

A construção do discurso jurídico na ADI 4277

Uma análise sob a sociologia de Michel Foucault

Felipe de Mello Souza¹, Eulalia Emilia Pinho Camurça²

Sumário: 1. Introdução. 2. O Discurso jurídico. 2.1 Aspectos de controle externo do discurso jurídico. 2.2 Aspectos de controle do sujeito. 2.3 A capacidade de associação com o discurso sociológico. 3. A dimensão social e jurídica da homossexualidade. 3.1 Regulação jurídica e social da homoafetividade. 3.2 A *Scientia Sexualis*. 4. Os Aspectos sociológicos na decisão. 4.1 Dos aspectos do discurso jurídico no caso concreto. 4.2 A dimensão da sexualidade na decisão. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo. O presente artigo traz uma análise crítica dos aspectos sociológicos presentes nos votos dos ministros da Suprema Corte no julgamento da ADI 4277/DF, que conferiu interpretação conforme ao Art. 1723 do Código Civil e deu status jurídico à união estável homoafetiva. O objetivo é analisar a dimensão social da homossexualidade bem como o discurso jurídico e estabelecer suas relações de associação com o discurso sociológico dentro da decisão. A pesquisa compõe-se por metodologia bibliográfica e de análise de discurso. Conclui-se que o Supremo Tribunal se utiliza da fundamentação sociológica e da produção de discursos científicos sobre a sexualidade para normalizar as novas verdades sociais e institucionais sobre a homoafetividade.

Palavras-chave: União homoafetiva. Michel Foucault. Discurso jurídico. Análise de discurso. Supremo Tribunal Federal.

1 Introdução

O Direito é uma forma clássica de se conceber a dinâmica do poder dentro das sociedades (MAIA, 1995, p. 86). Porém, não pode ser considerado como forma única

¹ Acadêmico da Graduação em Direito na Universidade 7 de Setembro <mellosouza@gmail.com>.

² Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2012), graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará (2000) e em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008) <eulaliaemilia@hotmail.com>.

e suficiente de explicar os fenômenos sociais, sendo necessária sua associação com outras ciências para a compreensão das diversas estruturas e práticas presentes na coletividade.

Deste modo, emerge como problema fundamental: quais os aspectos discursivos, sendo eles jurídicos ou não, que fundamentam e explicam o resultado das decisões judiciais? Para estudar a questão, foi escolhida a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 por ser caracterizada como um marco no reconhecimento dos direitos LGBTT³ (DUMAS; BANA, 2013, p. 370), visando homogeneizar o tratamento díspar da jurisprudência anteriormente presente nos Tribunais Estaduais (STF, 2011, p. 620-621).⁴Dessa forma, caracterizando um objeto coerente para a percepção das mudanças institucionais e das relações associativas entre o discurso jurídico e as outras formas discursivas.

Na análise de caso, percebeu-se prudente utilizar a sociologia discursiva de Michel Foucault para analisar o objeto referido. A sociologia de Foucault foi selecionada por sua capacidade de crítica das estruturas de poder e verdade por meio dos discursos, bem como sua percepção das tendências evolutivas da forma jurídica (FOUCAULT, 2013, p. 21).

A pesquisa tem como objetivo geral perceber quais aspectos da sociologia dos discursos de Foucault podem ser usados para analisar e criticar os aspectos que levaram a determinada decisão judiciária. Tendo como objetivos específicos: a caracterização do discurso jurídico; a análise das formas de controle externo ao discurso jurídico na construção dos paradigmas judiciários; a compreensão das formas de controle do sujeito enunciante e do sujeito disciplinado pela forma jurídica; a análise da dimensão social da sexualidade e, por fim, o estudo dos aspectos da sociologia de Foucault nos votos dos ministros.

Analisa-se os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) como expressão do saber-poder⁵ jurídico, buscando a crítica às estruturas sociais por meio

³ Por LGBTT deve-se entender Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros.

⁴ Os Tribunais de Justiça do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná tinham suas posições judiciárias majoritariamente a favor da equiparação; os tribunais do Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima afirmaram a inexistência de processos relacionados; os tribunais do Distrito Federal e de Santa Catarina tinham posições judiciárias majoritariamente contrárias (STF, 2011, p. 620-621)

⁵ Por “saber-poder” deve-se entender a forma de saber indissociável de seu uso como ferramenta na dinâmica das relações de poder.

da observação dos discursos por ela emitidos. Trata-se os votos como enunciados judiciais que expressam a dimensão jurídica e social da sexualidade, bem como o processo de normalização⁶ dos aspectos individuais pelo Direito, criticando os aspectos disciplinares que a forma jurídica utiliza para regular os assuntos da sexualidade (FOUCAULT, 2013, p. 112-113). Utiliza-se também o aspecto crítico do poder nos discursos, presente na sociologia de Foucault, para cumprir o objetivo geral e os específicos no entendimento da decisão.

