

## **(In) visíveis casais: conjugalidades homoeróticas e discursos de magistrados brasileiros sobre seu reconhecimento jurídico<sup>i</sup>**

Rosa Maria Rodrigues de Oliveira<sup>ii</sup>

Partindo de estudo de caso realizado nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, articulo questões teóricas presentes no campo dos estudos de gênero e antropologia com as posições jurídicas sobre casamento, união estável e família, identificadas pela análise de acórdãos judiciais<sup>iii</sup> e interlocução com vinte e cinco desembargadores acerca de recursos judiciais sobre as “conjugalidades homoeróticas”. A análise aponta a influência do “sexo/gênero” das partes na tomada de decisões judiciais. Constata-se ainda a manutenção da desvalorização do trabalho doméstico em particular de homens gays, que litigam em inventários contra o espólio de parceiro falecido a fim de garantir sua condição de herdeiros. Contudo, há uma tendência que pode ser considerada mais “positiva” do que “negativa” nas decisões dos tribunais em estudo, se a discussão for relativizada de um ponto de vista da concessão de partilha de bens a alguns sujeitos.

*Palavras-chave: homoerotismo; conjugalidades; poder judiciário.*

## **(In) visible couples: homoerotic conjugality and speeches of Brazilian Magistrates on their legal recognition**

Based on case study carried out in the Courts of Justice of Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Sao Paulo and Minas Gerais, articulate theoretical issues present in the field of gender studies and anthropology and legal positions on marriage and stable family, identified by the analysis of judicial decisions and dialogue with twenty-five judges on judicial remedies on how homoerotic "conjugal." The analysis indicates an influence of the "sex / gender" of the parties to the judicial decision-making. There is still maintaining the devaluation of domestic work in particular gay men, inventories in litigating against the estate of a deceased partner to ensure their status as heirs. However, there is a trend that may be considered more "positive" than "negative" in decisions of the Courts in the study, the discussion in context to a point of view award sharing assets to some subjects.

Keywords: Homoeroticism; conjugality; Judiciary.

## Introdução

O tema do reconhecimento jurídico das “conjugalidades homoeróticas”<sup>iv</sup> no Brasil remonta a década de 1980, quando o movimento homossexual brasileiro já incorporava sua reivindicação, conforme Regina Facchini (2005) nos relata sobre o II Encontro Brasileiro de Homossexuais, que já pautava o então denominado *casamento gay*. Os dados que apresento neste artigo, de fato, demonstram que as primeiras decisões de recursos judiciais publicadas nos *sites* dos 27 Tribunais de Justiça brasileiros sobre a questão começaram a aparecer no cenário jurídico-político do país em 1989.

A pesquisa realizada em São Paulo no ano de 2005 durante a “9ª Parada do Orgulho GLBT” concluiu que a maioria dos cerca de 70 eventos desta natureza que ocorreram no Brasil naquele ano “trouxeram para as ruas o tema da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo (...)”. (CARRARA ET AL, 2006:13), demonstrando a atualidade desta questão na agenda política do movimento. O sociólogo Luiz Mello (2005), em estudo sobre a tramitação desde 1995 do projeto sobre união civil entre homossexuais no Congresso Nacional, já acentuava que “talvez não seja exagerado dizer que, em face das resistências dos parlamentares para apreciar o Projeto de Lei nº. 1.151/95 (...), o Poder Judiciário é a instância que, na ausência da lei, normatizará o amparo legal às relações entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma como procedeu em relação às uniões concubinárias”. (MELLO, 2005:22)

Interessei-me pela análise das divergências de interpretação sobre o conceito de família pelos Tribunais de Justiça envolvendo as conjugalidades homoeróticas durante o curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que concluí em 2002<sup>v</sup>. Em 2005, ao iniciar uma pesquisa nos *links* dos Tribunais de Justiça brasileiros, parti de considerar que a maioria dos pontos de vista contrastaria com decisões do final da década de 1990 que encontrei no Estado do Rio Grande do Sul. Tais acórdãos apresentavam-se já neste período majoritariamente mais favoráveis ao reconhecimento jurídico das conjugalidades homoeróticas, inclusive equiparando-as em sua natureza jurídica ao conceito de “*união estável*” – previsto na Constituição da República como possibilidade que envolveria apenas o casal formado por “homem e mulher”, conforme se lê abaixo do texto do art. 226:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º. O casamento é civil e gratuita sua celebração. § 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º. **Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.** (grifei)

É importante destacar que na legislação brasileira a *união estável* assume o caráter de unidade familiar – situando os litígios no campo do direito de família, enquanto que a *sociedade de fato* pode ser celebrada no âmbito do *direito das obrigações*. A controvérsia no caso das pessoas do mesmo sexo consiste no fato de não ser pacífico o entendimento quanto a seu enquadramento legal. No TJRS a maioria dos desembargadores vem desenvolvendo o entendimento de que há a necessidade de equiparação entre casais de pessoas do mesmo sexo e casais de pessoas de sexo oposto para o estabelecimento de partilha de bens e outros temas derivados do direito de família.

