sequências Discursivas de Referência (SDR). As SDRs permeiarão este texto. Foram recortadas, estão numeradas e destacadas em “caixas de texto”. As marcações em negrito, constantes nas SDRs são do texto original. Meus grifos estão feitos através do texto sublinhado. Nas citações dos autores, meus grifos estarão em negrito.

Sobre os termos “homoafetivo” e “homoafetividade”, importante destacar que são neologismos criados pela desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias, pioneira no reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Tais termos substituíram, na doutrina e jurisprudência do país, a expressão “homossexualismo”, que carrega uma história de preconceito e segregação em sua significação e funcionamento. A decisão refere-se textualmente a esse importante deslocamento de significado a partir da alteração lexical.

[SDR1] Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado à doença, passou-se a falar em

¹⁵ Art. 1.521. Não podem casar:

I- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II- os afins em linha reta;

III- o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V- o adotado com o filho do adotante;

VI- as pessoas casadas;

VII- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo) (BRITTO, 2011, p. 7-8).

Esses termos já foram incorporados pela linguagem jurídica e dicionarizados¹⁶, já constando nos dicionários da Língua Portuguesa. Entretanto, o último enunciado denuncia a insuficiência ou fragilidade de natureza pragmática e social frente ao preconceito que a mudança lexical – de "homossexualidade" para "homoafetividade" – não consegue resolver. A presunção de alterar comportamentos sociais nefastos a partir da troca de uma palavra por outra provém de uma teoria implícita da relação entre língua, pensamento e realidade, equivocada sob o ponto de vista da Análise de Discurso, uma vez que: 1) aquele que pretensamente controla as palavras não detém o poder de modificar o pensamento e transformar o segmento da realidade à qual as palavras se referem; 2) as palavras e expressões não devem ser entendidas de forma literal; 3) a percepção de uma literalidade absoluta faz crer que a linguagem é o espaço de uma performatividade generalizada. O pressuposto é que as palavras ou expressões corrigidas podem livrar os atingidos de opressões. (cf. Courtine, 2006).

Portanto, essa mudança lexical não é suficiente para pôr fim ao preconceito, embora a considere índice de uma tomada de posição importante a contribuir com a mudança social. As palavras em si não significam, mas podem sinalizar possíveis sentidos e posições relacionadas a determinadas formações discursivas. Muitas vezes, tornam-se palco de disputa e de contendas científicas, filosóficas e políticas, conforme se refere Pêcheux:

Por que a filosofia entra em contendas por palavras? As realidades da luta de classes são “representadas” por “idéias” que são representadas por palavras. Nos raciocínios científicos e filosóficos, as palavras (conceitos, categorias) são “instrumentos do conhecimento”. Mas na luta política, ideológica e filosófica, as palavras são também armas, explosivos, ou ainda calmantes e

¹⁶“**Homoafetividade** 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. **Homoafetivo** 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

venenos. **Toda a luta de classes pode, às vezes, ser resumida na luta por uma palavra, contra uma outra** (PÊCHEUX, 2009, p. 195).[grifo meu]

Até a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal aqui analisada, um casal homoafetivo estava impedido de realizar o ato jurídico do casamento em um Cartório de Registro Civil, já que não havia previsão constitucional ou legal que autorizasse o casamento homoafetivo, e sequer havia decisão consolidada sobre a possibilidade de união estável para esses casais, pois a Constituição Federal, no Artigo 226, § 3º, prescreve que a união estável se dá entre homem e mulher: “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”¹⁷.

A partir da decisão do STF sobre união estável homoafetiva, os Tribunais de Justiça de vários estados passaram a emitir provimentos dirigidos aos cartórios de registro civil sob suas jurisdições, determinando que não mais poderiam negar a realização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. O primeiro estado da federação a fazer isso foi Alagoas¹⁸, seguido por Bahia¹⁹ e Sergipe²⁰. Observou-se numerosa presença de casais homoafetivos nos cartórios interessados em casar, em todos os estados da federação. Então, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou uma Resolução (a de nº 175/2013)²¹, determinando que todos os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais do Brasil, a partir daquela data, estavam proibidos de se negar a realizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁸ Anexo 2.

¹⁹ Anexo 3.

²⁰ Anexo 4.

²¹ Anexo 5.

Interessante observar que, na justificativa da Resolução, o Ministro Joaquim Barbosa, então presidente do CNJ, referiu expressamente a decisão do STF em comentário:

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo (Resolução nº 175/2013, s/p)[...]

Dados do CNJ apontam que, desde Maio de 2011, data do julgamento no STF, até Maio de 2015, foram realizados 3.700 (três mil e setecentos) casamentos entre pessoas do mesmo sexo no país²².

O efeito de sentido proporcionado por essa decisão, em minha compreensão, no âmbito do Direito, que legitima o discurso através das decisões judiciais, foi o de um acontecimento histórico e discursivo. Acontecimento histórico porque se constitui num evento factual, temporalmente situado, que se caracteriza pela diferenciação e/ou contraste com eventos pretéritos cujos sentidos se sedimentaram, inclusive juridicamente; e acontecimento discursivo porque promoveu uma ruptura na continuidade discursiva, nos espaços discursivos logicamente estabilizados²³. Até o julgamento do STF, quando se falava em união estável no Brasil, imediatamente o sujeito era remetido a um espaço discursivo no qual preponderava, ainda, a interpretação extraída da lei escrita (os Artigos 1723 do Código Civil e o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF), na qual a expressão legal “homem e mulher” tinha o efeito de sentido de proibir a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Já se identificava no Direito, entretanto, uma vertente discursiva que defendia a igualdade de direitos entre os casais hétero e homoafetivos, mas a vigência do Artigo 1.723 do Código Civil e a redação do Artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que textualmente referem ser a união estável estabelecida entre “homem e mulher”, davam aos opositores da

²² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acessado em: 10/01/2016.

²³“Nesses espaços discursivos (que mais acima designamos como ‘logicamente estabilizados’) supõe-se que todo sujeito falante sabe do que se fala, porque todo enunciado produzido nesses espaços reflete propriedades estruturais independentes de sua enunciação: essas propriedades se inscrevem, transparentemente, em uma descrição adequada do universo (tal que este universo é tomado discursivamente nesses espaços)” (PÉCHEUX, 2012, p. 31).

igualdade farta munição para atacar a posição contrária. Tinha-se, portanto, um dissenso teórico no qual a lei escrita dava guarida à opinião conservadora, e emprestava aos defensores da igualdade a pecha de “opinião divergente”. Essa era a continuidade discursiva estabilizada até a data do voto em questão.

A Resolução pode ser também interpretada como acontecimento discursivo porque instaurou uma nova discursividade. Legitimou-se discursiva e juridicamente um novo discurso – mas não só: inaugurou-se, também, uma nova prática e a possibilidade de formação de novas redes de memória.

Pela primeira vez, a mais alta corte de justiça do país pôde analisar e decidir essa polêmica questão:

Apresenta-se, assim, uma das questões teóricas a serem desenvolvidas no corpo da tese: o voto do Ministro Relator enquanto um *acontecimento discursivo*.

1.2 A união estável em seu contexto histórico-normativo

Nesse momento, a fim de dar continuidade à análise das condições de produção histórico-constitucionais do julgamento, necessário explicitar os conceitos de *entidade familiar* e *sociedade conjugal* a fim de que, no decorrer do texto, possamos referi-los com um já-dado significado desses termos em uma *linguagem jurídica*. A compreensão desses conceitos é necessária à contextualização histórico-normativa da união estável.

As entidades familiares são o objeto do Direito de Família. O conjunto de normas jurídicas, que uma vez agrupadas recebem a denominação de Direito de Família, será aplicado àquelas circunstâncias em que o sujeito é reconhecido como parte de uma entidade familiar ou esteja pleiteando direitos, tendo em conta a participação atual, pretérita ou futura em uma entidade familiar.

São entidades familiares, na compreensão da doutrina contemporânea do Direito de Família, os grupos de pessoas que vivem juntas com as seguintes características:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. (LÔBO, 2009, p. 58)

Pode-se afirmar, assim, que onde houver entidade familiar haverá família. Os termos são utilizados no voto com absoluta e expressa similitude:

[SDR2](...) a terminologia “entidade familiar” **não** significa algo diferente de “família”, pois **não** há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” **não** foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. **Não** foi e **não** é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica (BRITTO, 2011, p. 44).

Nota-se, nessa SDR, uma tentativa de controle-regulagem do que está sendo dito, dada a possibilidade de deriva ou de deslocamento de sentido referente à expressão "entidade familiar". Considerando a formação discursiva antagônica, cujos saberes não coincidem com o voto do Ministro, pois se situam no espaço do conservadorismo, as operações efetuadas marcadamente heterogêneas²⁴ – aspeamento, em que o fragmento destacado recebe um *estatuto outro*, qual seja, o de indicador de alteridade; uso reiterado da negação, sob a forma adverbial, que traz consigo o discurso mantenedor dos espaços semanticamente estabilizados a fim de refutá-los e comentários metaenunciativos como "Estou a dizer", cuja função, neste caso, caracteriza-se especialmente como uma intervenção metaenunciativa de ajuste comunicacional para certificar o caráter sinonímico das expressões "família" e "entidade familiar" – jogam com a linha demarcatória entre o discurso renovador e o conservador,

²⁴ Authier-Revuz (2004) as considera formas linguisticamente detectáveis em que um único locutor inscreve o *outro* no fio do discurso.

circunscrevendo, entretanto, uma posição-sujeito que se quer e se faz dominante por imposição da lei.

Essas operações, especialmente o aspeamento e a negação, encontram-se repetidas, configurando-se pelo excesso que, na acepção de ERNST, caracteriza-se por ser uma

estratégia discursiva que se caracteriza por aquilo que está demasiadamente presente no discurso. Consiste: 1) no uso de incisivas, considerado na gramática como um acréscimo contingente (cf. Haroche, 1002), de intensificadores ou na repetição de palavras ou expressões e orações. Tais usos, na perspectiva aqui adotada, constituem-se em “acrécimo necessário” ao sujeito que visa garantir a estabilização de determinados efeitos de sentido em vista da iminência (e perigo) de outros a esses se sobreponem (2009, p. 4).

O sujeito enunciador excede para marcar fronteira, responde à FD antagônica, negando e re-negando suas premissas, que são rebatidas no decorrer discursivo.

A retomar o percurso das condições de produção do voto, importante também referir o conceito de *sociedade conjugal*. A sociedade conjugal é o conjunto de direitos e obrigações que decorre do fato de duas pessoas viverem em união estável ou se casarem. O casamento e a união estável, por força de lei, fazem surgir direitos e obrigações recíprocas, decorrentes do regime de bens adotado no casamento ou na união estável, e também direitos de natureza não patrimonial, como o direito ao respeito mútuo e à fidelidade recíproca²⁵. A sociedade conjugal, como dito, forma-se pelo casamento e/ou pelo fato da união estável. Vigorará enquanto, de fato, as pessoas estiverem vivendo juntas. Por exemplo, as pessoas casadas que se separaram de fato, ainda que não tenham formalizado o divórcio, são formalmente casadas, mas não mais vivem em sociedade conjugal. O mesmo ocorrerá nos casos de uniões estáveis formalizadas em cartório. Já nas uniões estáveis não formalizadas, a formação da sociedade conjugal dar-se-á pelo fato da convivência e irá se extinguir também de fato, quando não

²⁵Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I- fidelidade recíproca;
II- vida em comum, no domicílio conjugal;
III- mútua assistência;
IV- sustento, guarda e educação dos filhos;
V- respeito e consideração mútuos. (Código Civil).

houver mais convivência conjugal. Expostos os conceitos, podemos adiante tratar de seus funcionamentos.

Até a data da decisão judicial que analiso, o que se tinha no Brasil em termos de decisões judiciais favoráveis acerca da união estável homoafetiva, a partir do final dos anos noventa, eram julgados dos Tribunais de Justiça estaduais, especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁶. Ainda assim, essas decisões judiciais, em sua maioria, não reconheciam a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento. Isso porque, até a Constituição de 1988, não havia nenhuma regulamentação legal sobre união estável no Brasil. Até então, ou havia casamento, ou não havia família à luz do direito brasileiro. Era necessário, via de regra, casar para que os direitos decorrentes do Direito de Família fossem titulados e exercidos pelos sujeitos membros da família. O voto assinala a conversão do foco teleológico da norma jurídica – que estava apontado unicamente para a instituição tradicional do casamento – para uma visão em que o olhar do intérprete se volta à entidade familiar em concreto e ao afeto que a constitui:

[SDR3] Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma (BRITTO, 2011, p. 39-40).

²⁶ Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E justamente agora, quando **uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas**, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acessado em 11/01/2016. Grifo meu.

O conflito entre posições, a da Constituição de 1967 e a nova, encontra-se materializado linguisticamente no uso da condicionalidade que demarca novamente o velho e o novo, o passado e o presente, o reacionário e o revolucionário, duas posições-sujeito (conservadora e renovadora), duas formações discursivas antagônicas, hierarquizando-as: o novo, o presente, o revolucionário sublevam seus termos antagônicos. Daí decorre o que se sucede.

Os direitos gerados a cada um dos membros do casal, na união estável, são de natureza pessoal e de natureza patrimonial, assim como no casamento. Os direitos que decorrem da constituição de uma sociedade conjugal são, basicamente, o direito ao regime de bens, o direito à assistência moral e material, todos os direitos previdenciários decorrentes da situação familiar das pessoas (parentesco, casamento e união estável), como por exemplo, o direito dos filhos menores ou incapazes e do cônjuge ou companheiro a receberem pensão por morte, o direito a ser dependente nos planos de saúde, etc. Os direitos pessoais também passam a vigorar pelo casamento ou união estável, por exemplo, o direito ao nome, o direito à fidelidade recíproca, tudo isso decorre da constituição da sociedade conjugal. A sociedade conjugal se forma pela união que se estabelece de fato, no plano fático, entre duas pessoas (dizia-se união entre homem e mulher) que passam a dividir a sua vida, passam a viver em comunhão de vida, ou seja, duas pessoas que passem a viver as suas vidas uma em função da outra. Como se verifica se duas pessoas estão em sociedade conjugal ou são dois amigos ou namorados, quando estão alugando a mesma casa, por exemplo? Se as duas pessoas não têm uma relação afetivo-sexual com comunhão de vida, são amigas ou namoradas, o que se estabelece ali, em Direito, se chama *sociedade de fato*. Assim, as pessoas podem comprar móveis juntos, dividir o aluguel, etc. Essa relação se estabelece tão somente no plano patrimonial, como uma sociedade, uma sociedade fática (não seria sociedade de direito por

ausência de formalização). Não se estabelece, portanto, uma relação de direito de família. É relação de direito civil, obrigacional, mas não de família.

Assim, o traço que caracteriza a união como instituto de Direito de Família é a afetividade²⁷, uma união com relação afetiva e sexual, mas também com comunhão de vida. Trata-se de um critério que requer uma vida em comum, uma projeção de futuro – esse é o traço mesmo que diferencia um namoro de uma união estável. Os elementos fáticos que vão demonstrar a união ao juiz que tenha que decidir se há, ou não, união estável em determinado caso são, exemplificativamente: o fato de as economias estarem em conjunto; do ponto de vista afetivo, se está ou não o casal projetando suas vidas tendo em vista o outro, considerando o outro em sua vida, em seus planos, suas decisões; e provas em geral que indiquem essas circunstâncias. Essas são características essenciais para determinar a existência de uma sociedade conjugal e, por consequência, de uma entidade familiar. Então, a sociedade conjugal existirá, de fato, quando presentes essas características, e existirá, formalmente para o Direito, a partir do casamento, do estabelecimento de um contrato de união estável ou por força de uma sentença judicial que a reconheça como existente.

O voto explicita as diferenças, mas também a proximidade dos institutos do casamento e da união estável, assinalando, entretanto, que ambos dão origem à entidade familiar:

[SDR4] (...) as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” **já** são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou **quando** a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde

²⁷A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procriacional feneceram, desapareceram ou desempenham um papel secundário. Até mesmo a função procriacional, com a secularização crescente do Direito de Família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.[...]

Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais, manifestou-se “uma tendência incoercível do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas, afetivas, de rejeitar que sua esfera de intimidade esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito.” (LÓBO, 2009, p. 15, *apud* CARBONNIER).

que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos (BRITTO, 2011, p. 46).

As palavras *já* e *quando*, marcam, do ponto de vista temporal, o câmbio entre a aplicação da Constituição anterior, que consagrava o discurso conservador, e a atual, que embasa o discurso renovador.

Em suma, o Direito de Família será aplicado quando for reconhecida a existência de uma entidade familiar. Contemporaneamente tem-se reconhecido como entidades familiares diversos grupamentos possíveis. É útil a exemplificação de Paulo Lôbo que arrola grupos de pessoas, além da união entre um homem e uma mulher sem filhos, que constituem entidades familiares:

São unidades de convivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos, ou somente filhos não biológicos,
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos, ou apenas não biológicos (união estável)
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupos de irmãos após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) união concubinária quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação” segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos de posse de estado de filiação (LÔBO, 2009, p. 56-57).

A todos esses arranjos familiares, pelo fato de serem reconhecidos como família, aplica-se o arcabouço normativo atinente ao Direito de Família. O que diferencia essas entidades familiares do casamento é que este é um ato jurídico formal. Aliás, em matéria de

formalidades, só fica atrás do testamento no Código Civil. Um casal que queira formalizar casamento deve dirigir-se a um Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e fazer a habilitação para o casamento perante duas testemunhas. Depois disso, é publicado edital de casamento em jornal de grande circulação no domicílio dos nubentes, a fim de que sejam alegados possíveis impedimentos matrimoniais. Por fim, é realizado o ato formal de casamento perante o Oficial do Registro Civil.

A diferença do ponto de vista prático-jurídico entre as pessoas que se casam e as que estabelecem união estável é que, para aqueles que são casados, os efeitos irão se dar “automaticamente”, pois para serem reconhecidos pelo Direito como família, basta que seja apresentada a certidão de casamento, ao passo que se as pessoas vivem em união estável e quiserem “fazer valer” sua condição de companheiro, será necessária uma decisão judicial que lhes reconheça a condição. A união estável é de mais difícil comprovação mas, ao ser demonstrada, gera os mesmos efeitos no âmbito do Direito de Família. Há discussão sobre se os efeitos da união estável e do casamento, no âmbito do Direito das Sucessões, são os mesmos, mas esse tema fugiria ao que aqui está sendo proposto. Parece evidente que o casamento goza de um maior *status* cultural e social, e por isso continua sendo uma meta, um objetivo de realização pessoal.

O voto em análise é um acontecimento histórico em relação ao casamento e à união estável entre pessoas do mesmo sexo porque a Constituição, no já citado parágrafo terceiro do artigo 226, prevê que a lei deverá *facilitar sua conversão em casamento*, ou seja, o sistema jurídico tem como objetivo que as uniões estáveis sejam formalizadas em casamento, por uma questão de segurança jurídica. Essa medida é compreensível em um mundo com cada vez mais gente a ser identificada e controlada pelo Estado, a realizar contratos, entre outras diversas relações jurídicas. Quando a sociedade conjugal se forma, estabelece-se um regime de bens que compõe a já referida sociedade conjugal.

O regime legal de bens – aquele que se estabelece automaticamente caso os nubentes não escolham outro – é o regime da comunhão parcial de bens²⁸. Nesse regime, os bens adquiridos onerosamente durante a união pertencem ao casal (ficam excetuados dos bens comuns, os recebidos por herança ou doação – denominados aquisições a título gratuito), mesmo que o bem esteja no nome de apenas um dos sujeitos. Se a pessoa for casada, obrigatoriamente constará em um documento de compra e venda, por exemplo, seu estado civil de casado, o que impedirá que este bem venha a ser vendido sem a assinatura do outro cônjuge, o que causaria a nulidade absoluta da compra e venda, ao menos no que diz respeito à metade daquele que não assinou o contrato²⁹.

O risco seria altíssimo, nas mesmas circunstâncias, no caso de união estável, porque o bem estaria em nome de um só, e não haveria qualquer referência formal de que o bem pertence igualmente às duas pessoas, pois é possível que não haja referência em relação ao estado de união estável, que não é um “estado civil” do ponto de vista formal. Assim, caso o bem fosse vendido por um companheiro, sem o consentimento do outro, o negócio poderia ser por este anulado. Isso gera, evidentemente, uma insegurança jurídica.

Dadas essas e outras circunstâncias, o casamento deve ser uma aspiração alcançável por todos os casais, além de representar uma formalização jurídica da entidade familiar que interessa ao ordenamento jurídico e à organização social como um todo.

Ainda sobre casamento e união estável, mas de volta à decisão judicial objeto deste estudo – o voto –, que por seu efeito concreto e por expressamente referir que a lei não pode

²⁸ Código Civil, Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

²⁹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

utilizar o sexo das pessoas para dar ou restringir direitos, autoriza a seguinte conclusão: onde a Constituição propõe “homem e mulher” deve-se compreender “pessoa”, já que a palavra *sexo*, no texto constitucional, aparece sempre como apenas um diferenciador anátomo-fisiológico:

[SDR5] Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.** Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico (BRITTO, 2011, p. 17). [grifo meu]

Novamente ocorre um marco temporal, antes e depois, conservador e renovador em *pós-Constituição de 1988*, demarcando a posição-sujeito dominante no discurso em pauta. Implicado, nesse jogo, encontra-se a complexidade envolvida na concepção da pessoa, seja homem, seja mulher, a ser adotada em lei. Compreender os termos *homem e mulher* como *pessoa* torna-se fundamental porque a Constituição é um todo único que contém princípios que protegem os direitos individuais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito à Intimidade, etc. Não teria como, nem porque, a mesma Constituição vir a proibir que as pessoas livremente pudessem se relacionar afetivamente e constituir família com quem bem quisessem. É a própria Constituição que prevê que ninguém pode ser discriminado em razão de religião, cor, sexo... – assim, a proibição do casamento homoafetivo fere o Princípio da Igualdade, assim como o da Dignidade, já que a Lei estaria dando tratamento diferente em razão da condição sexual das pessoas, além de proibir-lhes a livre escolha de seus afetos, o que configuraria uma discriminação e assim uma ilegalidade.

A decisão analisada, portanto, teve efeitos que foram além do reconhecimento da união estável, pois também entendeu que, já que a Constituição diz que a lei deve facilitar a

conversão da união estável em casamento e se a união estável pode ser homoafetiva, logo poderá haver casamento homoafetivo.

Então o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁰, com base nesta decisão, expediu uma ordem dirigida a todos os cartórios de registro civil das pessoas naturais, que são os órgãos que têm atribuição para celebrar casamentos, determinando que quando casais homoafetivos se apresentarem para casar, o casamento não pode ser negado. Devem ser realizados nas mesmas condições, com os mesmos requisitos exigidos para os casamentos heterossexuais.

Portanto, foi esta decisão o marco histórico que inaugurou a possibilidade do casamento formal homoafetivo no Brasil. Essa possibilidade jurídica é uma construção jurisprudencial que decorre diretamente da decisão em análise, pois não há previsão na lei civil, na lei dos registros públicos e nem – de maneira direta – na Constituição Federal. Hoje ocorrem milhares de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, mensalmente, no país, desde 2011, a partir da publicação dessa decisão judicial em análise.

O casamento homoafetivo é um tema mundial. A maioria dos países ocidentais discute, ou já discutiu, a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sempre com forte resistência religiosa, já que o instituto do casamento, mesmo no plano jurídico, foi todo estruturado e concebido à luz dos preceitos da Igreja Católica. Os valores judaico-

³⁰O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Missão do CNJ - Contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade.

Visão do CNJ -Ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário

Transparência e controle: o que CNJ faz?

- Na Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações.
- Na Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.
- Na Prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.
- Na Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas.
- Na Eficiência dos Serviços Judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País. (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acessado em 11/01/2016).

cristãos que sempre promoveram um assujeitamento ideológico³¹ no sentido da sacramentalização do casamento, permanecem agindo sobre os sujeitos nesse embate histórico-cultural-discursivo, com bem observa ONFRAY:

(...) Com vocabulários diferentes, em fórmulas e formulações separadas, com atores que se crêem adversários, sempre se preferiram os mesmos valores: honrar pai e mãe, dedicar-se à pátria, deixar ao outro um lugar cardeal – amor ao próximo ou fraternidade –, fundar uma família heterossexual, respeitar os mais velhos, amar seu trabalho, preferir as virtudes de bondade – caridade ou solidariedade, misericórdia ou indulgência, esmola ou ajuda mútua, beneficência ou justiça... – à de maldade, etc. Esse trabalho sobre os significantes teve seu mérito, mas trata-se agora de realizar as mesmas coisas com os significados (2010, p. 35).

Assim, as expressões o *amor ao próximo*, a *fraternidade*, as virtudes de *bondade* ou *solidariedade* também podem mobilizar significados que decorrem de uma “nova família”, fundadas no valor maior e universal do afeto, que pode estar materialmente representada pelas “novas” entidades familiares mais acima referidas.

Antes dessa decisão, não havia casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, mas apenas o reconhecimento esparso de união estável através de ações judiciais individuais. Isso porque, por falta absoluta de previsão legal ou determinação jurisprudencial, o casamento válido – a possibilidade de o casal homoafetivos e dirigir ao Cartório e casar – era hipótese inexistente para o direito, que ainda tinha na heterossexualidade do casamento seu ponto de partida conceitual. O significante *casamento*, que remetia necessariamente ao significado tradicional da heterossexualidade, da procriação, do acúmulo patrimonial e dos “bons costumes”, no âmbito jurídico, a partir da nova interpretação do que seja família da qual estamos tratando, passa a remeter a um novo significado central: **o afeto**.

Apesar de essa decisão judicial ter como objeto o reconhecimento da união estável, o seu funcionamento, sua importância como marco discursivo histórico, foi ter produzido o efeito de possibilitar também o casamento (esse significante tão caro) entre pessoas do mesmo sexo: **uma nova prática**.

³¹ Esse conceito será mais bem desenvolvido em capítulo posterior.

Alguém que não fosse familiarizado com o assunto poderia perguntar: já não havia uniões estáveis homoafetivas reconhecidas no Brasil? Sim, havia. Mas o STF nunca tinha se manifestado sobre o tema. Até então, nenhuma ação judicial que tratasse da matéria havia entrado em pauta no Supremo Tribunal. Assim, antes dessa decisão, se um casal entrasse com uma ação de reconhecimento de união estável no Rio Grande do Sul, por exemplo, iria ganhar a ação porque ela iria chegar ao Tribunal do Rio Grande do Sul e, como este Tribunal já entendia como possível essa união estável, a ação sequer chegaria ao Supremo Tribunal Federal, pois não haveria quem recorresse, todos estariam de acordo, inclusive o Ministério Público do RS (o “fiscal da lei”), que partilhava e partilha da mesma posição jurídica favorável ao reconhecimento da união homoafetiva. Entretanto se outro casal entrasse com a mesma ação no Estado de Santa Catarina (onde o entendimento pela possibilidade da união homoafetiva sofria resistência³²), provavelmente não seria reconhecida a união, então, caso isso ocorresse, o casal deveria recorrer ao Supremo Tribunal Federal para ter a chance de ter sua união reconhecida. Um verdadeiro “calvário jurídico”.

O discurso logicamente estabilizado sobre a união estável homoafetiva no Direito de Família era o da incerteza sobre a possibilidade de reconhecimento dessa união como família. Sempre seria colocada em jogo uma espécie de bipolarização lógico-discursiva. Segundo Pêcheux,

Nesses espaços discursivos (que mais acima designamos como “logicamente estabilizados”) supõe-se que todo sujeito falante sabe do que se fala, porque todo enunciado produzido nesses espaços reflete propriedades estruturais independentes de sua enunciação: essas propriedades se inscrevem, transparentemente, em uma descrição

³² AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. "O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhecem como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher." (Ap. Cív. n. **2006.016597-1**, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira), Julgado em 18/03/2008. Disponível em <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acessado em 11/01/2016.

adequada do universo (tal que este universo é tomado discursivamente nesses espaços) (2012, p. 31).

O Supremo Tribunal Federal estava abarrotado de processos, pedindo o reconhecimento da união estável, vindos do Brasil inteiro.

E porque se trata de matéria de cunho constitucional, de competência do Supremo? Porque o artigo 226 da Constituição mencionava o reconhecimento da união estável entre “homem e mulher”. O discurso jurídico conservador-positivista sustentava (e ainda sustenta!) que, se a Constituição diz “homem e mulher”, a união estável somente pode existir entre homem e mulher. Sendo, então, uma questão de interpretação e aplicação constitucionais, a competência exclusiva é do Supremo Tribunal Federal para unificar o entendimento da Justiça sobre o tema.

1.3. Casamento e união estável no direito brasileiro: um percurso histórico

Opto por fazer uma retomada histórica, neste momento, tendo em vista que o aspecto histórico da decisão em análise é de sua essência.

Até reencontrarmos a união estável e o casamento em suas atuais concepções, proponho, então, mais um deslocamento no espaço-tempo a fim de contextualizar historicamente a construção desses institutos/conceitos jurídicos.