A pesquisa se divide em sete tópicos, elucidado em cada um deles aspectos dependentes para a conclusão sobre a problemática.

Para realizar o objetivo proposto, optou-se por uma abordagem metodológica dedutiva, fazendo uso da análise de discurso sobre a jurisprudência analisada, utilizando de bibliografia e de documentos como base de fundamentação dos argumentos. O estudo busca estudar de forma crítica a relação entre o discurso jurídico e sociológico na fundamentação da decisão e a normalização da união LGBTTT pelo aparato jurídico, não pretendendo esgotar os debates e estudos sobre o tema.

2 O Discurso Jurídico

O discurso pode ser compreendido como enunciados que atuam como jogos de poder, transcendentemente aos aspectos puramente linguísticos, sendo contemplativos às estratégias que dizem questão tanto ao objeto enunciado quanto ao sujeito enunciante (FOUCAULT, 2013, p. 18-19). São variados os modelos discursivos, abrangendo diversas áreas do conhecimento, regendo-se por processos funcionais comuns (REVEL, 2005, p. 37).

Em Foucault os jogos de poder, na esfera discursiva, formas de disciplinar o objeto tratado, associando-se à regulação dos fenômenos e às relações dinâmicas de poder que envolvem o saber associado a fala (2015a, p. 100). Desse modo, discursos são expressões do poder na forma linguagem, em que há dinâmica nas relações de controle entre enunciante, objeto enunciado e receptor.

Foucault denomina campos de funcionamento que permitem a caracterização do discurso: o da exclusão, o do controle de discursos e o da imposição de regras aos

⁶ Por normalização, deve-se entender o processo jurídico fundamental de disciplinar por meio da norma.

sujeitos (2015a, p. 84-94). O discurso jurídico é passível de análise por meio destas estruturas de funcionamento, associando-se com aspectos gerais da construção discursiva por a ela pertencer.

2.1 Aspectos de controle externo do discurso jurídico

Ao observarmos as formas externas de controle e exclusão de discurso, pode-se analisar o enunciado⁷ jurídico por meio de suas circunstâncias determinantes.

O Direito é condicionado pelo ritual da circunstância, uma vez que sua aplicação é dada conforme o devido processo legal como ritual de validação, prescrevendo ao agente enunciante determinadas exigências para a legitimação do exercício judiciário (LUNARDI; DIMOULIS, 2007, p. 177). A inércia jurisdicional, que embasa o sistema jurídico brasileiro, é reflexo da dependência do direito à uma circunstância que o ponha em movimento institucional, seja ela a iniciativa da parte interessada ou mesmo fato social que incida na ordem normativa (ALBUQUERQUE, 2014, p. 71-75).

Desta forma, o movimento judiciário é dependente de circunstâncias alheias à vontade do emissor do discurso, atuando a estrutura jurídica na posterioridade do ato-fato que violou a inércia processual.

O domínio sobre o efeito dessa circunstância é caro ao discurso jurídico. Esse controle busca garantir ao aparato judiciário capacidade reativa e repressiva de compensação ao descumprimento normativo por meio de um determinado rito (LUNARDI; DIMOULIS, 2007, p. 176-178). Estando evidenciado que essa regulamentação processual se embasa nos paradigmas das instituições que o positivam.

A vontade de verdade é o processo que legitima ou não como verídico determinado saber, estando associada à época que se exerce. Dessa forma, a vontade de verdade define os conhecimentos tidos como verdadeiros pelas sociedades em determinado tempo, construindo os paradigmas das instituições sociais que os próprios órgãos de controle do saber propagam, exercendo assim uma pressão social do que é compreendido como verdadeiro (FOUCAULT, 2015a, p. 87-88).

⁷ Por enunciado deve-se entender “discurso”.

Pode-se perceber que o controle das verdades institucionais está profundamente associada aos enunciados jurídicos. A sua mutabilidade e instabilidade destes são características baseadas na dimensão sociais aos quais ele interfere, estando sempre disposto à criação de novas verdades judiciárias. Seguindo a concepção foucaultiana de Direito que, segundo Macedo (1990, p. 159), é “uma gestão e normalização dos legalismos⁸”, estando associado à mutação das concepções da lei e de seus efeitos.⁹

Destarte, a caracterização do enunciado jurídico pela sua relação entre os processos de controle permite a percepção do condicionamento do discurso judiciário tanto as circunstâncias que lhes são geradoras e condicionantes, quanto à vontade de verdade como processo de normalização do saber.