Assim, o enfoque adotado na análise mostrou que a diversidade de opiniões oculta atrás do aparente binarismo “conservadores x progressistas” merecia relativização, partindo da análise dos resultados observados, que remetem – mesmo com os obstáculos impostos pela controvérsia acerca da ausência de fundamento legal – a uma tendência geral ao reconhecimento da *partilha de bens*, com maior ou menor grau de aceitação quanto à condição de *casal* conferida ou não às partes, a partir da adoção de certo ponto de vista técnico-jurídico, que reconhece nestas uniões uma “sociedade de fato” e não uma “união estável”.

Neste artigo, a partir da articulação de aspectos teóricos fundados na teoria feminista, teoria crítica do direito e antropologia, proponho uma análise interdisciplinar sobre os dados referentes a acórdãos judiciais e entrevistas sobre o fenômeno das conjugalidades homoeróticas desde um ponto de vista de seus relatores no campo jurídico.

## **Aspectos metodológicos**

Entre os anos de 2005 e 2009 realizei periodicamente levantamento pela internet nos “links” de acesso aos vinte e sete Tribunais de Justiça do país, com o objetivo de criar um quadro demonstrativo da situação nacional sobre as respostas do poder judiciário a partir das demandas por reconhecimento de conjugalidades homoeróticas. Organizei os dados documentais analisando-os num primeiro momento de um ponto de vista quantitativo (maior quantidade de acórdãos), para posteriormente analisar as diferentes percepções expressas pelos discursos dos acórdãos judiciais estudados em paralelo à entrevistas realizadas com os desembargadores relatores destas decisões.

Articulei técnicas quantitativas e qualitativas de pesquisa, adotando os procedimentos de coleta e leitura das decisões encontradas, primeiro a partir desta busca exploratória nos

sites dos tribunais de justiça brasileiros, para posteriormente situar quais os Estados onde concentraria o foco das entrevistas, por concentrarem cerca de noventa por cento da média de recursos no país: *São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais*. Utilizei os seguintes termos de busca nos Tribunais, e fui classificando os resultados encontrados por palavras-chave, numa primeira triagem: *união homossexual, união homoafetiva, união estável + homossexuais, sociedade de fato + homossexuais, união estável + homossexualismo, sociedade de fato + homossexualismo, dissolução de vínculo + homossexuais, união entre pessoas do mesmo sexo, relacionamento homossexual, casamento + homossexuais*.

Busquei ainda mais dados em duas das principais publicações jurisprudenciais do país, a “Revista dos Tribunais” e a “Revista Forense” e apoiada na abordagem metodológica para análise jurisprudencial criada por SCHRITZMEYER (2004), construí a partir daí diferentes fichas de análise, que me levaram a quantificar e compreender de um ponto de vista interdisciplinar o que observaria em campo com os/as 25 desembargadores/as e juízes /as entrevistados/as. Adotei um questionário semi-estruturado para realizar as entrevistas, e procurei identificar, na sua aplicação, as representações e sentidos atribuídos acerca da “formulação” e da “obediência” à lei encarnadas no ato jurisdicional, de modo a compreender seu papel sobre a produção de subjetividades e reconhecimento jurídico ou não. Montei fichas de coleta destes dados divididas por subtemas de maior recorrência, e conforme sua pertinência separei e comparei algumas falas mais representativas de cada campo para análise, entre as quais destaco as mais relevantes para este artigo em seguida.

