



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIEL CARDIM ROCHA

ATIVISMO DO STF NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

**Salvador
2020**

GABRIEL CARDIM ROCHA

ATIVISMO DO STF NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientadora: Profa. Esp. Ana Barbuda Ferreira

Salvador

2020

ATIVISMO DO STF NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Gabriel Cardim Rocha*

Resumo: No curso da história as relações homoafetivas foram narradas artisticamente com grafites e pinturas em vasos, de forma oral ou escrita, a depender da cultura de cada comunidade ou sociedade, verificando-se acerca delas, pelo prisma da fenomenologia linguística, preponderantemente quatro concepções discursivas, a saber, a religiosa, a pedagógica, a científica e do direito. As quatro concepções poderiam influenciar nas relações entre pessoas do mesmo sexo, tanto para idealizar igualdade entre os pares, como para enquadrá-los de modo transigível na dicotomia ativo/passivo, dominador/dominado caracterizada pelo papel social, seja pautado na complementaridade de funções, seja nas diferenças hierárquicas de poder que cada um exerce, ou ainda para exterminá-los. Este trabalho tem como objetivo mostrar o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF) nas relações homoafetivas nos autos do processo ensejado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). O procedimento técnico utilizado neste artigo foi o bibliográfico, esse tipo de material consiste em um conjunto de documentos que permitem identificar os dados utilizados para a elaboração do trabalho. Pode-se concluir que a decisão foi jurídico-política e mista, pois se calcou no direito pelo prisma da dogmática jurídica e no direito discursivo, possibilitada pelo apoio de forças políticas detentoras passageiras do poder, mesmo que em detrimento da vontade de grande parcela de cidadãos heteroafetivos e ou religiosos, em razão, dentre outros fatores, da formação histórica judaico-cristã em que estes foram criados.

Palavras-chave: União Estável Homoafetiva. Supremo Tribunal Federal. Ativismo.

1 INTRODUÇÃO

Ao mirar com essas lentes do paradigma discursivo para o Brasil, observa-se sua pretensão em efetivar o contexto Democrático de Direito, no qual as pessoas são compreendidas como livres e iguais. Entretanto, tem-se como efeito, o questionamento por elas de valores tradicionais. Daí as pessoas passam a criar e postular seus próprios padrões, a fim de nortear suas condutas, ainda que em detrimento de valores postulados pelas codificações conservadoras, tratantes da noção de certo e errado na moral, virtude e pecado na religião, lícito e ilícito no direito e tantas outras codificações, como das organizações profissionais etc. (CHAVES, 2012).

* Aluno do curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador. gabrielrcardim@gmail.com

Com isso, as pessoas do mesmo gênero que mantêm relações afetivas entre si, encaixam-se como resistentes aos valores calcados em tradições, quando buscam no Legislativo, a aprovação de leis que lhes beneficiem; no Executivo, a implementação de políticas públicas, voltadas para a inclusão social e reconhecimento da identidade dos indivíduos desse segmento da sociedade e no Judiciário, o reconhecimento jurídico semelhante aos heteroafetivos (COITINHO FILHO, 2015).

Desse modo, com intuito de suprir a indisposição do Legislador (formado por parcela significativa de utilitaristas conservadores do *status quo*) em aprovar projetos de lei que asseguram o reconhecimento de direitos e a sua efetivação para o segmento homoafetivo socialmente vulnerável, equiparando-os aos direitos dos heteroafetivos, o judiciário tem aparentemente se inclinado em articular-se para reconhecer e conter o choque entre direitos, assim como neutralizar conflitos daí advindos.

Propõe-se empregar no processo de significação do real o modelo discursivo entendido como o direito. Aliás, como todo discurso é arbitrário, já que seus significados são acordados provisoriamente. Para contrabalançá-lo, goza de precariedade propiciadora da desconstrução retórica. Contudo, espera-se que haja mecanismos e aparatos estatais para controlar seus efeitos. Com efeito, a linguagem concebida no conviver na pluralidade, cujas pré-compreensões com pretensão de verdade de cada indivíduo são relativizadas, já que se leva em consideração a natureza humana como apreendedora de pontos de vista diferentes com relação ao que seja o real (CHAVES, 2012).

Ancorados na dogmática jurídica estratégica brasileira, os decisores no Judiciário são auxiliados por regras de referência. Como exemplo: é tratado no âmbito do Direito das Famílias e ou Direito Homoafetivo, quanto a um dos desdobramentos da homoafetividade, a saber, a união entre pessoas do mesmo gênero, entendida como possível orientação afetivo sexual. Vislumbra-se às pessoas do mesmo gênero, mantenedoras de relação afetiva entre si, pretenderem o reconhecimento como entidade familiar, portanto a titularidade, juridicamente, de direitos e deveres recíprocos, bem como perante o Estado (COITINHO FILHO, 2015).

Para que a declaração de reconhecimento da união homoafetiva estável seja cristalizado em decisão jurídica (sentença ou acórdão), é provocado o Judiciário, seja no Juízo singular (órgão de primeiro grau), até o colegiado (órgãos de instâncias superiores). Obteve-se na história do Judiciário brasileiro, o reconhecimento desse

tipo de relação como sociedade de fato (união com fins lucrativos) de competência da vara cível. Que por sua vez atualmente foi superado pelo reconhecimento da união homoafetiva estável (com intenção de constituir família) de competência da vara de família, assegurando direitos e deveres equiparados à união estável heteroafetiva sob suposta Interpretação Conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil (CC) (COITINHO FILHO, 2015).

Os homoafetivos e simpatizantes demonstram acreditar que foi feita justiça com tal decisão jurídico-política. Em contrapartida, segmentos religiosos e os heteroafetivos tem sua opinião dividida, pois quem se opõe continua a registrar em cadeia nacional, a injustiça proporcionada pelo Acórdão. Destarte, propõe-se descrever o caráter retórico do Voto do relator. Será utilizada a retórica como método de pesquisa a ser seguido, no sentido de condição humana para agir dialeticamente no mundo jurídico, teórico e prático pelo prisma histórico, humanístico e cético moderado (REZENDE, 2018).