2.2 Imposição de regras ao sujeito

O discurso jurídico tem dupla face: rege e é regido por processo de limitação exteriores, impondo um conjunto de regras ao sujeito enunciante. O ritual jurídico e a sociedade de discurso judiciária são os agentes limitantes que melhor podem definir na ordem discursiva a relação entre os sujeito e enunciado.

O ritual é o limitador que exige do discursante determinadas qualificações, bem como define os comportamentos e os signos aos quais o emissor deve se ater na enunciação. Esse fator é fundamental à forma jurídica e ao funcionamento dos órgãos judiciários, delimitando aos procedimentos aos quais um enunciante habilitado deve se submeter para validar o discurso por ele proferido, conferindo o rito a legitimidade do enunciado (FOUCAULT, 2015a, p. 95).

O discurso judiciário é ritualístico. Atendo-se ao magistrado como expressão do Poder Judiciário, havendo necessidade de habilitação do sujeito do discurso. O fundamento normativo do juiz como enunciante que necessita de qualificação

⁸ Por “normalização dos legalismos” pode-se entender o caráter do Direito de disciplinar o que se entende por legalidade por meio de dispositivos normativos.

⁹ Um exemplo da modificação da vontade de verdade jurídica está na diferença entre as concepções punitivas do século XVII e início do século XVIII com as sanções penais posteriores à segunda metade do século XIX. As punições espetacularizadas e focadas no corpo do suplicado foram paulatinamente substituídas por penas que buscavam o mínimo sofrimento e exposição corpórea do sancionado. Sendo destacado por Foucault, como prova desse processo de modificação, a comparação entre a tortura e esquartejamento de Robert-François Damiens como sanção por parricídio e a punição incorpórea aplicada na casa de jovens detentos de Paris (2014, p. 9-19), salientando a mudança do paradigma da punição.

legitimadora é atestada tanto pela Constituição Federal (1988) que, no art. 93¹⁰, inciso I; quanto pela Lei Complementar 35 (1979), no art. 78¹¹. Ambas regulando sobre o ingresso na magistratura, conferindo ao sujeito do discurso judiciário uma qualificação requerida para sua atuação.

Em análise do fator de controle comportamental do magistrado, são positivados os códigos de processo, que determinam a ordem sequencial de atos de reação ao descumprimento normativo (LUNARDI; DIMOULIS, 2007, p. 176). O processo estabelece dispositivos aos quais o agente deve seguir para emitir discurso jurídico válido, de modo que limita a liberdade criativa deste, devendo respeito ao rito processual positivado. Tome-se como exemplo as diversas limitações que o Código de Processo Civil (2015) traz em seu bojo a fim de limitar os poderes da magistratura, como o disposto no artigo 8^o¹².

Como destacados por Revel (2005, p. 28-29), o controle é exercido para a vigilância, prevenção e correção de desvios. Na perspectiva jurídica, a necessidade de prevenção de desvios é importante tanto ao analisar a perspectiva daquele que descumpre a norma, quanto do ponto de vista de quem a aplica. Dessa forma, interessa aos aparatos jurídicos que, tanto o magistrado, quanto aquele que não ocupa o sistema judiciário procedam conforme o processo positivado. Assim, o controle exercido sobre os membros do judiciário concentra-se em evitar que eles transcendam seu papel de aplicadores do que já está estabelecido.

¹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

¹¹ Art. 78 - O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º - A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura.

§ 2º - Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei.

§ 3º - Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.

¹² Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Este rito processual se integra à sociedade discursiva, modelo de grupo discursivo o qual o aparato judiciário faz parte. A sociedade de discursos são segmentos sociais que tratam de preservar, discutir, integrar, aplicar e produzir discursos para que ocupem em determinados espaços (FOUCAULT, 2015a, p. 95-96).

Neste ponto, o Direito e, principalmente, o Poder Judiciário tomam forma de uma sociedade de discursos que realizam as funções clássicas deste grupo de sociedades, bem como torna o ambiente jurídico exclusivista. Este exclusivismo, fundamentado na linguagem e na necessidade de qualificações, torna o Direito uma sociedade jurídica efetiva no controle social e no exercício modificações sociais, tais como mudanças nos paradigmas da verdade e do socialmente costumeiro (SOUZA; ALVES; BRUTTI; 2016, p. 128-129).