O direito contemporâneo, especialmente no tocante ao direito civil, tem sua fonte no direito romano. O direito romano era do tipo consuetudinário, ou seja, baseado no precedente, nas decisões dos pretores das antigas cidades romanas. O direito romano é a fonte de todo Direito Civil ocidental. Os contratos, as obrigações, o direito de propriedade – em decorrência do direito de propriedade, o direito das sucessões – e o direito de família, todos os ramos do Direito Civil, foram desenvolvidos e aplicados durante o Império Romano.

Justiniano, imperador romano, também reconhecido como importante jurisconsulto, escreveu uma grande obra jurídica que se intitulou *Corpus Iure Civile*; um imenso escrito composto por duas partes, (1) o *Digesto*, uma compilação das decisões dos pretores para cada caso, separadas por assunto, e (2) as *Institutas*, comentários de Justiniano sobre aquelas decisões judiciais; foi a primeira obra doutrinária de direito, ou seja, a primeira vez que alguém escreveu sobre o direito sistematicamente³³ no Direito Ocidental.

Na Europa continental, que é o berço do nosso Direito, durante a Idade Média – o Brasil, nessa época, estava sendo “descoberto” – o que havia era o regime feudal, seguido pelo absolutismo monárquico. O que se tinha, em linhas gerais, eram reinos vinculados à Igreja Católica.

A aplicação do Direito, o surgimento do Estado Democrático de Direito nos moldes em que hoje se apresenta, foi imaginado pelos pensadores iluministas, notadamente pelo autor suíço Jean-Jacques Rousseau na obra *O Contrato Social*³⁴. O Estado Democrático de Direito, convencionou-se dizer, teve seu início com a Revolução Francesa, que o estabeleceu pela primeira vez no mundo ocidental. E o Direito, especialmente o Direito Privado, o Direito Civil, o direito das pessoas individuais, foi fortemente influenciado pelo pensamento positivista, legalista. A Revolução Francesa foi a “revolução do homem livre”, cujo lema foi liberdade, igualdade e fraternidade. Defendia-se que todas as pessoas são iguais perante a lei e devem ser livres no sentido de não mais se submeterem a normas ou coerções que não tivessem origem no poder soberano do Estado.

No Direito Civil, especificamente em matéria de contratos, estabeleceu-se o princípio da autonomia da vontade, ou seja, tendo em vista que os homens são livres e iguais, eles estabelecem seus pactos e o Estado, através do juiz, tem a estrita função de fazer cumprir esse contrato, para fazer valer a palavra empenhada. Sendo assim, o Estado não deve se imiscuir

³³ Sobre a história do direito privado consulte: WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

³⁴ Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acessado em 30/01/2016.

no conteúdo do contrato. A ideia era de que o juiz, representante do Estado, não interferisse, ou interferisse minimamente na vida privada; a interpretação positivista da lei era isso: o juiz deve ater-se à letra da lei. O juiz, nessa visão, tem o papel de intérprete e aplicador da lei escrita, uma noção diferente da atual, em que o juiz é visto como intérprete do sistema normativo e aplicador do Direito, visando à Justiça – ao menos em teoria.

A Revolução Francesa e o advento do Estado Democrático de Direito mudaram radicalmente o Direito Civil no que diz respeito às obrigações, ao Direito Contratual, ao Direito de Propriedade, ao Direito das Sucessões, mas o Direito de Família ficou cristalizado na Idade Média, ou ainda no Direito Romano. O Código Civil francês de 1804, a primeira das grandes codificações³⁵, em termos de Direito de Família, teve uma imensa influência do Direito Canônico, que já orientava todas as normas referentes à família. Essa influência está presente ainda nos dias de hoje em todos os códigos civis dos países ocidentais, em maior ou menor grau. Costumo afirmar que, mesmo após a Revolução Francesa, o Direito de Família permaneceu na Idade Média, vinculado ao patriarcalismo e ao Direito Canônico.

No Brasil, até a Proclamação da República, em 1889, o que se aplicava era o direito português. Então, o Direito de Família, mesmo no código francês, ainda era altamente influenciado pelo patriarcalismo e religiosidade que sempre o informaram: a família só se formava pelo casamento, evidentemente entre homem e mulher; a mulher, no momento que casava (e isso vigorou no Brasil até 1962) perdia sua capacidade civil e passava a se submeter à chefia do marido, perdendo o direito de assinar contratos sem a assistência do marido: a mulher completava 21 anos, se tornava uma pessoa capaz e, no momento em que casava, voltava à condição de incapaz. Essa norma vigorou, como dito, até 1962 no Brasil e foi

³⁵ Sobre a história das codificações consultar o completo estudo de ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Da codificação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

revogada pela Lei nº 4121 de 27 de Agosto de 1962, assinada pelo Presidente João Goulart. Essa lei ficou conhecida como Estatuto da Mulher Casada³⁶.

Até a vigência do Estatuto da Mulher Casada, o casamento era indissolúvel, característica absorvida diretamente do Direito Canônico, já que, para a igreja, o casamento é um sacramento indissolúvel “aos olhos de Deus”. Uma pessoa que se casasse uma vez, nunca mais poderia casar de novo; o máximo que se reconhecia, a partir de 1962, era o desquite, instituto em que a pessoa continuava formalmente casada, mas o judiciário reconhecia a dissolução da sociedade conjugal. Os artigos que tratavam dos papéis a serem exercidos pelo homem e pela mulher, no Código Civil de 1916,³⁷ tinham a seguinte redação:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. - A representação legal da família.

II. - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial.

III. - O direito de fixar e mudar o domicílio da família.

IV. - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

V. - Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.

³⁶ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acessado em 13/01/2016.

³⁷ Após a Lei 4121 de 1962 o mesmo artigo ficou com a seguinte redação: Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (art. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Compete-lhe:

I- a representação legal da família;(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II- a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV- Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962;

IV- prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V reenumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

O Artigo 240, após a Lei 4121 de 1962 passou a ter a seguinte redação: Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Com a Lei 6515 de 1977 o mesmo artigo passou a ter a redação seguinte: Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

O casamento passou a poder ser desfeito no Brasil apenas em 1977, a partir da Lei nº 6515, que ficou conhecida como Lei do Divórcio³⁸. A luta pela Lei do Divórcio no Brasil rendeu um feroz embate no Congresso Nacional entre os “divorcistas” e a bancada católica. A Lei do Divórcio só foi aprovada porque se estabeleceu a necessidade da separação judicial, antes do divórcio – foi a solução política possível. A separação judicial punha fim à sociedade conjugal e, após um prazo³⁹ que contava da sentença judicial da separação, só então o casal poderia entrar com um processo de conversão da separação em divórcio. Isso para que o casal tivesse a possibilidade de, em meio a esse tempo, se arrepender e retomar o casamento. O divórcio direto passou a ser possível apenas a partir da Constituição de 1988. Ainda assim, somente depois de comprovados dois anos de separação de fato. O divórcio direto sem prazo passou a ser possível, recentemente, a partir da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de Julho de 2010⁴⁰.

Foi no início dos anos 70 do Século XX que começou a luta da sociedade pelo reconhecimento da união estável no Brasil. Até a união estável ser formalmente reconhecida pela constituição de 1988, as pessoas que vivessem como se casadas fossem, mas sem ser, mesmo recorrendo à justiça, não obteriam o reconhecimento como entidade familiar, por ausência de previsão legal e, por consequência, não poderiam titular os direitos decorrentes da aplicação das normas de Direito de Família. A concubina (assim eram chamadas as mulheres não casadas que viviam em sociedade conjugal), por exemplo, que desfizesse a sociedade conjugal, não teria nenhum direito a alimentos ou aos bens de seu concubino.

Houve duas lutas político-jurídico-sociais historicamente bem recentes: pelo reconhecimento da união estável heteroafetiva, que somente foi formalmente reconhecida na

³⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acessado em 13/01/2016.

³⁹ O prazo inicial aprovado era de cinco anos. Depois baixou para dois anos.

⁴⁰ A redação original do §6º do Artigo 226 da Constituição era: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. A redação do mesmo parágrafo dado pela referida emenda é: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Constituição de 1988; e pelo reconhecimento dos mesmos direitos aos casais homoafetivos, que foi vencida, finalmente, com a decisão em análise.

Retomamos: por que o reconhecimento da união estável gerou a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo? Porque a própria Constituição equipara os institutos pelos efeitos. Então, tendo em vista que a Constituição reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo segundo a interpretação do STF, logo, permite o casamento. Entretanto há diferenças culturais, formais e econômicas entre a união estável e o casamento.

Antes do voto, para casar, os casais homoafetivos tinham que passar por todo um processo judicial que demandava tempo, investimento financeiro, sorte de ser o processo julgado por um juiz que adotasse a tese, enfim, questões que não tornavam a opção processual possível a todas as pessoas. O julgamento em análise veio possibilitar a igualdade de direitos entre as pessoas, independentemente de orientação sexual. Sendo assim, a decisão tem um funcionamento para além do reconhecimento da união estável a todas as pessoas. A extensão do direito ao casamento pelos casais homoafetivos é uma nova prática notável.

O casamento continua importante na sociedade, ainda que a prática religiosa possa ter arrefecido, como bem observa ONFRAY:

Que resta do judaico-cristianismo em nossa vida cotidiana? Impõe-se um inventário. Porque o desinteresse pela prática religiosa dominical e cotidiana, os *gadgets* do Vaticano II, o descrédito do discurso professado pelo papa sobre a moral sexual não passam de sinais superficiais: a descristianização é apenas aparente e formal. A maioria, agnósticos ou vagamente ateus, incrédulos ocasionais ou fiéis por hábito, ainda cultiva os batismos religiosos de sua progenitura, os casamentos na igreja (para agradar a família!) e os enterros dos próximos – ou seu... – com uma bênção, nos locais cristãos providos do pessoal *ad hoc* (2010, p. 34).

O ato formal de casamento tem uma importância sociológica, religiosa, individual e social para as pessoas. A importância formal da certidão de casamento, da aliança no dedo, ainda povoa os sonhos e constitui um objetivo na vida de muitas pessoas. Há um atravessamento discursivo-cultural do sujeito que o leva a casar, a apresentar-se à sociedade com seu (sua) companheiro (a), seu marido, sua mulher. Essa decisão deu aos casais

homoafetivos uma possibilidade discursiva até então inexistente: por exemplo, poderem sentar à mesa com outras pessoas casadas, casais heteroafetivos, e falar sobre seu casamento. Até a decisão, dizer “meu marido/minha mulher” era uma impossibilidade jurídica e discursiva; esse voto criou um espaço discursivo que não havia antes, pessoas do mesmo sexo dizerem ser casadas era uma impossibilidade antes desse julgamento, do ponto de vista jurídico-formal. As pessoas com uma orientação sexual homoafetiva podiam exercer sua sexualidade, mas “internamente”, dentro de suas casas, não podiam dizer que eram casado(a)s, pois isso lhes era negado. Só podiam dizer por analogia – sou “casado” porque vivo junto –, mas não era o casamento formal. Agora, todos os casais podem decidir o que fazer em matéria de casamento ou união estável.

Houve, historicamente, um apagamento da possibilidade do afeto entre pessoas do mesmo sexo. Esse apagamento impediu que pudesse se inscrever na memória discursiva a possibilidade de uma família se formar entre iguais. Esse “esquecimento”, esse apagamento, é constitutivo do conceito de memória discursiva, adiante trabalhado. “[...] a memória é feita de esquecimentos, de silêncios. De sentidos não ditos, de sentidos a não dizer, de silêncios e de silenciamentos.” (ORLANDI, 2015, p. 53). A homoafetividade escapou durante longo tempo à inscrição na memória, ao menos como possibilidade de constituição de família reconhecida pelo Direito.

A transformação do Direito de Família em relação ao casamento, em suma, deu-se da forma seguinte: pelo Código Civil de 1916, o casamento era uma instituição indissolúvel e somente ele criava família. A família possível era apenas essa: um homem e uma mulher casados, ou um homem ou uma mulher viúvos, e seus filhos. Assim, nesse caminho histórico tinha-se o casamento como instituição indissolúvel, pois não havia possibilidade de divórcio ou sequer de desquite. A partir de 1962, passou-se a ter a possibilidade de desquite, a mulher casada deixou de ser incapaz, mas ainda o vínculo do casamento permaneceu indissolúvel.

Passou, então, a ser possível a dissolução da sociedade conjugal, que fazia com que deixassem de vigorar as normas do regime de bens e os deveres do casamento nos casos de desquite.

A possibilidade jurídica do divórcio somente entrou em vigor no sistema jurídico brasileiro em 1977, com a aprovação da Lei 6515, a Lei do Divórcio. Do ponto de vista normativo, a união estável heteroafetiva somente foi reconhecida como entidade familiar na Constituição de 1988. A partir dos anos 1990, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, paulatinamente influenciando outros estados da federação. O casamento homoafetivo, enfim, tornou-se possível a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal aqui analisado.

1.4 Os sistemas de aplicação e interpretação do direito

O Direito é estruturado e aplicado de maneira diferente nos vários continentes. Há, por exemplo, o direito muçulmano inspirado no alcorão, há o direito chinês, o japonês, etc. O direito que é aplicado no Brasil é o direito ocidental, mais especificamente o direito romano-germânico.

No direito ocidental existe uma divisão, dois sistemas diferentes de aplicação do direito: (1) O sistema anglo-saxão, que é o sistema aplicado nos Estados Unidos, no Canadá, na Inglaterra, nos países da Grã-Bretanha, que se caracteriza por todas as decisões judiciais basearem-se principalmente no precedente jurisprudencial, decisões anteriores sobre casos análogos. Não são países de lei escrita, são países de direito consuetudinário, ou seja, a repetição dos atos e a repetição das ações judiciais e suas respectivas decisões anteriores são o fundamento de uma nova decisão. É por isso que nos filmes de Hollywood se vê “caso do Estado *versus* fulano” ou “caso fulano *versus* beltrano” como fundamento da decisão de determinado processo. Tem-se que buscar um precedente para dar uma decisão no caso

concreto. (2) O sistema brasileiro e de toda América do Sul, de Portugal, da Espanha, da Itália, da Alemanha, dos demais países continentais europeus, é o modelo de direito escrito. Nesse sistema, o precedente, a jurisprudência, os casos anteriormente julgados são indicadores, eles não vinculam o juiz como no sistema anglo-saxão, o precedente não é o argumento fundamental da decisão judicial, ou melhor, não é vinculante para o juiz. Aqui no Brasil, o que vincula é a lei escrita ou a súmula vinculante dos Tribunais Superiores⁴¹, ou seja, em nosso sistema temos uma norma anterior ao fato da vida, geral e abstrata. A norma prevê que, por exemplo, quando duas pessoas se casam, os efeitos jurídicos são: entrada em vigor de um regime de bens, fidelidade... aqueles direitos e deveres já referidos *supra*. Quando o fato da vida (duas pessoas se casam) encaixa na previsão legal, são dados os efeitos nessa mesma lei previstos. Esse exemplo serve para todo raciocínio jurídico no sistema brasileiro: quando o fato da vida se enquadra naquilo que a lei previu, são dados os efeitos também nela previstos⁴².

Nos casos em que há divergência sobre a interpretação de um dispositivo legal, como neste caso analisado, em que se discutiu se a expressão *homem e mulher*, constante na Constituição e no Código Civil, teria o efeito de proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, é a interpretação do STF que dirá, com força de lei, como deve ser interpretado o ordenamento jurídico. Isso é reconhecido inclusive por Kelsen, o principal teórico do positivismo jurídico:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isso é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial no caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quando ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou

⁴¹ A decisão em análise tornou-se uma decisão judicial vinculante, dada a repercussão geral do tema e por se tratar da interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal. Por essas razões ela tem força de lei.

⁴² Sobre os sistemas de Direito, consulte-se: DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação (2000, p. 277-278).

Por que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era algo inexistente para o direito brasileiro? Porque não havia previsão legal anterior. E continuaria sendo inexistente para o direito brasileiro a união de pessoas do mesmo sexo caso, no julgamento do STF, os ministros tivessem interpretado que o casamento, para o ser, requeria duas pessoas de sexo diferente. Então, todas essas uniões entre pessoas do mesmo sexo seriam fatos da vida, ou seja, as pessoas estariam convivendo e partilhando suas vidas, mas não seria um fato jurídico, por ausência de previsão legal ou uma decisão judicial vinculante. Sendo assim, só é fato jurídico aquele fato da vida que estiver previsto no ordenamento jurídico como fato jurídico⁴³.

O sistema normativo brasileiro tem dois tipos de norma: norma do tipo regra e norma do tipo princípio.

Nem sempre os princípios foram reconhecidos como normas, os princípios eram tidos e havidos como objetivos, como aquilo que se deve alcançar, mas não se reconhecia força cogente aos princípios. Hoje se reconhece que os princípios podem e devem ser aplicados diretamente, é reconhecido que deles, diretamente, podem ser extraídas normas:

[SDR6] (...)essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (BRITTO, 2011, p. 26).

No trecho sublinhado aparece o sujeito da vontade, típico do pensamento idealista e positivista. É o sujeito da consciência. Em AD não se concebe que o sujeito tenha essa

⁴³ No direito civil se estuda toda uma teoria sobre o fato jurídico, em que se analisa como este fato da vida ingressa no direito. Temos, para esta condição, 3 planos: (1) o plano da existência, de um ato ser existente para o direito. Temos como um exemplo de ato inexistente o casamento entre pessoas do mesmo sexo antes do voto. Se o ato for existente se analisa (2) o plano da validade, se é nulo ou se é válido; e, se for válido, ele será (3) eficaz. Então podemos ter um ato existente, mas por ser nulo ele não será eficaz. Sendo assim, trabalhando com exemplos: se duas pessoas vão ao cartório, fazem habilitação perante duas testemunhas e se casam, aquele é um ato existente para o direito. Mas se uma dessas pessoas já for casada e ninguém tiver comunicado esse casamento, como há previsão legal de que é nulo o casamento de pessoa já casada, o casamento posterior não tem validade, porque foi contraído com um impedimento matrimonial. Assim, ele não será eficaz, ou seja, no dia que este casamento for anulado esses efeitos, em regra, devem retroagir à data do casamento, o juiz deve procurar restabelecer o *status quo ante* através da sentença. Sobre a teoria do fato jurídico consulte-se: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

liberdade, pois é assujeitado ao inconsciente, à ideologia e aos discursos a que foi exposto em sua constituição enquanto sujeito histórico.

A liberdade para dispor da própria sexualidade, em Direito, é a concretização, como norma, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O voto concretizou o que teoricamente, há algum tempo, vem se construindo nesse sentido, doutrinariamente.

O que diferencia, em linhas gerais, as normas do tipo regra das normas do tipo princípios é que: (1) as normas do tipo regra dizem qual a conduta devida pelo sujeito, determinam expressamente o que se deve ou não se deve fazer, mas não se sabe o que aquela regra deseja alcançar, ela detalha o comportamento que se deve ter, a ação que se deve tomar ou aquilo a que se deve abster; e (2) as normas do tipo princípio dizem o que se deve fazer mas não como se deve fazer. Por exemplo, o princípio da igualdade, que diz que se deve tratar as pessoas com igualdade, que se deve buscar a igualdade, mas não diz o que se deve fazer para que a igualdade seja alcançada. Sobre a diferença entre regra e princípio, diz Ávila:

Princípios: normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menos determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

Regras: normas mediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (2003, p. 70).

O pensamento positivista tem a pretensão de que na lei escrita, naquele determinado texto, daquela norma do tipo regra, extraia-se um comando, e esse comando deve ser cumprido. Isso restringe a interpretação. Atualmente se sabe que a interpretação da lei e a aplicação da lei para buscar o justo, não é algo automático como o positivista pretendia. A esclarecer esse ponto, útil o exemplo do metrô, uma metáfora que reflete sobre a interpretação da norma do tipo regra e a norma do tipo princípio⁴⁴.

⁴⁴SICHES, Luis Recasens. Tratado general de filosofia del derecho. 19. ed. México: Porrúa, 2008, p. 645.

O exemplo do metrô é o seguinte: imagine-se uma estação de metrô em que há uma placa onde está escrita uma regra de conduta: “proibida entrada de cães”, e ao lado está o guarda – que faz o papel do juiz –, o intérprete e aplicador dessa norma, desse comando. A partir daí, imaginam-se duas circunstâncias. Cena número 1: um cidadão com um urso pela coleira, tenta entrar no metrô. Cena número 2: um cidadão cego, com um cão guia, tenta entrar no metrô.

O pensamento positivista, literal, levará à conclusão de que o guarda deveria permitir a entrada do urso, porque a norma prevê a proibição da entrada de cães, e proibir a entrada do cão. Ao passo que, se for feita uma interpretação sistemática⁴⁵, tendo em conta a regra e o princípio, e levando também em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado, teremos uma solução diferente: considerando que o princípio que orienta a regra em questão seja a proteção da integridade física das pessoas e a higiene do metrô, na cena número 1, do urso, o intérprete terá que ampliar a norma para abranger o urso e proibir a sua entrada. Na cena 2, caso do cão guia, há de se levar em conta outros princípios, como a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, o direito de ir e vir e, então, afastar a norma para abrir uma exceção, tendo em vista a ponderação entre a regra e os princípios. Resta demonstrado que o pensamento positivista, o cumprimento da regra, exclusivamente, sem ter em conta as circunstâncias do caso concreto e os princípios incidentes, não é suficiente à promoção de uma decisão justa, proporcional ou razoável.

O pensamento sistemático é uma técnica de interpretação que considera o sistema normativo como um todo, tendo em conta as normas do tipo princípio, as regras e o caso concreto em análise.

A adoção dessa técnica hermenêutica foi uma das condições de possibilidade que permitiram que a decisão se materializasse, se legitimasse e surtisse os efeitos que afinal se

⁴⁵ Sobre a interpretação sistemática consulte-se, por todos CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

impuseram. A interpretação sistemática e o reconhecimento do princípio como norma possibilitaram a decisão como um acontecimento discursivo porque inaugura uma nova prática discursiva institucionalizada.

Entretanto, o pensamento positivista ainda é a possibilidade de pensamento e de práticas apresentado como constitutivo do pensamento do sujeito, desde os bancos escolares até as Faculdades de Direito; devido a uma educação baseada no pensamento positivista, esses sujeitos são introduzidos em uma lógica pedagógica de pensamento que faz com que compreendam o mundo em que estão através da ótica positivista e idealista, na qual têm a ilusão de ser a fonte de seu dizer e de seu pensar.

É a ideologia dominante interpelando os indivíduos como sujeitos⁴⁶. É muito difícil sair do lugar que se tem como base de educação, de pedagogização⁴⁷ do pensamento e, a partir daí, pensar diferente. Essa lógica positivista pedagogizante baseia-se num pensamento dicotômico, binário, que rege a constituição desses indivíduos como sujeitos interpelados ideologicamente. Não existe outra possibilidade de pensamento *a priori*, só esse pensar, para ele, faz sentido. As escolas básicas e as escolas de Direito ainda reproduzem esse pensamento. É a base da produção da lógica, do pensamento, em todas as matérias e em relação à história. Existe sempre o certo e o errado, quem estava atacando e quem estava defendendo. No modo de pedagogização da sociedade, é essa maneira binária de ver o mundo o pensamento fundante.

Trata-se aqui de afirmar que o pensamento positivista e o pensamento sistemático têm natureza ideológica e produzem resultados diferentes a partir de suas práticas. Isso tendo em conta duas afirmações fundamentais acerca da ideologia, com base nos estudos de Louis

⁴⁶ “A ideologia interpela os indivíduos como sujeitos” (ALTHUSSER, 2013, p. 131).

⁴⁷ “Trago o termo pedagogização enquanto modos/métodos de educação, mas não somente no âmbito da sala de aula. Acredito que em todos os lugares somos passíveis a modos/métodos de educar intencionalmente definidos. Trato de pedagogização compreendendo o termo enquanto ação de sermos ensinados de forma específica através de ações estrategicamente estabelecidas, ou seja, tem-se uma escolha em relação ao que e como deve ser ensinado; se tem uma perspectiva, uma intenção, um aporte teórico definido, se tem um entendimento/compreensão de mundo” (SILVA, 2015, p. 13).

Althusser: (1) “A ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência” (ALTHUSSER, 2013, p. 126), o que se relaciona com essa formação pedagógica do sujeito, sempre-já ideológica e (2) “A ideologia tem existência material” (ALTHUSSER, 2013, p. 128), ou seja, é uma prática, ela se materializa, neste caso com a aplicação de um pensamento positivista, ou sistemático.

Assim, os princípios têm força normativa no sistema jurídico e foi trabalhando com o pensamento sistemático e a ponderação entre os princípios e a regra constitucional que o Ministro construiu seu discurso. O princípio da igualdade vincula, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula, esses foram dois dos princípios utilizados na fundamentação do voto – e se não fosse reconhecido o casamento homoafetivo, estaria sendo ferida a igualdade entre as pessoas por motivo de orientação sexual – ou *preferência* como diz o Relator algumas vezes, utilizando um termo que vem de outro lugar.

[SDR7](...) este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, **estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete 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.** É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração (BRITTO, 2011, p. 3-4).

No fragmento negrito, faz-se presente, de forma reiterada, a negação através do uso de prefixo e advérbios que materializam duas posições-sujeito: a conservadora e a renovadora. No texto analisado, essas duas posições são os eixos condutores da argumentação realizada com vistas a fazer valer a posição dominante. Antes desse voto, como dito, havia um discurso legitimado “como verdade” pela literalidade da norma, que digladiava argumentos com a “opinião divergente” respaldado pelo fato de não haver decisão em última instância sobre a interpretação dos artigos legais citados. A instituição responsável por interpretar a Constituição e as Leis em última instância é o STF. É o Supremo quem “diz como é”, diz

como se devem interpretar os artigos legais à luz da Constituição. Após anos de incerteza, pela primeira vez chegou ao Tribunal Superior, enfim, essa questão: “este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

O Ministro reconhece a importância histórica do julgamento: “estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete 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**”. E estabelece relação entre a opinião vencida, de uma interpretação literal dos dispositivos legais, a uma posição conservadora: “É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”.

Nesse ponto, interessante observar a utilização talvez inconscientemente do termo *preferência sexual*, mesmo tendo o Relator se posicionado em uma formação discursiva pró casamento homoafetivo. Trata-se aqui de um pré-construído, de algo que provém de outro lugar e, na perspectiva psicanalítica, de um ato-falho – é um discurso que vem do interdiscurso de outra Formação Discursiva, que surge de maneira abrupta e descontínua, causando estranhamento. Sobre o conceito de pré-construído, Pêcheux afirma:

Essa mistura surpreendente de absurdo e de evidência, e esse retorno do estranho no familiar, já foram encontrados por nós a propósito da noção *do pré-construído* [...] e, na ocasião, devíamos nos limitar a constatar que esse efeito de pré-construído consistiria numa discrepância pela qual um elemento irrompe no enunciado como se tivesse sido pensado “antes, em outro lugar, independentemente”.

Podemos, de agora em diante, tendo em conta o que acabamos de expor, considerar o efeito de pré-construído como a modalidade discursiva da discrepância pela qual o indivíduo é interpelado em sujeito...ao mesmo tempo em que é “sempre já sujeito”, destacando que essa discrepância (entre a estranheza familiar desse fora situado antes, em outro lugar, independentemente, e o sujeito identificável, responsável, que dá conta de seus atos) funciona “por contradição”, quer o sujeito, em toda sua ignorância, se submeta a ela, quer, ao contrário, ele a apreenda por meio de sua agudeza de “espírito” (...) (2009, p. 142).

Essa questão do sujeito e do assujeitamento discursivo será retomada posteriormente, por ocasião do Capítulo 4, em que analiso o embate discursivo que culminou na transformação do discurso, até então considerado dominante, em dominado O pré-construído observado na irrupção de um termo estranho à Formação Discursiva – na qual está filiado o discurso do voto – funciona pela contradição, especialmente porque esta pressupõe posições antagônicas, no sentido de que há impossibilidade de conciliação ou meio termo entre essas posições: respeitam-se os Direitos Humanos das pessoas com orientação homoafetiva, ou não se reconhecem esses direitos a partir desse critério⁴⁸.

⁴⁸Sobre a categoria da contradição no marxismo, interessante a leitura de *Sobre a contradição*, de Mao Tsé-Tung, na tradução de Obras Escolhidas de Mao Tsé-Tung, Tomo II (Edições do Povo, Pequim, Agosto de 1952), disponível em <<https://www.marxists.org/portugues/mao/1937/08/contra.htm>>. Acessado em 13/07/2017.

Meu método dialético, por seu fundamento, difere do método hegeliano, sendo a ele inteiramente oposto. Para Hegel, o processo do pensamento, - que ele transforma em sujeito autônomo sob o nome de idéia, - é o criador do real, e o real é apenas sua manifestação externa. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material transposto para a cabeça do ser humano e por ela interpretado.

Karl Marx⁴⁹

SEXO/SEXUALIDADE, AFETO E PRECONCEITO/DISCRIMINAÇÃO COMO DISPOSITIVOS⁵⁰ DE ANÁLISE

2.1 Sexo e sexualidade: significado e funcionamento

Uma das estratégias argumentativas do discurso, utilizadas pelo Ministro Relator (nosso sujeito enunciativo), como vimos, foi lançar âncora em uma interpretação sistemática da Constituição, com forte alusão à interpretação positivista. O Ministro como que “usou as armas” do adversário para contra ele argumentar. Uma espécie de “xeque-mate” hermenêutico.