Retórica essa, como instrumento para o exame racional percuciente dos preconceitos positivos e negativos, convenções ou dogmas, tendo em vista algum juízo de valor, servidora de ponte para o ceticismo relativista moderado descobrir o dogmatismo e a intolerância escamoteada e no lugar destes plantar uma ética da tolerância inclusiva do ser humano com sua complexidade no mundo. No que tange às técnicas de coletas de dados, utilizar-se-á o método da documentação indireta, como a jurisprudência do STF em relação ao tema aqui tratado (voto do relator na ADPF 132 como ADI); bem assim, o entendimento da dogmática jurídica brasileira, livros e artigos científicos que tratem do tema em alusão (REZENDE, 2018).

A hipótese levantada nesse artigo foi: A fundamentação jurídica por meio do voto do relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 não foi realizada somente conforme a Constituição Federal, todavia em interpretação filosófica de informações extra dogmáticas discursivas de função retórica.

A questão que se pretende responder é: a interpretação de acordo com a Constituição feita pelo STF, como medida fixada para fundamentação de rogativas por advogados e sentenças por juízes monocráticos, confere qualitativamente à complexidade da demanda do reconhecimento da união estável homoafetiva, ocasionando confiança social por meio da prolatação de sentenças e acórdãos razoáveis?

O objetivo geral desse artigo é mostrar o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF) nas relações homoafetivas nos autos do processo ensejado pela ADPF 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Já os objetivos específicos desse artigo científico são: descrever os avanços e retrocessos históricos nas relações afetivas entre pessoas do mesmo gênero; identificar mudanças históricas no tratamento jurídico das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo e empregar a retórica como ferramenta de análise jurisprudencial do voto do relator na ADPF 132.

O procedimento técnico utilizado neste artigo foi o bibliográfico, esse tipo de material consiste em um conjunto de documentos que permitem identificar os dados utilizados para a elaboração do trabalho. A metodologia utilizada nesse trabalho foi a pesquisa qualitativa, a pesquisa qualitativa serve para investigar de forma profunda, a opinião de um dado público com relação a um produto, bem ou serviço. Os resultados não são baseados em dados numéricos, mas em depoimentos e informações dos pesquisados.

2 AVANÇOS E RETROCESSOS HISTÓRICOS NAS RELAÇÕES AFETIVAS ENTRE PESSOAS DO MESMO GÊNERO

Tratar-se-á aqui do processo de significação do real pela linguagem, ritmado sua mutabilidade em construção e desconstrução pela conjuntura política de cada contexto histórico, às vezes aparentando incoerência, inerente às flutuações relacionais afetivas entre indivíduos do mesmo sexo no decorrer temporal em que atuam como forjadores da história. Para isso será abordado pelo viés relativista: considerando o que Adeodato (2017) chama de às preferências dos participantes, aos consensos linguísticos, às capacidades de causar dano ao outro, de distribuir vantagens, em suma, ao ambiente da comunicação, contudo, sem almejar definir o indefinível processo histórico. Será analisado como é construída a ideia de relação visando perceber os espaços de interação com essa questão, movimentos atuantes na modificação da vida historicamente.

Com isso, tentar-se-á desconstruir esses discursos e se possível compartilhar uma proposta discursiva. Com respeito aos discursos que versam acerca das relações afetivas e ou sexuais entre pessoas do mesmo sexo, percebem-se as potencialidades e vulnerabilidades ao pretender consolidar uma hegemônica representação do ser humano ideal, submetido a regras e normas de exercício da sexualidade e convivência

afetuosa com os da sua espécie. Observam-se nas civilizações antigas, como a cultura Grega, Romana e nas suas herdeiras: as comunidades e sociedades existentes da Idade Média à contemporaneidade, transformações concretas e conceituais com relação à homossexualidade (CHAVES, 2012).

Na conjuntura da história da humanidade é uma constante esse tipo de relação, ganhando-se destaque entre pessoas do sexo masculino, a exemplo da cultura grega como obtempera Dover (2015), o poder de deliberar e de tomar decisões políticas, e a autoridade para aprovar inovações sociais e culturais eram dominados pelos homens adultos da comunidade. Nesse contexto, era invisibilizado o exercício da sexualidade e do afeto entre mulheres, ainda assim, por muitos especialistas que se debruçam acerca do tema, enxergam uma suposta referência para elas, qual seja, a poetisa Safo de Lesbos. Platão para responder o porquê da existência de atração sexual entre pessoas do mesmo sexo, faz menção ao amor deste que foi um dia um terceiro gênero (andrógino) como preferível, ao do heterossexual, porque não voltado à procriação e, portanto, mais inclinado a um desenvolvimento no sentido puramente espiritual, vale dizer, pedagógico.

2.1 Discurso pedagógico

Quanto ao discurso pedagógico esclarece Dover (2015) que a cosmovisão grega tendia constantemente a compreender como pedagógica a relação masculina, cujo provocador era um cidadão adulto chamado de erastes (parceiro mais velho) que deveria conquistar o amor do eromenos (parceiro mais jovem) ao instruí-lo apresentando-lhe suas virtudes, tais como paciência, devoção e habilidade. Por outro lado, o amor do eromenos pelo erastes manifestava-se por admirá-lo, sendo-lhe grato e solidário, impulsionando-se a conceder-lhe favores e prestar-lhe serviços almejados.

Ao tornar-se adulto em qualquer comunidade grega, o eromenos passava de pupilo para amigos e a continuidade de uma relação erótica era desaprovada, assim como era desaprovada uma relação deste tipo entre pessoas da mesma idade, este tipo de relação para Costa (2017), tratava-se de pederastia, portanto fica compreendido, a determinação de um período do que se entende hoje por adolescência utilizado naquela época para aprendizado educacional e prática sexual entre adolescente e adultos.

2.2 Discurso científico

Com respeito às relações afetivas masculinas, traduzida pelo discurso científico Costa (2017), aventa ficou demonstrado que os médicos romanos consideravam o desejo de ser penetrado uma patologia que podia ser diagnosticada (uma classificação da como doença anterior à sua suposta invenção no século XIX), no final do qual pregou-se o advento do conceito médico-psiquiátrico, com o substantivo homossexualismo (pessoas de sexo idêntico que mantêm relação sexual entre si), caracterizando uma orientação patológica, portanto, um dos sintomas do(a) portador(a) de doença mental.