2.3 A capacidade de associação com o discurso sociológico

O discurso jurídico é profundamente capaz de associar-se com o discurso sociológico. A associação entre o enunciado sociológico e jurídico toma a premissa que o Direito como ciência pode utilizar de outras formas de conhecimento sistematizado para embasar tanto o uso de seu poder coercitivo quanto mudanças de entendimento em relação a antigos costumes judiciários (FOUCAULT, 2013, p. 89).

Desse modo, provocam-se mudanças na vontade de verdade de determinada época pressionam a ciência jurídica e as práticas judiciárias a formar novos entendimentos.¹³

A associação ocorre pelo fato do Direito ser incapaz em analisar a completude dos fenômenos sociais, uma vez que concepção da ciência jurídica fundamenta seu estudo do poder nos fatos regulados na perspectiva da normalização do Estado (MAIA, 1995, p. 86). Tendo-se a percepção que o Poder Judiciário é expressão de um Estado constituído, as análises que esse Poder fará dos paradigmas de uma sociedade fluida serão, fundamentalmente, engendradas de uma visão estadista.

Desse modo, o entendimento clássico, expresso em uma máxima descrita por Bobbio (2014, p. 39): “[...] se é A, deve ser B, em que, segundo alguns A é o fato

¹³ A introdução do discurso sobre a sexualidade no inquérito do direito canônico, a partir do século XVII, é um exemplo dessa capacidade associativa que a forma jurídica tem de vincular-se com outras formas discursivas a fim de produzir determinados efeitos judiciários (FOUCAULT, 2015b, p. 21).

jurídico e B a consequência jurídica [...]” tornam-se insuficientes para explicar os novos modelos sociais aos quais a forma jurídica deve normalizar. Assim, a associação com a analítica sociológica busca a descentralização da compreensão dos fenômenos sociais de poder do monopólio do entendimento estatal, dando à forma jurídica novas ferramentas de análise social as quais o Direito antes não conseguia conceber.

Seguindo a lógica temática, a própria concepção sociológica das relações de poder dentro da esfera da autonomia sexual concedeu ao Direito a capacidade de garantir direitos às minorias sexuais. Esse recente destaque jurídico à liberdade sexual como parte da autonomia do indivíduo é resultado de um longo processo jurídico de maturação, partindo da compreensão de estruturas de poder social anteriores ao próprio Estado e embasando a legitimação dessa dignidade em aspectos essencialmente extrajurídicos (DUMAS; BANA, 2013, p. 365-367).

3 A dimensão social e jurídica da homossexualidade

As dimensões sociais e jurídicas da homossexualidade na história são importantes fatores de compreensão da forma como as práticas judiciais se modificaram em relação às populações LGBTT. A dinâmica histórica das regulações sociojurídicas da homossexualidade estão presentes em agrupamentos sociais heterogêneos, tomando a prática jurídica a forma de reguladora das práticas sociais consideradas relevantes o bastante para serem criminalizadas e reprimidas ou permitidas (FOUCAULT, 2013, p.118).

3.1 Regulação jurídica e social da homoafetividade

As relações entre a homossexualidade, as instituições sociais e a forma jurídica podem ser concebidas pelos aspectos que associam a expressão da sexualidade e sua percepção pela moralidade social refletida manifestações judiciais. Esses processos de associação discursiva encontram-se condicionados pela vontade de verdade da época, moldando as verdades e as associações institucionais (FOUCAULT, 2015a, p. 87-88), inclusive, em relação ao modo como os entes sociais percebem a homoafetividade.

Nesse contexto, a inserção da sexualidade nos discursos e, principalmente, sua relação com inquéritos ligados ao direito canônico passam a obter fundamental

atenção dos órgãos de controle social e poder após o fim do período medievo (FOUCAULT, 2015b, p.20). Assim, a disciplina imposta por instituições de poder coercitivo não estatal, tal qual eram as Igreja Católica Apostólica Romana e as comunidades religiosas anglicanas inglesas, influenciavam na dinâmica entre a moralidade sexual da comunidade e sua relação com a legalidade (FOUCAULT, 2013, p.91).

Assim, os aparelhos de coerção moral das instituições sociais e a forma jurídica se vinculam na criação dessa dimensão sociojurídica da homossexualidade. Um fundamental exemplo a ser destacado é a relação entre o processo sistemático de demonização do prazer sexual e, principalmente, do homoerotismo na teologia da Igreja Católica e sua associação com a os tribunais inquisitórios de 1646 na Bahia (GOMES, 2010, p. 29-30)¹⁴. Esse aparelhamento conjunto das práticas judiciárias com a moralidade social eram responsáveis por garantir o funcionamento do poder institucional aplicado pelos tribunais, havendo amplo apoio popular por meio de denúncias contra os “sodomitas” (GOMES, 2010, p. 108).