## **Gênero, conjugalidades e família: estudos antropológicos feministas e crítica jurídica**

O debate sobre conjugalidades e parentalidades homoeróticas apareceu como pauta essencial para as ciências humanas no contexto provocado pelas profundas alterações observadas na relação entre família e sexualidade ao longo da história, objetos especiais de estudo da antropologia feminista no final do século XX. Maria Luiza Heilborn (2004), analisando as novas configurações familiares, explica que “tais mudanças resultam, por um lado, de um longo processo que tornou a conjugalidade um domínio relativamente autônomo da família, orientado por dinâmicas internas nas quais a sexualidade ocupa um lugar central; e por outro, do fato de que o exercício da atividade sexual deixou de ser circunscrito à esfera do matrimônio”. (HEILBORN, 2004: 08-09)

Miriam Grossi (2003) aponta, igualmente, que o final da década de 1990 foi marcante para a alteração dos “modelos ocidentais de parentesco”, que a partir do reconhecimento jurídico das conjugalidades homoeróticas, passam a assumir novas referências além da “díade do casal heterossexual com sua prole”. (GROSSI, 2003, *passim*).

A pesquisa identificou pontos de vista opostos nas interpretações jurídicas sobre *casamento, união estável e família*, que demonstram o modo como a *dicotomização sexual* torna-se ou não pressuposto para concessão de acesso ao matrimônio a sujeitos de direito plenamente capazes de contratar. O Código Civil possui três artigos que descrevem bem como esta questão é tratada na legislação brasileira:

**Art. 1.514:** O casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. **(grifei)**

**Art. 1517 :** **O homem e a mulher** com 16 (dezesesseis) anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representante legais, enquanto não atingida a maioridade civil. **(grifei)**

**Art. 1566:** São **deveres** de ambos os cônjuges: **I - fidelidade recíproca; III - vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.** - **(grifei)**

Deste modo, as principais categorias normativas representativas da família e do casamento identificadas nos discursos de acórdãos judiciais e entrevistas são sustentadas em classificações mantidas em conformidade com a “necessidade” da presença da dicotomia sexual para a consideração de um casal, sobre a base biológica que une sexualidade e reprodução traduzida em regras sociais e morais como “intenção de constituir família” e “fidelidade recíproca” – de outro lado, exigíveis a qualquer pessoa pela legislação do matrimônio, independentemente de sua sexualidade.

A base das noções tradicionais sobre a família e o casamento na ciência jurídica brasileira, lidas em alguns dos principais doutrinadores estudados nas escolas de direito nacionais, como Maria Helena Diniz (2008), Caio Mário da Silva Pereira (2005) ou Orlando Gomes (2002), é fundada na defesa de uma crença na constituição de um “tipo geral” de “família” que parte da concepção segundo a qual aquela é composta pelos genitores e seus

filhos.

Numa definição clássica, o direito de família é descrito como um “complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares, curatela, tutela e ausência”. (BEVILAQUA, 1976)

Guilherme C. N. da Gama (2001) aponta que a influência para a formulação do Direito Civil e de família (como um de seus ramos) brasileiros foi recebida do direito português, por sua vez constituído a partir do direito romano e canônico. As Ordenações Filipinas orientaram no Brasil os primeiros regramentos normativos em matéria de Direito Civil “até o advento do Código Civil de 1916”, hoje revogado pelo Código de 2002. (NOGUEIRA DA GAMA, 2001: 38)

Nogueira da Gama (2001) define a família como “uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção criada pelo homem”, e em sentido *estricto*, a família abrangeria “os cônjuges e seus filhos” (NOGUEIRA DA GAMA, 2001: 40).

Caio Mário da Silva Pereira (2005) reconhece a diversificação do conceito de família a partir da Constituição Federal, mas inicia sua definição por seu “sentido genérico e biológico”, segundo o qual “considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum”, acrescida do cônjuge, e também composta eventualmente pelos “filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)”, caracterizando-a como “a célula social por excelência”. Para o autor, ainda, os “três setores em que o Direito de Família atua” são as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais, figurando o casamento como a instituição mais importante deste ramo do Direito Privado. (SILVA PEREIRA, 2005:19-20 e 34, *passim*).

No que se refere à normatização sexual para a constituição da família, o doutrinador observa que até que a Constituição Federal seja modificada, “onde é expresso o reconhecimento da união estável ‘entre um homem e uma mulher’, a diversidade de sexos é requisito para a sua caracterização”, e embora reconheça que já exista em “nossos Tribunais” mais espaço para as “uniões homoafetivas”, as mesmas “encontram na ‘sociedade de fato’ a sua caracterização, a gerar direitos para os parceiros, na medida de sua participação”. (SILVA PEREIRA, 2005: 545)

Para Jane Flax (1992), contudo, é preciso desconstruir os significados que são conferidos à *biologia/sexo/gênero/natureza*. Parte do problema aí proposto é que *sexo/gênero*

tem sido uma das poucas áreas em que a corporificação (usualmente feminina) pode ser discutida em discursos ocidentais (não científicos). Uma das explicações encontradas relaciona-se ao fato da *reprodução*. Abordando as diferenças anatômicas sexuais, Flax pensa que as mesmas estariam “inextricavelmente ligadas à (e de algum modo [seriam] mesmo causadoras da) sexualidade”. (FLAX, 1992: 239-40).