Segundo Costa (2017), a patologização das relações entre pessoas do mesmo sexo, teve em *Von Krafft Ebing*, o precursor, com a *Psychopathia Sexualis* (1870) que classificava o homossexualismo no rol das psicopatias, seguindo-o M. Eck, em contrapartida, a *American Psychiatric Association* excluiu em 1975 o homossexualismo da lista de distúrbios psiquiátricos. Constata-se também o emprego do conceito homossexualismo pela Organização Mundial de Saúde (OMS) na Classificação Internacional das Doenças (CID) desde a 6ª revisão (1948) até a 9ª edição (1980), esse conceito transitou por várias categorias. Vale explicitar, personalidade patológica da subcategoria desvio sexual; desvios e transtornos sexuais. Observa-se que em 1985 deixou de ser registrado o homossexualismo como doença mental no art. 302 do Código Internacional das Doenças (CID) e em 1995 o câmbio para o vocábulo homossexualidade, no capítulo dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais, na sessão de transtorno de preferência sexual.

Por fim, em 17 de maio de 1990 foi retirado da CID pela OMS, cuja data tornou-se o Dia Internacional de Luta contra a Homofobia. No Brasil, desde 1985, o Conselho Federal de Medicina excluiu a homossexualidade da lista de desvios sexuais. Na mesma direção o Conselho Federal de Psicologia, em março de 1999, deliberou que os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas. Nota-se a ciência retificando seus equívocos, depois de dois séculos, em que pese os efeitos discursivos destes, continuaram enraizados na cabeça de tantas pessoas, a orientar seus padrões de conduta (CHAVES, 2012).

2.3 Relação do discurso religioso com o direito

O tratamento negativo da sexualidade pelo discurso respaldado no Divino, na situação específica das relações homoafetivas, tidas como impuras ritualmente, portanto inadmissíveis, tornando-se uma imutável preocupação, valorizando-se por outro lado, a propagação étnica⁹⁸, demonstra-se no judaísmo desde a Torá (/Lei), assim como pelo cristianismo e islamismo. A Igreja Católica atingiu o ápice da tratativa das relações apenas sexuais entre pessoas do mesmo sexo no século XIII, quando Santo Tomás de Aquino lançou em sua Suma Teológica as bases da condenação cristã aos atos homossexuais como contrários à natureza. Esse discurso de antinaturalismo é sustentado até hoje quanto a homossexualidade, como se apreende do Catecismo (COITINHO FILHO, 2015).

Ensina-nos Costa (2017), a compilação do direito canônico serviu para acentuar o monopólio da produção intelectual jurídica na idade feudal, concentrada agora pelo clero, nas universidades. Os doutores abalizados pela Igreja passam a interpretar o antigo direito romano segundo a vontade do poder papal, expresso no desejo insaciável de poder legitimado pela retórica cristã. Na alta Idade Média, a jurisdição eclesiástica amplia a sua atuação e passa paulatinamente a julgar os casos relativos ao casamento e ao direito de família. Apoiada no Decreto de Graciano, a Igreja passou a controlar os mais diversos aspectos da vida, desde a vida dos religiosos, passando pelo Direito dos sacramentos até a família, educação, relações civis e estatuto político. O trabalho dos juristas-canonistas serviu para regulamentar a vida sob a égide do poder de Roma: implantar a verdade aprovada pelo poder é controlar a instituição do real. Cabia à teologia impor a verdade da revelação e excluir os heréticos que a ela não se adaptassem.

O repúdio às relações entre pessoas do mesmo sexo está cristalizado também no Novo Testamento, livro guia de várias religiões cristãs e ainda pelo livro sagrado Alcorão da religião Islão. Apreende-se nesses correntes religiosos retros mencionados, uma inquietude em regrar a sexualidade para estruturar-se a constituição da família calcada em sexos diferentes visando à reprodução e perpetuação da prole que, em tese, asseguraria a continuidade ao culto do sagrado, fenômeno este condutor do social-político-econômico sempre concentrado na figura patriarcal (REZENDE, 2018).

Decorreram efeitos da marcante concepção divina na vida das pessoas do mesmo sexo, que mantinham relações entre si e que viviam um amor que não ousava dizer o nome. Conforme a Bíblia, o judaísmo, na antiguidade penalizava com a morte

os praticantes das relações homogenitais. O Cristianismo religião oficial do Estado na Idade Média, trilhou o mesmo entendimento pela Igreja Católica com o Santo Ofício (Inquisição). Em que pese, neste período haver um dissenso entre os primeiros padres da Igreja, como Adeodato (2017) preleciona, Lactâncio (250-325) e Salviano de Marselha (400-480) pediram tolerância dos cristãos para com os bárbaros e hereges, porquanto afirmaram que seguir uma religião depende da livre vontade.

Na contemporaneidade, a Igreja, apesar do conflito¹⁰⁸ entre suas tendências, aparentemente avançou tangenciando-se com os direitos humanos, pelo menos no que diz respeito à inviolabilidade da integridade física das pessoas do mesmo sexo que se relacionam. Por outro olhar, no Catecismo da Igreja Católica estão cristalizados posicionamentos contraditórios, ao tratar das pessoas, cujo modo de se relacionar é direcionado a outrem do mesmo sexo. Ora o Catecismo diz que devem ser acolhidos com respeito, compaixão e delicadeza e evitar-se-á para com eles todo sinal de discriminação injusta, entretanto, a única forma de admissão deles como membros é viver para servir a Igreja, renunciando a sua orientação sexual; ora em tal livro se argumenta respaldado na ciência que a gênese psíquica dos homoafetivos continua amplamente inexplicada; ora, ainda, conceitua a orientação sexual deles de inclinação objetivamente desordenada, contrários à lei natural, não procedem de uma complementaridade afetiva e sexual verdadeira, atingindo a integridade psíquica e moral desse grupo social (CHAVES, 2012).

Em países, onde a influência da Igreja na sociedade e no Estado é grande, como é o caso do Brasil, o posicionamento majoritário daquela e suas ações cominam em rejeição de quaisquer legislações elaboradas pela função legislativa, atos administrativos de governo na função executiva, interpretações e aplicações da lei pela função judiciária, e a nível internacional, dos Tratados e Convenções acerca de Direitos Humanos, que tenham por fim tutelar a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo (REZENDE, 2018).

2.4 Discurso do direito

Há uma experiência em comum quanto às relações heteroafetivas e as homoafetivas, a saber, o afeto, cuja conquista deve-se ao regime democrático adotado em países, proporcionador de jogos entre forças políticas constantemente atuantes, a provocar as alterações fundamentais na vida do ser humano. Ao tratar do

Poder Constituinte e seu fundamento filosófico, Adeodato (2017), chama a atenção que aquele pode servir-se de uma ética da tolerância proporcionadora da justiça e da dignidade para conviver com a pressão da universalização dos direitos humanos pelo direito internacional, como também com fatores políticos e sociológico.