⁴⁹ Frase referencial de Karl Marx, disponível em <https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6520_Chagas_Eduardo.pdf>. Acessado em 06/08/2017.

⁵⁰“(…) qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões, e os discursos dos seres vivos” (AGAMBEM, 2009, p. 12).

Observamos que o voto começa identificando os dispositivos legais da Constituição que contêm o vocábulo *sexo*. O primeiro artigo a utilizá-lo é o Art. 3º da Constituição⁵¹, referindo que:

[SDR8] (...)a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º. O artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201) (BRITTO, 2011, p. 9-10). [grifo meu]

Neste trecho, tem-se novamente o aspeamento de palavras, indicando alteridade, isto é, um outro primeiramente as produz, e o autor as retoma no fio de seu discurso, mostrando-as através do uso das aspas. No caso, não é dele o uso original do termo "sexo", mas da Constituição Federal, ele apenas o resgata; o mesmo ocorrendo com o sintagma "objetivos fundamentais".

Com relação ao epíteto *nítido*, pode-se dizer que se trata de uma tentativa de delimitação do sentido da palavra *sexo*, a fim de permitir uma argumentação "objetiva" que se baseie em um significado estrito.

No mesmo momento, destaca alguns outros artigos constitucionais que citam a palavra *sexo*, identificando que seu significado sempre está ligado à questão da conformação genital, a conformação anátomo-fisiológica; se a pessoa é macho ou fêmea, no sentido anatômico do termo, e nunca se referindo à relação sexual, “ao uso” do aparelho sexual, identificando que não há norma constitucional que se refira à realização ou não de um “ato sexual”, menos ainda que a pessoa tenha que se relacionar com homem ou tenha que se relacionar com mulher, deva ou não ficar sozinho, em prática onanista. O Ministro conclui que o texto

⁵¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

constitucional não se refere, em nenhum momento, a alguma prescrição sobre como se deve dar o “uso” do aparelho genital das pessoas.

[SDR9] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher” (BRITTO, 2011, p. 42).

Com esse enunciado, o Relator conclui que, no Artigo 1723 do Código Civil, que trata da união estável, são utilizadas as expressões “homem e mulher” mais em homenagem à tradição do que efetivamente para determinar quem pode, ou não, formar entidade familiar através de união estável, ou, ainda, que esta *deva ser* ou que *só possa existir* entre homem e mulher.

A proposição parece ser a de que o legislador redator do texto legal, quando imaginou uma união estável, pretendia se referir a um casal heterossexual, que é como a tradição e a ideologia dominante o representam uma entidade familiar. A tradição impõe as práticas esperadas de um homem e de uma mulher no ambiente familiar. Questões culturais construídas através de práticas “de homem” e práticas “de mulher”.

Isso que, no voto, é chamado de tradição, relaciona-se, em Análise de Discurso, à *memória discursiva*: “Memória deve ser entendida aqui não no sentido diretamente psicologista da ‘memória individual’, mas nos sentidos entrecruzados da memória mítica, da memória social inscrita em práticas, e da memória construída do historiador.” (PÊCHEUX, 2013, p. 43-44). A memória discursiva possibilita o discurso, atualiza o já-dito, é algo que fala antes, em outro lugar, mas não diz o todo.

Não há passagem legal alguma, constitucional ou infraconstitucional, que trate do sexo enquanto gênero, no sentido de prescrever papéis ou funções para o homem ou para a mulher, como fazia o Código Civil de 1916, quando prescrevia ao homem a função de “chefe” da

família e à mulher a de “auxiliar”. FOUCAULT observou este cumprimento de “papéis” no casamento:

Mas o casamento exigia um estilo particular de conduta, sobretudo na medida em que o homem casado era um chefe de família, um cidadão honrado ou um homem que pretendia exercer, sobre os outros, um poder ao mesmo tempo político e moral; e nessa arte de ser casado, era o necessário domínio de si que devia dar sua forma particular ao comportamento do homem sábio, moderado e justo (2002, p. 7-8).

Não há prescrição legal sobre as práticas que produzem a constituição e os papéis a serem exercidos pelo sujeito homem ou pelo sujeito mulher dentro da família contemporânea. Concordando com a constatação do Ministro, identifico aqui um caso de assujeitamento ideológico do legislador, nos termos propostos por Pêcheux e Althusser.

Identifico uma resistência oposta pela memória, pelo interdiscurso, que determina o que pode e o que não pode ser dito dentro de uma Formação Discursiva, mas que também funciona por oposição, como nas SDRs citadas. Trata-se da necessidade de normalidade ou estabilização de significados identificada por PÊCHEUX: “essa necessidade universal de um ‘mundo semanticamente normal’, isto é, normatizado, começa com a relação de cada um com seu próprio corpo e seus arredores imediatos”(2012, p. 34). Portanto, difícil imaginar que o legislador constitucional ou do Código Civil, submetido a seu “mundo logicamente estabilizado” pudesse colocar em funcionamento uma memória que não fosse a da família tradicional.

Até essa decisão judicial, a formação da família homoafetiva era uma prática não discursivizada – não inscrita ou apagada da memória.

O Sujeito Enunciador *articula* o discurso no voto enunciado. Ele não é a origem ou a procedência primeira desse discurso. Há uma prática de organização de um saber, um discurso que tornou-se majoritário e obrigatório por sua peculiar institucionalização na sua época histórica. Ao organizar o discurso dentro de uma Formação Discursiva favorável aos direitos

civis das pessoas homoafetivas, o sujeito enunciatador (o Relator) assume uma posição que regula o ato de enunciar o discurso. Conforme COURTINE:

(...) o que se vê funcionar [...] são *posições de sujeito* que regulam o próprio ato de enunciação: o interdiscurso, sabe-se, fornece, sob a forma de citação, recitação ou preconstruído, os objetos do discurso em que a enunciação se sustenta *ao mesmo tempo* em que organiza a identificação enunciativa (através do regramento das marcas pessoais, dos tempos, dos aspectos, das modalidades...) constitutiva da produção da formulação por um sujeito enunciatador. E que acaba, assim, por desaparecer dos olhos de quem enuncia, garantindo, na aparição de um “eu”, “aqui” e “agora”, a eficácia do assujeitamento (1999, p.20).

O Relator escapa da armadilha linguística positivista, entendendo que os vocábulos “homem e mulher” **não cumprem**, nesse caso, uma *função restritiva*, mas que estão ali apenas por uma tradição, uma lógica estabilizada, por um assujeitamento ideológico. A construção argumentativa do voto, com relação ao sexo e à relação entre “dois iguais”, possibilita o reconhecimento da família homoafetiva, apesar de estarem em pleno vigor esses dois artigos: o 226 parágrafo terceiro da Constituição e o Art. 1723 do Código Civil que contêm, ambos, as expressões “homem e mulher”.

Há, no voto, uma construção teórica **dentro** do sistema de direito⁵², sem renegar ou negar vigência aos citados artigos de lei. O voto constrói uma interpretação sistemática, ou seja, olha para o sistema constitucional e legislativo como um todo, para dizer que esse *homem e essa mulher* que estão ali, não têm de ser homem e mulher; ali está escrito homem e mulher, mas pode ser também homem e homem, mulher e mulher.

Essa interpretação encontra razão essencialmente na questão do **afeto**. A argumentação da decisão indica que, se não for possível lidar com a questão da possibilidade do afeto entre duas pessoas do mesmo sexo, a Constituição estará sendo infringida, pois é a lei constitucional que prevê que não se pode limitar a liberdade das pessoas pelo critério do sexo, nem haver **preconceito**, nem discriminação, ou determinar ações ou omissões pelo critério

⁵² Quero dizer com isso que a decisão judicial, ao invés de negar vigência a algum artigo de lei, ao contrário, interpretou os artigos que serviam de base à proibição do casamento homoafetivo, integrando-os ao sistema e não os afastando do sistema. Trata-se da técnica da interpretação conforme a Constituição.

anátomo-fisiológico. Não se pode dizer a uma pessoa com quem ela deve ter uma relação afetiva, com quem ela deve ou não constituir família.

Imaginemos duas cenas em que um personagem fictício, chamado Gustavo produz duas falas diferentes. Na primeira, Gustavo chega a um cartório de registro civil e diz: ‘Quero casar’, para o oficial de registro. O oficial responde: ‘Muito bem, com quem queres casar?’; responde Gustavo: ‘Fernanda’. Ele responde: ‘vou casar Gustavo com Fernanda.’ Na Cena 2, chega Gustavo ao mesmo cartório e diz ao mesmo oficial: ‘Quero casar.’; ‘Com quem queres casar?’; ‘com Fernando’, é a resposta. Antes da interpretação do voto, e com base na interpretação dada para os artigos da Constituição e do Código Civil em questão, o oficial do cartório diria: ‘Não, eu não vou lhe casar porque Fernando é do mesmo sexo que você’.

O que o Relator afirma sobre isso? Que o artigo terceiro da constituição veda um tratamento discriminatório ou “diferente” a uma pessoa em razão do sexo – e seria exatamente isso que esse oficial do registro de casamento faz no exemplo acima. Realiza o casamento de Gustavo com Fernanda e não o realiza com Fernando. Por quê? Devido exclusivamente ao **sexo!** Propõe o voto: isso é ilegal tendo em conta o Artigo 3º da Constituição. É ilegal tendo em vista a ideologia fraternal da Constituição, a ideologia solidária e a ideologia igualitária da Constituição Federal de 1988.

É ilegal a negativa ao casamento homoafetivo também pela vedação expressa ao **preconceito** – assim como no citado Preâmbulo da Constituição⁵³ – expressa no inciso III do Artigo 3º da Carta Magna, que diz que ninguém deve ser tratado diferentemente em razão do sexo – e essa seria a única razão que o oficial do registro civil teria para negar o casamento. Portanto, uma razão ilegal perante a Constituição Federal. O texto constitucional é claro ao referir como um dos objetivos da República a erradicação do preconceito:

⁵³ O Preâmbulo é uma espécie de apresentação da Constituição. É o lugar onde o legislador constitucional “diz a que veio”.

Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**; (...).

Preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna**, pluralista e **sem preconceitos** ...”.

O preâmbulo da Constituição Federal indica a recepção do que se convencionou chamar, em Direito Constitucional, de “constitucionalismo fraternal”.

[SDR10]“Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” (BRITTO, 2011, p. 11). [grifo meu]

Parece-nos que o voto, no ponto em questão, devido ao princípio constitucional de erradicação do preconceito, vem explicar a presença do vocábulo *homem e mulher*, no texto legal, como um atravessamento ideológico, histórico, um assujeitamento do legislador quando da formulação dos dispositivos legais dizendo, em outras palavras: temos que pensar que essa lei foi produzida nas condições que havia na época da constituinte e da elaboração do Código Civil, nas quais o reconhecimento da união estável heteroafetiva já era, por si, um grande avanço, uma novidade na época.

O Relator deixou expresso que aquele foi um atravessamento ideológico e que é necessário interpretar os dispositivos de outra maneira; que as condições atuais de produção são outras e não há como interpretar-se “ao pé da letra”o que está escrito nos artigos de lei, sem considerar todo o sistema de interpretação e aplicação normativos.Trabalhar com a identificação de quais os fins específicos buscados pelo sistema ao positivizar, na lei escrita, determinado princípio.

Trabalhar com a interpretação literal da lei escrita é cair na armadilha do exemplo do metrô, de Gustav Radbruch, citado anteriormente.

Se a linha mestra, o sentido, o conteúdo do Direito de Família e das relações humanas familiares está no **afeto**, o afeto não é *criado* pela união de duas pessoas, mas é o afeto que *cria* a união de duas pessoas. Esse é um sentido interessante a ser pensado, pois se é o afeto a causa e o conteúdo da aplicação do Direito de Família, e se fôssemos pensar que só seria possível família entre homem e mulher, teríamos de dizer que o afeto só é criado quando se tem relação homem e mulher, e parece ser o contrário, pois no momento em que surge o afeto está criada a família independentemente do sexo das pessoas que a formaram – é um processo inverso ao do discurso anteriormente estabilizado, o discurso heteronormativo, inscrito na memória, sobre a formação da entidade familiar.

Sobre a interpelação ideológica do legislador em sujeito, tese extraída da fundamentação do voto, articulada pelo sujeito enunciador quando remete à tradição o uso dos vocábulos “homem e mulher”, tanto na Constituição quanto no Código Civil, conclui-se que há uma estratégia argumentativa no sentido de aplicar a interpretação positivista, utilitariamente.

Essa impressão reforça-se com a leitura das passagens em que o Ministro trabalha exatamente com o pensamento de Hans Kelsen⁵⁴, o principal teórico do positivismo, afirmando que se o legislador quisesse proibir a união estável entre dois homens ou entre duas mulheres, devia tê-lo feito expressamente:

[SDR11] (...) sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência) (...)

⁵⁴O pensamento de Hans Kelsen sobre o Direito foi desenvolvido, fundamentalmente, na obra KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

(...) em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivizar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas** (BRITTO, 2011, p. 15-16). [grifo meu]

O voto promove o *des-silenciamento* normativo ao estabelecer a obrigatoriedade da nova prática estatal de igualar a hétero e a homoafetividade em relação ao casamento.

Caso o legislador quisesse proibir o casamento ou a união estável, deveria expressamente ter dito: *fica proibido o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil*.

Esse argumento é essencialmente positivista. O Sujeito Enunciador bem o complementa com a interpretação sistemática da Constituição a fim de reforçar e “blindar” este argumento, mas ele estrutura a fundamentação do voto.

É uma pista de que o discurso adotado pelo Ministro dirige-se especialmente a seus pares e utiliza também o discurso desse outro⁵⁵, da formação discursiva positivista, a fim de defender a igualdade entre os casais, na prática jurídica.

Se o Estado não pode prender, multar ou sancionar de qualquer modo alguém por se relacionar com uma pessoa do mesmo sexo, também não pode negar os direitos individuais, os direitos civis, quando surge **afeto** entre duas pessoas, independentemente do sexo.

⁵⁵ Esse “outro”, que aqui refiro, aproxima-se da noção de Bakhtin de *superdestinatário*, cuja adequada análise do termo, inclusive o diferenciando do outro laciano e althusseriano está em TEIXEIRA, 2000, p. 186-188.

A decisão não busca argumentos que não sejam sistemáticos, ou seja, que estivessem na exterioridade do discurso jurídico. Assenta fundamentação, entretanto, na questão central do reconhecimento do princípio como norma, isto é, a força impositiva dos princípios sobre o julgador, o intérprete da norma jurídica. Esse tema da auto-aplicabilidade dos princípios é atual e caríssimo ao direito privado contemporâneo, tal como afirma o estudioso do Direito Comparado, Professor alemão Jan Peter Schmidt em entrevista concedida a professores da USP e publicada em 2015⁵⁶. Comparando a constituição brasileira à anterior constituição alemã, diz o autor:

A Constituição brasileira, por sua vez, contém uma longa lista de direitos fundamentais, os quais pelo menos possuem aplicabilidade independentemente de concretização. Argumentam alguns que eles se aplicam diretamente às relações entre os indivíduos. Logo, a natureza vinculante dos direitos fundamentais é uma grande diferença entre as Constituições de Weimar e a brasileira de 1988.

O Artigo 1723 do Código Civil e o parágrafo terceiro do Artigo 226 da Constituição dizem basicamente a mesma coisa: “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”. Essa é uma norma do tipo regra porque está dizendo o que se deve considerar existir no caso concreto para que seja reconhecida uma união estável. É uma norma do tipo regra porque está dito especificamente o que se tem de identificar (homem, mulher, convivência duradoura, objetivo de constituir família) para que o julgador reconheça uma entidade familiar. Então, tendo em conta apenas o pensamento positivista, que vê só esse tipo de norma como diretamente aplicável (norma do tipo regra), o sujeito lê que união estável é uma união pública e duradoura entre homem e mulher, etc. Assim, só com esse pensamento positivista, e tendo em conta apenas o Artigo 1723 do Código Civil, conclui-se que *homem e homem* e *mulher e mulher* não poderiam constituir união estável porque não estão dentro da norma do tipo regra, não haveria, portanto,

⁵⁶ Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/entrevista-reinhard-zimmermann-jan-peter-schmidt-juristas>>. Acessado em 22/01/2016.

previsão legal que sustentasse a união estável homoafetiva. Para sairmos dessa armadilha da norma do tipo regra – armadilha no sentido de que, quando se adota o pensamento positivista, tem-se apenas uma solução possível *a priori*, que seria negar a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo –, necessário lançar mão do pensamento sistemático.

Entram em jogo, então, dois conceitos: (1) o reconhecimento de que os princípios são normas autoaplicáveis e, portanto, elas vinculam o julgador e (2) a máxima kelseniana de que o que não está expressamente proibido está permitido no âmbito do direito privado.

Ocorre que os princípios, diferentemente das regras – que detalham comportamentos a serem adotados e/ou indicam circunstâncias que servem como requisito ao reconhecimento de um fato jurídico –, determinam uma finalidade. Assim, o discurso enunciado na decisão judicial começa a trabalhar, desde o início de sua argumentação, com os princípios. O que é o princípio da dignidade da pessoa humana? O princípio da solidariedade? Enquanto sociedade, o que é reconhecer direitos iguais para todos? O Ministro trabalha, de um lado, reconhecendo princípios como normas autoaplicáveis⁵⁷, de outro, trabalha com o pensamento sistemático⁵⁸, que é uma forma de interpretação, uma posição hermenêutica que se opõe ao positivismo clássico que, por sua vez, não reconhece o princípio como norma diretamente aplicável, mas que dependeria de uma “positivação”, de uma concretização, um detalhamento do princípio em normas do tipo regra. A respeito disso, Canaris formula que

O sistema cumpre sobretudo, em particular, duas tarefas de obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico, o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela **delimitação de ameaçadoras contradições de valores** como pela determinação de lacunas (1996, p. 283). [grifo meu]

⁵⁷ Adoto a noção desenvolvida por Humberto Ávila das normas do tipo princípio como normas autoaplicáveis, ao lado das normas do tipo regra. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁸ Adoto o conceito de pensamento sistemático e de sistema desenvolvido por CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

A identificação da teleologia⁵⁹ da Constituição brasileira como sendo a da busca pela solidariedade, da não discriminação e da erradicação do preconceito, aparece como fio condutor da argumentação sistemática em geral e da aplicada no julgamento, em particular.

O pensamento sistemático reconhece que o princípio tem forma normativa independente. Isso permite que, através de um princípio, possa ser feito um gesto de interpretação ancorando a fundamentação no sistema normativo da Constituição, observando seus princípios fundantes. E isso o Enunciador fez com esmero, explicou por que – caso aplicada ao pé da letra a expressão *homem e mulher* – estaria sendo “cumprido” aquele dispositivo, mas infringida a Constituição:

[SDR12] Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** (BRITTO, 2011, p. 21) [grifo meu]

Uma vez materializada concretamente na argumentação essa opção interpretativa do ordenamento jurídico, é possível ler os artigos legais que utilizam a expressão *homem e mulher* e interpretá-los considerando esses termos como *pessoas*, tanto que o Ministro nem cogitou negar vigência aos artigos citados, mas dar a eles uma interpretação conforme a Constituição. Compreende-se a opção legislativa da época porque eram outras condições de possibilidade, outras condições de produção daquela regra, outra constituição sócio-histórica que inseriram na legislação as expressões *homem e mulher*. Hoje temos outras condições de possibilidade de interpretar os mesmos artigos legais, são outros sujeitos – outros assujeitamentos que fabricam outros sujeitos –, formam outros indivíduos, e a lei deve ser aplicada para os indivíduos de hoje, para a constituição social atual.

⁵⁹**Teleologia.** te.le.o.lo.gi.a: *sf(téleo+logo²+ia¹)* **1Filos** Teoria das causas finais; conjunto de especulações que têm em vista o conhecimento da finalidade, encarada de modo abstrato, pela consideração dos seres, quanto ao fim a que se destinam. **2Dir** Estudo especulativo da causa, da essência, alcance ou fim das normas legais. **3Bio** Interpretação das estruturas dos seres em termos de finalidade e utilidade. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=teleologia>>. Acessado em 05/02/2016.

Em suma, o dispositivo **sexo** funciona no voto como uma referência estrita à conformação genital, não aparecendo no sistema constitucional, em nenhum momento, com significado outro que não esse.

Já o dispositivo **sexualidade** é tratado como a prática sexual, o sexo em prática:

[SDR13] (...) cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico (BRITTO, 2011, p. 18).

Uma vez mais a referência à liberdade. Um excesso, tendo em conta o assujeitamento que constitui o sujeito. O termo liberdade liga-se ao termo opção sexual, que vem da FD conservadora, causando, nesse trecho, um estranhamento, pelo pré-construído.

Sobre o sexo em prática, o Ministro afirma não haver, no sistema normativo, nenhum comando que determine determinada prática sexual ou que a proíba, excetuando-se, por evidente, as práticas odiosas de abuso sexual, tratadas com especial atenção pelo Direito Penal. No âmbito do Direito Constitucional, em especial em relação aos direitos individuais, o voto compreende não haver vedação legal a nenhuma prática sexual individual.

[SDR14] (...)esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo** (BRITTO, 2011, p. 26-27).

No trecho sublinhado, de novo o estranhamento produzido pela questão da liberdade, da *opção*.

Mas a relação a dois que é relevante para o Direito ingressa no mundo jurídico como fato jurídico, disparando o gatilho de aplicação das normas concernentes ao Direito de Família, tem como núcleo o dispositivo do **afeto**. O critério do afeto, conceito elevado a instituto jurídico, é a causa e efeito da entidade familiar.

Interessante analisar que esse mesmo assujeitamento à tradição que faz o sujeito pensar em um menino e uma menina, quando alguém diz que tem “um casal de filhos”, pois ninguém diz que tem “um casal de filhos” quando há dois meninos ou duas meninas, produz, no voto, um estranhamento ao observar-se que o Relator não se refere aos casais homoafetivos utilizando o termo “casais”, mas “pares”.

É possível observar, nos enunciados abaixo, que o fato de o Relator referir-se aos casais homoafetivos como *pares* e não como *casais*, provoca o referido estranhamento uma vez que a Formação Discursiva renovadora procura igualar em direitos esses casais, aos casais formados por pessoas de sexo diferente. A permanência de um termo diferenciador provém da Formação Discursiva conservadora.

SDR 15(...) calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa (BRITTO, 2011, p. 7-8). [grifo meu]

SDR 16(...)a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (BRITTO, 2011 p. 38). [grifo meu]

SDR 17(...)mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos (BRITTO, 2011, p. 44-45). [grifo meu]

O termo “pares” surge como um pré-construído, algo que vem de outro lugar e irrompe no discurso, causando estranhamento, como nos diz Pêcheux:

Deveríamos, então, declarar como absurda e desprovida de qualquer sentido uma frase como: “aquele que salvou o mundo morrendo na cruz nunca existiu”, na qual o discurso do ateísmo militante nega, na “proposição em seu todo”, a existência daquele mesmo que ele pressupõe como existente na subordinada? Não deveríamos, ao invés disso, considerar que há *separação, distância ou discrepância* na frase entre *o que é pensado antes, em outro lugar ou independentemente, e o que está contido na afirmação global da frase?*

Foi isso que levou P. Henry a propor o termo “**pré-construído**” para designar o que remete a uma construção anterior, exterior, mas sempre independente, em oposição ao que é “construído” pelo enunciado. Trata-se, em suma, do efeito discursivo ligado ao *encaixe* sintático (2009, p. 88-89). [grifo meu]

Há um furo na Formação Discursiva favorável à garantia dos Direitos Humanos às pessoas homoafetivas porque se trata de uma designação (pares) que vem de uma FD “tradicional”, contrária ao reconhecimento da entidade familiar como um casal, designação que mobiliza significados relacionados ao casamento, ao sexo, ao acasalamento. É como se esses pares (ou parceiros) homoafetivos só se justificassem enquanto sujeitos dignos de proteção legal se unidos por um amor imensurável, por um afeto arrebatador. A proibição da relação sexual entre pessoas do mesmo sexo aparece nessas pistas discursivas como um furo na FD renovadora.

Esse pré-construído aparece em movimentos parafrásticos que colocam em funcionamento termos que provêm de FDs antagônicas, mas compondo um discurso que se filia à posição renovadora. Portanto, o discurso novo possui resíduos do velho que apontam para o seguinte:

Pares homoafetivos – apagamento da relação sexual (pressuposto: impossibilidade de dizer "casais homoafetivos" no texto legal, já que o eixo argumentativo situa-se exatamente na afetividade e não na relação sexual).

Casais heteroafetivos – acasalamento, sexo (pressuposto: impossibilidade de dizer "pares heteroafetivos" no texto legal, haja vista a consequência de apagamento da relação sexual presente no termo determinante do sintagma que caracteriza historicamente o sentido de "casal").

Esse mesmo estranhamento ocorre quando da utilização dos termos *opção sexual* e *preferência sexual*, expressões que vêm da FD conservadora, em oposição às expressões *condição sexual* e *orientação sexual* que aparecem nas SDRs acima.

Tais estranhamentos de ordem lexical são sintomas de que o processo significante de interpelação-identificação ideológica deixa na memória traços que não se apagam e insistem em ressurgir na linearidade do discurso sem que o sujeito deles se aperceba.

2.2 O afeto como cânone⁶⁰ interpretativo do Direito de Família: *pré-condição ao pensamento*

O Supremo Tribunal Federal, concretamente, pela primeira vez no Brasil, julgando uma ação que visava à interpretação de um artigo do Código Civil à luz da Constituição Federal, interpretou o Artigo 1723 chegando à conclusão de que aquela expressão *homem e mulher* não determina que sejam, homem e mulher, obrigatoriamente, os sujeitos de uma união estável e nem de um casamento.

Analisando o voto, percebe-se que os argumentos utilizados para decidir sobre a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, estão permeados, todos, pelo dispositivo do **afeto**, reconhecido como elemento constitutivo da entidade familiar. O dispositivo conceitual que amalgama as pessoas numa família é o afeto, e não o patrimônio – como aponta a doutrina ter sido o elemento preponderante no passado, com o predomínio do patriarcado e o objetivo da acumulação de bens. Segundo Lôbo,

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeito de direito atomizado. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como **espaço de realização pessoal afetiva**, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus vários tipos ou arranjos (2009, p. 13). [**grifo meu**]

O afeto é o traço fundamental da entidade familiar, é a causa, é o que cria, é o motivo pelo qual as pessoas querem ter um lar: ter um lugar para se sentirem acolhidas afetivamente. A família é o continente, o afeto, seu conteúdo.

⁶⁰Dicionário Caldas Aulete Digital. **Cânone** s. m. || regra geral; princípio geral donde se deduzem diferentes regras particulares ou especiais. Disponível em <<http://www.aulete.com.br/c%C3%A2none>>. Acessado em 05/02/2016.

O dispositivo do afeto ganhou relevância no direito brasileiro muito recentemente, do ponto de vista histórico. Entretanto, as questões que envolvem a troca afetiva entre o casal, o respeito mútuo, a relação afetiva em si, já era apontada como traço fundamental da família mesmo em textos da antiguidade que procuravam, então, superar a noção de casamento calcada apenas no patrimônio e na procriação legítima, como observou Michel Foucault:

Uma primeira novidade parece consistir em que a arte da existência matrimonial, mesmo continuando a dizer respeito à casa, à sua gestão, ao nascimento e à procriação dos filhos, **valoriza cada vez mais um elemento particular no meio desse conjunto: a relação pessoal entre os dois esposos, o vínculo que pode uni-los, o comportamento de um para com o outro;** e essa relação, em vez de tomar emprestada sua importância às outras exigências da vida de um dono de casa, **parece ser considerada enquanto elemento primeiro e fundamental em torno do qual todos os outros se organizam, do qual derivam e ao qual devem sua força**(2002, p. 09).
[grifo meu]

É ao afeto que Foucault se refere quando alude à “relação pessoal entre dois esposos”, ainda sem essa designação.

A doutrina do Direito de Família mais atual já vinha defendendo que o afeto é o elemento central do Direito de Família. Diria que é o *cânone interpretativo*. Na prática, isso quer dizer que não pode haver uma decisão judicial no âmbito do Direito de Família que não considere a questão do afeto como central, visto que o ramo do Direito Privado é inteiramente atravessado por esse dispositivo.

O voto em análise, dada a exatidão dos argumentos utilizados e ao estilo direto de escrita, enfrenta a questão do **afeto** de maneira intra-sistemática, abordando o **afeto** em sua existência concreta e com aplicação pragmática. O voto põe em funcionamento a questão da aplicação do princípio com força normativa igual à norma tipo regra. Ele dá concretude ao princípio e, para isso, se utiliza sempre de fundamentos que se referem, direta ou indiretamente ao afeto entre as pessoas como fundamento das questões de Direito de Família. Ninguém pode passar ao largo do critério do afeto quando se trata de família.