Constata-se que, no contexto da relação entre a forma jurídica e a sociedade, o Direito se fundamenta naquilo que ele regula, sendo a sociedade dependente da forma jurídica e, conseqüentemente, a incapacidade da existência de Direito sem sociedade (BARROSO, 2017, p. 174). Essa constatação da forma jurídica como parte disciplinar das sociedades que impossibilita a separação entre o tecido social e as instituições jurídicas capacita a conclusão de que, na lógica de Foucault, o Direito estaria condicionado às verdades institucionais que regulam os discursos do corpo social (FOUCAULT, 2015a, p. 87-88). Assim, a dinâmica social e suas evoluções em relação à legitimidade e aceitação social das práticas homoafetivas, bem como a vontade de verdade institucional, capacitam a forma jurídica à mudar as normas disciplinares relacionadas à sexualidade, incluindo-as como decorrentes da personalidade (DUMAS; BANA, 2013, p. 368).

¹⁴ Gomes (2010) destaca a importância da demonização do homoerotismo pela teologia católica do período medievo. Tendo a demonização da expressão homossexual contribuído para a justificação moral da perseguição das populações LGBTT, inclusive na visita do Santo Ofício ao estado da Bahia.

3.2 A *Scientia Sexualis*

Michel Foucault utiliza o termo *scientia sexualis* para definir a forma pela qual a sexualidade e seu elemento essencial de discurso e prática, o sexo, foram ajustadas em objetos de produção de verdade científica (2015b, p 76; REVEL, 2005, p.76).

O desenvolvimento da ciência da sexualidade foi construída sob a influência dos ritos confessionais cristãos do século XVI, os mesmos presentes nos tribunais inquisitoriais anteriormente citados, sendo gradativamente transferido para as práticas de disciplina familiar e pedagógica incidindo, finalmente, incidindo no universo jurídico (FOUCAULT, 2015, p. 76). A fundamentação científica da sexualidade introduziu ao discurso da sexual a capacidade de ser entendido sob a ótica da tecnicidade, sendo afastado o caráter de gradatividade, iniciação orientada e misticidade¹⁵ utilizados, principalmente, pela ICAR no controle da sexualidade (FOUCAULT, 2015, p. 79).

Assim, os processos de regulação e normalização da homossexualidade podem ser compreendidos no contexto de mudança da vontade de verdade e de saber sobre o homoerotismo. Com a mudança da arte sexual para a cientificação da sexualidade, a regulação da homossexualidade passa do caráter mágico-religioso da ideia do pecado para sua compreensão e regulação jurídica por meio de uma percepção psicológica, médica e sociológica do fenômeno (FOUCAULT, 2015, p. 77-80).

O Direito se aproveita da ciência da sexualidade como aspecto de fundamentação e associação à ela concernentes, afastando os aspectos de misticidade e de prática de caráter experiencial que antes a caracterizavam como uma arte erótica (FOUCAULT, 2015, p. 79-80). Sobretudo, a forma jurídica atua em associação fundamental com as instituições produtoras de verdades sobre a sexualidade, nela incluída a Sociologia, sendo esta associação incidente nos casos que dizem respeito ao Direito de normalizar aspectos da sexualidade.

Seguindo o recorte temático, o reconhecimento do casamento LGBTTT diz respeito à essa adoção da ciência da sexualidade como disciplina associada aos órgãos judiciários na fundamentação da decisão da ADI 4277 (STF, 2011). Utilizando da capacidade do Direito de associação, os ministros utilizam dos aspectos

¹⁵ Foucault caracteriza a chamada arte erótica como uma “[...] técnica erótica sutil e imanente a própria carne.” (2015, p. 79), distinguindo-a da visão moderna de compreensão científica da sexualidade.

fundamentais da evolução social, científica e moral da sexualidade para construir uma fundamentação normalizadora do novo contexto da sexualidade e sua dimensão social.

4 Os aspectos sociológicos da decisão

A ADI 4277 e a ADPF 132, foram ajuizadas pela Procuradoria Geral e pelo governador do Rio de Janeiro, deram caráter jurídico às uniões estáveis homoafetivas, conferindo interpretação conforme a Constituição o artigo 1723¹⁶ do Código Civil (BRASIL, 2002).