Daí Adeodato (2017), exemplificar a concorrência de conteúdos éticos à positivação do direito, descrevendo cinco grupos com discursos referentes ao que se fazer com os homoafetivos: 1º Exterminá-los; 2º Deixá-los viver, porém o mais distante das crianças para não exercer sua influência quanto à orientação sexual; 3º Assegurar-lhes todos os direitos, exceto os de família; 4º Assegurar-lhes todos os direitos igualmente aos heteroafetivos; 5º Obrigar todos os seres humanos a serem homoafetivos. O que definirá qual desses incompatíveis discursos será convertido em direito positivo é a política, nesse caso, com repercussão geral, o Legislativo ou como já virou costume no Brasil, o STF.

Em se tratando do discurso do Direito, sob o ângulo da dogmática jurídica, estratégica brasileira, especificamente no ramo do Direito das Famílias constitucionalizado, no qual se inclui hoje os direitos e deveres dos homoafetivos, cuja união é entendida como possível orientação afetivosexual que para Silva Júnior é caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas de idêntico sexo biológico, o que não se reduz a simples escolha ou opção, visto ser lugar comum, dizer-se que ninguém escolhe sofrer, assumindo uma orientação sexual-afetiva em sociedades ou comunidades que a estigmatizam (CITADIINO, 2012).

Vislumbra-se também esse entendimento em Dias (2014) criadora do conceito sob o neologismo homoafetividade proposto a substituir o conceito de homossexualidade, com a finalidade de frisar quão afetivas podem ser as relações entre pessoas do mesmo sexo. Conforme Barroso, os homoafetivos no Brasil ostentam sua identidade sexual, desfrutam de afetos entre si e buscam a própria felicidade.

Dados do Censo 2016 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) contabilizaram mais de 60 mil duplas declaradamente homoafetivas. No entanto, observa-se o não comprometimento social, por parte do Legislativo, indisposto em aprovar projetos de lei que positivam direitos, facilitando efetivação destes, em favor do segmento homoafetivo identitariamente vulnerável. Nota-se o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, de forma escamoteada, por alguns juízes, como uma sociedade de fato (união com fins lucrativos) de competência da vara cível,

embora essa interpretação jurídica demonstrar-se limitada, por causar a amplificação do grau de desconfiança social quanto à sua capacidade de resolver lides através de sentenças legitimáveis (racionais ou não arbitrárias), mitigando a eficácia e legitimidade conferidas ao órgão julgador (CITADINO, 2012).

Para suprir isso, o Judiciário tem aparentemente se inclinado, ao tentar neutralizar conflitos advindos de preconceitos negativos e normativos, atribuindo semelhantes direitos dos heteroafetivos aos homoafetivos. Pelo lado jurídico, para que seja a união homoafetiva estável declarada o seu reconhecimento é a decisão jurídica cristalizada em sentença ou acórdão, depois de provocado o Judiciário, através do Juízo singular (órgão de primeiro grau) ou dos tribunais e supremos tribunais pátrios. Tem-se por outros juízes, o reconhecimento da união estável homoafetiva (união com intenção de constituir família) de competência da vara de família, baseado no art. 1723 do CC/2002 sob suposta interpretação conforme a constituição (COITINHO FILHO, 2015).

Esta tese usada na fundamentação dos juízes reflete acerca da equiparação da relação entre pessoas do mesmo sexo como união estável e familiar resultante da interpretação do art. 1º, inc. V; art. 3º, inc. IV; art. 226, § 3º todos da CF/88 e o art. 1723 do CC/2002, e ainda a Lei nº 9.278/1996 (regula a união estável), os quais o prático jurídico instrumentaliza para decidir litígios processuais. Mormente, essas teses têm suas raízes fincadas no paradigma da racionalidade e cientificidade moderna, padecente de condições para resolver alguns problemas, concernentes a pautas sociais manifestadas em ambientes políticos democráticos, nos quais as pessoas esperam do decisor qualidade na sua decisão, com fundamentação razoável capaz de tornar-se eficaz e legítima (REZENDE, 2018).

O Direito no Brasil, entendido pelo que os Ministros do STF dizem haurir da Constituição, reconhece a união de duas pessoas do mesmo sexo que mantem relação entre si, como relação afetiva com a finalidade de constituir família. Com isso, tentam neutralizar conflitos e exaurir a possibilidade dessas lides serem rediscutidas nas funções do Estado. Dito de outro modo, a afetividade, elemento extradogmático que se converteu em dogmático, outrora, dignificou tão somente as relações heterossexuais na medida oportunizada pela contemporaneidade, vem maximizar a dignidade das pessoas que compõem as relações chamadas, por essa corrente de pensamento, de homoafetivas (REBOUL, 2018).

2.5 A retórica: ferramenta jurisprudencial da ADPF 132 como ADI

Na pós-modernidade, o Direito comporta paradoxos, como a visão positivista jurídica que o vislumbra com atributos de absoluto, universalizante e sistêmico, instrumentalizado pela dogmática jurídica ambientada pelo conhecimento analítico que prima pela verdade através de demonstrações, na utilização do silogismo proveniente de raciocínios lógicos dedutivos para neutralizar conflitos e choques de direito. Essa visão é tradicional e sua aplicabilidade limitada, pois impõe um acordo universalizante de valores, frente a problemas sociais complexos (CITADIINO, 2012).

Percebe-se isso no contexto Democrático de Direito, cujos modelos de orientação de condutas construídos pelas pessoas são dos mais diversos, já que acreditam estarem protegidas sua liberdade e igualdade perante a lei. Direitos esses, proclamados pelas Constituições de cultura ocidental, pelas quais o Brasil, como tantos outros, é influenciado na posição de periferia. O que possibilita esse agir livre no mundo pelas pessoas consideradas iguais é o discurso retórico, cujo caráter precário ou provisional dinamiza a luta diária pelo reconhecimento de direitos existentes constitucionalmente, porém negligenciados pelo legislador no exercício do poder derivado, na regulação para manutenção de fenômenos inerentes a vida (COITINHO FILHO, 2015).