Nas questões que envolvem filiação biológica e filiação socioafetiva, por exemplo, já se decide nos tribunais brasileiros que o afeto tem mais peso que o vínculo biológico. Como exemplo:

APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. ADEQUAÇÃO. [...] **Comprovada a situação de abandono e negligência da mãe biológica em relação ao filho. Igualmente comprovado que o filho foi entregue pela mãe biológica aos apelados, com quem está há vários anos, tendo com eles formado pleno vínculo afetivo de filiação, chamando-os inclusive de "pai" e "mãe", e apresentando significativa rejeição afetiva em relação à mãe biológica.** Situação a demonstrar que a concessão da adoção em prol dos apelados é a solução que mais e melhor atende aos interesses prevalentes do menor. REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO (Apelação Cível Nº 70052218401, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 06/06/2013). [grifo meu]

Na decisão acima citada, a mãe que dera o filho em adoção arrependeu-se e entrou com uma ação judicial a fim de recuperá-lo. O vínculo biológico não foi argumento suficiente para o julgador, que considerou preponderante a relação afetiva que já havia se formado entre os pais adotantes e a criança.

Em recentíssima decisão acerca de uma ação na qual o filho ingressou contra o pai por abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça mobilizou o dispositivo do afeto como uma prática identificável no comportamento do pai. O Ministro Marco Buzzi, relator do processo, em entrevista afirmou: "Amor não pode ser cobrado, mas afeto compreende também os deveres dos pais com os filhos. (...) **A proteção integral à criança exige afeto, mesmo que pragmático, e impõe dever de cuidar**"⁶¹.

O voto em questão ratificou o entendimento de que o afeto é o centro axiológico do Direito de Família e que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é possível, lícita e necessária à sociedade, tendo em vista os princípios constitucionais. Desse modo, a decisão também inaugurou uma *obrigatoriedade discursiva* no que diz respeito à formação do sujeito que passa a estudar o Direito. Tornou-se obrigatório que a questão do afeto e do casamento

⁶¹ Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>>. Acessado em 05/02/2016.

homoafetivo viesse a compor o programa curricular da disciplina de Direito de Família em todas as faculdades de direito do país. É o currículo que articula saberes, conhecimento, conteúdo programático na instituição escolar.

Na organização curricular há disputa discursiva, de significado, de poder, a fim de se atingir a formação de um determinado sujeito. É útil, aqui, um exemplo:

Um suposto professor de uma faculdade de direito que ministra suas aulas de Direito de Família, afirmando *ser contra* o casamento das pessoas de mesmo sexo, filia seu discurso a uma Formação Discursiva heteronormativa, proferindo afirmações do tipo *isso não é normal. Ninguém pode educar um filho dizendo que casamento entre pessoas do mesmo sexo seja normal. A união estável se dá somente entre homem e mulher e isso é assim porque está na lei, exatamente nos Artigos 1723 do Código Civil e no Artigo 226 da Constituição Federal. Uma relação afetiva, mesmo pública, duradoura e com intuito de constituir família entre homem e homem, mulher e mulher não é união estável*, e outros argumentos ligados a saberes que constituem essa Formação Discursiva.

Fazendo essas afirmações, o professor omite todas as posições e decisões judiciais sobre a matéria que defendiam, já antes da decisão do STF, a possibilidade da união estável homoafetiva. Processa-se um silenciamento, um apagamento da posição então não dominante no Direito de Família.

Há poucos anos, formavam-se bacharéis que, preponderantemente, aprendiam como correta a impossibilidade do casamento homoafetivo porque a maioria dos tribunais, de juristas e estudiosos do Direito assim também entendiam e transmitiam esses saberes aos alunos.

Hoje, a posição majoritária⁶² mudou, e o voto em análise representou a “vitória” da posição que reconhece, além de possível, também justo e legal o casamento homoafetivo.

⁶²Ao referir a expressão “posição majoritária” trato de um jargão da linguagem jurídica que talvez fosse mais bem definido como “posição preponderante”, já que não se trata de uma observação quantitativa, mas de se

Não há como, agora, o professor que se filia à FD heteronormativa deixar de abordar o tema dizendo que é jurídica a união homoafetiva, já que o contrário significaria “ensinar errado” aos alunos esse tema. Agora, formam-se sujeitos que enunciam a posição fraterna, integradora, afetiva e igualitária, que provém de Formação Discursiva renovadora, ou seja, conforme a decisão judicial em comento, porque se estabeleceu uma rede de discursos, a preponderância, a partir de um processo histórico discursivo, que fortaleceu uma formação discursiva outra, que possibilitou a transformação de uma posição minoritária e divergente em posição majoritária nos tribunais brasileiros.

Como referido, há vinte anos venho acompanhando essas teses – antes divergentes – que são do início/meio dos anos 90, através das primeiras decisões da Desembargadora Maria Berenice Dias, pioneira no Brasil em decidir a favor dos casais homoafetivos. Desde então, tem sido discutido e defendido o tema da homoafetividade nas faculdades de direito, propondo-se que o reconhecimento da igualdade entre os casais hétero e homoafetivos é razoável e legal em nosso sistema. Que a proibição de as pessoas do mesmo sexo casarem fere de morte os Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, a liberdade de as pessoas constituírem família, desenvolverem **afeto** com quem lhes aprouver. Que a proibição já não mais tem espaço, ou condições para que se produza na sociedade atual.

Interessante observar que essa mudança de posição, esse câmbio discursivo e decisório na temática das relações homoafetivas, tem origem, assim como acontece com a maioria das novas teses em matéria de Direito, especialmente nos argumentos dos advogados em suas petições nos processos e dos professores e doutrinadores que passaram a defender a posição fraternal.

verificar qual posição prevalece, qual está sendo aplicada pela Justiça, que é o aparelho de estado que “diz o Direito”.

O **afeto**, referencial interpretativo do Direito de Família, está presente no termo recentemente cunhado para designar a família formada por pessoas do mesmo sexo: *homoafetividade*⁶³. Talvez inconscientemente, talvez não, a Desembargadora criou um termo que coloca em xeque, inclusive semanticamente, a interpretação proibitiva: se o afeto caracteriza a família, é ao mesmo tempo sua causa, sua consequência e seu mantenedor, uma relação *homoafetiva*, não poderia deixar de ser considerada família, embora esse termo, conforme explicado anteriormente, abstraia a relação sexual.

Observo que, dentre as condições de possibilidade do novo discurso, está uma rede de memória, presente no interdiscurso, que permitia ao sujeito enunciador (o Relator), a utilização de um termo já estabilizado semanticamente na língua, o que garantiu uma continuidade discursiva, um “fio do discurso”, um segmento de referência representado pelos termos *homoafetividade* e *homoafetivo*.

O fato de já dispor de uma terminologia que possibilita um efeito de sentido positivo referente à relação afetiva concreta estabelecida, parece-me ter sido um ponto de apoio importante à inauguração de “um novo discurso” institucionalizado pela decisão. Um acontecimento discursivo pêncheuxtiano!

As palavras disponíveis, antes do discurso sobre os direitos civis das pessoas homoafetivas passar a ser reconhecido na sociedade – especialmente nas decisões judiciais – ,para designar as pessoas que desenvolvem seus afetos com pessoas do mesmo sexo eram *homossexual* e *homossexualismo*, termos que provêm da FD conservadora.

É possível estabelecer-se relação entre o significado da palavra *homossexual* e a palavra *sexo*. Observamos que o termo homossexual funciona como se houvesse uma terceira categoria anátomo-fisiológica possível; como se fosse possível haver *homem*, *mulher* e *homossexual*.

⁶³Tal como em relação ao sexo e à sexualidade, entendo que a afetividade possa ser compreendida como o afeto em prática.

Como se o homem pudesse deixar de ser homem e a mulher pudesse deixar de ser mulher por desenvolver sua sexualidade (o sexo em prática) com uma pessoa do mesmo sexo. Os sentidos se misturavam.

A homossexualidade, durante quase todo o século XX, foi vista como algo patológico, uma inversão da sexualidade “normal”. Conforme Roudinesco e Plon,

Para o discurso psiquiátrico do século XX, a homossexualidade sempre foi tida como uma inversão sexual, isto é, uma anomalia psíquica, mental ou de natureza constitucional, um distúrbio da identidade ou da personalidade que podia chegar à psicose e que, não raro, conduzia ao suicídio (1998, p. 351).

Na estabilização semântica da FD tradicional, heteronormativa, o sexo no sentido anátomo-fisiológico confundia-se com a sexualidade. Assim, a mulher que se relacionasse com outra mulher não era considerada mulher, mas *lésbica*, uma *homossexual*. A mesma coisa com os homens. Era como se fosse possível um terceiro sexo, um sexo patológico, uma deformação na sexualidade. A linguagem expressando preconceito, praticando discriminação.

Havia uma armadilha semântica imposta pela tradição: os homossexuais, que não eram homens nem mulheres, não eram tidos socialmente como “normais”, eram designados por um termo que trazia em seu sufixo o traço etimológico da doença, da anormalidade: as pessoas que desenvolvem sua sexualidade afetiva com pessoas do mesmo sexo “sofriam de” *homossexualismo*.

No início do século passado foi Freud quem primeiro humanizou a homoafetividade, superando a ideia de uma patologia psíquica. De acordo com Roudinesco e Plon, Freud

introduziu a homossexualidade num universal da sexualidade humana e a humanizou, renunciando progressivamente a fazer dela uma disposição inata ou natural, isto é, biológica, ou então uma cultura, a fim de concebê-la como uma escolha psíquica consciente. [...] “A investigação psicanalítica”, escreveu, “opõe-se com extrema determinação à tentativa de separar os homossexuais dos outros seres humanos como um grupo particularizado” (1998, p. 352).

A clareza da oposição freudiana não foi suficiente para aplacar o preconceito e a discriminação da classe médica e psicanalítica, a ponto de, apenas nos anos 60, através de

Jacques Lacan, ter sido admitida a homossexuais a possibilidade de tornarem-se psicanalistas didatas. Roudinesco e Plon afirmam que

Jacques Lacan foi o primeiro psicanalista da segunda metade do século a romper radicalmente com a perseguição dirigida contra os homossexuais na IPA. Não apenas aceitou em análise numerosos homossexuais – sem procurar reeducá-los, sem tratá-los como desviantes ou doentes e sem jamais impedi-los de tornarem-se psicanalistas, se assim o desejassem -, como também, ao fundar em 1964 a École Freudienne de Paris (EFP), aceitou inclusive o princípio da integração deles como didatas. Assim, o lacanismo foi, na França e, mais tarde, nos países onde se implantou, a ponta de lança de uma reativação da tolerância freudiana para com a homossexualidade (1998, p. 354).

A partir dos movimentos de libertação sexual dos anos 70, especialmente nos Estados Unidos, as teses psicanalíticas e a psiquiatria passaram a encarar a homossexualidade como uma condição sexual, uma orientação, nada havendo de patológico ou reprovável nesse arranjo afetivo-sexual.

A estabilização semântica da nova terminologia adotada pelo Direito de Família, homoafetividade/homoafetivo, foi expressamente referida no voto, conforme este excerto:

[SDR18](...)porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”. Verbetes de que me valho no presente voto para 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...

“Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105) (BRITTO, 2011, p. 08).

A inexistência de palavras a significar uma união amorosa de cunho afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo era o reflexo linguístico do preconceito à homossexualidade. A marca de um apagamento, de um esquecimento. Como bem afirma o filósofo e educador espanhol Jorge LARROSA “aprender os nomes das coisas é a melhor maneira de aprender a olhar”(1994, p. 81). Depende dos nomes, depende das posições, mas sempre há um olhar.

Os termos *homossexualidade*, a significar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, sejam elas homem ou mulher, e *homoafetividade*, a significar o enlace amoroso entre pessoas de conformação anátomo-fisiológica coincidente, são uma espécie de novidade terminológico-discursiva que captaram um sentido ainda sem significante linguístico correspondente em português. Havia um apagamento na memória discursiva, apagamento constitutivo da própria memória, de elementos fundamentais em relação à sexualidade.

A presença textual do **afeto** em *homoafetividade* possibilitou o “ingresso” da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo na terminologia jurídica do Direito de Família, desde que presentes os pressupostos exigidos para o casal heteroafetivo para que se configure uma entidade familiar.

[SDR19] E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, **“quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”** (BRITTO, 2011, p. 09). [grifo meu]

O dispositivo do **afeto** apresenta-se hoje no Direito de Família como *pré-condição do pensamento*, referencial primeiro de qualquer argumento construído nesse campo do Direito. É, portanto, o cânone interpretativo do Direito de Família.

Interessante observar que a menção ao afeto como *pré-condição do pensamento* guarda relação com a compreensão de Pêcheux sobre a memória apresentar-se como *condição do legível*. Segundo o autor,

Tocamos aqui um dos pontos de encontro com **a questão da memória como estruturação de materialidade discursiva complexa, estendida em uma dialética da repetição e da regularização: a memória discursiva seria aquilo que, em face de um texto que surge como acontecimento a ler, vem restabelecer os “implícitos”** (quer dizer, mais tecnicamente, os pré-construídos, elementos citados e relatados, discursos transversos, etc) de que sua leitura necessita: **a condição do legível em relação ao próprio legível.**” (2015, p. 46). [grifo meu]

É possível, então, concluir que o discurso enunciado no voto considera o afeto como pré-condição do pensamento, que a memória discursiva entra em funcionamento nesse particular como uma **memória afetiva** a possibilitar o efeito de sentido que se articula no fio do discurso. O funcionamento como memória afetiva se dá, essencialmente, porque coloca em funcionamento uma memória que humaniza, traz para perto o amor entre iguais. A SDR19, ao trazer o ser humano como ser amante, universaliza o amor independentemente da orientação sexual.

As novas famílias, para serem entendidas, requerem o abandono, ou a reconstrução de uma memória fraternal, integradora, um despir-se da forma a fim de poder olhar o conteúdo afetivo, esse conteúdo que, em verdade, as constitui.

Assim, a importância do **afeto** estar presente de maneira expressa, de inscrever-se na materialidade da língua, na grafia mesma das palavras que se referem às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, tem o funcionamento de (re)colocar as relações homoafetivas em uma posição discursiva, um espaço de significação para o qual havia um apagamento produzido pelo preconceito, na memória discursiva. Um apagamento tão significativo a ponto de não haver palavras a designar o amor entre pessoas do mesmo sexo. Larrosa assim se pronuncia:

(...) as palavras produzem sentido, criam realidades e, às vezes, funcionam como potentes mecanismos de subjetivação. Eu creio no poder das palavras, na força das palavras, creio que fazemos coisas com as palavras e, também, que as palavras fazem coisas conosco. As palavras determinam nosso pensamento porque não pensamos com pensamentos, mas com palavras, não pensamos a partir de uma suposta genialidade ou inteligência, mas a partir de nossas palavras. E pensar não é somente “raciocinar” ou “calcular” ou “argumentar”, como nos tem sido ensinado algumas vezes, mas é sobretudo dar sentido ao que somos e ao que nos acontece. E isto, o sentido ou o sem-sentido, é algo que tem a ver com as palavras. E, portanto, também tem a ver com as palavras o modo como nos colocamos diante de nós mesmos, diante dos outros e diante do mundo em que vivemos. E o modo como agimos em relação a tudo isso (2002, p. 20-21).

Entretanto, não só as palavras, mas também o silenciamento, revelam o preconceito e a discriminação de pessoas que possuem orientação sexual considerada fora do padrão

estabelecido historicamente. Na materialidade das sequências discursivas destacadas, elementos significantes foram substituídos ou reiterados, outros foram apagados, na tentativa de impor uma nova ordem discursiva jurídica voltada ao exercício livre da sexualidade e à constituição de família.

2.3. A reprovação ao *preconceito* em funcionamento: proibição da discriminação

Ao abrir-se a Constituição Federal, ainda antes de serem articuladas as normas gerais do Estado brasileiro, em seu Preâmbulo, já nos deparamos com o termo **preconceito**:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **[grifos meus.]**

O preconceito aparece no discurso jurídico com o sentido de obliquidade de julgamento, como erro de apreciação, falta de compreensão da realidade. O preconceito, ao lado do *sexo/sexualidade* e do *afeto*, compõe materialidades discursivas que se articulam para produzir o efeito de sentido compatível com a FD do Ministro Relator na proferição do voto. Ressalto que o sentido do discurso não está nas palavras, mas no efeito de sentido produzido pelo discurso. Pelo dito e pelo não dito⁶⁴, em suas circunstâncias históricas.

Entretanto, a fim de identificar esse efeito produzido por elementos do “fio do discurso” construído no voto, prosseguimos com o trabalho arqueológico⁶⁵ empreendido neste Capítulo, de identificação dos principais dispositivos conceituais engendrados no discurso, de forma a obter o resultado concreto pretendido.

⁶⁴ A prática. Aquilo que não foi dito, mas funciona enquanto prática.

⁶⁵ “A arqueologia não é uma disciplina interpretativa, não trata os documentos como signos de outra coisa, mas os descreve como práticas.” (CASTRO, 2009, p. 41)

[SDR20] (...) é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, juízo de valor não autorizado pela realidade,mas imposto a ela (BRITTO, 2011, p. 12-13). [grifo meu]

A reprovação ao preconceito e a luta pela sua erradicação tem, parece-me, a finalidade última de proibir a discriminação. A Constituição não esclarece e o voto não faz distinção conceitual clara, mas o efeito de sentido, a prática decorrente da articulação entre preconceito e discriminação funciona desse modo.

Valho-me, como ferramenta auxiliar do argumento, do sentido dicionarizado da expressão **discriminação**:

discriminação: sf. 1. Ação ou resultado de discriminar. 2. Capacidade de discernir, de notar ou fazer distinção entre coisas. 3. O conceito ou o ato de separar (por algum critério), isolar, segregar; segregação. 4. P.ext. Soc. Tratamento desigual, favorável ou desfavorável, dado às pessoas em função de suas características raciais, sociais, religiosas, de gênero etc. 5. Jur. Essa prática, como fato jurídico, contrário à lei.⁶⁶

A discriminação encontra seu sentido estabilizado na identificação de uma *ação* discriminatória, ao passo que o preconceito apresenta-se com um caráter conceitual de falsa compreensão da realidade, formação de conceitos equivocados.

No *corpus* em análise, o vocábulo **discriminação** foi utilizado cinco vezes no corpo do texto, enquanto o dispositivo do **preconceito** foi mencionado dezesseis vezes. Extraio daí um efeito de sentido que tem a ver com o funcionamento do discurso do Ministro Relator, já que se trata de uma decisão judicial com força para obrigar determinados comportamentos. Os números servem apenas a demonstrar a ênfase pela reiteração.

A decisão judicial, ao que parece, procura coibir a **discriminação**, uma ação, um comportamento antijurídico, através do combate ao **preconceito**, reconhecendo que o ato de **discriminação** é o resultado do **preconceito**. O **preconceito** é o “hospedeiro” da **discriminação**.

⁶⁶ Disponível em <<http://www.aulete.com.br/discriminação>>. Acessado em 06/02/2016.

O que proponho é pensar que o dispositivo do **preconceito** põe em funcionamento a prática da **discriminação**. A construção discursiva produzida pretende, nesse tear de sentidos, o combate ao **preconceito** com a finalidade última de erradicar a **discriminação**.

Em todas as vezes que o vocábulo **discriminação** aparece no discurso, produz como efeito de sentido uma ação concreta de negação de direitos a determinados sujeitos. Ao referir-se ao objeto mesmo da decisão judicial em análise, o voto identifica que o objeto da ação é decidir sobre uma interpretação da Constituição e do Código Civil que está gerando **discriminação**.

[SDR21] (...) os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos (BRITTO, 2011, p. 01).

O que a Constituição faz em seu Artigo 3º, IV, é concretamente proibir os atos de discriminação baseados na origem, raça, sexo, cor ou idade das pessoas. Resultado prático de sua proibição

[SDR22] (...)o sexo das pessoas é um todo pró- indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (BRITTO, 2011, p. 17). [grifo meu]

Nessa senda de proibir o ato concreto da discriminação, a decisão, ao materializar o comando principiológico da igualdade, começa já pela vedação à discriminação.

[SDR23] (...)há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a)de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica (BRITTO, 2011, p. 24). [grifo meu]

Ao destacar o conteúdo prático da liberdade sexual, ou seja, da ausência total de proibição ao exercício da sexualidade, o Ministro Relator aponta que

[SDR24] Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente

ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade(BRITTO, 2011, p. 27-28). [grifo meu]

O dispositivo do **preconceito**, como afirmado, entra em funcionamento como a compreensão equivocada da realidade que se traduz em desrespeito ao diferente, uma rejeição à diversidade, algo que entra em choque com os preceitos constitucionais que combatem esse tipo de compreensão da realidade, como vimos, desde o seu preâmbulo, como se demonstra:

[SDR25] (...) de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **respeitosa convivência dos contrários** (BRITTO, 2011, p. 12). [grifo meu]

O discurso do voto reconhece a impossibilidade de uma sociedade verdadeiramente democrática sem a respeitosa convivência dos contrários, o que pressupõe a erradicação do preconceito para que seja, concretamente, impedida a discriminação.

O que havia no Brasil, antes do voto, era a legalizada institucionalização da discriminação através da interpretação dos dispositivos que referiam a união estável entre homem e mulher em sua literalidade. A concretização do preconceito na discriminação dos casais homoafetivos, decorrente do preconceito enraizado pela tradição na constituição dos sujeitos.

Não é a consciência dos homens que determina a realidade; ao contrário, é a realidade social que determina sua consciência.
Karl Marx⁶⁷

MEMÓRIA AFETIVA: UM CONCEITO ÚTIL À ANÁLISE DE DISCURSO

É adequado que comece o Capítulo indicando a acepção da expressão *conceito* que irei adotar⁶⁸. Como todo tema filosófico, há uma formulação acerca do que é, em filosofia, um conceito. Recomendável evitar o aprofundamento dessa questão nesse momento e adotar o que percebo como o significado ordinariamente compreendido acerca de um conceito:

Um conceito representa uma categoria de objetos, de eventos ou de situações e pode ser expresso por uma ou mais de uma palavra. Para alguns, essa representação é mental; para outros, ela é lingüística e pública. O conceito é a unidade primeira do pensamento e do conhecimento: só pensamos e conhecemos na medida em que manipulamos conceitos (HARDY-VALLÉE, 2013, p. 16).

O Dicionário Oxford de Filosofia (BLACKBURN, 1997, p. 66) traz, para o verbete conceito, a seguinte noção:

conceito. O que é compreendido por um termo, em particular um predicado. Possuir um conceito é ter a capacidade de usar um termo que o exprima ao fazer juízos; essa capacidade está relacionada com coisas como saber reconhecer quando o termo se aplica, assim como poder compreender as conseqüências de sua aplicação. O termo “idéia” foi inicialmente usado da mesma maneira, mas é hoje evitado devido a suas associações com as imagens mentais subjetivas, que podem ser irrelevantes para a posse de um conceito. Na semântica de Frege, um conceito é a referência de um predicado, e não pode ser referido por um termo-sujeito.

⁶⁷MARX, 1984, p. 23.

⁶⁸ Para um estudo completo do conceito de conceito em filosofia em lingüística, consultar o excelente trabalho de HARDY-VALLÉE, Benoit. Que é um conceito? Parábola Editorial: São Paulo, 2013.

Os conceitos, portanto, buscam dar sentido, compreender algo incompreendido. Produzir conceitos é, antes de tudo, uma atividade criadora que permite inventar novas maneiras de pensar, de sentir, de ver (conceber, perceber), de compreender o incompreensível (HARDY-VALLÉE, 2013).

Assim, o conceito a seguir elaborado tem a intenção de fazer compreender, sentir, ver, dar um sentido coerente à Análise de Discurso pêcheuxiana para a expressão **memória afetiva**. Começo, assim, pelo conceito de **memória discursiva**, pois deste conceito (mais amplo) irei desenvolver o que entendo cabível nomear como **memória afetiva**. O termo *memória* tem um significado comum, vinculado à lembrança, às questões neurológicas etc.; na Análise de Discurso, entretanto, o conceito de **memória discursiva** ganha outros contornos.

COURTINE (2009) baseia-se em Foucault para afirmar:

O que entendemos pelo termo “memória discursiva” é distinto de toda memorização psicológica do tipo daquela cuja medida cronométrica os psicolinguistas se dedicam a produzir (...). A noção de memória discursiva diz respeito **à existência histórica do enunciado no interior de práticas discursivas regradas por aparelhos ideológicos**; ela visa o que Foucault levanta a propósito dos textos religiosos, jurídicos, literários, científicos, **“discursos que originam um certo número de novos atos, de palavras que os retomam, os transformam ou falam deles, enfim, os discursos que indefinidamente, para além de sua formulação, são ditos, permanecem ditos e estão ainda a dizer”** (p. 105-106). [grifo meu]

A memória discursiva, portanto, tem relação com tudo aquilo que faz com que o discurso possa ser compreendido: elementos históricos, outros discursos e práticas que remetem àquilo que está sendo enunciado, um sempre-já que permite que o discurso seja entendido e remetido a referenciais, a discursos estabilizados, a algo que se repete e que carrega consigo ditos e implícitos sobre determinado tema.

A **memória discursiva** é aquilo a que se remete o sujeito que ouve, produz ou lê um discurso, é o já-dito e o não dito sobre algo e que permite que o tema seja retomado,

reorganizado, e assim seja possível a produção de sentido. Ela se constitui no passado, posiciona o discurso em sua formação discursiva e define o que é possível ser dito.

A memória discursiva, segundo PÊCHEUX, trata de:

abordar as condições (mecanismos, processos...) nas quais um acontecimento histórico (um elemento histórico descontínuo e exterior) é suscetível de vir a se inscrever na continuidade interna, no espaço potencial de coerência próprio a uma memória.

Memória deve ser entendida aqui não no sentido diretamente psicologista da “memória individual”, mas nos sentidos entrecruzados da memória mítica, da memória social inscrita em práticas, e da memória construída do historiador (2015, p. 43-44).

Ainda segundo PÊCHEUX (2015, p. 46), a memória é a “*condição do legível em relação ao próprio legível*”.

A análise do *corpus* levou-me a perceber que, no “fio do discurso”, há a mobilização da capacidade de percepção da alteridade, buscando tratar da humanização das pessoas homoafetivas. Enunciou-se o discurso no intuito de pôr em funcionamento a capacidade de o leitor visualizar o outro, no mais das vezes um “diferente”, em sua condição humana essencial, a capacidade de amar e estabelecer laços afetivos.

Nessa articulação, percebi que o sujeito enunciativo mobiliza uma memória discursiva, mas uma memória discursiva com o recorte particular do **afeto**, estimulando ou articulando sentidos e sentimentos que trazem à baila a humanização do indivíduo homoafetivo, a capacidade de se colocar no lugar do outro e perceber sua condição de sujeito-humano.

Não é novidade em Análise de Discurso cogitar-se um espaço para o conceito de **memória afetiva**. A Professora Renata Silveira da Silva, em relevante Tese de Doutorado desenvolvida neste Programa de Pós Graduação, observou:

Entretanto, em AD, a percepção dos discursos pressupõe sujeitos sobredeterminados tanto pela dimensão sócio-histórico-ideológica, como pela dimensão psíquica. E a memória, por ser simultaneamente, como lembra Le Goff (2003), um “fenômeno individual e psicológico” e relacionado ao social, se presta à articulação entre essas duas instâncias determinantes à subjetividade (p. 419). **A memória, na AD, é histórica, simbólica e afetiva, sendo essa última dimensão carente de exploração teórica** (SILVA, 2010, p. 42). [grifo meu]

Ao empreender a leitura do *corpus*, percebi que a mobilização da memória afetiva em relação às pessoas homoafetivas e seus direitos fundamentais tem o efeito principal de *opor resistência*. Foi isso que também percebi a citada Autora quando referiu em seu trabalho que “é uma tarefa atentarmos se o apelo à memória afetiva para suscitar a **resistência** é proeminente na segunda fase da CUT” (SILVA, 2010, p. 49). [grifo meu]

A presença no *corpus* de várias sequências discursivas compostas de paráfrases e metáforas que mobilizaram a criação de uma **memória afetiva** acerca da humanização e afetividade dos casais homoafetivos, tem o efeito de *opor resistência* à desumanização das pessoas que se relacionam afetivamente com outras do mesmo sexo. Resistência a um *tornar o sujeito objeto*, a uma “coisificação” do ser humano que a filosofia, a partir de noções desenvolvidos por Karl Marx e Georg Lukács, nomeou *reificação*.

reificação. Reificar é tratar como uma coisa (res, lat.). Afirmar que um filósofo está reificando é normalmente acusá-lo de se deixar enganar pela forma verbal, pensando que do fato de um nome ter um certo uso se segue que tem de existir algo que o nome exprime. Assim, os platônicos são acusados de reificar os números ou os universais. Acusam-se as pessoas de ter reificado erroneamente muitas coisas, entre elas conjuntos, coleções infinitas, coisas finitas, sensações, objetos físicos, o futuro, o passado, **o possível ou a vontade dos seres humanos**. A própria acusação não é completamente clara, e o erro que estes filósofos cometem pode ser mais bem formulado afirmando-se que eles **tratam coisas de um tipo como se fossem coisas de outro tipo** (BLACKBURN, 1997, p. 340-341). [grifo meu]

A *memória afetiva* opõe resistência à reificação. A *memória afetiva* mobiliza efeitos de sentido no discurso que produzem a humanização do outro, o sentimento de alteridade, a capacidade de o leitor colocar-se no lugar do outro, ainda que esse outro seja o “diferente”. Um outro que surge de maneira espectral em meio ao apagamento a que foi/está submetido discursivamente, que o indivíduo tem dificuldade de compreender. Em relação à homoafetividade, houve um apagamento na memória discursiva, de suas práticas afetivas, da possibilidade de esse afeto dar origem a uma entidade familiar, tendo em vista o histórico

preconceito e discriminação do afeto e do amor que se estabelece entre pessoas do mesmo sexo.