A presença das características fundamentais ao discurso jurídico, bem como os aspectos que concernem à dimensão social da homossexualidade estão evidenciados nos votos dos ministros. Conjugando os aspectos fundamentais do discurso jurídico à dimensão social da homoafetividade, é possível analisar os fatores discursivos que movem a decisão e fundamentam os enunciados dos ministros, como será estudado a seguir.

4.1 Dos aspectos do discurso jurídico no caso concreto

As características do discurso jurídico podem ser analisadas na decisão por meio dos aspectos suscitados nos votos dos ministros. Analisam-se os votos dos na perspectiva das formas de controle de discurso e dos aspectos da sociologia foucaultiana que possibilitam o entendimento histórico e social do processo. São selecionados trechos de votos dos ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Luiz Fux e Ayres Britto, relator do caso, pois permitem melhor compreensão dos temas que se pretende estudar.

Analisando os aspectos do controle externo do discurso jurídico na decisão, pode-se perceber a associação entre a circunstância que rompeu a inércia judiciária e a vontade de verdade das instituições jurídicas brasileiras em relação à

¹⁶ 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável.

homoafetividade. O destaque dado pelo ministro Ayres Britto ao “[...] avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes [...]” (STF, 2011, p. 613), bem como consideração que “[...] argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica [...]”, servem de evidência associativa entre a circunstância necessária para a produção discursiva judiciária: as violações; e a mudança nas verdades institucionais: o avanço constitucional no plano dos costumes.

A mudança na vontade de verdade jurídica brasileira também é evidenciada no destaque que o ministro Celso de Mello confere à evolução do tratamento jurídico brasileiro em relação com a homoafetividade. O ministro ressalta que as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas eram “[...] marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia [...]” contrapondo, posteriormente, os valores de verdade do discurso jurídico colonial à nova vontade de verdade do ordenamento brasileiro sobre a homoafetividade, argumentando que “[...] o julgamento que hoje se realiza certamente mudará a vida deste país e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.”.

O destaque da mudança da verdade jurídica referente ao homoerotismo pode também ser observada no voto do ministro Joaquim Barbosa. Analisando o posicionamento do ministro, pode-se perceber a associação entre a mudança social referente à homoafetividade e a pressão pela mudança da verdade jurídica sobre o assunto, culminando a incongruência entre o Direito e a sociedade na circunstância da insegurança jurídica. Desse modo, fundamenta o ministro:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre o qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração [...] (STF, 2011, p. 725)

Desse modo, é possível associar o contexto das circunstâncias que moveram a máquina judiciária no processo com a verdade jurídica a qual aquele sistema está condicionado. Assim, é possível contextualizar a circunstância da “inaceitável insegurança para os indivíduos” como uma mudança da verdade institucional que marginalizava as populações homoafetivas (STF, 2011, p. 278). Nesse contexto, o

ministro relator expõe afirmativamente a questão ao enunciar uma mudança no “espírito do tempo” em busca do aperfeiçoamento (STF, 2011, p. 637).

Já no contexto do controle do sujeito enunciante do discurso jurídico é possível observar a importância da manutenção segurança do ritual jurídico perante as mudanças na verdade institucional, evidenciando o caráter de sociedade discursiva atribuído ao Poder Judiciário. Assim, a atribuição da sociedades de discurso jurídico de manterem a segurança dos rituais judiciários é reiterada nos votos por meio do argumento da segurança jurídica.

Ainda, é possível atestar a importância da segurança jurídica para o funcionamento do ritual judiciário por meio da repetição de seu caráter de importância para a matéria. Tome-se como exemplo o trecho do voto do ministro Gilmar Mendes argumentando que “[...] a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.” (STF, 2011, p. 769).

Converge esta análise com a avaliação do ministro Ayres ao destacar a síntese dos argumentos do requerente: “[...] a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarretam insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;” (STF, 2011, p. 619).

O zelo pela segurança do rito judicial perante as mudanças que a interpretação conforme do artigo 1723 poderia causar tomam o exemplo da defesa do ministro Gilmar Mendes em relação à possível insegurança decorrente de interpretações conformes demasiado abstratas. O ministro utiliza da jurisprudência do STF, de matéria totalmente diversa¹⁷, para fundamental a importância do chamado princípio da segurança, destacando que:

“[...] quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas [...]” (STF, 2011, p. 760)

¹⁷ O caso referido foi o da demarcação da reserva Raposa Serra do Sol que, após decreto de demarcação assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, deu origem à Ação Civil Originária que reivindicava a exclusão das demarcações indígenas decretadas. A decisão do Supremo Tribunal Federal de suspender a retirada de populações não-indígenas foi tomada pelo ministro Mendes como uma causa de insegurança jurídica e de criação de conflitos regionais.