Diante da insurreição de pautas sociais contemporâneas e complexas, a dogmática jurídica tem compartilhado seu espaço de atuação com a retórica que é relativista e ciente da incerteza e da impossibilidade da total apreensão do real. Esta enxerga o direito numa perspectiva discursiva forense e procura arquitetar o verossímil com argumentações, a depender do caso entendido por Foucault como conjunto de circunstâncias que qualificam um ato e podem modificar a aplicação da regra (KRELL, 2016).

Nessa abordagem retórica do direito, Costa (2017), confessa que retoricamente, o Direito passa a determinar as regras de opção ética (ordem semântica) e a fornecer o ambiente propício à exposição de anseios por mudanças (ordem pragmática). Assim sendo, não regula tudo, torna-se antes um *minus* na tentativa de preservar das ações nocivas ao coletivo, reconhece suas limitações e assim humaniza-se.

A concretização do Direito é possível como discurso forense, onde ocorre o confronto de opiniões discursivas, bem como da inclusão da postura ética

relativamente cética moderada, conduzida por um ceticismo saudável, pirrônico, imune aos discursos ontológicos, verdadeiros, impostos de cima para baixo pelas grandes soluções; da tópica e da retórica constituindo uma técnica capaz de negociar com parcela da sociedade, significações linguísticas no presente, maximizando a possibilidade de tornar a decisão jurídica (ato político do decisor), eficaz e legítima intrapartes. Nessa vertente Andrade (2015) diz que as palavras, as coisas, os objetos do nosso discurso não possuem significação intrínseca; os sentidos são construídos, ressignificados na interação, quando atores sociais atuam sobre os objetos e negociam a primazia do sentido naquele contexto.

Então essa segunda visão surge para suprir a limitação da dogmática jurídica, já que infrutífera foi à tentativa de criar um modelo universalizado de decisão a priori, só resta construí-lo a posteriori no próprio discurso decisional, contextualizando-a com fragmentos discursivos que tentam negociar entre as partes envolvidas no litígio o mínimo razoável na decisão ou homologação de acordo. Pode-se dizer também que no contexto pós-moderno, o Direito é percebido através de apresentação metafórica, bifurcando-se, como Santos nominou, em regulatório (positivista) e emancipatório (crítico ao positivismo) (CITADIINO, 2012).

O regulatório é tradicional preocupando-se com a segurança e com a ordem buscada pela dogmática jurídica estratégica, com a universalização de regras teóricas de referência instrumentalizadas principalmente em textos de leis, negociadas no pretérito e aplicadas inquestionavelmente à solução de problemas presentes. Por conseguinte, o modelo em tela nega tratamento e observância dos fatos e dos valores pelo cientista dogmático que fica apenas com as normas e desperdiça a experiência, culminando em óbices a mudanças sociais, uma vez que nessa acepção equivocada o direito é teórico e não prático (KRELL, 2016).

Preocupa-se mais com a ideia de razoabilidade e verossimilhança situando-se no fenômeno linguístico do paradigma da linguagem, no qual os cétricos moderados, participantes de um entre tantos grupos retóricos, defendem que as noções possíveis de verdade emanam de um acordo presente, mediante o impulso da invenção e persuasão de seus articuladores, desvendando a intolerância e sugerindo uma ética da tolerância para com o modo de ser das pessoas (KRELL, 2016).

Esse último modelo é crítico e defende a oxigenação das escalas de valores pré-fixadas pelo legislador para que possa acompanhar a eleição de novos valores em uma realidade social em constante mudança proporcionada pela construção

gradual do Estado Democrático de Direito, fixando-as, casuisticamente, em cada decisão judicial ou acordo ratificado (REBOUL, 2018).

2.6 Desconstrução retórica dos argumentos jurídicos no processo em tela

Este trabalho tem por finalidade perceber como se encontra o discurso jurídico brasileiro quanto ao reconhecimento da união homoafetiva estável, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132, de 27 de fevereiro de 2008, impetrada pelo governador do Rio de Janeiro, cujo mérito já foi apreciado. Coloca-se sob o jugo da abordagem retórica a função da própria retórica da interpretação conforme a Constituição empregada para fundamentar a decisão jurídica e política tomada pelo STF envolvendo violações a direitos fundamentais ou subjetivos do seguimento social homoafetivo (CITADIINO, 2012).

Os argumentos do texto do voto crucial do relator na ADPF 132 proferido em 04 de maio de 2011 pelo Ministro do STF, Carlos Ayres Britto. A desestruturação retórica aqui proposta, buscará a compreensão teleológica do texto, confessando os impactos dos argumentos, seja no próprio autor, enquanto reproduzidor ou criador daqueles, seja nos destinatários, leitores críticos, estranhos morais e rebeldes a pautas axiológicas pretensamente gerais e universalizantes legadas da modernidade (KRELL, 2016).

Dessa maneira, compartilhar-se-á a percepção em relação à qualidade dos argumentos constituintes do voto do relator, ao tratar de problemas concernentes às relações humanas complexificadas culturalmente, cuja árdua deliberação do acórdão pretende eficácia e legitimidade, em contextos éticos, plurais e democráticos da contemporaneidade ou pós modernidade, nos quais se impõe fundamentação decisional razoável ao jurista (REBOUL, 2018).

2.6.1 Contextualização: união homoafetiva nos debates jurídicos do Brasil

É perceptível na contemporaneidade a contribuição do arcabouço doutrinário e jurisprudencial brasileiro na neutralização de conflitos das diversas situações insurgentes frente a lacunas do ordenamento jurídico com respeito às uniões homoafetivas. Para esses problemas são apreendidos e usados conceitos jurídicos, ora pelo modelo patrimonialista, edificado no Direito Empresarial, qual seja a

sociedade de fato; ora pelo modelo afetivo-familiar edificado no Direito das Famílias (VECCHIATTI, 2012).

A trilha de tratamento pela jurisprudência pátria envolvendo uniões homoafetivas vislumbra-se em decisões judiciais que não as compreendiam com natureza de família, portanto equivaleriam à sociedade de fato. Por outro lado, houve quem postulasse pela aplicabilidade da analogia em respeito ao regramento da união estável heteroafetiva à união homoafetiva. Com a intenção de obter uma solução, quanto à equiparação da união homoafetiva à união estável heteroafetiva, o governador do Rio de Janeiro apresentou em 27 de fevereiro de 2008 ao Supremo Tribunal Federal - STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132, fornecendo uma possibilidade de discurso decisório aos ministros (CITADIINO, 2012).