Útil, também, para desenvolver o conceito, a obra de Peter L. Berger e Thomas Luckman, *A Construção Social da Realidade*, especialmente o conceito de *sedimentação das experiências*, que seria a criação de uma memória sobre determinadas práticas, coletivamente. Defendem que uma prática, uma experiência, será partilhada de maneira interpessoal e, a descrição daquelas práticas aos outros sujeitos vai transferir, vai sedimentar, uma *regra* do que fazer em determinada situação. Os sujeitos irão se familiarizar com aquela ação pelo discurso do outro e não necessariamente por sua própria experiência. Isso cria uma memória, sedimenta uma prática para uma determinada circunstância, coletivamente. Colocam os autores que

Somente uma pequena parte das experiências humanas é retida na consciência. As experiências que ficam assim retidas são sedimentadas, isto é, consolidam-se na lembrança como entidades reconhecíveis e capazes de serem lembradas. Se não houvesse esta sedimentação o indivíduo não poderia dar sentido à sua biografia. **A sedimentação intersubjetiva também ocorre quando vários indivíduos participam de uma biografia comum, cujas experiências se incorporam em um acervo comum de conhecimento. A sedimentação intersubjetiva só pode ser verdadeiramente chamada social quando se objetivou em um sistema de sinais desta ou daquela espécie, isto é, quando surge a possibilidade de repetir-se a objetivação das experiências compartilhadas.** Só então provavelmente estas experiências serão transmitidas de uma geração à seguinte e de uma coletividade à outra. Teoricamente, a atividade comum, sem um sistema de sinais, poderia ser a base para transmissão. Empiricamente, isto é improvável. Um sistema de sinais objetivamente praticável confere uma condição de incipiente anonimato às experiências sedimentadas, destacando-as de seu contexto original de biografias individuais concretas e tornando-as geralmente acessíveis a todos quantos participam, ou podem participar no futuro, do sistema de sinais em questão. As experiências tornam-se assim facilmente transmissíveis (1991, p. 95-96).

Quando a homoafetividade não é reconhecida, não é entendida como uma experiência afetiva possível, não é discursivizada, há um decorrente apagamento. Não se cria, portanto, uma *memória afetiva* enquanto prática. A pessoa homoafetiva é, então, reificada, tornada coisa, algo distante, causando a despersonalização do sujeito.

A reificação “des-sujeita”, desumaniza. A reificação da relação homoafetiva, das pessoas homoafetivas como sujeitos de Direito de Família, acontece, em larga medida, por ausência de **memória afetiva** sedimentada sobre essa sexualidade, ou seja, a capacidade de vislumbrar a pessoa homoafetiva em seu cotidiano afetivo, enxergá-lo no aconchego do lar, como um sujeito com necessidades e possibilidades afetivas e familiares como todos os indivíduos.

No momento em que essas experiências homoafetivas passaram a ser discursivizadas enquanto práticas, foram sedimentadas enquanto discurso e não reificadas como *algo* distante, criou-se a possibilidade de formação de uma memória afetiva até então inexistente enquanto subjetividade/sexualidade, enquanto relação afetiva que não era sequer discursivizada como algo possível e positivo – essa circunstância potencializava a reificação do sujeito homoafetivo. Apagada ficava sua humanidade quando visualizados como *invertidos*, ou outras adjetivações dessa linha. A reificação abre espaço ao preconceito e à discriminação. Cumpre, então, à *memória afetiva*, a função discursiva de resistência ao preconceito e à discriminação.

A memória afetiva, neste caso, remete à possibilidade do afeto, à possibilidade do casamento, da adoção, da formação de uma entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, é aquilo que, pelas práticas compartilhadas, pela sedimentação, pela repetição, pela memória discursiva, mas especialmente pela criação de uma memória afetiva, estabelece uma rede discursiva que humaniza essas práticas, humaniza e naturaliza essa sexualidade.

A **memória afetiva** da homossexualidade proporciona uma nova possibilidade discursiva, uma nova *visão de mundo*, outra posição ideológica possível sobre a relação homoafetiva. A decisão do STF legitimou e institucionalizou o discurso que permite “enxergar” a homossexualidade como uma sexualidade também “jurídica”, possível e

incorporada à cultura. O voto, como demonstra a análise a seguir, remete à memória afetiva como ferramenta da fundamentação da decisão.

A ausência de **memória afetiva** em relação à homoafetividade, além de criar condições à reificação, também as cria em favor do preconceito e da discriminação.

A **memória afetiva** subjetiva, sedimenta, estabiliza logicamente o discurso, torna “próxima” determinada prática – neste caso, a prática da afetividade – através de uma sedimentação intersubjetiva do caráter essencialmente humano do afeto.

Ocorre-me um exemplo de aplicação do conceito em outra circunstância. Os casamentos entre palestinos e israelenses. O ódio que cada povo “sente” pelo outro dá origem a um processo de reificação, da coisificação do outro, a ponto de haver desejos recíprocos de “morte aos palestinos” e “morte aos judeus”, passando pela criação de estereótipos, preconceitos e decorrente discriminação e violência – tal como ocorre com a homoafetividade e a homofobia.

O que se observa nos casais formados por israelenses e palestinos é que, por causa da relação afetiva entre eles, passa a haver um olhar mais humanizado sobre o conflito e, sempre, articulados discursos de paz. Essa circunstância serve à aplicação do conceito de memória afetiva: o sujeito, ao ser exposto a uma formação de memória afetiva e ser assujeitado por ela, resiste à reificação. A **memória afetiva** torna próxima a humanidade do outro. Favorece a noção de alteridade.

O sujeito que não tem sedimentada uma determinada experiência, determinada prática, tem dificuldade ou impossibilidade de colocar-se no lugar do outro, especialmente um outro diferente. Essa incapacidade de colocar-se no lugar do outro leva à reificação, à objetificação.

Parece possível considerar que uma pessoa, ainda que não experiencie por si a homoafetividade, possa apropriar-se dessa prática no sentido de compreendê-la, só há sedimentação intersubjetiva de uma experiência humana através do signo linguístico, já que a

experiência é individual ou, no máximo, vivida em um grupo restrito. O exemplo da experiência de lidar sem armas diante de um animal selvagem ilustra bem o que aqui se quer afirmar, em complemento à citação *supra*:

Por exemplo, só alguns membros de uma sociedade de caçadores têm a experiência de perder suas armas, sendo obrigados a combater um animal selvagem unicamente com as mãos. Esta assustadora experiência, quaisquer que sejam as lições de bravura, astúcia e habilidade que produza, fica firmemente sedimentada na consciência dos indivíduos que a sofreram. Se vários indivíduos participam da experiência ficará sedimentada intersubjetivamente, podendo até talvez formar um profundo laço entre esses indivíduos. Sendo, porém, esta experiência designada e transmitida linguisticamente, torna-se acessível e talvez fortemente significativa para indivíduos que nunca passaram por ela (BERGER, LUCKMANN, 1991, p. 96-97).

A discursivização da possibilidade da relação homoafetiva a coloca em um acervo comum do conhecimento, em uma memória.

O apagamento da possibilidade de afeto entre pessoas do mesmo sexo, pela tradição, promoveu uma escuridão discursiva sobre a possibilidade homoafetiva, bloqueando a sedimentação da experiência pela via linguística.

O apagamento da memória referente à relação homoafetiva como uma prática possível, como uma prática humana, e não moral, leva ao preconceito (homofobia) e à discriminação, inclusive através da violência (crimes de ódio).

Se o sujeito se apropria de determinada prática, ainda que apenas através da prática discursiva, desenvolve a capacidade de colocar-se no lugar do outro, a compreender determinada prática como humana. A criação da **memória afetiva** resiste à reificação do sujeito outro, pois possibilita a compreensão de seu lugar e de suas práticas.

A decisão do STF parece-me decisiva à criação da **memória afetiva** da homoafetividade, no sentido que proponho, porque estabelece, com a coerção característica das decisões judiciais, que a união homoafetiva constitui entidade familiar, possibilita a formação da família, permite o casamento, abre as portas para adoção, enfim, institucionaliza uma prática, a estabiliza discursivamente e impõe certa memória, uma memória afetiva que

fará compreender, se não a todos ao mesmo tempo, a muitos e aos poucos, que a relação afetiva entre iguais é, por demais, humana.

O voto (re) cria, (re) constitui uma **memória afetiva** da homoafetividade através de elementos significantes, dentre eles as paráfrases e metáforas de que falarei adiante, afazer redivivo um apagamento histórico-discursivo sobre as relações entre pessoas do mesmo sexo. Cria-se uma possibilidade prática de passagem de algo visível, para algo nomeado. Pêcheux, sobre isso, afirma:

Concebemos desde então que o fato **incontornável** da eficácia simbólica ou “significante” da imagem tenha atravessado o debate como um enigma obsequiante, e que, por seu lado, os fatos do discurso, enquanto inscrição material em uma memória discursiva, tenham podido aparecer como uma espécie de problemática reserva. Essa negociação entre o choque de um acontecimento histórico singular e o dispositivo complexo de uma memória poderia bem, com efeito, colocar em jogo a nível crucial uma passagem do visível ao *nomeado*, na qual a imagem seria um operador de memória social, comportando no interior dela mesma um programa de leitura, um percurso escrito discursivamente em outro lugar: tocamos aqui o efeito de repetição e de reconhecimento que faz da imagem como que a recitação de um mito (2015, p. 45).

A partir do instrumental teórico da **memória afetiva**, é possível identificar no *corpus* como o sujeito enunciador põe em funcionamento o conceito através da paráfrase e da metáfora à luz da proposta teórica de Michel Pêcheux:

Haveria assim sempre um jogo de força na memória sob o choque do acontecimento:

- **um jogo de força que visa manter uma regularização pré-existente com os implícitos que ela veicula, confortá-la como “boa forma”, estabilização parafrástica negociando a integração do acontecimento, até absorvê-lo e eventualmente dissolvê-lo;**

- mas também, ao contrário, o jogo de força de uma “desregulação” que vem perturbar a rede dos “implícitos”.

Em relação com a questão da regularização, a da repetição (dos itens lexicais e dos enunciados) prolongou o debate: a repetição é antes de tudo um efeito material que funda comutações e variações, e assegura o – sobretudo ao nível da frase escrita – o espaço de estabilidade de uma vulgata parafrástica produzida por recorrência, quer dizer, por repetição literal dessa identidade material [...] abre-se então o jogo da metáfora, como outra possibilidade de articulação discursiva... Uma espécie de repetição vertical, em que a própria memória esburaca-se, perfura-se antes de desdobrar-se em paráfrase [...] Esse efeito de opacidade (correspondente ao ponto de divisão do mesmo e da metáfora), que marca o momento em que os “implícitos” não são mais reconstruíveis (2015, p. 47). [**grifo meu**]

O implícito da reificação do homoafetivo, do proibido, deixa de ser possível a partir do voto. A decisão judicial vem intervir em um conflito de regularização dos sentidos. De acordo com Pêcheux,

(...) uma memória não poderia ser concebida como uma esfera plena, cujas bordas seriam transcendentais históricos e cujo conteúdo seria um sentido homogêneo, acumulado ao modo de um reservatório: é necessariamente um espaço móvel de divisões, de disjunções, de deslocamentos e de retomadas, de conflitos de regularização... (a memória é) um espaço de desdobramentos, réplicas, polêmicas e contra discursos (2015, p. 50).

Observe-se o seguinte enunciado em referência à família:

[SDR 26](...) Espécie de locomotiva social ou cadinho em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação (BRITTO, 2011, p. 34).

O relator mobiliza a **memória afetiva** de maneira a remeter o sujeito leitor a uma prática afetiva, da pessoa homoafetiva, no aconchego do lar, afastando essa condição sexual da memória discursiva conservadora/tradicional que remete a homossexualidade a uma prática sexual promíscua e desprovida de afeto. Para isso, faz uso das metáforas "Espécie de locomotiva social" e "cadinho" em substituição ao termo "família".

Para a AD, a metáfora funciona como um deslizamento, um jogo entre os significantes que produziriam um mesmo efeito de sentido, mas que remete a uma rede de significados outros. Há um deslocamento de sentidos, conforme Bethania MARIANI “Em Pêcheux, o movimento da língua que cabe ao analista de discurso analisar – escapando assim das análises contedísticas – é o dos efeitos metafóricos enquanto deslizamentos dos sentidos”⁶⁹.

Essa mobilização de sentidos que remete a uma memória afetiva em relação aos casais homoafetivos, é reforçada pelos processos metafóricos, ligados à FD renovadora e constituintes da cadeia significativa, que sedimentam, no curso da leitura do voto, essa possibilidade de compreensão da alteridade.

⁶⁹ Disponível em <<http://www.analisedodiscurso.ufrgs.br/anaisdosead/2SEAD/SIMPOSIOS/BethaniaMariani.pdf>> Acessado em 18/08/2017.

[SDR 27] é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender” (BRITTO, 2011, p. 34).

Ao remeter a relação homoafetiva ao “regaço da família”, onde “desabrocham com muito mais viço as virtudes”, o Sujeito Enunciador produz, a partir de um significante metafórico, um deslizamento do significado de “família” também à condição homoafetiva, estimulando a produção de uma memória afetiva que remete a união homoafetiva ao ambiente familiar.

O recurso da metáfora teve uso recorrente no voto com a mesma finalidade do recurso parafrástico: a mobilização da **memória afetiva** no sujeito leitor.

[SDR 28] Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal (BRITTO, 2011, p. 09).

Novamente o Sujeito Enunciador usa um significante metafórico a produzir um deslizamento de significado, criando condição a perceber-se o afeto entre iguais como uma condição afetivo-sexual inscrita na memória.

Assim que, quando a rede de memória é mobilizada a fim de criarem-se condições ao sujeito de perceber, de sedimentar uma prática, uma experiência, através do discurso, que lhe permita imaginar-se no lugar do outro, desenvolvendo assim um sentimento de alteridade e empatia perante um sujeito outro, um sujeito com práticas diferentes desse sujeito leitor, estamos diante de uma memória mais específica: uma **memória afetiva**.

O novo não está no que é dito, mas no acontecimento de sua volta.
Michel Foucault⁷⁰

A DECISÃO JUDICIAL EM FUNCIONAMENTO: LUTA IDEOLÓGICA E APARELHOS DE ESTADO

4.1 A luta de classes como motor da história: uma dialética discursiva

Desde o início das leituras indicadas no Doutorado em Análise de Discurso, procurava transportar e identificar pressupostos teórico-analíticos passíveis de aplicação ao campo jurídico donde, já sabia, viria meu *corpus* de análise.

Após várias leituras e releituras do *corpus*, identifiquei sua condição de marco histórico, um acontecimento discursivo no sentido articulado por Michel Pêcheux em *Discurso: Estrutura ou Acontecimento*, porque representa, no mundo do Direito, o momento da transformação de uma posição discursiva, de uma tese jurídica, de uma posição ideológica até então minoritária⁷¹, em majoritária.

⁷⁰ FOUCAULT, 2010, p. 26.

⁷¹ Já referi no Capítulo anterior que o uso dos termos “posição minoritária” ou “posição majoritária” no Direito expressaria melhor o significado se fosse trocada por “posição preponderante”, pois não se trata de uma medida quantitativa, mas de considerar qual a interpretação que deve ser aplicada na prática no entendimento dos tribunais, que têm a competência para “dizer o Direito”. Então, posição majoritária significa a interpretação que está preponderando nos tribunais sobre determinado tema, em determinado lugar, em determinado tempo. Significará referir a posição ideológico-discursiva dominante nos tribunais em determinado tema.

Décadas de luta pela prevalência da posição favorável ao reconhecimento dos direitos civis dos casais homoafetivos em matéria de Direito de Família, teve seu momento de *transformação* no dia do julgamento da ação objeto deste estudo. Nesse período, travou-se verdadeira luta (em sentido análogo ao empregado por Marx, ao apontar a luta de classes como motor da história). Intento aproximar os conceitos de luta de classes e Aparelhos de Estado trabalhados por Althusser⁷², a partir de Marx, para aplicar na luta entre os discursos pró e contra o reconhecimento do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a fim de compreender o funcionamento do discurso, agora dominante, nas estruturas do poder estatal. É possível analisar a questão da relação homoafetiva à luz da luta de classes uma vez que a família heteroafetiva e o patriarcado têm papel central na economia capitalista, na proteção e transmissão da propriedade privada.

Assim, a proposta deste Capítulo é observar a estrutura de poder da qual o voto foi lançado, o Poder Judiciário, um Aparelho Repressivo de Estado com força coercitiva para obrigar a prática decorrente da aplicação de sua decisão. Também observar a importância do voto em relação à inauguração de um novo discurso, uma nova posição jurídico-ideológica acerca dos direitos homoafetivos, que deverão passar a ser reproduzidos pelos Aparelhos Ideológicos de Estado, em especial as Faculdades de Direito e seu conteúdo programático, ao lado dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, lugar de realização dos casamentos formais.

Pêcheux observa a possibilidade de um acontecimento, dentro da estrutura estatal, a partir da luta ideológica nela travada:

Resumindo: a objetividade material da instância ideológica é caracterizada pela estrutura de desigualdade-subordinação do “todo complexo com o dominante” das formações ideológicas de uma formação social dada, estrutura que não é senão a da contradição reprodução/transformação que constitui a luta ideológica de classes (2009, p. 134).

⁷² O artigo no qual se baseou este capítulo é ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado (Notas para uma investigação). In: ZIZEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia. Contraponto: Rio de Janeiro, 2013.

A primeira aproximação possível é considerar os discursos jurídicos como o produto de uma prática realizada em determinadas condições de produção. A prática jurídica requer a produção e reprodução dos discursos, em dadas condições de produção. Esses discursos entram em funcionamento como prática de exercício de poder, um poder legitimado pela Lei e/ou pelas decisões judiciais – em última análise, legitimado pelo Direito. Assim, tratamos aqui de produção e reprodução de discursos e da reprodução das condições de produção desses mesmos discursos jurídicos.

Observo, insistindo na analogia, que as condições de produção e reprodução dos discursos jurídicos são dadas por determinadas condições de possibilidades históricas que levarão em conta fatores como o tempo, a cultura, as práticas adotadas pelos sujeitos, a maior ou menor aquiescência da sociedade em relação a determinados discursos referentes a determinados temas, etc.

Exemplifico: o discurso favorável aos direitos dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, como visto nos capítulos anteriores, só começou a ser produzido a partir do momento em que houve condições de possibilidade históricas para que pudesse ser articulado. No Brasil, inimaginável seria articular um discurso nesse sentido antes da década de 1970, por exemplo, época em que sequer era reconhecida pelo Direito a possibilidade de haver uma entidade familiar que não fosse formada, necessariamente, através do casamento heteroafetivo. Ou seja, sem condições histórico-culturais de possibilidade, um discurso nesse sentido sequer era produzido. Era um discurso inexistente em uma aula de Direito de Família, pois impossível cogitar-se do tema naquelas condições, naquele período histórico.

O desenrolar da história ocidental das últimas décadas – em que se observou uma verdadeira revolução dos costumes, notadamente os sexuais e afetivos – e o constitucionalismo fraternal adotado pelas constituições ocidentais – que passaram a reconhecer a diversidade cultural como um valor – criaram condições de possibilidade para

que o discurso favorável ao reconhecimento das famílias homoafetivas pudesse ser produzido e reproduzido.

A concepção marxista representa a sociedade como um todo social constituído por “níveis” ou “instâncias” – instâncias de poder e instâncias discursivas – articuladas entre si, diz Althusser:

(...) a *infra-estrutura* ou base econômica (a “unidade” das forças produtivas e das relações de produção) e a *superestrutura*, que por sua vez contém dois “níveis”, ou “instâncias”: a jurídico-política (o direito e o Estado) e a ideologia (as diferentes ideologias, religiosa, ética, legal, política, etc.) (2013, p. 109).

Esses níveis são representados por Marx pela metáfora do edifício, isto é, a infraestrutura é que dá suporte à superestrutura, os níveis superiores. Ou seja, a superestrutura é determinada pela correlação de forças, econômicas e de produção; de forças discursivas em geral e de discursos jurídicos que passam a ser dominantes porque estão “na posse”, ou no exercício do poder, na superestrutura. Ao mesmo tempo, a superestrutura, por conter o Estado e seus Aparelhos Repressivos, também exerce poder sobre a infraestrutura que, em última análise, é “regulada” pelo arcabouço normativo, que tem nela (a infraestrutura) sua razão de existir (aplicando a visão marxista a um modelo de Estado Democrático de Direito, no sentido de Rousseau).

É na infraestrutura que se dão os embates discursivos que podem influenciar a superestrutura jurídica a adotar um ou outro discurso como dominante. A infraestrutura seria o todo social não propriamente estatal (escola, sindicato, igreja, organizações não governamentais, etc.).

Ao exemplo: quando um casal formado por pessoas do mesmo sexo queria se casar, antes da decisão judicial que analiso aqui, dirigia-se ao oficial do registro do cartório de casamentos, que é o agente do poder estatal, e ali se dava uma relação entre o Estado, sendo representado por aquele agente (o titular do cartório), e o casal homoafetivo, querendo fazer valer um direito que entendiam ter. Ali se dá, repita-se, uma relação de poder entre uma

vontade de realizar o direito subjetivo de casar e uma força estatal que diria *não* àquela pretensão. Essa é uma relação que se dá na infraestrutura, mas regrada por normas que têm sua fonte na superestrutura jurídico-política que obriga determinada prática a seu agente – o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais⁷³.

A superestrutura, para Marx, tem duas instâncias: a jurídico-política, que é o direito do Estado, e a ideológica, que entra em correlação com essa instância jurídico-política.

Na instância ideológica, identificamos se encaixar o dispositivo do **preconceito**. Uma força ideológico-sócio-histórica que nega a possibilidade de as pessoas do mesmo sexo casarem. Essa é uma discussão ideológica porque ligada a determinadas práticas discursivas, culturais, jurídicas... O que o voto fez foi uma mudança na ideologia dominante no campo do discurso jurídico, o que tenho chamado de posição majoritária ou dominante. Também por isso o voto é importante, ele promove um câmbio ideológico no tratamento da união estável e do casamento homoafetivo no Brasil. É uma mudança essencialmente ideológica, porque prática.

A decisão tem origem nessa superestrutura jurídico-estatal representada, neste caso, pelo Supremo Tribunal Federal. O STF tem a força, o poder de legitimar essa nova ideologia, colocando-a dentro do currículo dos ensinos do Direito, colocando-a nos concursos públicos, obrigando os oficiais de registro a realizar casamentos, interpelando os indivíduos em sujeitos por esse novo discurso dominante.

Vou, aos poucos, fundamentando estas impressões.

A essencial imbricação existente entre a infra e a superestrutura nos indica que é necessário, para que haja a legitimação de um discurso pela superestrutura, que se dêem as condições de produção a partir da infraestrutura: “O efeito dessa metáfora espacial é dotar a base de um índice de eficácia conhecido pelos famosos termos: a determinação em última

⁷³ Nomenclatura dada pela Lei nº 6015 de 1973 (Lei dos Registros Públicos).

instância do que acontece nos “andares” superiores (da superestrutura) pelo que acontece na base econômica” (ALTHUSSER, 2013, p. 110).

Essa lógica faz sentido no atual estágio do Estado Democrático de Direito porque neste modelo, todo poder emana do povo⁷⁴. A democracia é representativa, a lei se legitima na vontade popular porque quem elabora a lei são os escolhidos como representantes do povo. Assim, a base (infraestrutura), que seria o povo e suas relações, o todo social, determina a superestrutura, que é o arcabouço jurídico-estatal que “comanda” o Estado e a sociedade. A ideologia brota do todo social e é refletida, incorporada pela superestrutura que a traduz e aplica na forma de comandos normativos: regras e princípios.

Parece ser o que acontece quando observamos o preconceito se realizar na superestrutura. Ele se encontra nela porque tem origem na infraestrutura. É da sociedade que vem o atravessamento ideológico que o Ministro, no voto, atribuiu à “tradição”. O fato de a lei referir *homem e mulher* em seu texto é o resultado de um embate discursivo travado em um determinado tempo e espaço. Esse atravessamento ideológico que parte *da infraestrutura para* a superestrutura que, por sua vez, devolve esse atravessamento ideológico à sociedade na forma de normas de conduta, como práticas devidas, e constitui a própria “engrenagem” da reprodução/transformação da estrutura estatal de poder.

Essa relação não obrigatoriamente se dá através da lei oriunda do Congresso Nacional, na forma clássica de elaboração e legitimação das normas, mas também através dos Tribunais, ao preencher lacunas legais e dizer a interpretação da Lei conforme a Constituição, exatamente como no caso em análise.

⁷⁴Constituição Federal: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [grifo meu]

A superestrutura, a ideologia dominante e a estrutura jurídico estatal “obrigam” a infraestrutura, a vida cotidiana, os indivíduos, mas só passam a obrigar com legitimidade porque têm um respaldo, um eco na base social, na “base discursiva”, na infraestrutura.

4.2 Os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE) e o poder do discurso

A partir dessa visão marxista das estruturas do poder estatal, Althusser identifica um conjunto de instituições, estatais ou não estatais, que desempenham, ao lado dos Aparelhos Repressivos de Estado (ARE), importante função de controle social através da ideologia – que são os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE).

Daremos o nome de Aparelhos Ideológicos de Estado a um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas [...] podemos, de momento, considerar as seguintes instituições como Aparelhos Ideológicos de Estado (a ordem em que listamos não tem nenhuma importância particular):

- o AIE religioso (o sistema das diferentes igrejas);
- o AIE escolar (o sistema das diferentes “escolas”, públicas e particulares);
- o AIE familiar;
- o AIE jurídico
- o AIE político (o sistema político, incluindo os diferentes partidos);
- o AIE sindical;
- o AIE da informação (imprensa, rádio e televisão, etc);
- o AIE cultural (literatura, artes, esportes, etc) (ALTHUSSER, 2013, p. 114-115).

Althusser descreve uma apurada técnica de controle social que se dá através do Estado e dessas instituições, sejam públicas ou privadas. Esse controle se dá pela força (o sistema jurídico) e pela ideologia.

O voto em análise identifica o Direito como uma engenhosa técnica de controle social, na mesma linha proposta por Althusser:

[SDR29] (...) sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência (BRITTO, 2011, p. 15).

O Direito, enquanto técnica de controle social, tem sua legitimidade reconhecida na sociedade por encontrar, em boa medida, aquiescência ideológica a fim de fazer-se respeitar não apenas pela força que pode ser imprimida pelos Aparelhos Repressivos de Estado (forças policiais, sanções de várias espécies), mas por “representar” uma espécie de “consciência ideológica geral” que encontra na sociedade seu esteio, ao mesmo tempo em que reproduz à mesma sociedade, sob a forma de normas jurídicas, aquelas representações ideológicas dominantes. A ciência política a isso nomeia legitimidade.

As diferenças entre os Aparelhos Ideológicos de Estado e os Aparelhos Repressivos de Estado, apontadas por Althusser, são em linhas gerais, duas: (1) os ARE são sempre inteiramente de domínio público, como a polícia, o exército, o aparelho judicial. Os AIE são predominantemente privados, como as igrejas, os partidos, a família, boa parte das escolas, os meios de comunicação, etc. A segunda diferença apontada se dá em relação ao funcionamento dos aparelhos. (2) Enquanto os ARE funcionam preponderantemente pela violência (pela força), os AIE funcionam preponderantemente pela ideologia.

O Aparelho (repressivo) de estado funciona maciça e predominantemente *pela repressão* (inclusive repressão física), e secundariamente pela ideologia. (Não existe um aparelho puramente repressivo.) Por exemplo, o exército e a polícia também funcionam pela ideologia, tanto para garantir sua própria coesão e reprodução quanto nos “valores” que propõem para fora. Do mesmo modo, mas no sentido inverso, é essencial dizer que, por sua vez, os Aparelhos Ideológicos de Estado funcionam maciça e predominantemente *pela ideologia*, mas também funcionam secundariamente pela repressão, ainda que, no limite, mas somente no limite esta seja muito atenuada e escondida, até mesmo simbólica. (Não há algo que se possa chamar de aparelho puramente ideológico.) Assim, as escolas e igrejas dispõem de métodos adequados de punição, expulsão, seleção etc, para “disciplinar” não apenas seus pastores, mas também seus rebanhos (ALTHUSSER, 2013, p. 116).

Lembro da afirmação de Pêcheux “as ideologias não se compõem de idéias, mas de práticas” (PÊCHEUX, 2013, p. 143). Observo que o oficial do registro civil funcionava, enquanto representante do aparato jurídico, pela repressão ao negar o casamento homoafetivo, já que representante do aparelho repressivo de estado (o Poder Judiciário) incumbido de dizer

se aquela prática (o casamento ou a união estável homoafetivas) poderia ou não se realizar. Os cartórios são “braços” do Estado. Os oficiais de cartório não podem, por força de Lei, dar interpretação diferente do exposto texto legal ou, melhor, da interpretação majoritária de determinado texto legal. Caso haja dúvidas, é o Poder Judiciário que dará a interpretação. E deverá ser editado um mandamento exposto pelo Estado, dirigido aos Cartórios. Nesse caso, foi a já referida Resolução do Conselho Nacional de Justiça⁷⁵ que operou a mudança da prática cartorial.