Joan Scott (2002), por sua vez, ressalta que a aceitação da dicotomia acarreta a desvantajosa qualidade de conferir “identidades fixas e análogas a homens e mulheres”, reforçando de forma sub-reptícia “a premissa de que pode haver uma definição oficial e autoritária de diferença sexual. Em consequência disso, é aceito como pacífico que diferença sexual é um fenômeno natural – reconhecível, mas imutável - quando na verdade não passa de um daqueles fenômenos indeterminados (tais como raça e etnia), cujo significado está sempre em discussão”. (SCOTT, 2002, p. 18)

Sherry Ortner (1981) considera a esfera das relações de parentesco e casamento como consequência variável, embora clara, das várias formas como noções culturais de gênero e sexualidade articulam as relações sociais em determinadas sociedades. Os diversos achados etnográficos encaminham para uma necessária relativização das estruturas familiares, revelando que há um investimento culturalmente hierárquico em suas definições em nossa cultura, daí a noção de *estruturas de prestígio* (ORTNER e WHITEHEAD, 1981: 12), noção que penso pode ser adequada para compreender a “precedência social” das relações de conjugalidade entre heterossexuais em oposição às unidades familiares compostas por pessoas do mesmo sexo, principalmente por sua inscrição na ordem da natureza em função da reprodução.

O amor conjugal, reabilitado pela higiene no Brasil colonial, foi útil para que a “ordem médica” instalasse uma série de aconselhamentos relacionados ao que é considerado como o amor romântico, em oposição ao chamado amor higiênico. Será justamente o “modelo médico do homem-pai”, tomado por Jurandir Freire Costa (1999) para enfatizar a insistência na educação física, moral, sexual e intelectual, que se torna a medida para as condenações a outros personagens desviantes na história da sexualidade: os libertinos, os celibatários e os homossexuais.

O homossexual era execrado porque sua existência negava diretamente a função paterna, supostamente universal na natureza do homem. A manipulação de sua vida, neste caso, servia de antinorma ao ‘viver normal’, assimilado ao comportamento heterossexual masculino. Contudo, além desse valor ‘teratológico’ segundo a ótica populacionista, a homossexualidade

reforçava inúmeros outros objetivos higiênicos, todos eles ‘preventivos’ das eventuais distorções que o homem poderia sofrer em sua marcha da infância até a futura condição de pai. (COSTA, 1999: 247-8)

Com base nestas premissas é que a sexualidade do ‘casal natural reprodutor’ passa a ser a medida para a legitimação do casamento entre homem e mulher como representação da família normalizada na atualidade. O sociólogo Michel Bozon (2004) explica que os “debates públicos contemporâneos sobre as questões sexuais suscitam indagações tanto sobre o sentido das mudanças recentes na sexualidade quanto sobre as evoluções da sociedade. A sexualidade serve como linguagem para a sociedade, da mesma forma que as relações sociais e as normas da sociedade estruturam a sexualidade”. Bozon procura com isso situar a sexualidade como uma questão *política*, que atua como uma “norma oculta dos debates públicos”, e cita o exemplo das campanhas de prevenção à AIDS para dizer que há uma “íntima associação entre posições políticas radicalmente opostas [...] e as orientações íntimas através das quais os indivíduos dão coerência à sua experiência individual da sexualidade.” (BOZON, 2004:145)

Eric Fassin (2006) discute, finalmente, a apropriação pelo Estado da categoria “sexo” e reflete sobre os usos deste termo em contrapartida de certa recusa quanto ao conceito de “gênero” como aplicável às políticas públicas na França no século XXI. Comentando o caso de duas transexuais que casam, e que não se enquadram nas categorias “homem/mulher”, pois ambas são femininas, apesar de uma delas não ter feito a cirurgia de transgenitalização, o autor afirma que “as políticas sexuais se situam na articulação das esferas pública e privada, das leis e costumes, do direito e das normas. Ao invés de renovar essas oposições binárias, elas lhe trazem problemas. Assim, elas remetem à questão da distinção entre Estado e sociedade civil que organiza as políticas não governamentais”. (FASSIN, 2006: 167)