2.7 Voto do relator sob análise retórica

Em uma análise retórica percuciente do texto referente ao voto do relator é preciso identificar aspectos prévios informadores do discurso. Perelman (2014) delinea como se dá a relação entre o orador e o seu auditório, para que a argumentação retórica possa desenvolver-se, é preciso que o orador dê valor à adesão alheia e que aquele que fala tenha a atenção daqueles a quem se dirige: é preciso que aquele que desenvolve sua tese e aquele a quem quer conquistar já formem uma comunidade, e isso pelo próprio fato do compromisso das mentes em interessar-se pelo mesmo problema.

Identificou-se que o relator se preocupou em buscar a adesão do seu auditório, pois, principalmente aos heteroafetivos demonstrou que nada hão de perder ao terem seus direitos fixados como parâmetro de equiparação para os homoafetivos. Quanto aos religiosos deixou claro que se decidisse contra o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, em razão por exemplo, de não poderem procriarem conjuntamente, haveria de fazê-lo também quando provocado, no tocante, aos padres praticantes da abstinência sexual. Em resposta ao relator que:

Administração Pública atuar conforme o enunciado da Súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (habeas corpus, mandado de segurança, recurso extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o STF pode conferir esse efeito

convertendo o entendimento em Súmula Vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento jurídico a norma tida como inconstitucional (PERELMAN, 2014, p. 45).

Faz parte da comunidade jurídica obteve a atenção do auditório, em especial do advogado da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). O ponto em comum entre eles é que fazem parte da comunidade jurídica-política e querem o bem dos indivíduos brasileiros, assim como a manutenção da matriz monogâmica, ainda que com visões retóricas do direito, antagônicas ao interpretar a Carta Magna, divergindo na significação do conteúdo positivado nesta (VECCHIATTI, 2012).

2.7.1 Quem fala para quem?

Por esse norte, observa-se que orador é o Ministro relator/interprete Carlos Ayres Britto, cujo voto conseguiu a adesão de todo o colegiado que consequentemente faz parte de uma comunidade jurídica capaz de dizer a última palavra no exercício da função jurisdicional. Por outro lado, para o colegiado julgador do STF fala a parte autora, o governador do Estado do Rio de Janeiro através da oradora, a Procuradora-Geral do Estado, Lúcia Léa Guimarães Tavares, em nome daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem e mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos fluminenses, bem como a parte ré, o Estado brasileiro, representado pela Advocacia Geral da União AGU, que por sua vez demonstrou-se a favor do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

Contudo, como o ambiente é discursivo forense, espera-se logo uma tríade, duas partes com argumentos antitéticos entre si, buscando persuadir terceiros, o membro do poder judiciário, da força de seus argumentos, postos discursivamente, o que não ocorre, pois estavam na condição mitigada respectivamente de *amici curiae* a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e *amicus curiae* (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

Os oradores participantes do julgamento falam no período de coexistência da modernidade e pós-modernidade, com efeito desta, paira o descrédito quanto a quaisquer discursos autoritários e autorreferentes obstando a atração social da eficácia e legitimação por eles (KRELL, 2016).

Em oposição a qualquer discurso desfavorecedor do reconhecimento da convivência em união estável de homoafetivos servidores, em cotejo a proteção jurídica concedida à união igualmente estável de servidores heteroafetivos, postula a parte autora e demonstra-se de acordo o relator. O intento do autor é persuadir com um discurso possivelmente mais acertado com as forças políticas sociais dominantes nesse contexto ético democrático de direito, para adesão pelo interprete na justificação de seu Voto (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

O relator, com o silogismo dialético, fixa um ponto de partida, cuja regra é apenas provável, visto parecer verdadeiro. Concluída as considerações sobre as questões processuais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132 acolhidas como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), não interessantes para esse estudo em tela, desenvolve os argumentos de seu voto como relator. Observa-se que o relator em sua cadeia persuasiva se utiliza excessivamente de tipos que apelam para a sensibilidade do leitor (elemento *pathos*) (VECCHIATTI, 2012).

O relator conhece da ADPF contrariando a lógica silogística dogmática, ao antecipadamente decidir, nos limites de seu voto, desde logo, a lide, pois com base em seus valores e precompreensões inventa (*inventio*) um significado para a relação entre pessoas do mesmo gênero, para depois construir os argumentos fundamentadores (*dispositio*) capazes de racionalizar e permitir a legitimação dessa escolha, portanto, o processo de decisão parte do particular para o geral ao invés do contrário (KRELL, 2016).

O relator passa a impressão de empregar a reta-razão aristotélica no âmbito da hermenêutica constitucional como retórica para garantir uma ética da justiça, ao dizer na sua atividade decisional delimitada no voto que na Constituição tem a resposta para o tratamento jurídico da união homoafetiva, e, movido pelo elemento *ethos*, caracteriza-a. Ele rechaça precedentes anteriores amparados pelo texto de lei contra essas uniões, bem como parece tentar fugir do excesso de decidir apenas pelas suas pré-compreensões.

Só depois o relator busca referência na dogmática jurídica (senso esclarecido) ao utilizar os topos doutrinário do conceito de homoafetividade que designa vínculo de afetividade (topos extra dogmático que com o advento da CF/88, sabe-se lá como, converteu-se em um topos intra-dogmático) e solidariedade entre companheiros (as) do mesmo gênero, bem como faz menção à utilização corriqueira deste conceito. Mais

uma vez, o relator tenta validar seus desígnios por meio do acordo prévio quanto à significação discursiva do conceito da homoafetividade.

No caso em tela, nota-se que, por causa da conceituação do vocábulo homossexual ter no curso da história tornando-se pejorativa, foi recepcionado pelo relator o vocábulo homoafetividade. Este é vocábulo novel empregado no âmbito jurídico, porém não utilizado no legislativo, o que torna questionável o uso convencional do termo interpretação quanto método precursor da decisão, uma vez que, em seu sentido comum na doutrina brasileira, percebe-se como ato pelo qual o hermeneuta procura apreender o sentido da norma jurídica, alcançar sua verdadeira inteligência e o seu justo sentido técnico (KRELL, 2016).