Em referência ao Capítulo anterior, o dispositivo do **preconceito** funciona como uma prática ideológica. Dizendo de outra forma, o preconceito dispara a prática ideológica da discriminação. Pertinente a pergunta: como se processou a transformação da prática ideológica discriminatória que se dava com a proibição do casamento homoafetivo, para uma prática ideológica igualitária entre os casamentos hétero e homoafetivos? É interessante pensar sobre como se produziu, no campo da ideologia e dos Aparelhos de Estado, esse câmbio através do acontecimento discursivo representado pelo *corpus* em análise.

Já foi abordada a questão histórica do Direito e da sociedade brasileira, que apenas muito recentemente passaram a reconhecer a união estável heteroafetiva como família, e apenas “ontem” (2011), reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Assim, interessante analisar o preconceito em relação a essas uniões e seu funcionamento ideológico nos AIE e nos ARE; na infraestrutura e na superestrutura estatal/social.

A impossibilidade de formalização das uniões homoafetivas nunca foi uma impossibilidade fática. Sua impossibilidade jurídica tem, em sua gênese, um discurso sobre família que promoveu um apagamento das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, inclusive terminológica, como vimos no Capítulo 1.

⁷⁵ Anexo 2.

É possível dizer que a ideologia dominante em relação às uniões homoafetivas era pela impossibilidade de constituição de família, para efeitos legais. Essa ideologia dominante efetivava-se por seu principal instrumento de controle social: a superestrutura, através do Aparelho Repressivo de Estado impedia, na prática e na ponta (os cartórios), a formalização das uniões, fazendo com que lhes fossem negados quaisquer efeitos jurídicos.

Assim, importante procurar entender, à luz da proposta teórica de Althusser e Pêcheux, como a ideologia/prática de (não)reconhecimento das uniões homoafetivas deixou de ser reproduzida – e foi transformada “por dentro” dos Aparelhos de Estado.

É nos Aparelhos Ideológicos de Estado – a família, as escolas, o judiciário, os movimentos sociais, para fazer alusão ao movimento LGBT (que tinha em suas pautas históricas o resultado deste julgamento) – que se travou duro embate discursivo sobre os direitos civis das pessoas homoafetivas. Teve-se de vencer um preconceito histórico, uma ideologia/prática que formava (interpelava) indivíduos a agir, a colocar-se em uma posição ideológica discriminatória dos casais homoafetivos. É o que se pode chamar de uma Formação Ideológica contrária à igualdade entre os casais hétero e homoafetivos que entrou em choque, em uma luta discursiva, com o discurso de defesa da igualdade, em termos de direitos civis familiares. Sobre as Formações Ideológicas e seus conflitos, Haroche afirma que

Trata-se igualmente de realidades contraditórias, na medida em que, em uma dada conjuntura, as relações antagônicas de classes determinam o afrontamento, no interior desses aparelhos, de posições políticas e ideológicas que não se devem aos indivíduos, mas que se organizam em formações mantendo entre si relações de antagonismo, de aliança ou de dominação. Falar-se-á **formação ideológica** para caracterizar um elemento suscetível de intervir, como uma força confrontada a outras forças na conjuntura ideológica característica de uma formação social num dado momento: **cada formação ideológica constitui assim um conjunto complexo de atitudes, representações que não são nem individuais nem universais, mas se relacionam mais ou menos diretamente a posições de classes em conflito umas em relação a outras** (HAROCHE apud COURTINE, 2009, p.71-72). [grifo meu]

O voto em análise apresenta-se como resultado de uma transformação ideológica decorrente da luta discursiva que foi travada no interior dos Aparelhos Ideológicos de Estado.

Enquanto os Aparelhos Repressivos de Estado são um instrumento da classe dominante para impor sua prática ideológica, isso não acontece com os Aparelhos Ideológicos de Estado, pois neles há, necessariamente, um espaço para os discursos não dominantes se articularem a fim de que se processe a transformação na reprodução das condições de produção, para que estas passem, depois da transformação, a reproduzir suas práticas ideológicas, outrora dominadas, como dominantes. Afirma Pêcheux, citando Althusser:

Os Aparelhos Ideológicos de Estado não são puros instrumentos da classe dominante, máquinas ideológicas que simplesmente reproduzem as relações de produção existentes: “...essa instauração [dos Aparelhos Ideológicos de Estado] não se faz sozinha; ao contrário, é o pivô de uma luta de classes muito acirrada e contínua”, que **significa que os Aparelhos Ideológicos de Estado constituem, simultânea e contraditoriamente, a sede e as condições ideológicas da transformação das relações de produção** (isto é, da revolução, no sentido marxista-leninista). Daí a expressão “reprodução/transformação” (PÊCHEUX, 2013, p. 144). [grifo meu]

À ideologia/prática que negava direitos fundamentais aos casais de mesmo sexo o Ministro nomeia preconceito, e descreve o que é e como funciona o dispositivo do preconceito. E o mais importante, compreende ser muito difícil romper com essa ideologia, com esse preconceito, com esse discurso/prática:

[SDR30] (...) [o preconceito] **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada (BRITTO, 2011, p. 12-13).

O discurso enunciado no voto encontra uma via discursivo-interpretativa e busca nos direitos humanos, nos direitos de cada sujeito reconhecidos na Constituição, o “respaldo teórico-discursivo” para promover essa *transformação* discursivo-ideológica. O voto identifica o preconceito na sociedade, na infraestrutura, mas encontra dentro do sistema normativo, ironicamente na própria superestrutura, um aparato principiológico que garante a todos os sujeitos determinados direitos básicos, como sua dignidade e sua liberdade sexual e afetiva.

Reconhece que essas relações afetivas estão em um âmbito subjetivo personalíssimo e privado no qual o Estado não pode interferir, sob pena de infringir a dignidade da pessoa humana, de tratar desigualmente as pessoas por causa de sua sexualidade ferindo, entre outros, o princípio da igualdade.

Admitida a teoria de Althusser, a infraestrutura, o conjunto de indivíduos na sociedade, foi constituída em sujeito por uma formação ideológica preconceituosa de apagamento das relações homoafetivas. Quando elas “aparecem”, são rechaçadas pelo estranhamento que causam nesse sujeito, que acaba pondo em prática seu preconceito através de atos discriminatórios.

O voto rompe com essa cadeia de assujeitamento para legitimar outro discurso, o dominado que passou a dominante, fruto de um processo dialético-discursivo. Deu-se a transformação das condições de produção do discurso sobre a homoafetividade a partir da superestrutura, do Supremo Tribunal Federal que, ao fim, é a instância que determina como se devem interpretar as normas legais.

4.3 A ideologia como prática: as condições econômicas determinantes e a família como espaço da luta discursiva

Tomando-se o preconceito em uma de suas acepções possíveis, que é a rejeição ao diferente, podemos supor que, havendo o apagamento de uma prática na sociedade (o reconhecimento ostensivo das famílias homoafetivas), o preconceito encontra campo fértil exatamente porque, não havendo a prática reconhecida como legítima, deixa-se de ver aquela prática como “normal” ou “aceitável” nos e pelos Aparelhos Ideológicos de Estado, como a família, as igrejas e a escola, por exemplo.

A fim de defender essa hipótese, tomo a compreensão althusseriana de como se dá, nas práticas, a interpelação ideológica do indivíduo em sujeito:

(...) a ideologia da ideologia reconhece, portanto, apesar de sua deformação imaginária, que as “idéias” de um sujeito humano existem ou devem existir em seus atos, e que, quando isso não acontece, ela lhe atribui outras idéias correspondentes aos atos (mesmo perversos) que ele de fato pratica. Essa ideologia fala de atos; nós falaremos de atos inseridos em *práticas*. E pretendemos assinalar que essas práticas são regidas por *rituais* em que elas se inscrevem, dentro da *existência material de um aparelho ideológico*, nem que seja numa pequena parte desse aparelho: uma pequena missa numa igreja, um funeral, um joguinho num clube esportivo, um dia de aula, uma reunião de partido político etc.

Aliás, devemos à “dialética” defensiva de Pascal a esplêndida fórmula que nos facultará inverter a ordem do esquema nocional da ideologia. Pascal diz mais ou menos o seguinte: “Ajoelhe-se, mexa seus lábios numa oração e você terá fé” (ALTHUSSER, 2013, p. 130).

Essa compreensão de a ideologia formar-se a partir de práticas, e não o contrário, possibilita observar o processo de transformação discursiva e ideológica acerca das uniões homoafetivas a partir da observação de sua “inserção” no Direito de Família formal, como decorrência de sua prática afetivo-sexual pública, duradoura, etc., da observação da manutenção dessas uniões (duradouras), e sua constituição prática como uma célula afetiva dotada de continuidade e com práticas sociais adequadas às práticas econômicas inerentes à família.

Reconhecer que o traço fundamental à constituição da família é o dispositivo do afeto, não impossibilita a análise das entidades familiares como entidades econômicas, que também são. O voto traz em sua materialidade essa questão.

[SDR31] (...) família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico (BRITTO, 2011, p. 31). [grifo meu]

A hipótese é a de que o reconhecimento dos casais homoafetivos como casais que realizam as práticas econômicas (além das afetivas), tal como os casais heteroafetivos, compôs o conjunto de condições de possibilidade de seu reconhecimento como família formal. O reconhecimento desses casais como “sujeitos econômicos” lhes foi fundamental ao reconhecimento como famílias bem “inseridas” no todo social, com direito a reconhecimento como unidade afetiva e econômica, podendo ostensivamente realizar contratos como casal (como dependente de plano de saúde, por exemplo), ter direitos previdenciários como qualquer casal, direito à herança, fazer declaração do imposto de renda em conjunto⁷⁶, etc.

Lembremos que a cada sociedade conjugal corresponde, necessariamente, inclusive por imposição legal, um regime de bens⁷⁷. A inserção dos casais homoafetivos no rol das entidades familiares passou pelo seu reconhecimento como sujeitos econômicos. Sem ultrapassar a barreira das determinações econômicas, impossível, talvez, este acontecimento discursivo por falta dessa condição de possibilidade.

Observando o que o voto nomeia como “tradição”, identifica-se que o dispositivo do preconceito sempre permeou a ideologia sobre os direitos familiares das pessoas homoafetivas, trazendo a visão de que eram “práticas proibidas”. Talvez se observasse na prática das pessoas homoafetivas um comportamento clandestino que colaborava com o apagamento dessas relações, reforçando o preconceito exatamente por não ser uma prática visível, a convivência afetivo-familiar dos casais homoafetivos. Quem não vê, não crê (sequer na possibilidade de uma relação homoafetiva pública, duradoura e com objetivo de constituição de família, com comunhão de vida), para usar a metáfora de Pascal. Esse apagamento também impede a formação de uma memória afetiva sobre a homoafetividade.

⁷⁶ Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/gays-poderao-incluir-parceiro-na-declaracao-3o0vj2n4vd0vq5c0h04mv9zke>>. Acessado em 14/02/2016.

⁷⁷ Código Civil

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Houve, nos últimos tempos, o aumento da atenção geral sobre as pessoas homoafetivas. Este grupo tem sido objeto de estudos e estatísticas econômicas, sendo observado que tem um padrão de consumo até mais elevado que as pessoas heteroafetivas⁷⁸. O casamento homoafetivo, por sua vez, segundo a Revista Exame, o “casamento gay”, movimentou 2,6 bilhões de dólares na economia dos Estados Unidos da América somente no ano de 2015⁷⁹. A questão tem também recebido tratamento acadêmico importante⁸⁰.

À medida que os casais homoafetivos passaram a ser vistos socialmente como *cumpridores* (prática!) das normas de conduta condizentes com a configuração normativa de família, inclusive apresentando-se como sujeitos econômicos, passaram a ser reconhecidos como sujeitos já-dentro da ideologia dominante em uma sociedade de consumo, tendo o voto “apenas” reconhecido formalmente, no âmbito jurídico, essa condição já de fato alcançada na sociedade. Sobre a determinação econômica da transformação das relações de produção, Pêcheux diz:

Enfatizo as “condições *ideológicas* da reprodução/transformação das relações de produção” porque o campo da ideologia não é, de modo algum, o *único elemento* em que se dá a reprodução/transformação das relações de produção de uma formação social; isso equivaleria a ignorar **as determinações econômicas que condicionam “em última instância” essa reprodução/transformação, inclusive dentro da própria produção econômica**, como lembra Althusser no começo de seu artigo sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado (2013, p. 143). [grifo meu]

Lembro dos requisitos legais (Código Civil, Artigo 1723) para que se configure união estável: *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*.

⁷⁸ Disponível em <http://marketanalysis.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Not_254.pdf>. Acessado em 14/02/2016.

⁷⁹ Disponível em <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/casamento-gay-deve-movimentar-us-2-6-bi-na-economia-dos-eua>>. Acessado em 14/02/2016.

⁸⁰ Vide os artigos Estigma, Consumo e Identidade de Gênero entre Gays, disponível em <http://www.fucape.br/public/producao_cientifica/2/bill.pdf>, acessado em 02/02/2017 e a dissertação de mestrado Cidade, gênero e sexualidade: territorialidades lgbt em Uberlândia, MG, disponível em <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFU_e459fcc92d58fef223d888597525fe4d/Details>, acessado em 02/02/2017.

A publicidade, continuidade e durabilidade das relações homoafetivas, aliadas ao reconhecimento da afetividade e de sua utilidade econômica, possibilitaram seu reconhecimento, agora formalizado pelo Direito, como família, sem nenhuma distinção. A questão da inserção social das famílias homoafetivas e sua relação com o Estado e a sociedade aparecem expressamente no voto:

[SDR32] O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos 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** (BRITTO, 2011, p. 31). [grifo meu]

Os casais homoafetivos ao passarem a se comportar como qualquer casal, a consumirem, a exigirem seus direitos enquanto casal, a se apresentarem publicamente em sociedade, a exigirem seus direitos civis, passaram a publicizar uma prática que induziu uma diminuição do preconceito, ao aumentar o conhecimento da sociedade em geral sobre sua existência e seus afetos – forma-se uma memória afetiva.

À medida que o tema da homoafetividade passou a ser exercido como prática discursivo-ideológica, criaram-se as condições de possibilidade para que o discurso de defesa de seus direitos passasse a ser dominante em diversos Aparelhos Ideológicos de Estado (tribunais estaduais, Faculdades de Direito, a doutrina de Direito de Família, etc), até que alcançasse o *status* de “posição majoritária” através de uma decisão com efeitos coercitivos, vinda da Superestrutura, representada pelo Supremo Tribunal Federal e materializada na Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Não se trata aqui de “reduzir” a questão ao aspecto econômico, mas observar que este aspecto é também determinante ao câmbio do discurso dominado/minoritário em discurso dominante/majoritário, como apontou Pêcheux, em citação *supra*.

A família, um Aparelho Ideológico de Estado, acaba por reproduzir as condições de produção econômica e discursiva dominantes na sociedade. O que se pode concluir é que no momento em que os casais homoafetivos passaram a ser reconhecidos como uma família “apta” a reproduzir essas condições de produção e reprodução dos meios de produção, repita-se, tanto econômicas quanto discursivas, elas “receberam” o reconhecimento estatal como uma família formal, legitimada pela Lei e, portanto, sua proteção foi dotada de coercitividade – o que garante a reprodução das condições de produção do discurso dominante. Sobre a reprodução de uma nova estabilidade discursiva, afirma Althusser:

Podemos agora responder à questão central, deixada em suspenso por longas páginas: *como se assegura a reprodução das relações de produção?*

Na linguagem da tópica (infraestrutura, superestrutura), dizemos: em sua maior parte, ela é assegurada pela superestrutura jurídico-política e ideológica.

Mas, como argumentamos ser indispensável ir além dessa linguagem ainda descritiva, diremos: em sua maior parte, ela é assegurada pelo exercício do poder estatal nos Aparelhos de Estado – de um lado, o Aparelho (Repressivo) de Estado, e de outro, os Aparelhos Ideológicos de Estado (2013, p. 117).

Talvez seja correto afirmar que a ideologia dominante (em geral) que está na posse do poder estatal, é uma ideologia dominante favorável ou inclusiva das pessoas homoafetivas no todo social. Observe-se que a ideologia dominante nem sempre coincide com a opinião majoritária da população. Explico. Pesquisa realizada em Maio de 2015⁸¹ apurou que 49% dos brasileiros são *contrários* ao casamento homoafetivo, enquanto 30% são *a favor* e 21% se disseram *indiferentes*.

Assim, o que proponho é pensar que a classe dominante, que tem a seu dispor o Aparelho Repressivo de Estado, após um processo histórico de luta discursiva, atuou para impor como ideologia dominante nos Aparelhos de Estado, Repressivo e Ideológicos, a possibilidade formal do casamento e da união estável homoafetiva como concreção dos Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade, da Igualdade e

⁸¹ Disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quase-50-dos-brasileiros-sao-contrario-casamentos-gays>> Acessado em 14/02/2016.

da Afetividade, preponderantemente. A ideologia dominante nos aparelhos de Estado foi alterada, e se realizou no aparelho repressivo da Justiça. Althusser refere esse caminhar dialético da seguinte forma:

Se os AIEs “funcionam” maciça e predominantemente pela ideologia, o que unifica sua diversidade é precisamente esse funcionamento, na medida em que a ideologia pela qual eles funcionam é sempre efetivamente unificada, a despeito de sua diversidade e suas contradições, *sob a ideologia dominante*, que é a ideologia da “classe dominante”. Dado que, em princípio, a “classe dominante” detém o poder estatal (abertamente ou, na maioria das vezes, mediante alianças entre classes ou frações de classes), e, portanto, tem a seu dispor o Aparelho (Repressivo) de Estado, podemos admitir que essa mesma classe dominante é atuante nos Aparelhos Ideológicos de Estado, na medida em que, em última análise, **é a ideologia dominante que se realiza nos Aparelhos Ideológicos de Estado, através de suas próprias contradições** (ALTHUSSER, 2013, p. 116). [grifo meu]

A classe dominante que detém o poder estatal é, em larga medida, a classe que maneja o Direito, que diz a interpretação, haja vista uma questão determinante: os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República. O poder estatal no Brasil, desde 1995, tem sido “detido” por coalizões políticas com plataformas pró-direitos humanos e isso se refletiu nas nomeações dos Ministros de nossa Corte Suprema.

A classe dominante que está na posse do poder estatal é a classe dominante que diz o Direito, que dá a última palavra sobre sua interpretação. O Poder Judiciário, portanto, local onde se deu essa transformação da ideologia dominada em dominante, compõe a superestrutura estatal e refletiu através de uma prática (o julgamento) a ideologia já dominante nas lutas discursivas travadas nos Aparelhos Ideológicos de Estado há alguns anos. A decisão vem ratificar o resultado dessa luta ideológica nos AIE, marcando uma “conquista de posições de combate”:

Este último comentário nos deixa em condição de entender que os aparelhos ideológicos de estado podem ser não apenas o alvo, mas também **o lugar da luta de classes** e frequentemente de formas encarniçadas de lutas de classes. **A classe ou aliança de classes que ocupa o poder não pode ditar a lei nos aparelhos ideológicos de estado com a mesma facilidade com que o faz no aparelho repressivo de estado**, não só porque as antigas classes dominantes neles conseguem preservar posições de forças durante muito tempo, mas também porque as resistências das classes exploradas são capazes de encontrar meios e oportunidades de se expressar ali, seja

utilizando as contradições que ali existem, seja pela conquista de posições de combate dentro deles, na luta (ALTHUSSER, 2013, p. 117). [grifo meu]

Os Aparelhos Ideológicos de Estado são o lugar e o esteio da classe dominada, das ideologias dominadas, dos discursos não majoritários, lugar em que podem fazer-se ouvir – e ali travar sua luta discursiva. Também é nos Aparelhos Ideológico que o discurso dominado tem voz, já que no Aparelho Repressivo a prática é sempre a do discurso dominante. No discurso religioso católico romano, por exemplo, a teologia da libertação de Gustavo Gutierrez e Leonardo Boff nunca foi dominante, mas é um discurso que está presente no Aparelho Ideológico de Estado porque ali é seu lugar de articulação e realização de suas próprias práticas (nesse caso as Comunidades Eclesiais de Base – CEB). Algo parecido ocorreu com o discurso pró casamento homoafetivo: ele não era dominante até o voto, mas tinha lugar dentro do Aparelho Ideológico de Estado das Faculdades de Direito, da doutrina de Direito de Família, cada vez mais na Família, nos Partidos Políticos, etc.

No período pré-Revolução Francesa, que podemos considerar um período pré-capitalista, pois anterior à Revolução Industrial e, portanto, anterior à economia de mercado e a sociedade de consumo, o Aparelho Ideológico de Estado predominante era a Igreja. Essa impressão é também a de Althusser:

Num período histórico pré-capitalista que examinamos em traços sumamente gerais está absolutamente claro que havia um aparelho ideológico de estado dominante, a igreja, que concentrava em si não apenas as funções religiosas mas também as escolares e grande parte das funções de informação e da cultura, não foi por acaso que toda a luta ideológica desde o século XVI até o século XVIII a partir dos primeiros choques da reforma concentrou-se na luta anticlerical e anti-religiosa isso se deu precisamente em função da posição dominante do Aparelho Ideológico de Estado religioso (2013, p. 119).

Já pude afirmar no Capítulo 1 que o Código Civil francês de 1804 operou uma verdadeira revolução no Direito Privado, ao estabelecer o Princípio da Autonomia da Vontade, no Direito Contratual, e o Princípio da Propriedade Privada no Direito das Coisas. Entretanto, o Direito de Família ficou na Idade Média, ainda sob forte influência do Direito

Canônico, o que rendeu ao Direito de Família mais de um século de submissão à anterior ideologia dominante sobre família: patriarcal, machista, patrimonial, preconceituosa e nuclear, no sentido de somente ser reconhecida através do casamento heteroafetivo. A “família tradicional” até hoje é assim descrita nos livros sobre Direito de Família que falam de um lugar em que o discurso religioso predomina. Lugar discursivo-ideológico até o voto dominante, e a partir do voto, dominado. A doutrina técnica de Direito de Família assim registra:

Contraído validamente o casamento, cria-se legitimamente a família, adquirindo cada um dos nubentes, *ipso iure*, o estado conjugal.

Os direitos e obrigações que daí resultam têm um conteúdo espiritual e um conteúdo econômico; porém, conquanto de natureza diversa, tais direitos e obrigações se entrosam e se completam, pois também a natureza humana, se integra na coexistência de interesses morais e materiais.

De natureza diversa, aqueles deveriam naturalmente não só da lei como de outras normas de conduta; em nenhum outro campo do direito, mais do que neste, **ainda influem a religião, os costumes, a tradição e a moral; antes de ser um instituto jurídico, a família é um organismo ético;** daquelas várias fontes, procedem os essenciais preceitos que a lei chama para si, pressupõe ou faz próprios, transformando-os em jurídicos; donde o fenômeno, peculiar do direito de família, de preceitos sem sanção ou com sanção atenuada ou apenas indireta, e de obrigações incoercíveis.

Informados na religião, na moral e nos costumes, tais direitos e obrigações não podem ser compendiados em uma fórmula legislativa unitária; o legislador contenta-se em enunciar apenas aquelas consideradas indispensáveis para a realização dos fins primários do matrimônio, atribuindo-lhes coação, ao menos indireta. Estabelece-os o art. 1.666 do CC, como deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos (CAHALI, 2011, p. 25-26). [grifo meu]

Parece correto afirmar que a família continuou, durante todo o Século XX e no Século XXI, até Maio de 2011, sob práticas discursivas dominantes condizentes com a teoria da igreja católica sobre o casamento: heteroafetivo e nuclear (pai, mãe e filhos legítimos). Sequer a união estável heteroafetiva era aceita pelo discurso católico, ainda dominante na Superestrutura Estatal, garantindo suas práticas através do Aparelho Jurídico Estatal. Lembrando Michel Onfray: “O adversário metafísico se encontra menos no Vaticano – um

estado de opereta, uma instância de desenho animado... –, que na consciência das pessoas, ou mesmo no inconsciente.” (ONFRAY, 2010, p. 36).

É possível observar, então, que as práticas decorrentes do discurso até então dominante passaram a ser “contestadas” a partir dos Aparelhos Ideológicos de Estado, nos quais o discurso pró-direitos civis das pessoas homoafetivas passou de dominado a dominante, notadamente a doutrina do Direito de Família, que passou a interpelar ideologicamente o Aparelho Ideológico Escolar, através dos professores das faculdades de direito que passaram a tratar do tema em sala de aula, formando assim novos bacharéis já com o discurso da igualdade e do não preconceito absorvido enquanto prática.

Esse câmbio prático-ideológico que parte do Aparelho Ideológico Escolar, ainda que tardio no tocante à família, foi apontada por Althusser:

Creemos que o Aparelho Ideológico de Estado que se instalou na posição dominante nas formações sociais capitalistas maduras, em decorrência de uma violenta luta política e ideológica de classes contra o antigo Aparelho Ideológico de estado dominante, foi o Aparelho Ideológico escolar.

Essa tese talvez pareça paradoxal, dado que, para todo o mundo, isto é, na representação ideológica que a burguesia tentou dar a si mesma e às classes que ela explora, o AIE dominante nas formações sociais capitalistas realmente não parece ser a escola, mas o AIE político, ou seja, o regime de democracia parlamentar que combina o sufrágio universal e a luta partidária (ALTHUSSER, 2013, p. 119-120).*[grifo meu]*

É no Aparelho Ideológico de Estado escolar, especificamente, nas Faculdades de Direito, que o discurso agora dominante/majoritário buscará sua estabilização/normatização. Será nesse AIE que haverá um novo processo de assujeitamento/interpelação ideológica dos indivíduos *estudantes de direito*, em novos sujeitos, agora com o discurso fraternal e solidário do voto já devidamente institucionalizado.

Essa ruptura e inauguração de um novo discurso institucional que proporcionou a possibilidade de uma nova prática e a transformação de um discurso logicamente estabilizado em outro que, por sua vez, se estabiliza. O encontro do acontecimento (o julgamento), com uma memória (a memória afetiva e solidária para com as pessoas homoafetivas) e a história

(as condições de produção da decisão), autoriza a conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal aqui analisada, por todos os seus ruídos e consequências – além de estabelecer novas redes de memória – configurou um Acontecimento Discursivo.

Inaugurou-se um novo discurso institucionalizado sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Um discurso normatizador e criador de uma nova e obrigatória prática estatal, social e individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de concluir este gesto de análise, pretendo referir pontual e objetivamente o que posso extrair de resultado da pesquisa e reflexão empreendidas. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o direito das pessoas homoafetivas à união estável e ao casamento, modificou a prática do Direito e a prática dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais em todo o Brasil. Antes dessa decisão, pessoas do mesmo sexo eram proibidas de casar perante a Lei brasileira.

Do ponto de vista do Direito, essa decisão judicial representa um modelo de decisão de integração normativa conforme os princípios constitucionais. O Direito brasileiro tem duas normas do tipo regra (Artigo 1723 do Código Civil e Artigo 226, §3º da Constituição Federal) que, ao referirem-se à união estável preceituam que tal entidade familiar é a formada por *homem e mulher*. Assim que, tomando-se em conta apenas os critérios do pensamento positivista seria impossível reconhecer a união estável homoafetiva, a não ser que fosse modificada a Constituição Federal através de uma Emenda Constitucional, e o Código Civil, por Lei Ordinária.

Entretanto, o constitucionalismo contemporâneo não só admite, mas propõe como melhor caminho, a interpretação sistemática e integradora da Constituição, o que significa adequar os comandos normativos aos Princípios Fundamentais consagrados na mesma Constituição. Há, então, de um lado, uma decisão que, ao aplicar os preceitos fundamentais da Constituição Federal, dá uma interpretação à norma do tipo regra diferente da que a literalidade do texto indica ao pensamento positivista. É um caso de aplicação direta de princípios constitucionais, a fim de integrar a norma do tipo regra aos valores e finalidades esculpidos no texto constitucional, notadamente o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da fraternidade e da erradicação do preconceito e da discriminação.

Nas Faculdades de Direito, antes dessa decisão, o professor da cadeira de Direito de Família deveria expor aos alunos a tese da igualdade absoluta entre as uniões hétero e homoafetivas, mas deveria gizar que, no Brasil, a posição majoritária era a de que os casais homoafetivos não poderiam dirigir-se ao cartório e casar – ou formar entidade familiar através da união estável –, mas intentar ação judicial buscando esses direitos, ação cujo resultado seria incerto.