Loin d’être naturel, le sexe lui-même s’avère politique – et ce qui le manifeste, paradoxalement, c’est l’invocation du genre par l’État. On le voit, l’action se joue ici à l’interface d’une politique des droits et de l’égalité et d’une politique des normes et du langage, par l’État et contre l’État. [...] Autrement dit, c’est bien l’idée de genre qui est récusée, et non pas seulement le mot, au moment même où l’État recourt, sinon au mot, du moins à l’idée. (FASSIN, 2006: 167)<sup>vi</sup>

Para Fassin, “as questões das minorias, raciais e especialmente sexuais, desempenham um papel decisivo” junto ao Estado, “pois são indicativos de democracia”. Assim, gênero, sexualidade, filiação e reprodução são assuntos atuais que ampliam a malha

democrática das relações sociais regidas pelo Estado. É preciso que o Estado “se arme” do gênero, conclui o pesquisador francês.

Sans doute la démocratie est-elle bien le règne de la politique sans fondement transcendant, ou naturel. Mais la démocratie sexuelle y joue aujourd’hui un rôle particulier : si genre et sexualité sont actuellement des enjeux privilégiés, c’est que ces questions marquent l’ultime extension du domaine démocratique. On les croyait, on les croit encore parfois naturelles ; on les découvre politiques. Sans doute depuis Platon la même « haine de la démocratie » se fait elle entendre, face au « bouleversement de l’ordre naturel ». Cependant, la logique s’en déplace quelque peu: alors que le scandale de la démocratie invitait jadis ses ennemis à rappeler que les rapports sociaux sont aussi des rapports naturels, aujourd’hui, la situation s’inverse, dès lors que, pour les démocrates, ce sont désormais les rapports « naturels » eux-mêmes qui apparaissent comme sociaux – le genre et la sexualité, la filiation et la reproduction, tous, enjeux politiques brûlants. (FASSIN, 2006: 168) <sup>vii</sup>

Michel Foucault (2005) situa a produção de verdades em torno da sexualidade como elemento que compõe a lógica prescritiva dos discursos (em especial, os jurídicos), analisando a aplicação do poder pelo Estado a partir de um aparato judicial em seu favor ao longo da história. O pensador francês utilizou como metáfora um diálogo imaginário entre o desejo e a instituição, para argumentar que “o discurso está na ordem das leis”, e que seu lugar, preparado há muito, “a um só tempo o honra e o desarma”. (FOUCAULT, 2005: 8-9)

Pierre Bourdieu (1998) caminha no mesmo sentido, ao considerar o discurso jurídico como uma “fala criadora, que faz existir aquilo que enuncia”. Esta é considerada “o limite para o qual aspiram todos os enunciados performativos, bênçãos, maldições, ordens, desejos ou insultos: quer dizer a palavra divina, o direito divino, que [...] dá existência àquilo que enuncia, ao contrário de todos os enunciados derivados constatativos, simples registros de um dado preexistente”. (BOURDIEU, 1998:20)

Óscar Correias (1996), por sua vez, localiza o “direito” no campo discursivo, como um termo que serve para “designar um fenômeno que tem conexão com outro conjunto de fenômenos sociais que se inscrevem no contexto do exercício do poder em uma sociedade”. Sua definição de “direito” é considerada então como “parte do grupo de fenômenos que pertencem ao âmbito da linguagem, dos discursos que circulam socialmente”. (CORREAS, 1996:43)

As categorias jurídicas de “família” e “casamento” são sustentadas em classificações mantidas em conformidade com um dos requisitos naturalizados para confirmar sua existência

como *institutos do direito de família* – a “dicotomia sexual”, com sua base biológica que une sexualidade e reprodução traduzida em regras sociais e morais como “a intenção de constituir família”. Isto remete aos modos com que o Estado, através da regulamentação jurídica da vida privada, discerne “quem” e “de que modo” é composta a relação amorosa considerada apta a produzir efeitos jurídicos de determinada ordem, a depender da classificação do casal.