Como é sabido, no Brasil, outrora, aquele que mantinha relação com pessoa do mesmo gênero não era protegido pelo Estado, por não se amoldar ao tipo do texto legal na ótica dos conservadores. Daqui por diante, com a nova roupagem vocabular, inserida na norma jurídica decisional do STF, o *ethos* desses indivíduos desloca-se da marginalidade para tornar-se sujeito de direito merecedor da proteção do Estado pretendente à efetivação da democracia e do direito. Vale ressaltar, o direito, encarregado da tarefa de significar quase todas as coisas, pode apoderar-se do poder hermenêutico para dominar simbolicamente a sociedade, a interpretação pelo relator do direito contido na Constituição acerca do afeto entre pessoas do mesmo gênero é o que determina inclusão (reconhecimento e concretização de direitos) ou exclusão (continuidade à marginalização) de dado seguimento social, então é o que os juristas do STF diz que determinará o exercício ou não de direitos pelos envolvidos em litígios ou contemplados pelo resultado jurídico em razão da repercussão geral na sociedade (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

Além disso, o relator usa o elemento *ethos* equivocadamente quando verbalizou cunhar o neologismo heteroafetividade, este na verdade já tinha sido inspiração de Dias (2014) no seguinte fragmento impositivo distinguir a essência de um gênero de união estável que permite mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva que está para além do sexo. Daí o relator desenvolve a sua cadeia argumentativa ou formas de retoricamente justificar seu voto. O relator, ao agir no sentido de afirmar ser a relação homoafetiva, quando estável, uma família, e não uma sociedade de fato, subtraiu-lhe da área do Direito das Obrigações ou do Direito Empresarial, possibilitado, em razão do câmbio de contexto social, das escalas de valores, por conseguinte, influentes na significação dos termos.

Na degladiação entre o topo da afetividade construído de escalas de valores socialmente contingentes, outrora extra dogmático, e o topos dogmático da patrimonialidade construído pelo legislador, tem maximizado acertos àquele na contemporaneidade, aproveitando-se o paradigma emancipatório das falhas do modelo regulatório de direito e de alguns mecanismos deste para atingir a pretensão de substituí-lo através da ocupação gradual do espaço (VECCHIATTI, 2012).

Na retórica interpretação conforme a Constituição, o relator parece ater-se à razoabilidade e verossimilhança de forma vanguardista discursiva, ao acordar com o auditório por meio da invenção e persuasão uma ética da tolerância para com o modo de ser humano, suplantando, ainda que circunstancialmente, os topoi sustentados por uma parte da jurisprudência e da doutrina, quais sejam: 1º obrigação da dualidade de sexo na constituição da família; 2º união entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato com fins lucrativos. O relator busca humanizar o direito e isto é um problema para o direito dogmatizado ou positivo, ancorado no texto de lei como norma, isolado do fato e do valor, no caso em tela, a Constituição (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

Vale chamar a atenção que o relator, em sua série persuasiva, ciente que não poderia agradar a todos, apela para a sensibilidade daqueles que em seu favor, momentaneamente, pende o prato da balança para as forças políticas mais fortes, ao fazer uso do elemento *pathos* conduzindo-se em dois momentos primordiais. No primeiro momento ele tenta sensibilizar narrando a relação a dois, independente da dualidade de sexo.

O relator, para tratar da polissemia das palavras usadas no texto de lei convencionalizado como norma, usa uma linguagem poética ainda mais polissêmica e institui em seu raciocínio uma dúvida (talvez seja preciso entender o amor para poder interpretar os institutos jurídicos). Ele faz isso conforme sua pré-compreensão do assunto em tela, diga-se de passagem, eivada de elementos extra dogmáticos, em que os aspectos temporal e emocional (a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal) tem a finalidade de valorização positiva de inclusão da relação homoafetiva e de formação da norma jurídica individual.

Perceber-se como o relator subordina a razão ao afeto, sendo este desconhecido ao direito positivo que se afirma posto. O relator generaliza a não distinção das normas quanto à espécie feminina e masculina no exercício do afeto entre pares, supostamente guiando-se pelo paradigma constitucional, cujo imperativo

é a proteção dos direitos fundamentais, tendo como marco, a dignidade da pessoa humana e decorrente dela no Direito das Famílias, a afetividade. Por outro lado, no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 enxerga-se a olho nu a distinção reafirmada no projeto do Código Civil aprovado em 2002, cunhado no art. 1.723 (KRELL, 2016).

Vale ressaltar, o relator abre-se discursivamente para a realidade social das relações homoafetivas e tenta manter a segurança jurídica quanto ao posicionamento jurídico reacionário de raízes no pretérito quanto ao concubinato, cuja aceitabilidade social ascende nesse contexto histórico hodierno. Na continuação do segundo trato normativo, o relator fala do princípio da dignidade humana que, para Adeodato (2017), reclama igualdade que por sua vez é um norte retórico, um topo, cuja vida de cada um encarrega-se de individuar; como também é um problema jurídico-político, em razão das pessoas não serem iguais em potencialidades genéticas, oportunidades ou com o acaso, seja sorte ou azar.

Confira-se o que o relator diz:

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 [...] (DIAS, 2014, p. 90).

Ainda na análise do último fragmento, Adeodato (2017), aduz que pela ótica positivista a dignidade da pessoa humana implica democracia, porquanto as duas vieram grudadas ao mundo da modernidade e não tem como dissociá-las; sobretudo, ambas soltas sem constrangimentos de um direito posto, válido por sua própria natureza, exige uma ética da tolerância: já que todos são juridicamente iguais, estão no mesmo espaço público, porém com visões de mundo diferentes. No trecho a seguir, percebe-se que o relator, ao seu modo, usa o topo doutrinário de Andrade (2015, p. 67), de que tudo que o direito não obriga ou proíbe ele permite:

[...] 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. [...] 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) [...].

Nota-se que o relator usou um argumento fortíssimo em razoabilidade perante os *Amicus Curie*, principalmente da Igreja Católica que se posicionaram contrários ao reconhecimento da união estável homoafetiva, por esse tipo de relação segundo este, não está positivada na Constituição ou em quaisquer Códigos Pátrios. O relator externou que esse silêncio da Constituição quanto ao desfrute da sexualidade é o reconhecimento de direito subjetivo a intimidade concretizada pela liberdade de utilização com parceiros adultos, a prática do onanismo e a abstinência frequentemente praticada pelos celibatários. No parágrafo 26, o relator, ainda a desenvolver seu raciocínio, pondera acerca da equiparação da união homoafetiva à união estável heteroafetiva e pretende a verdade ao usar o expediente (Se é assim), utilizando o topo legal (direitos clausulados como pétreos):

Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição 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 situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade (DIAS, 2014, p. 45).