Do ponto de vista discursivo, foi possível realizar um gesto de análise sobre o discurso, através da utilização do referencial teórico da Análise de Discurso pêcheuxtiana, especialmente as noções de formação discursiva, memória, pré-construído, a fim de observar a natureza lacunar da formação discursiva renovadora, defendida pelo Sujeito Enunciador em seu voto. Também foi possível identificar os dispositivos que permitiram produzir o efeito de sentido necessário à fundamentação da decisão: sexo/sexualidade, afeto e preconceito/discriminação e o modo pelo qual esses dispositivos determinaram a criação de novas redes de memória e, especialmente, possibilitaram o surgimento de uma memória afetiva em relação ao casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Propus, ademais, o desenvolvimento do conceito de memória afetiva como uma ferramenta conceitual útil à Análise de Discurso, concluindo que se trata da criação de uma espécie de memória, através do discurso, que possibilita um sentimento de alteridade, um deslocamento em direção ao lugar do outro, do desconhecido pela experiência pessoal, humanizando uma prática através do discurso.

Entendo esta decisão do STF como um acontecimento discursivo, utilizando, para essa compreensão, os critérios de Michel Pêcheux em *Discurso, Estrutura ou Acontecimento*. Isso foi possível por identificar que o voto é resultado do encontro entre um acontecimento, uma memória e sua historicidade. Criaram-se, então, novas redes de memória que auxiliarão, em alguma medida, a estabilizar logicamente um discurso integrador das pessoas homoafetivas ao

Direito de Família e, quiçá, colaborar com a erradicação ou, pelo menos, à diminuição do preconceito, da discriminação e da violência ainda existentes contra as pessoas que desenvolvem suas relações afetivo-sexuais com pessoas do mesmo sexo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó, Santa Catarina: Argos, 2009.

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado (Notas para uma investigação). In: ZIZEK, Slavoj (org.) Um mapa da ideologia. Contraponto: Rio de Janeiro, 2013.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Da codificação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AUTHIER-REVUZ, Jacqueline. Entre a transparência e a opacidade. Um estudo enunciativo do sentido. Porto Alegre: EDIPUCS, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade: tratado de Sociologia do Conhecimento. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia. Zahar: Rio de Janeiro, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. Voto oralizado em 11/05/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>, acessado em 01/10/2017.

CAHALI, Yussef Said. Separações conjugais e divórcio. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARNELUTTI, Francisco. Metodologia do Direito. Lisboa: Esc. Tipográfica das oficinas de S. José, 1940.

CASTRO, Edgardo. Vocabulário de Foucault – um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COURTINE, Jean Jacques. O chapéu de Clémentis. In: INDURSKY, F.; LEANDRO FERREIRA, M. C. (orgs). Os múltiplos territórios da Análise do Discurso. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1999.

_____. Análise do discurso político: o discurso comunista endereçado aos cristãos. Edufscar: São Carlos, 2009.

_____. A proibição das palavras: a reescritura dos manuais escolares nos Estados Unidos. In: Metamorfoses do discurso político. Derivas da fala pública. São Carlos: Claraluz, 2006.

DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Tradução Hermínio A.

Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

ERNST, Aracy. A falta, o excesso e o estranhamento na constituição/interpretação do corpus discursivo. In: IV SEAD – Seminário de Estudos em Análise do Discurso, 2009, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: UFRGS, 2009. CD-ROM.

FINK, Bruce. O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FOULCAULT, Michel. A mulher/os rapazes: História da sexualidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

_____. A arqueologia do saber. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

_____. A ordem do Discurso. 20ª ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

_____. História da Sexualidade: a vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 2014b.

INDURSKY, Freda. Formação discursiva: ela ainda merece que lutemos por ela por ela? Disponível em <<http://www.ufrgs.br/analisedodiscurso/anaisdosead/2SEAD/SIMPOSIOS/FredaIndursky.pdf>> Acessado em 05/08/2016.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

LARROSA, Jorge. Tecnologias do Eu e Educação. In: SILVA, T. T. da (Org.). O Sujeito da Educação: estudos foucaultianos. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. Notas sobre a experiência e o saber de experiência. Revista Brasileira de Educação, Jan/Fev/Mar/Abr, n. 19, p. 20-28, 2002.

LÔBO, Paulo. Famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALDIDIER, Denise. A inquietação do discurso. Trad. Eni Orlandi. Campinas: Pontes, 2003.

MARIANI, Bethânia. Silêncio e metáfora, algo para se pensar. Disponível em <<http://www.analisedodiscurso.ufrgs.br/anaisdosead/2SEAD/SIMPOSIOS/BethaniaMariani.pdf>> Acessado em 18/08/2017.

MARX, Karl. Sociologia. Org. Octavio Ianni. Trad. Maria Elisa Mascarenhas, Ione de Andrade e Fausto N. Pellegrini. 4 ed. São Paulo: Ática, 1984.

MAZIÈRE, Francine. A análise do discurso: história e práticas. Trad. de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ONFRAY, Michel. A potência de existir: manifesto hedonista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ORLANDI, Eni. Análise de discurso: conversa com Eni Orlandi. Entrevista a Raquel Goulart Barreto. Disponível em <<http://periodicos.proped.pro.br/index.php/revistateias/article/view/210/209>> Acessado em 06/08/16.

PÊCHEUX, Michel. O discurso: estrutura ou acontecimento. 6ª ed. Campinas: Pontes Editores, 2012.

_____. Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio. Trad. Eni Orlandi. 4ª ed. Editora da Unicamp: Campinas, 2009.

_____. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (org.) Um mapa da ideologia. Contraponto: Rio de Janeiro, 2013.

SICHES, Luis Recasens. Tratado general de filosofia Del derecho. 19. ed. México: Porrúa, 2008, p. 645.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Dicionário de psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

SILVA, Fernanda Ramires da. O corpo anatomoclínico: uma análise dos saberes e práticas em uma disciplina de Anatomia da Medicina. 2015. 143f. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências.

SILVA, Renata Silveira da. O tempo discursivo na constituição do imaginário do trabalhador no discurso da CUT. 2010. 199f. Tese (Doutorado). Pelotas: Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Letras.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZOPPI-FONTANA, Mónica G. Objetos paradoxais e ideologia. In: Estudos da Língua(gem), Michel Pêcheux e Análise de Discurso – Vitória da Conquista, nº 1, p. 41-59, Junho de 2005.

ANEXOS

Anexo 1- Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

V O T O

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator).

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da "interpretação conforme" para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificativade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de "interpretação conforme à Constituição", quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º

da Lei nº 5.034/2007), equipara "à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes"¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: "aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos". O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF nº132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo**

¹ Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - "Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes".

e lugar sobre a liberdade da 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, 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.

4. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI nº 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida "interpretação conforme" dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: *"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"*. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção**. Com o que este Plenário terá bem

mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete 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.** É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

"(...)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela

existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99" (ADPF-72, Min. Relatora Ellen Gracie)".

"Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-70 nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil." (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência."

6. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em *"verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente"* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *"posição mais abrangente"* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem

jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência.**

7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição"** do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos

dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *"União Homossexual, o Preconceito e a Justiça"*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *"Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais" (Homoafetividade: um novo substantivo)"*.

9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do *"Dicionário Aurélio"*². Verbete de que me valho no presente voto para 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

² "Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*." (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

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, pois - é Platão quem o diz -, **"quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia"**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **"O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante"**³.

10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º**⁴. O artigo, versante sobre os "objetivos

³ Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF),

⁴ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

11. 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.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão

do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

13. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social"), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente,

deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subseqüente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789", pp. 7/24 da coletânea "O PRINCÍPIO ESQUECIDO", CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

14. Mas é preciso lembrar que o substantivo "preconceito" foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não**

autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a *ferro e fogo* de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que "Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento", numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que "O rei não pode errar" (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: "O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha".

15. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de**

se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

16. Ora, 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. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas.** "Instinto sexual ou libido", como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e

essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo.

17. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve

por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a "preferência" ou "orientação" de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁵. O que

⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: "A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais".

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: "Os Estados-membros são incitados a adotar *"políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser*

também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato Grosso⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver - repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

19. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.** Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual

necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo."

⁶ 'Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei."

⁷ "Art. 10 - O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição"

que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da postura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do "Torna-te quem és", tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a *evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embaraçar**

os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que **"A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação"**. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere "a liberdade" e "a igualdade" na lista dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)" .

20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.** Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser

quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

21. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se

⁸ "Art. 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança"

marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II - **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já

ocorrer pelo ângulo do intercursos ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

23. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

24. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.** Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-

se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide

masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da postura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores.** Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino - tirante suas diferenças biológicas -, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito

da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

III - cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos,

resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução "bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV - essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana **e até mesmo "cláusula pétrea"**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de berço diretamente constitucional);

V - esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa**

não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI - enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no**

campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade.** Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4  do artigo constitucional de n  60), cabe perguntar se a Constitui o Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situa o de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo,   o móvel da propositura das duas a o es constitucionais *sub judice*.

27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da ado o.   o capítulo de n  VII, integrativo do título constitucional versante sobre a "Ordem Social" (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial prote o do Estado, verbis: "A família, base da sociedade, tem especial prote o do Estado"** (*caput* do ar. 226). Em seq ncia   que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas a o es sob julgamento, que são os seguintes: a) "O casamento   civil e

gratuita a sua celebração" (§1º); b) "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§2º); c) "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (§3º); d) "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§4º); e) "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (§5º); f) "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (§6º); g) "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§7º); h) "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§8º); i) "A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (§5º do art. 227); j) "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§6º do art. 227).

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário-família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos 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. Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

29. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente

instaurada por iniciativa de pessoas que se vêm tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo",** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano

dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como "a Pátria amplificada").** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de "comum unidade". E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, "Nas coisas ditas humanas, não há o que

crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender".

31. Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição.** Donde a sua literal categorização com "base da sociedade". E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

32. E se insistimos na metáfora do "continente" é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do

art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I - "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho";

II - "Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão";

III - "Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (sem os caracteres negritados, no original).

33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a

família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida

ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levam e levam de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

34. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo - data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra

liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos"/ E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem: "O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".

35. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I - "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"**

(caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de

direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁹ e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redonda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II - com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela batizado de "entidade familiar". É o

⁹ "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casa

(...)"

núcleo doméstico que se constitui pela "união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Donde a necessidade de se aclarar:

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher";

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962,

a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações") para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.** Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova

metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...**;

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico:**

uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), "entidades sindicais" (alínea c do inciso III do art. 150), "entidades beneficentes de assistência social" (§7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar"**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do §1º do art. 144) as suas "autarquias" (§3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem

"entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.** E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o

direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, **pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham.** E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º;

III - salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". É o que a doutrina entende por "família monoparental", sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviuvar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de "entidade familiar"; ou seja, além de perder o marido, essa

mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória "entidade familiar", porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.**

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o

mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

Anexo 2 – Provimento nº 40/2011 do TJAL

PROVIMENTO Nº 40, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2011

Autoriza o processamento de pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo perante as Serventias Extrajudiciais.

O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1183378, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido da ADI nº 4277, reconhecendo como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal assegura o direito de petição a todos, na salvaguarda dos seus direitos (art. 5º, XXXIV, a);

CONSIDERANDO as divergências ocorridas entre os Registradores Cíveis do Estado de Alagoas, bem como entre os Magistrados, quanto ao pedido de habilitação de casamento entre pessoas do mesmo sexo,

RESOLVE:

Art. 1º Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Alagoas deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do § 1º do art. 67 da Lei nº 6.015/73.

Parágrafo único. Mesmo na hipótese de não haver impugnação pelo órgão do Ministério Público ou, ainda, oposição de impedimento por terceiro, na forma prevista no § 3º do art. 67 da Lei nº 6.015/73, os autos deverão ser, imediatamente, encaminhados ao Juiz, que decidirá sobre o pedido de habilitação.

Art. 2º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se, Registre-se e Cumpra-se.

Desembargador **JAMES MAGALHÃES DE MEDEIROS**
Corregedor-Geral da Justiça

Anexo 3 – Provimento Conjunto nº CGJ/CCI – 12/2012 do TJBA

PROVIMENTO CONJUNTO N.º CGJ/CCI - 12/2012

Reedita, com alterações, o Provimento n.º 04/2007, para vigor em todo o Estado, revogando o Provimento CCI – 06/2010 e introduzindo capítulo de regras para a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva, adequando suas disposições à redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66/10, ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, e, finalmente, inserindo regramento a respeito da habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A DESEMBARGADORA IVETE CALDAS, CORREGEDORA GERAL DA JUSTIÇA E O DESEMBARGADOR ANTONIO PESSOA CARDOSO, CORREGEDOR DAS COMARCAS DO INTERIOR DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas respectivas atribuições legais e regimentais, com base no art.90, inciso VII, combinado com o art.88, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia;

CONSIDERANDO os princípios explícitos no art. 1º, inciso III e no art.5º, *caput* e inciso I, ambos da Constituição Federal, que elevam à condição de direito fundamental o respeito à dignidade da pessoa e a isonomia de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza;

CONSIDERANDO o advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, que suprimiu a exigência de prévia separação judicial, por mais de um ano, para a dissolução do casamento mediante divórcio;

CONSIDERANDO o alcance da reforma ocorrida no texto constitucional, em particular sobre as atividades notariais de lavratura de escrituras públicas de divórcio;

CONSIDERANDO o disposto no art. 215 do Código Civil Brasileiro, quanto a eficácia da escritura pública como documento dotado de fé pública, hábil à produção de prova plena;

CONSIDERANDO que a Lei Federal nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, na medida em que, em seu art. 5º, parágrafo único, definiu que as relações pessoais independem de orientação sexual;

CONSIDERANDO a recente edição, pelo Ministério da Previdência Social, da Portaria MPS nº 513, de 9 de dezembro de 2010, estabelecendo que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO a necessidade de fixação de critérios e orientações tendentes à uniformização do procedimento a ser adotado pelos notários, visando à lavratura de escrituras públicas de declaração de convivência e união homoafetiva;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, sob a relatoria do Ministro Aires Brito, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir todo

significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família;

CONSIDERANDO orientação emanada da decisão proferida, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1183378, do Estado do Rio Grande, em que se reconheceu, à unanimidade de votos da Quarta Turma, por conduto da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a viabilidade jurídica da habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO, por fim, que as decisões acima referidas inauguram um novo paradigma de tratamento jurídico-normativo para a entidade familiar, assim vista em sua dimensão plural, exigindo instrumentos adequados que assegurem a validade e a eficácia dessas novas formas de união no seio da sociedade, sobrelevando os princípios constitucionais da igualdade e tolerância;

RESOLVEM:

Art.1º – Reeditar, para atualizar e fazer vigor em todo o Estado da Bahia, com as alterações dispostas neste ato, o Provimento n.º 04/07 da Corregedoria Geral de Justiça, que regulamentou, no âmbito do Estado da Bahia, a lavratura de escrituras públicas de Inventário de Bens e Partilha, Divórcio Consensual, Separação Consensual e Reconciliação, baseadas na Lei Federal n.º 11.441/07, adaptando o seu texto às diretrizes atuais da Constituição Federal do Brasil e às alterações legislativas posteriores, bem assim, acrescentando novo capítulo referente à lavratura de escritos públicos que tenham por objeto a declaração de convivência de união homoafetiva e, ainda, a previsão de habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º – Suprimir a previsão, no Provimento n.º 04/07, de diretrizes, orientações e procedimentos pertinentes à Separação Judicial e ao Restabelecimento da Sociedade Conjugal, conferindo-lhe, para o devido cumprimento pelos Tabelionatos de Notas do Estado, a redação instituída por este Provimento.

Art. 3º – Este provimento entrará em vigor no dia 26 de novembro de 2012, ficando revogadas as disposições em contrário.

PROVIMENTO Nº 04/2007

Institui normas e orientações procedimentais, visando ao cumprimento das disposições contidas na Lei Federal n.º 11.441/07, no que tange à lavratura de escrituras de Inventário de Bens e Partilha, Divórcio Consensual e Partilha de Bens, bem como orienta aos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais sobre o procedimento a ser adotado nas

habilitações de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

O DESEMBARGADOR JOÃO PINHEIRO, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, contidas no art. 39 da Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia;

CONSIDERANDO a publicação da Lei nº 11.441/07, que alterou os artigos 982, 983, 1.031 do Código de Processo Civil, e lhe acrescentou o art. 1.124-A;

CONSIDERANDO que tais dispositivos legais possibilitam a lavratura de escritura pública de Inventário, Partilha de Bens, Separação Consensual e Divórcio Consensual e o registro de tais escrituras na serventia competente;

CONSIDERANDO os Enunciados sobre a mesma matéria, aprovados pelos Corregedores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, em sede de encontro nacional promovido pela Corregedoria Nacional de Justiça;

RESOLVE:

Instituir as seguintes normas e procedimentos, visando à lavratura, pelos Tabelionatos de Notas de todo o Estado da Bahia, de escrituras públicas de Inventário e Partilha de Bens, Divórcio Consensual, com ou sem Partilha de Bens, e de Restabelecimento da Sociedade Conjugal; bem como orientar aos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais sobre o procedimento a ser adotado nas habilitações de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

RECOMENDAÇÕES GERAIS

Art. 1º - As partes poderão escolher livremente o Tabelionato, para a lavratura da escritura de Inventário, Partilha ou Adjudicação, Divórcio e Declaração de Convivência de União Homoafetiva, independentemente do domicílio dos interessados ou do lugar de situação dos bens objeto do ato, não se aplicando as regras de fixação de competência previstas no Código de Processo Civil, para os processos judiciais de mesma finalidade.

Parágrafo Único: Deve ser observada, no entanto, a competência territorial, para os atos averbatórios pertinentes ao registro imobiliário, assim como para o registro civil.

Art. 2º - Em se tratando dos atos previstos na Lei 11.441/07, é facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, sendo-lhes autorizado, quando oportuno, desistir de uma para promoção da outra, vedada a simultaneidade.

§ 1º – A existência de processo judicial em andamento, em cuja sede tenha sido proferida sentença, objetivando a Separação Consensual, o Divórcio Consensual, o Restabelecimento da Sociedade Conjugal, o Inventário ou a Partilha, impede que o mesmo ato seja feito por escritura pública, circunstância que deve, quando for o caso, ser confirmada pelo Tabelião, mediante apresentação, pelo interessado, de certidão emitida pelo cartório da unidade

jurisdicional competente, informando a fase em que o processo judicial se encontra.

§ 2º - Havendo processo judicial em andamento com a mesma finalidade, em que não tenha sido proferida sentença, deverá o Tabelião, sob pena de responsabilidade, no prazo de 15 (quinze) dias do ato, comunicar ao órgão jurisdicional competente a sua respectiva lavratura.

Art. 3º - As escrituras públicas referidas neste Provimento constituem títulos hábeis ao registro civil e imobiliário, não dependendo, para tanto, de homologação judicial, constituindo, ainda, título hábil para as seguintes finalidades:

- I. levantamento e transferências de valores existentes em contas correntes, de investimento e de poupança, depósitos a prazo, e aplicações em instituições financeiras;
- II. comprovação de convivência pública e duradoura, em comunhão afetiva, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, com ou sem compromisso patrimonial;
- III. comprovação de dependência econômica, constituída para os efeitos administrativos de interesse comum perante a previdência social, entidades públicas e privadas, companhias de seguro, instituições financeiras e creditícias e outras similares;
- IV. formalização de transferência de propriedade de bens e direitos junto a órgãos públicos e entidades públicas e privadas, relativos ao objeto do ato notarial e ao(s) titular(es) dos direitos nelas tratados.

Art. 4º - Na cobrança de emolumentos, deverá ser observado o previsto nas Tabelas X, XI e XIV, do Quadro Geral de Custas instituído pela Lei Estadual n.º 9.832/05, assim como as Notas de orientação lançadas abaixo de cada tabela.

§ 1º - Para a escritura de Divórcio Consensual sem partilha de bens e de Reconhecimento de União Estável, inclusive de pessoas de mesmo sexo, sem referência a bens, deverá ser cobrado o quanto estabelecido na Tabela X, referida no *caput* deste artigo, para a indicação “escritura sem valor declarado e atos ou contratos não relativos a imóveis”.

§ 2º - Nas escrituras em que houver partilha, deverá ser cobrado o respectivo emolumento, salvo orientação específica contida neste Provimento, levando-se em consideração o valor declarado e a faixa de variação prevista na Tabela X, referida no *caput* deste artigo, onde consta a indicação “escritura com valor declarado”.

§ 3º - Os emolumentos pertinentes às averbações e anotações solicitadas perante os Offícios Imobiliários e de Registro Civil, em decorrência dos atos notariais de que trata este provimento, serão cobrados de acordo com a Tabela XI e XIV, da Lei Estadual n.º 9.832/05, observadas as suas respectivas Notas de orientação.

Art. 5º - O recolhimento de tributos que dependam de emissão de guias por parte das Secretarias da Fazenda do Estado e do Município, deverá obedecer aos procedimentos instituídos pelas repartições competentes.

§ 1º - Em cumprimento ao disposto nos artigos 134, VI e 192, ambos da Lei 5.172/66, o Tabelião de Notas, sob pena de responsabilidade, observará a devida antecedência do recolhimento dos impostos incidentes na espécie, devendo fazer constar, na respectiva escritura, expressa indicação quanto à quitação integral das obrigações fiscais pertinentes.

§ 2º - Deverá ser arquivada, em pasta própria a ser aberta no Tabelionato, uma cópia da guia de recolhimento do imposto incidente, devidamente quitada.

Art. 6º - A gratuidade prevista na Lei n.º 11.441/07 compreende, além das escrituras de Divórcio Consensual, as escrituras de Inventário e Partilha Consensual.

Art. 7º - Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei n.º 11.441/07, basta a simples declaração do(s) interessado(s), na forma da Lei 1.060/50, ainda que estejam as partes assistidas por advogado(s) constituído(s).

§ 1º - A declaração de pobreza será apresentada pelo interessado diretamente ao notário e ao registrador, devendo constar, expressamente, na escritura solicitada.

§ 2º - Caso o notário discorde da gratuidade requerida pelo(s) interessado(s), não poderá se negar a lavrar a escritura, mas deverá, neste caso, encaminhar expediente circunstanciado e devidamente instruído à Secretaria de Administração do Tribunal de Justiça, que deverá, se for o caso, adotar as providências necessárias e apropriadas à respectiva cobrança.

§ 3º - A gratuidade por assistência judiciária concedida em escritura pública não isenta a parte do recolhimento da obrigação fiscal incidente na espécie, devendo, em qualquer caso, ser observada a legislação própria a respeito do tema.

Art. 8º - O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja assinatura, nome completo, qualificação, número de registro profissional e respectiva secção da OAB, constarão do ato notarial.

§ 1º - O advogado e o Defensor Público não podem acumular as funções de mandatário e assistente das partes no ato do Inventário e Partilha.

§ 2º - O advogado não necessita exhibir o instrumento de procuração para assistir as partes na lavratura das escrituras a que se refere a Lei n.º 11.441/07, devendo sua condição constar expressamente do ato.

§ 3º - É expressamente vedada aos Tabeliães a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer, para a lavratura do ato notarial, acompanhadas de profissional de sua confiança.

§ 4º - Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o Tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 9º - Para lavratura das escrituras de que cuida este Provimento, o Tabelião deverá agrupar todos os documentos apresentados pelo(s) interessado(s), a partir da solicitação formalizada por escrito, indicando o tipo de escritura que se pretende seja lavrada, até o lançamento definitivo do respectivo ato, tudo acondicionado em pasta individual, que, ao final, será entregue, definitivamente, ao(s) interessados, ou a quem os represente.

§ 1º - As pastas mencionadas no *caput* deste artigo devem ser padronizadas de acordo com

modelo a ser apresentado oportunamente por esta Corregedoria Geral, quando, então, se tornará obrigatória a sua utilização.

§ 2º - Essas pastas poderão permanecer em poder do(s) interessado(s), ou de quem os represente, até que sejam integral e regularmente instruídas com todos os documentos necessários à lavratura do ato escritural, inclusive para fins de apreciação, pela Procuradoria das Fazendas estadual e municipal, de acordo com suas respectivas competências.

§ 3º - Os documentos necessários à prática de quaisquer dos atos mencionados neste Provimento devem ser arquivados na respectiva serventia, na forma da lei, não subsistindo esta obrigação quando forem microfilmados ou digitalizados.

§ 4º - O requerimento inicial de que trata o *caput* deste artigo é necessário e deverá ser feito por escrito, na forma de simples petição, devendo, preferencialmente, ser firmado pelos interessados e por seu(s) advogado(s), e conter:

- a) todas as informações necessárias e essenciais à lavratura do ato, em especial a identificação e a qualificação completa das pessoas que figurarão no ato;
- b) a indicação e a descrição detalhada dos bens (se houver);
- c) os valores sugeridos para cada um deles, podendo ser levada em consideração a referência do valor venal constante nos documentos de recolhimento de IPTU;
- d) plano detalhado de partilha e respectivos quinhões;
- e) outras informações complementares, que se repute relevantes à realização do ato requerido.

§ 5º - Desde que tenha por finalidade exclusiva o registro, em escrituras públicas definidas neste Provimento, sempre observando o direito constitucional à inviolabilidade da vida privada, o Tabelião poderá solicitar, formalmente e mediante ofício da sua lavra e por ele pessoalmente firmado, informações às instituições financeiras, oficiais ou não, quanto à existência de recursos financeiros depositados em conta corrente, poupança ou de investimento, inclusive a apresentação de extratos consolidados e atualizados.

DA ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO CONSENSUAL

Art. 10 - O disposto neste Capítulo deve ser observado, no que couber, às escrituras públicas de Divórcio Consensual, com ou sem partilha de bens.

§ 1º - A Lei n.º 11.441/07 permite a realização, por instrumento público de escritura, tanto do divórcio direto, como o indireto, ou seja, mediante conversão de separação em divórcio, assim admitidos os casos remanescentes de separações judiciais formalizadas, judicial ou extrajudicialmente, antes do advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010.

§ 2º - A separação judicial realizada antes de 13 de julho de 2010 pode ser convertida em divórcio por escritura pública, hipótese em que, não é indispensável apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

§ 3º - Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou

alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão da averbação da separação no assento do casamento.

§ 4º - O traslado da escritura pública de conversão de Separação Consensual em Divórcio e de Divórcio Consensual será apresentado, pelos próprios interessados, ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independentemente de autorização ou homologação judicial.

Art. 11 - O Divórcio Consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal, poderá ser realizado por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada, pelo cônjuge, de seu nome de solteiro ou, se for o caso, à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º - A existência de filhos emancipados não obsta o divórcio consensual.

§ 2º - O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de Divórcio consensual, sendo admissível ao(s) divorciandos se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público (art.657, do Código Civil), com poderes especiais. Nesta hipótese, o mandatário, se advogado habilitado e regularmente constituído, poderá atuar também como assistente das partes.

§ 3º - A falta de anuência de uma das partes quanto a qualquer das cláusulas apresentadas, ou a recusa de alguma pretensão que objetivava ver consignada, impedirá a realização do ato, devendo, então, ser recomendado, pelo Tabelião, o ingresso na via judicial.

Art. 12 – Os interessados declararão, diante do Tabelião, e este, observando os requisitos exigidos pelo art.215, do Código Civil, especificará na escritura pública de Divórcio, obrigatoriamente:

- a) que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as respectivas datas de nascimento, de acordo com os documentos comprobatórios apresentados;
- b) o regime matrimonial de bens e a existência de bens comuns sujeitos à partilha e de bens particulares de cada um dos cônjuges, descrevendo-os de forma detalhada, com indicação da matrícula e registro imobiliário, se for o caso, atribuindo-lhes os respectivos valores;
- c) a partilha dos bens comuns, quando esta não for ressalvada para momento posterior à dissolução do casamento;
- d) retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro, ou, se for o caso, a manutenção do nome de casado;
- e) sobre qual das partes recairá a responsabilidade por obrigações pendentes, sendo atribuída a titularidade de direitos e ações;
- f) o ajuste consensual de pensão alimentícia, com indicação do beneficiário, valor e prazo de duração, condições e critérios de atualização; a renúncia do referido direito,

quando admitida, ou a sua dispensa provisória.

Art. 13 – Da escritura deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências do divórcio, firmes no propósito de pôr fim ao vínculo matrimonial, sem hesitação, com expressa recusa de reconciliação.

Art. 14 - Para lavratura das escrituras públicas de que trata este capítulo, os interessados deverão apresentar necessariamente, os seguintes documentos:

- a) certidão de casamento expedida há, no máximo, 90 (noventa) dias;
- b) documento de identidade e documento oficial com número do CPF/MF;
- c) pacto antinupcial, se o regime de bens não for o legal;
- d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver;
- e) certidões, escrituras e outros documentos comprobatórios da propriedade dos bens e direitos, se houver;
- f) identificação do assistente através da carteira da OAB.

Parágrafo único – Nos casos de admissibilidade residual de confecção de escrituras de conversão de Separação em Divórcio, além dos documentos enumerados neste artigo, deve ser apresentada certidão da sentença de separação judicial, se for o caso, ou averbação da separação no respectivo assento do casamento.

Art.15 – Excepcionadas as hipóteses remanescentes de conversão da Separação em Divórcio, não será admitida a lavratura de escritura pública cujo objeto seja, exclusivamente, a Separação Consensual.

Art. 16 - Na escritura pública deve constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, assim como no registro imobiliário, quando houver partilha de bens, para a averbação necessária.

Parágrafo Único - Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura pública de Divórcio Consensual, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará, em até 30 (trinta) dias, ao Ofício de Registro Civil em que constar o assento de nascimento.