De fato, Miriam Grossi, Luiz Mello e Anna Paula Uziel (2007), fazendo um paralelo com o processo legislativo de aprovação do *casamento gay* na Espanha, destacam como os debates em torno das propostas de legislação brasileira referentes ao reconhecimento jurídico das conjugalidades homoeróticas são capazes de provocar a discussão sobre mudanças sociais, ao “destacar as negociações políticas que se dão em torno da elaboração e da aprovação das leis”. (GROSSI, MELLO e UZIEL, 2007, p. 14)

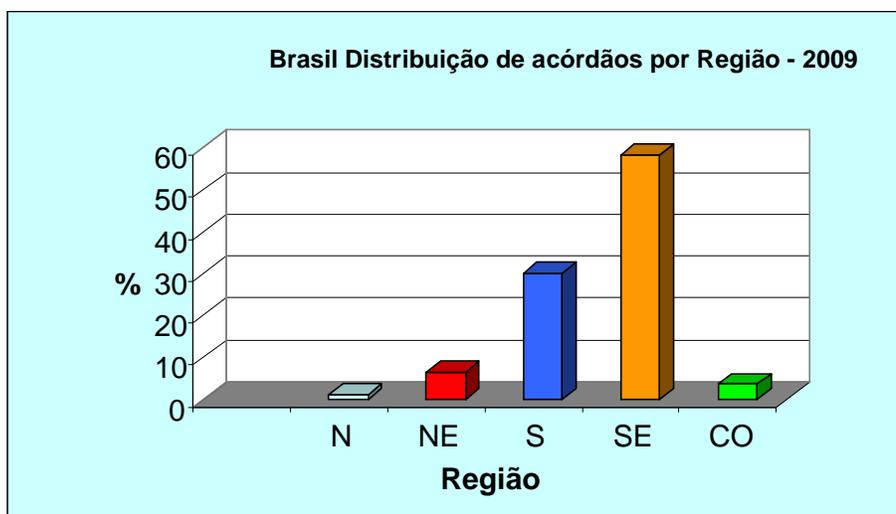
No Brasil, ainda estamos às voltas com os debates em torno da aprovação do Projeto de Lei 1151/1995, da então deputada Marta Suplicy, que institui a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, tramitando no Congresso Nacional há 12 anos e sob forte oposição de grupos ligados a fundamentalismos religiosos. Por outro lado, desde 2005 a Espanha é um país que tem uma legislação exemplar, ao assegurar direito ao casamento e à adoção a todos os casais, independentemente dos sexos de seus integrantes. Apesar das tensões ainda existentes no cotidiano da vida civil e na aplicação da lei, trata-se de uma mudança significativa de olhar sobre a conjugalidade homossexual, quando comparada à realidade brasileira e da maior parte do mundo, onde a homossexualidade ainda é definida como crime em mais de oitenta países. (GROSSI, MELLO e UZIEL, 2007, p. 14)

A demanda por inclusão na ordem jurídica por parte dos homossexuais não descarta, por outro lado, riscos no que se refere a uma tentativa de inscrição de determinadas modalidades de práticas homoeróticas (sociais e sexuais) na mesma normatividade hegemônica que pretende refutar, a partir de critérios totalizantes, fato que não necessariamente beneficia estes sujeitos, na esteira da argumentação de Judith Butler (2003). A autora faz, neste sentido, um contraponto com a necessidade expressa em relação à equiparação de “modelos de conjugalidade”, quando comenta que para opinião pública norte-americana o casamento é visto (e se propõe que assim seja mantido) como instituição e vínculo heterossexuais, e o parentesco apenas será assim considerado se assumir uma *forma reconhecível* de família (no sentido de sua conceituação tradicional, que remete ao vínculo heterossexual) (BUTLER, 2003: *passim*).

## Os acórdãos – um panorama nacional

Os dados quantitativos encontrados no Brasil registravam no mês de outubro de 2009 um número equivalente a 354 acórdãos, localizados em 23 Estados. A Região Norte (AC,PA,RO e TO) concentrava 1% do total, com 04 acórdãos, seguida do Centro-Oeste (DF,GO,MT e MS), com 4% (13 acórdãos), o Nordeste apresentando 6% do total, equivalente a 23 acórdãos, finalizando com um número bastante concentrado ainda nas regiões Sul, com 107 acórdãos (30% do total), e Sudeste, com 207 acórdãos, representando 58% do total de recursos no país acerca das conjugalidades homoeróticas.