A segurança jurídica diz respeito a já citada qualidade do rito judicial de aparelhar o discurso judiciário de um modelo sancionador de validade. A esse respeito, o STF toma as características típicas de uma sociedade de discurso, cuidando da proteção e da manutenção dos discursos por ela proferidos de modo que, dentro do caso concreto, discute as adaptações mais seguras na resolução do litígio a fim de não ferir a chamada segurança jurídica. Desse modo, a preservação do ritual, apesar das mudanças das verdades institucionais, corrobora com a manifestação das características de controle do emissor impostas pelo discurso jurídico.

Por fim, a última característica fundamental do discurso jurídico que foi destacada na decisão foi a capacidade de associação com outras formas discursivas e, mais especificamente, com o discurso sociológico.

A manifestação do discurso sociológico nos votos dos ministros se apresenta como uma técnica de justificação da decisão e de entendimento dos fatores que levaram à mudança na verdade jurídica sobre a população LGBTT. Deste modo, pode-se destacar a utilização da sociologia de Nancy Fraser pelo voto do ministro Fux como ferramenta de compreensão da mudança na dinâmica da relação entre sociedade e sexualidade. Enuncia o ministro:

E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe: Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma "sexualidade desprezada", compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de status (STF, 2011, p. 689)

Portanto, é destaca-se a presença dos aspectos sociológicos do ministro Celso de Mello, destacando as mudanças no contexto jurídico da sexualidade e suas incidências na prática judiciária. Evidenciando, sobretudo, o caráter social ao qual o direito tomava como base para a regulação e a produção de normas de incidência social (STF, 2011, p. 826).

Corroborando, portanto, com a análise das características do discurso jurídico nos votos proferidos pelos ministros e da utilização das formas de controle discursivo sob a perspectiva judiciária da decisão do Supremo.

4.2. Da dimensão da sexualidade na decisão

A dimensão da sexualidade no voto dos ministros se apresenta como uma expressão da associação entre a *scientia sexualis* e o processo de regulação jurídica da homossexualidade. A manifestação da produção de saber científico sobre a homossexualidade incide no Direito como forma de fundamentar no rigor da ciência os assuntos tangentes a este.

Seguindo o recorte temático, é possível perceber um exemplo no voto do ministro relator Ayres Britto, consistindo na utilização do saber psiquiátrico de Carl Gustav Jung¹⁸ como argumento para fundamentar a não patologia do homoerotismo (STF, 2011, p. 637), usando da capacidade associativa do discurso jurídico para fundamentar seus argumentos nas verdades científicas da sexualidade. A utilização do discurso psiquiátrico para embasar o argumento do ministro que “[...] nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte.” (STF, 2011, p. 637), expressa um argumento jurídico baseado no saber científico da sexualidade.

Ao evocar, ainda, a perícia científica sobre o tema, destaca o ministro Ayres que a Constituição Federal (1988) busca “[...] proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles.” (STF, 2011, p. 636), tomando o saber médico e psiquiátrico como modelo de evidência dessa dimensão da homossexualidade. Desse modo, figuram os discursos científicos da sexualidade um papel de legitimação explicação dos fenômenos referentes ao homoerotismo e sua normalização pela forma jurídica.

A presença da ciência da sexualidade se faz também presente presente na utilização da Sociologia e do estudo dos contextos históricos da homoafetividade. O ministro busca no discurso sociológico um modo de compreender a verdade institucional do da forma jurídica nas visitas do Tribunal do Santo Ofício na Bahia e compará-la à da atualidade. Percebendo que “[...] a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões [...]” (STF, 2011, p. 832), reforçando sua tese de necessidade de mudança deste mérito no contexto institucional do Direito Brasileiro.

¹⁸ Psiquiatra suíço fundador da psicologia analítica.

Pode-se, desse modo, compreender que a pressão social que legitima a atuação do direito sobre a homossexualidade não é mais a mística religiosa, e sim a racional científica. Como destaca o ministro Celso de Mello ao analisar a atuação dos agentes do Estado que “[...] que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando”[...]” (STF, 2011, p. 811), contrastando com à perspectiva do ministro Ayres que analisa a sexualidade pelo “como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica.” (STF, 2011, p. 633).

Por fim, a presença da *scientia sexualis* na argumentação dos votos do ministros é observada como importante ferramenta de compreensão e de legitimação das decisões dos ministros. Desse modo, o uso da produção de verdades científicas sobre a sexualidade e seu estudo por meio da perspectiva sociológica corroboram com a ideia de uma decisão baseada em uma perspectiva de normalização dos laços da homoafetividade pelo Direito.