Art. 17 - Na partilha de bens do casal, se houver transferência de patrimônio entre as partes, será exigido o respectivo pagamento do imposto de transmissão, cuja comprovação deve ser apresentada antes da lavratura definitiva do ato.

Parágrafo único - Havendo fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou existindo dúvida sobre a declaração de vontade, impõe-se a negativa à lavratura da escritura pública de Divórcio, devendo o Tabelião fundamentar a recusa por escrito, desde que haja solicitação escrita das partes neste sentido.

Art. 18 – Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso no corpo da escritura.

Art. 19 – Havendo transmissão de propriedade entre cônjuges de bem(ns) do patrimônio separado, ou partilha de modo desigual do patrimônio comum, o Tabelião deverá observar a necessidade de recolhimento do tributo devido, a saber: ITBI (se onerosa), conforme a lei municipal da localidade do imóvel, ou ITD (se gratuita), conforme a legislação estadual pertinente, especificamente o Decreto n.º 2.487/89 e a Lei Estadual n.º 4.826/89.

Art. 20 – A partilha em escritura pública de Divórcio Consensual far-se-á, no que couber, conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, com as adaptações necessárias.

Art. 21 – Não há sigilo para as escrituras públicas de Divórcio.

Art. 22 – É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas no Divórcio consensual.

Parágrafo único – Não se admite escritura pública de ajuste revisional de verba alimentícia fixada em sede de decisão judicial, ainda que consensual.

Art. 23 – Nova escritura pública poderá ser lavrada, com o fito de retificar ato anterior de Divórcio Consensual, quanto ao ajuste de uso do nome de casado, bastando, para tanto, declaração unilateral do interessado no sentido de voltar a usar o nome de solteiro, exigida a assistência de advogado regularmente habilitado.

Art. 24 – O notário poderá se negar a lavrar a escritura de Divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges, ou em caso de dúvidas sobre a certeza e/ou validade da manifestação de vontade que lhe foi declarada, fundamentando a recusa por escrito, se assim lhe for solicitado por escrito pelas partes.

Art. 25 – A separação de corpos consensual não será lavrada, para qualquer finalidade, por via de escritura pública.

Art. 26 – Ficam inadmitidas, a partir da vigência deste ato, as escrituras públicas de Restabelecimento da Sociedade Conjugal; admitir-se-á, porém, em caráter transitório, eventuais pedidos residuais de conversão da Separação Consensual formalizada anteriormente à vigência do art.226, § 6º, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 66 de 13 de julho de 2010, hipótese em que será circunstancialmente observado o seguinte:

I. decurso de um ano do trânsito em julgado de sentença que houver decretado a separação judicial;

II. decurso de um ano da lavratura da escritura pública de separação judicial.

Parágrafo único – A comprovação dos requisitos exigidos por este dispositivo será feita mediante apresentação de certidão da sentença de separação, ou da averbação da separação no assento de casamento.

Art. 27 – O valor dos emolumentos pela lavratura de escritura pública de Divórcio Consensual sem partilha de bens é o mesmo valor do ato sem conteúdo econômico.

Parágrafo único - Se houver partilha de bens, serão cobrados emolumentos como um único ato com conteúdo econômico, sobre a soma do valor de cada bem que constituirá o monte mor.

DA ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO DE CONVIVÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE HOMOAFETIVA

Art. 28 – É permitida a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união afetiva, entre pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo.

Art. 29 – A escritura fará prova para os casais, inclusive de pessoas do mesmo sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

Art. 30 – A união afetiva pode ser reconhecida como entidade familiar, servindo de prova para todas as finalidades, inclusive aquelas mencionadas nos incisos I a IV, do art. 3º deste Provimento.

Art. 31 - As partes devem declarar e comprovar, mediante documento hábil, original ou em cópias autenticadas, no ato da lavratura da escritura, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, e que não são casadas, sob as penas da lei.

Art. 32 - Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos, que deverão ser mencionados no respectivo ato:

- I. documento de identidade oficial e CPF das partes;
- II. certidão de nascimento ou de casamento averbada a separação judicial ou divórcio;
- III. certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos;
- IV. documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver, bem como de semoventes.

Art. 33 - Cópia dos documentos apresentados serão arquivados em pasta própria de documentos de escrituras públicas de declaração de convivência de união estável, sem distinção para a união homoafetiva.

Art. 34 - Havendo bens, distinguir-se-á o patrimônio individual de cada um e o patrimônio comum das partes, podendo os declarantes estabelecerem acerca daqueles bens que forem adquiridos como acréscimos principal na constância da convivência, a exemplo das aquisições de imóveis, móveis, direitos, créditos, ações, investimentos, e que ficarão na esfera patrimonial comum, susceptíveis de comunicação e divisão.

Art. 35 - Havendo transmissão de propriedade do patrimônio individual de um convivente para o outro, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

Art. 36 - Quanto aos bens eventualmente referidos nos escritos de que trata este capítulo, recomenda-se:

- I. se imóveis, descrição pormenorizada, com prova de domínio por certidão de propriedade atualizada, observando-se eventuais ônus reais e interesses de terceiros;
- II. se imóvel urbano, menção a sua precisa localização e ao número da matrícula;
- III. se imóvel rural, descrição e caracterização, de acordo com o registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos (art. 22, e §§, da Lei nº 4.947/66);
- IV. em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, o Tabelião deve recomendar a prévia apuração do remanescente;
- V. quanto a imóvel com construção ou aumento de área construída sem prévia averbação no registro imobiliário, é recomendável a apresentação de documento comprobatório, expedido pela Prefeitura e, quando for o caso, CND-INSS, para partilha;
- VI. em caso de imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio, de nome de rua, menção, no título, da situação antiga e a atual, mediante apresentação do respectivo comprovante;
- VII. se móvel, apresentar documento comprobatório de domínio e valor, se houver, descrevendo-os com os sinais característicos;
- VIII. com relação aos direitos e posse deve haver precisa indicação quanto à sua natureza, além de determinados e especificados;
- IX. semoventes serão indicados em número, espécies, marcas e sinais distintivos;
- X. dinheiro, jóias, objetos de metais e pedras preciosos serão indicados com especificação da qualidade, peso e importância;
- XI. ações, direitos e títulos também devem ter as devidas especificações;
- XII. dívidas ativas especificadas, inclusive com menção às datas, títulos, origem da obrigação, nomes dos credores e devedores;
- XIII. ônus incidentes sobre os imóveis não constituem impedimento para lavratura da escritura pública;
- XIV. débitos tributários municipais e da receita federal (certidões positivas fiscais municipais ou federais) impedem a lavratura da escritura pública;
- XV. a cada bem patrimonial deverá constar o respectivo valor atribuído pelas partes,

além do valor venal quando imóveis;

Art. 37 - Se um dos contratantes possuir herdeiros, deverão ser obedecidas as limitações quanto à disposição dos bens segundo as normas pertinentes, sobretudo o Código Civil.

Art. 38 - No corpo da escritura deve haver ressalva quanto a eventuais erros, omissões ou os direitos de terceiros, inadmitidas estipulações que possam ferir normas de direito público e direitos alheios.

Art. 39 - Fica vedada a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união estável de qualquer natureza referente a bens localizados no exterior.

Art. 40 - O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura pública de declaração de convivência de união estável, inclusive homoafetiva, se houver fundados indícios de prejuízo para uma das partes, ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

Art. 41 - A escritura pública pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados.

Art. 42 - Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas.

Art. 43 – Aplicam-se às escrituras públicas de reconhecimento de união estável, inclusive de pessoas do mesmo sexo, no que couber, as disposições, recomendações e orientações pertinentes às demais escrituras previstas neste Provimento.

DA HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Art. 44 - Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado da Bahia deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002.

Parágrafo único: O casamento será lavrado e registrado em livro próprio, observadas as prescrições contidas na Lei Federal nº 6.015/73.

DA ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA

Art. 45 - A partilha amigável de bens, entre herdeiros maiores e capazes, e a adjudicação, quando houver herdeiro único maior e capaz, podem ser promovidas por escritura pública, nos termos do art. 2.015, do Código Civil Brasileiro, e dos arts. 982 e parágrafo único, e 1031 e parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

§ 1º – O inventário com partilha parcial e a sobrepartilha também poderão ser lavrados por escritura pública, assim como o inventário negativo.

§ 2º – É vedada lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no estrangeiro.

§ 3º – O Tabelião está autorizado a lavrar escritura pública de sobrepartilha referente a inventário e partilha judiciais já findos, ainda que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito e do processo judicial.

§ 4º – Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais, com viúva(o) ou herdeiro(s) representado(s) por procuração, desde que formalizada por instrumento público (art. 657 do CC) e contenha poderes especiais, ainda que o procurador seja advogado.

§ 5º – A escritura pública pode ser retificada quanto a aspecto substancial, desde que haja o consentimento dos interessados. Quanto aos aspectos formais, ou no caso de meras correções de erros materiais, a escritura pode ser retificada por iniciativa de um dos interessados ou do próprio notário, mediante mero aditamento.

§ 6º – É possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário, em caso de cessão de direitos hereditários, mesmo para a hipótese de cessionário de bem específico do espólio e não de toda a massa. Nessa hipótese, todos os herdeiros devem estar presentes e concordes, ainda que representados.

§ 7º – As escrituras de que trata o *caput* deste artigo poderão ser lavradas, ainda que o óbito tenha ocorrido antes da vigência da Lei n.º 11.441/07.

Art. 46 – A escritura pública de Inventário e Partilha constitui título hábil para formalizar a transmissão de domínio e direitos, conforme os termos nela expressos, não só para o registro imobiliário, como também, para promoção dos demais atos subseqüentes, que se fizerem necessários à materialização das transferências (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, bancos, companhias telefônicas, etc.), desde que todas as partes interessadas, maiores e capazes, estejam assistidas por advogado comum ou advogado de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 1º - A avaliação prévia dos bens será indicada pelos interessados, mas será objeto de análise e concordância prévia das Fazendas Estadual e Municipal, a quem caberá, por intermédio das suas respectivas Procuradorias, procederem à emissão da guia de recolhimento do imposto devido, de acordo com a sua competência e com os critérios legais.

§ 2º - Não se lavrará a escritura pública de Inventário e Partilha sem a comprovação do recolhimento do imposto de transmissão devido – ITCMD, bem como da quitação da multa, eventualmente incidente, na espécie, pelo transcurso do prazo previsto no art.983, do Código de Processo Civil, observadas as disposições legais contidas na Lei n.º 5.172/66, além do quanto estatuído na legislação estadual referida no art.20, deste Provimento.

§ 3º - A gratuidade por assistência judiciária em escritura pública não isenta a parte do recolhimento de imposto de transmissão, que tem legislação própria a respeito do tema.

Art. 47 – É obrigatória a nomeação, na escritura pública, de pelo menos um herdeiro, para que, investido nos mesmos poderes de um inventariante, represente o espólio no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes.

Parágrafo único - Uma vez que há consenso das partes, inexistente a necessidade de se seguir a “ordem de nomeação” do art. 990, do Código de Processo Civil.

Art. 48 - A existência de credores do espólio não impedirá a escritura de inventário e partilha ou adjudicação, vedada a habilitação ou qualquer discussão em torno da liquidez, certeza ou exigibilidade do crédito.

Art. 49 - A renúncia de herdeiro poderá constar na própria escritura de partilha e, se comprovada em declaração anterior, judicialmente ou por escritura pública autêntica, dispensará a presença do renunciante quando da lavratura do ato.

Art. 50 – A escritura pública de Inventário e Partilha, além de atender aos requisitos do art.215, do Código Civil, deverá conter:

- a) a qualificação completa do autor da herança (nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário - se houver -, número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio, residência);
- b) dia e lugar em que faleceu;
- c) livro, folhas, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito;
- d) data da expedição da certidão de óbito;
- e) data da expedição da certidão de óbito apresentada;
- f) menção que o falecido não deixou testamento;
- g) nomeação e qualificação completa das partes e respectivos cônjuges, devendo constar, dentre outros dados, a nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, existência de ato antenupcial e seu respectivo registro imobiliário, número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio, residência.

§ 1º - No corpo da escritura deve haver menção de que “ficam ressalvados eventuais erros, omissões ou os direitos de terceiros”.

§ 2º - Na escritura pública deverá constar expressa indicação quanto ao comprovado recolhimento do imposto devido, fazendo-se menção à guia efetivamente quitada e ao arquivamento da respectiva cópia, que será mantida, em pasta própria, no Tabelionato.

Art. 51 - Incumbe ao tabelião solicitar, quando da lavratura da escritura pública de Inventário e Partilha, além de outros documentos exigidos em lei:

- a) certidão de óbito do autor da herança;
- b) documento de identidade oficial com número de RG e CPF das partes e do autor da herança;
- c) certidões comprobatórias do vínculo de parentesco dos herdeiros (v.g., certidões de

nascimento);

- d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados;
- e) ato antenupcial, se houver;
- f) certidão de propriedade, ônus e alienações dos imóveis, atualizada (no mínimo 30 dias de expedição) e não anterior à data do óbito;
- g) certidão ou documento oficial comprobatório do valor venal dos imóveis, relativo ao exercício do ano do óbito ou ao ano imediatamente seguinte deste;
- h) documentos comprobatórios do domínio e valor dos bens móveis, se houver;
- i) certidão negativa de tributos municipais que incidam sobre os bens imóveis do espólio;
- j) certidão negativa da Receita Federal e da PGFN;
- k) CCIR e prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, para bens imóveis rurais do espólio;
- l) declaração de inexistência de testamento, ou certidão do arquivo central de testamentos.

§ 1º - Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os documentos de identidade das partes que serão apresentados sempre em original.

§ 2º - A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados e ao seu arquivamento, microfilmagem ou gravação por processo eletrônico.

Art. 52 - Quando se tratar de partilha por direito de representação ou contemplar herdeiros da classe posterior na ordem da vocação hereditária, será exigida certidão de óbito do representado e dos herdeiros pré-mortos.

Art. 53 - Cada herdeiro, apresentando o traslado da escritura pública de partilha, poderá requerer o registro imobiliário perante o Oficial competente, recolhendo os emolumentos correspondentes.

Art. 54 – Não se fará escritura pública de inventário e partilha se houver testamento ou interessado incapaz.

Art. 55 – O notário se negará a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de um dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito, se as partes assim desejarem.

Art. 56 - A escritura pública pode ser retificada quanto a aspecto substancial, desde que haja o consentimento dos interessados. Quanto aos aspectos não substanciais, a escritura pode ser retificada por iniciativa de um dos interessados ou do próprio notário, mediante mero aditamento.

Art. 57 – O(A) companheiro(a) que tenha direito a participar da sucessão (art.1.790, do Código Civil) é parte, observada a necessidade de ação judicial, caso não haja consenso de todos herdeiros quanto a esta condição, bem como quanto ao reconhecimento da união estável.

Parágrafo único - A meação de companheiro(a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de

acordo.

Art. 58 - Os cônjuges dos herdeiros não são partes na escritura, mas devem comparecer ao ato como anuentes, quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, salvo se casados sob o regime da comunhão universal de bens -quando, então, serão partes e não apenas anuentes -, ou, ainda, quando casados sob o regime da separação absoluta (art. 1.647, CC), sendo, em ambos os casos, necessária a apresentação do ato antenupcial respectivo.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 59 – A Secretaria de Administração do Tribunal de Justiça adotará providências necessárias à continuidade da confecção e distribuição das pastas referidas no artigo nono deste Provimento, devendo os Tabeliães, com a observância desta orientação, continuar utilizando-as para todas as finalidades definidas neste Provimento.

Art. 60 - Somente o tabelião ou seu substituto designado por esta Corregedoria realizará, pessoalmente, todos os atos de que trata este Provimento.

Art. 61 – As dúvidas quanto ao cumprimento do disposto neste Provimento, assim como em relação às disposições contidas na Lei n.º 11.441/07, serão dirimidas por esta Corregedoria, por instrumento de consulta formal e por escrito, firmado pelo Tabelião e dirigida à Secretaria da Corregedoria, ouvida a Assessoria Jurídica do órgão.

Art. 62 – Os modelos apresentados nos Anexos deste Provimento, servem de referência para a lavratura das escrituras públicas nele referidas, não sendo, portanto, obrigatória a sua adoção.

Este Provimento entrará em vigor na data da sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Corregedoria Geral da Justiça, 21 de março de 2007.

DES. JOÃO PINHEIRO
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

Salvador, 04 de outubro de 2012.

DESEMBARGADORA IVETE CALDAS
Corregedora Geral da Justiça

ANTONIO PESSOA CARDOSO
Corregedor das Comarcas do Interior

Anexo 4 – Provimento nº 06/2012 do TJSE



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Provimento nº 06/2012

Dispõe sobre a lavratura de Escritura Pública de Declaração de União Estável homoafetiva e autoriza o processamento de pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Desembargador NETÔNIO BEZERRA MACHADO, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Sergipe, no uso de suas atribuições conferidas pelo art. 30 da Lei Complementar nº 88/2003 cumulado com o art. 55, inciso XXIII, da Resolução nº 017/2004 deste Egrégio Tribunal de Justiça, e,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal estabelece o respeito à dignidade humana e a isonomia de todos perante a Lei, sem distinções de qualquer natureza, inclusive de sexo, conforme os princípios explícitos no inciso III do artigo 1º, no inciso IV do artigo 3º, no caput e no inciso I do art.5º;

CONSIDERANDO a previsão do artigo 215 do Código Civil, que reconhece que a escritura pública lavrada pelo tabelionato de notas constitui documento dotado de fé pública capaz de produzir prova plena;

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", os quais regulam a união estável;



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

CONSIDERANDO a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos autos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, em que se reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual;

CONSIDERANDO o que foi decidido nos autos da Consulta nº 11588/2011;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1183378, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal assegura o direito de petição a todos, na salvaguarda dos seus direitos (art. 5º, XXXIV, a);

CONSIDERANDO a necessidade de regular, disciplinar e uniformizar o procedimento a ser adotado pelos serviços notariais e de registro,

RESOLVE:

Art. 1º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para substituir a Subseção IV da Seção V do Capítulo V, que passará a ser denominada “Da União Estável”, com a seguinte redação:

“Subseção IV
Da União Estável



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-A - Os atos notariais e de registro relativos à união estável observarão o disposto nesta Consolidação Normativa.

§ 1º. Considera-se como união estável aquela formada pelo homem e pela mulher, bem como a mantida por pessoas do mesmo sexo, desde que configurada na convivência pública, contínua e duradoura.

§ 2º - Não haverá, em razão do gênero dos conviventes, distinção nas lavraturas de escrituras de união estável.

Art. 407-B – Faculta-se aos conviventes, plenamente capazes, lavrarem escritura pública declaratória de união estável, observando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Parágrafo único. A declaração de união homoafetiva será feita por escritura pública perante o Tabelionato de Notas.

Art. 407-C - A escritura fará prova para os casais homoafetivos que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

Art. 407-D - Para a prática do ato a que se referem os artigos anteriores, as partes poderão ser representadas por procurador, desde que munido de procuração pública com poderes específicos para o ato, outorgada há no máximo 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Se a procuração mencionada no § 1º deste artigo houver sido outorgada há mais de 90 (noventa) dias, deverá ser exigida certidão do serviço notarial onde foi passado o instrumento público do mandato, dando conta de que não foi ele revogado ou anulado.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-E - As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, estes comprovados por documentos idôneos, firmando declaração de que não são casadas, sob as penas da lei.

Art. 407-F - Para a lavratura da escritura, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - documento de identidade oficial e CPF das partes;

II - certidão de nascimento ou de casamento, averbado o divórcio ou a separação judicial, se for o caso.

III - certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos, se houver; e

IV - documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver, bem como de semoventes.

§ 1º - Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser em originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão em originais.

§ 2º - As cópias dos documentos apresentados serão arquivadas em classificador próprio de documentos de escrituras públicas de declaração de união estável.

Art.407-G - Havendo bens, as partes deverão declarar aqueles que constituem patrimônio individual e comum, podendo indicar os suscetíveis de divisão no caso de dissolução da união estável.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-H - Havendo transmissão de propriedade do patrimônio individual de um convivente ao outro, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

Art. 407-I - Quanto aos bens, o tabelião deverá observar:

I - se imóveis, a prova de domínio por certidão de propriedade atualizada;

II - se imóvel urbano, a menção à sua localização e ao número da matrícula (art. 2º da Lei nº 7.433/85);

III - se imóvel rural, a descrição e a caracterização tal como constar no registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA – CCIR, e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 9.393/96;

IV - em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, a prévia apuração do remanescente;

V - em caso de imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio ou de nome de rua, a menção no título da situação antiga e da atual, mediante apresentação do respectivo comprovante;

VI – nas hipóteses de existência de bem móvel, a comprovação de domínio e valor, se houver, realizando a descrição dos sinais característicos;

VII - com relação aos direitos e posse, a precisa indicação quanto a sua natureza, além de determinados e especificados;



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

VIII – se semoventes, a indicação em número, espécies, marcas e sinais distintivos;

IX – se dinheiro, jóias, objetos de metais e pedras preciosos, a indicação com especificação da qualidade, peso e importância; e

X – se ações e títulos, as devidas especificações.

Parágrafo único. As partes deverão atribuir valor a cada bem.

Art. 407-J - Não há sigilo no ato de lavratura das escrituras de que trata esta subseção.

Art. 407-K - Desde que haja consentimento dos declarantes, a escritura pública de união estável pode ser retificada, gerando a retificação efeitos “ex nunc”.

Art. 407-L Uma vez lavrada a escritura pública declaratória de união estável, poderão os conviventes realizar, no serviço de registro de imóveis, os seguintes atos:

I - registro da instituição de bem de família, nos termos dos artigos 167, inciso I, item 1, da Lei Federal nº 6.015/1973;

II - averbação, na matrícula, da escritura pública declaratória de união estável, nos termos do artigo 246, caput, da Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. Para a prática do ato mencionado no caput deste artigo, deverá ser apresentada a escritura pública declaratória de união estável.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-M – Inexiste óbice à lavratura de escritura pública de dissolução de união estável, inclusive com partilha de bens, podendo-se aplicar no que couber as disposições da Lei nº 11.441/2007.

Parágrafo único. A escritura pública de dissolução de união estável não depende de homologação judicial e é título hábil para o registro imobiliário, nos termos do item 5 do inciso II do artigo 167 da Lei nº 6.015/73”.

Art. 2º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para incluir a Subseção V na Seção V do Capítulo V, sob a denominação “Da Conversão da União Estável em Casamento”, que conterà o artigo 408, mantida sua redação original.

Art. 3º. Fica acrescentado o artigo 374-A à Consolidação Normativa Notarial e Registral, instituída pelo Provimento nº 23/2008, com a seguinte redação:

“Art. 374-A Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Sergipe deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002”.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Aracaju(SE), 05 de julho de 2012.

Desembargador Netônio Bezerra Machado
Corregedor-Geral da Justiça

Anexo 5 – Resolução nº 175/2013 do CNJ



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Provimento nº 06/2012

Dispõe sobre a lavratura de Escritura Pública de Declaração de União Estável homoafetiva e autoriza o processamento de pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Desembargador NETÔNIO BEZERRA MACHADO, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Sergipe, no uso de suas atribuições conferidas pelo art. 30 da Lei Complementar nº 88/2003 cumulado com o art. 55, inciso XXIII, da Resolução nº 017/2004 deste Egrégio Tribunal de Justiça, e,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal estabelece o respeito à dignidade humana e a isonomia de todos perante a Lei, sem distinções de qualquer natureza, inclusive de sexo, conforme os princípios explícitos no inciso III do artigo 1º, no inciso IV do artigo 3º, no caput e no inciso I do art.5º;

CONSIDERANDO a previsão do artigo 215 do Código Civil, que reconhece que a escritura pública lavrada pelo tabelionato de notas constitui documento dotado de fé pública capaz de produzir prova plena;

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", os quais regulam a união estável;



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

CONSIDERANDO a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos autos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, em que se reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual;

CONSIDERANDO o que foi decidido nos autos da Consulta nº 11588/2011;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1183378, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal assegura o direito de petição a todos, na salvaguarda dos seus direitos (art. 5º, XXXIV, a);

CONSIDERANDO a necessidade de regular, disciplinar e uniformizar o procedimento a ser adotado pelos serviços notariais e de registro,

RESOLVE:

Art. 1º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para substituir a Subseção IV da Seção V do Capítulo V, que passará a ser denominada “Da União Estável”, com a seguinte redação:

“Subseção IV
Da União Estável



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-A - Os atos notariais e de registro relativos à união estável observarão o disposto nesta Consolidação Normativa.

§ 1º. Considera-se como união estável aquela formada pelo homem e pela mulher, bem como a mantida por pessoas do mesmo sexo, desde que configurada na convivência pública, contínua e duradoura.

§ 2º - Não haverá, em razão do gênero dos conviventes, distinção nas lavraturas de escrituras de união estável.

Art. 407-B – Faculta-se aos conviventes, plenamente capazes, lavrarem escritura pública declaratória de união estável, observando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Parágrafo único. A declaração de união homoafetiva será feita por escritura pública perante o Tabelionato de Notas.

Art. 407-C - A escritura fará prova para os casais homoafetivos que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

Art. 407-D - Para a prática do ato a que se referem os artigos anteriores, as partes poderão ser representadas por procurador, desde que munido de procuração pública com poderes específicos para o ato, outorgada há no máximo 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Se a procuração mencionada no § 1º deste artigo houver sido outorgada há mais de 90 (noventa) dias, deverá ser exigida certidão do serviço notarial onde foi passado o instrumento público do mandato, dando conta de que não foi ele revogado ou anulado.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-E - As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, estes comprovados por documentos idôneos, firmando declaração de que não são casadas, sob as penas da lei.

Art. 407-F - Para a lavratura da escritura, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - documento de identidade oficial e CPF das partes;

II - certidão de nascimento ou de casamento, averbado o divórcio ou a separação judicial, se for o caso.

III - certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos, se houver; e

IV - documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver, bem como de semoventes.

§ 1º - Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser em originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão em originais.

§ 2º - As cópias dos documentos apresentados serão arquivadas em classificador próprio de documentos de escrituras públicas de declaração de união estável.

Art.407-G - Havendo bens, as partes deverão declarar aqueles que constituem patrimônio individual e comum, podendo indicar os suscetíveis de divisão no caso de dissolução da união estável.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-H - Havendo transmissão de propriedade do patrimônio individual de um convivente ao outro, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

Art. 407-I - Quanto aos bens, o tabelião deverá observar:

I - se imóveis, a prova de domínio por certidão de propriedade atualizada;

II - se imóvel urbano, a menção à sua localização e ao número da matrícula (art. 2º da Lei nº 7.433/85);

III - se imóvel rural, a descrição e a caracterização tal como constar no registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA – CCIR, e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 9.393/96;

IV - em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, a prévia apuração do remanescente;

V - em caso de imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio ou de nome de rua, a menção no título da situação antiga e da atual, mediante apresentação do respectivo comprovante;

VI – nas hipóteses de existência de bem móvel, a comprovação de domínio e valor, se houver, realizando a descrição dos sinais característicos;

VII - com relação aos direitos e posse, a precisa indicação quanto a sua natureza, além de determinados e especificados;



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

VIII – se semoventes, a indicação em número, espécies, marcas e sinais distintivos;

IX – se dinheiro, jóias, objetos de metais e pedras preciosos, a indicação com especificação da qualidade, peso e importância; e

X – se ações e títulos, as devidas especificações.

Parágrafo único. As partes deverão atribuir valor a cada bem.

Art. 407-J - Não há sigilo no ato de lavratura das escrituras de que trata esta subseção.

Art. 407-K - Desde que haja consentimento dos declarantes, a escritura pública de união estável pode ser retificada, gerando a retificação efeitos “ex nunc”.

Art. 407-L Uma vez lavrada a escritura pública declaratória de união estável, poderão os conviventes realizar, no serviço de registro de imóveis, os seguintes atos:

I - registro da instituição de bem de família, nos termos dos artigos 167, inciso I, item 1, da Lei Federal nº 6.015/1973;

II - averbação, na matrícula, da escritura pública declaratória de união estável, nos termos do artigo 246, caput, da Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. Para a prática do ato mencionado no caput deste artigo, deverá ser apresentada a escritura pública declaratória de união estável.



ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO

Art. 407-M – Inexiste óbice à lavratura de escritura pública de dissolução de união estável, inclusive com partilha de bens, podendo-se aplicar no que couber as disposições da Lei nº 11.441/2007.

Parágrafo único. A escritura pública de dissolução de união estável não depende de homologação judicial e é título hábil para o registro imobiliário, nos termos do item 5 do inciso II do artigo 167 da Lei nº 6.015/73”.

Art. 2º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para incluir a Subseção V na Seção V do Capítulo V, sob a denominação “Da Conversão da União Estável em Casamento”, que conterà o artigo 408, mantida sua redação original.

Art. 3º. Fica acrescentado o artigo 374-A à Consolidação Normativa Notarial e Registral, instituída pelo Provimento nº 23/2008, com a seguinte redação:

“Art. 374-A Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Sergipe deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002”.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Aracaju(SE), 05 de julho de 2012.

Desembargador Netônio Bezerra Machado
Corregedor-Geral da Justiça