Fonte: Sites 23 Tribunais Justiça no Brasil (OLIVEIRA, 2009)  
Base: 354 acórdãos



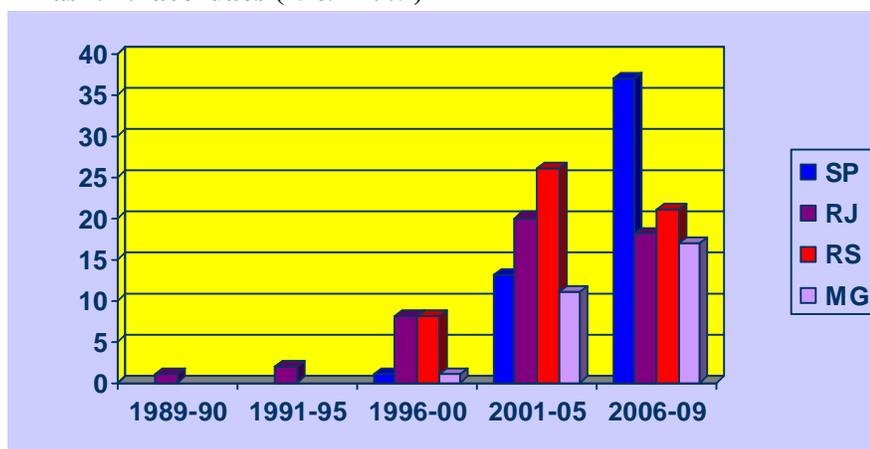
Em outubro de 2009 os quatro Estados eleitos para o campo concentraram 278 decisões no total. São Paulo contava 82 acórdãos, afora 30 em segredo de justiça.

O segredo de justiça é uma prerrogativa processual que se destina a preservar as partes mais vulneráveis (em casos de crianças e adolescentes e em processos de família) nos processos. Notei que há um tratamento diferenciado dos acórdãos em segredo nos tribunais em que fiz o campo. Nos Estados do RS e MG, os acórdãos em segredo são disponibilizados suprimindo-se o nome das partes, indicando apenas iniciais. No Estado do Rio de Janeiro, o inteiro teor de um acórdão em segredo não é disponibilizado, mas sua ementa sim, sendo possível identificar dados básicos como tipo de recurso e de decisão. Em São Paulo, os acórdãos em segredo de justiça atualmente não têm sequer o número disponibilizado no site, indicando-se apenas que “há acórdãos em segredo de justiça”.

No Rio de Janeiro, encontrei 85 decisões, entre estes 21 segredos. No Rio Grande do

Sul localizei 74 acórdãos, e em Minas Gerais, 37 acórdãos. O Rio de Janeiro foi o Estado onde se localizaria o primeiro acórdão judicial no país, datado de 1989. Em 1997 vemos o primeiro recurso em Minas Gerais, em 1999 surge o primeiro julgado no Rio Grande do Sul, e em 2000 aparece o primeiro acórdão no Estado de São Paulo (sempre lembrando a difícil acessibilidade dos acórdãos neste Estado). A partir deste ano, a curva começa a incrementar rapidamente, e num período curto (entre 2006 e 2009), os números dispararam. Isso pode se dar porque a “vida útil” de um processo judicial tem a duração de cerca de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, sugerindo entre outros fatores que pode haver uma influência das discussões em torno do “casamento gay” pelo movimento homossexual nos anos 80 na maior incidência de propositura de ações.

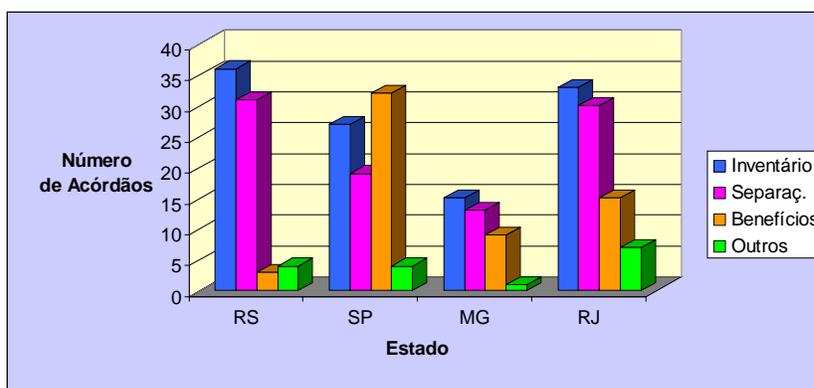
**Brasil: N° acórdãos (1989-2009)**



Fonte: Sites TJSP, TJRS, TJRJ e TJMG (OLIVEIRA, 2009)  
Base: 278 acórdãos

Os recursos envolvendo *inventários* são maioria no total das decisões no país. Em São Paulo as demandas por *pensões por morte* foram mais frequentes, contudo o dado deve ser observado considerando-se que há um grande número de recursos em São Paulo em segredo de justiça – o que pode significar que há também um índice significativo de inventários neste Estado. Encontrei ainda poucos casos explicitando a presença de parceiros com sorologia positiva para o HIV ou doentes de SIDA entre as partes, mas observei, no grupo de “pedidos de benefício”, muitos casos de inclusão em plano de saúde como pensão por morte e/ou inclusão em assistência à saúde em órgão público ou privado, onde uma grave doença era referida em alguns relatórios sem expressar claramente a patologia, o que pode sugerir a presença de parceiros de pessoas que viviam com SIDA entre os litigantes contra espólios nos inventários.