5 Considerações finais

Finalmente, pela análise da ADI pelos mecanismo de análise de discurso e poder em Foucault possibilitou constatações sobre os aspectos discursivos, sendo eles jurídicos ou não, que fundamentam e explicam a decisão.

A pesquisa compreende que a decisão do STF de conferir caráter jurídico às uniões homoafetivas foi uma forma de manifestação do poder jurídico de manter controle e normalizar práticas que tiveram sua dimensão social modificada. Deste modo, a decisão é resultado das mudanças nas vontades de verdade das instituições sociais, tendo o Direito que se atualizar para regular as novas exigências referentes às práticas sexuais.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal não teve caráter de vanguarda em relação à legitimação da existência da afetividade homoerótica como forma válida de vivência, pois ela já era anterior ao ordenamento estabelecido. Desse modo, a decisão é a expressão do poder jurídico de englobar novos temas socialmente relevantes, uma vez que foi identificada uma mudança na verdade social de determinada prática.

Conseqüentemente, os ministros não protagonizaram uma mudança na verdade social por meio da decisão judicial, ocorrendo justamente o inverso: as mudanças nas verdades sociais sobre a sexualidade pressionaram a instituição judiciária a atualizar seus rituais à nova verdade.

O entendimento da decisão como uma forma de disciplinar, por meio da conferência de caráter jurídico, associa-se também com as características da expressão dos saberes científicos da sexualidade na legitimação dos argumentos jurídicos. Desse modo, os órgãos produtores de ciência sobre a sexualidade associaram-se à forma jurídica para legitimar e explicar o caráter disciplinar que o tribunal pretende conferir à união estável, ou seja, associar-se a seu poder.

Finalmente, sem a capacidade da forma jurídica de associar-se às outras ciências e formas discursivas, seria impossível a cisão da inércia do Poder Judiciário. De forma que, o entendimento da mudança da verdade social não parte somente do Direito, mas de uma associação de saberes, principalmente a Sociologia, com os processos discursivos de entendimento da sociedade. Sendo a decisão fruto de circunstâncias profundamente ligadas à organização social a qual a forma jurídica controla e por ela é controlada.

6 Referências

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Michel Foucault e a teoria do poder. **Tempo Social**, São Paulo, v. 7, n. 1/2, p. 105-110, out. 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85209>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032015-121912/publico/O_principio_dispositivo_a_instrucao_probatoria_e_os_poderes_do_juiz.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 590 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: UNB, 2000. 666 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2 ed. Brasília: EDIPRO, 2014. 174 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 maio 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 02 maio 2019.

BRASIL. Lei Ordinária nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 maio 2019.

BRASIL. Lei Ordinária nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 maio 2019.

DUMAS, Camila C. O.; BANA, Isabella. A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo frente os limites da intervenção estatal na autonomia privada do indivíduo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 363-381, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista-09>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2013. 151 p.

FOUCAULT, Michel. **Grandes nomes do pensamento**: Foucault: gênese e estrutura da antropologia de kant - a ordem do discurso. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a. 110 p.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015b. 175 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. 42 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. 302 p.

GOMES, Veronica de Jesus. **Vício dos Clérigos**: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/stricto/td/1386.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial ?. **Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 175-194, dez. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15052/13722>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MACEDO, Ronaldo Porto Jr. Foucault: O Poder e o Direito. **Tempo Social**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 151-176, jan./jun. 1990. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701990000100151&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MACHADO, Hugo De Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. : 223 p.

MAIA, Antônio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. **Tempo Social**, São Paulo, v. 7, n. 1/2, p. 83-103, out. 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85208>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

NAPOLITANO, Minisa Nogueira. A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil. **História Hoje**, São Paulo, v. 1, n. 3, mar. 2004. Disponível em: <https://www.anpuh.org/revistahistoria/view?ID_REVISTA_HISTORIA=4>. Acesso em: 20 mar. 2019.

REVEL, Judith. **Foucault**: conceitos essenciais. 1 ed. São Carlos: Claraluz, 2005. 74 p.

SOUZA, Antonio Escandiel De; ALVES, Carla Rosane Da Silva Tavares; BRUTTI, Tiago Anderson. A elitização da linguagem jurídica e a necessidade de sua simplificação. **Signum: Estudos da Linguagem**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 123-140, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/signum/article/view/25125>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

STF. ADI 4.277/DF. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011. DJe, n. 198, 14 out. 2011, p. 611-880. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>>. Acesso em: 20 mar. 2019.