Para isso ele dá a entender que compartilha com o auditório a interrogação do desamparo da Constituição àquela relação. O relator enaltece a coloquialidade do conceito família no art. 226, caput da Constituição e insere nele as uniões homoafetivas ao realizar o processo de ressignificação para o mundo jurídico:

De toda essa estrutura de linguagem Prescritiva [...], salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente [...] ela 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) [...] (ANDRADE, 2015, p. 67).

É notória a mitigação da visão conceitual do ser humano como condutor de sua vida em plenitude, predominante, pela função de sua genitália e emprego tão somente em determinados locais corporais entre duas pessoas do sexo oposto, incluindo-se exitoso e temporariamente o discurso valorizante do modo de ser dessa fração homoafetiva da sociedade.

Os conceitos jurídicos, a exemplo do matrimônio e família no caso da ADPF 132, seguirão sendo reformulados moralmente frente a barreira hermenêutica imposta pelos sentidos sedimentados pelos tribunais constitucionais, independentemente se eles são ativistas ou não. Não há elemento biológico ou cultural absoluto, a construção dos conceitos jurídicos é retórica. Assim que a atividade de interpretação é inerentemente política, quando se concedem os direitos ou se os nega, de modo que o reconhecimento do caráter político do discurso jurídico é um passo importante para que o direito não seja utilizado como um mecanismo de exclusão social (FERREIRA; ARAÚJO JUNIOR, 2012).

O dogma não consegue acompanhar as mudanças dos fatos sociais, então o dogma é uma visão normativa do direito positivista clássico, a qual fecha os olhos para os fatos e os valores. Enquanto que o texto de lei não muda, os fatos e os valores continuam a mudar o que gera novas significações do texto de lei. É o que se percebe no final do voto do relator:

[...] dou ao art. 1723 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 está como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (DIAS, 2014, p. 45).

Então, Costa (2017), chama de implicação dialética de norma-fato-valor, ou seja, direito é aquele produto da decisão, que interfere no plano factio-valorativo e que faz mudanças significativas, caso não faça é expectativa de direito, por exemplo, se nesse caso, o voto seguido por todos os Ministros resultante em um acórdão favorável for cumprido, jaz o direito. Agora, se por ventura os juízes nas demais instâncias entenderem nos litígios que lhe chegarem por não reconhecer esse tipo de união com base na livre convicção como julgadores atestada em lei, aí estar-se-á diante de mera expectativa de direito que não se concretiza.

3 CONCLUSÃO

A decisão foi jurídico-política e mista, pois se calcou no direito pelo prisma da dogmática jurídica e no direito discursivo, possibilitada pelo apoio de forças políticas detentoras passageiras do poder, mesmo que em detrimento da vontade de grande

parcela de cidadãos heteroafetivos e ou religiosos, em razão, dentre outros fatores, da formação histórica judaico-cristã em que estes foram criados.

Representa, portando, a decisão do STF e o direito a ela inerente, solução razoável, eficaz e legítima, apenas para o segmento social homoafetivo e simpatizantes ao reconhecer a união estável com intuito de constituir família equivalente a união heteroafetiva, maximizando a dignidade daquelas pessoas.

Percebeu-se como o relator tenta humanizar o direito positivo que se afirma posto e autônomo, ao subordinar sua razão ao afeto, sendo aquele ancorado no texto de lei como norma, isolado do fato e do valor. Quanto à questão da promoção de justiça pelo direito positivo para os envolvidos nessa demanda judicial, infere-se que o direito cristalizado pelo relator em seu voto é um sistema que, através de cláusulas, retoricamente se abre para os valores sociais produzidos pela sociedade, trocando, a depender do ponto de vista, preconceitos positivos ou negativos por outros preconceitos positivos ou negativos e de maneira instrumental neutralizando conflitos.

Por outro lado, frente a demandas sociais, gera problemas, na ocasião de estabelecer o que queira dizer alguns conceitos cristalizados nas leis, como é o caso de promover o bem de todos. Cabe ao decisor negociar a significação dessas cláusulas abertas no nosso direito positivo, por meio da retórica, do discurso e dos argumentos.

O relator socialmente se comprometeu com essa parcela da sociedade discriminada negativamente pela visão simplista da orientação sexual. Entretanto, para manter a segurança jurídica, quanto ao posicionamento reacionário de raízes no pretérito, no tocante ao concubinato, cuja aceitabilidade social ascende nesse contexto histórico, o relator fechou temporariamente as portas do judiciário para o reconhecimento jurídico das formas poligâmicas de relações pluriafetivas como entidade familiar.

Por enquanto, mantém-se a afetividade freada pela matriz monogâmica, a esperar a repercussão das mobilizações dos ditos cidadãos livres e iguais perante a lei para romper com esse obstáculo resistente culturalmente, mas frágil, diante da atuação de possíveis detentores do poder, capazes de alargar o raio de alcance desse subprincípio da dignidade da pessoa humana, a afetividade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, José Armando de. Justiça: uma invenção retórica? **Rev. da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 46, n. 8, p. 133-141, 2015.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade um panorama luso-brasileiro. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CITADIINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, v. 3, n. 1, p. 56-81, 2012.

COITINHO FILHO, Ricardo. O lugar do afeto na produção do homoafetivo: sobre aproximações ao familismo e à aceitabilidade moral. **Revista Ártemis**, v. 19, n. 1, p. 168-178, 2015.

COSTA, W. S. **Uniões homossexuais e possibilidades de analogia com uniões estáveis**. Porto Alegre: Simplíssimo, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DOVER, Kenneth James. **A homossexualidade na Grécia antiga**. 4. Ed. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

FERREIRA, Alex José de Sousa; ARAÚJO JUNIOR, Vicente Gonçalves de. A União Homoafetiva e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Uma Análise Do Posicionamento Do STF. **Revista CEPPG – CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão**, v. 15, n. 26, p. 112-134, 2012.

KRELL, A. J. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Rev. Quaestrio Iuris**, v.9, n. 1, 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

REBOUL, Oliver. **Introdução a retórica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

REZENDE, W. S. **As relações entre direito, política e sociedade**: Retórica e Teoria da Ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.