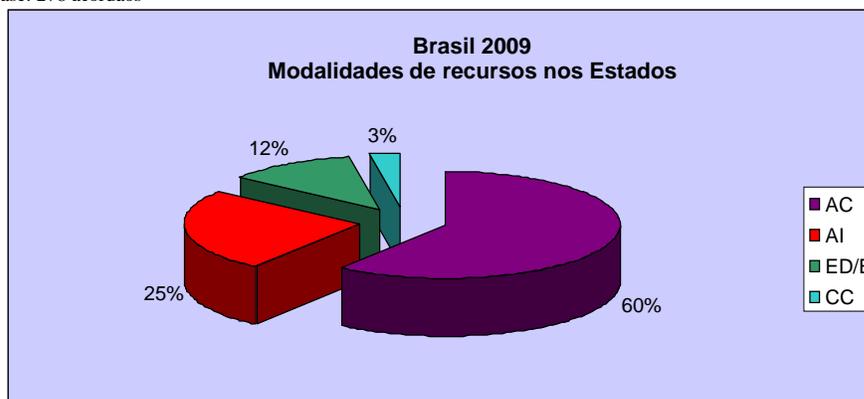
## BRASIL – TIPOS DE AÇÃO NA ORIGEM POR ESTADO



Fonte: Sites TJSP, TJRS, TJRJ e TJMG (OLIVEIRA, 2009) ; Base: 278 acórdãos

Identifiquei ainda, como se vê no gráfico a seguir, três tipos de recursos : a) *Apelações*<sup>viii</sup>, na legenda do gráfico notada como “AC” com 60% dos casos; b) *Agravos*, (AI, no gráfico) correspondendo a 25% dos acórdãos; *Embargos*, (ED/EI no gráfico) contemplando 12% das decisões; c) *Exceção de incompetência do foro*, ou *Conflito de competência suscitado perante o tribunal*, (no gráfico, CC) concentrando 3% entre os 278 acórdãos pesquisados.

Fonte: Sites TJSP, TJRS, TJRJ e TJMG (OLIVEIRA,2009)  
Base: 278 acórdãos

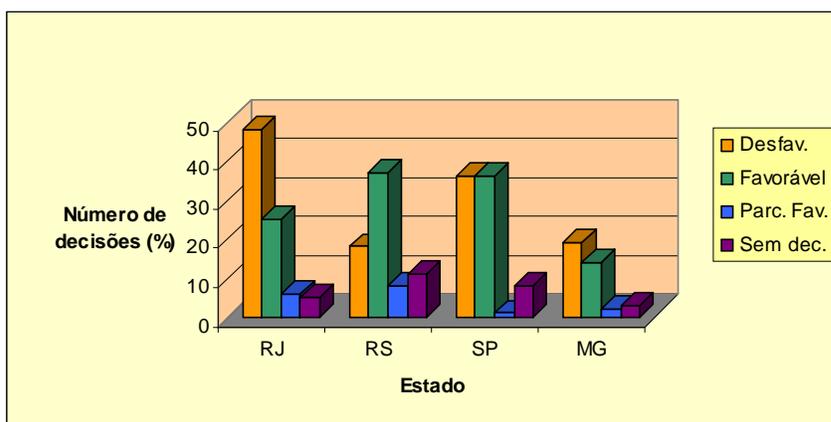


As *apelações* representam a maior parte dos recursos no Estado do Rio de Janeiro, e os *agravos de instrumento* são maioria no Estado de São Paulo. Já os *conflitos e exceções de competência* são a minoria, mas é no Rio Grande do Sul que aparecem com mais frequência, o que poderia denotar que neste Tribunal sua aceitação é mais corriqueira – e de fato, na tabulação dos dados, verifica-se uma grande incidência de declinação de competência para a vara de família nestes recursos no Rio Grande do Sul. Isso pode ser reflexo tanto de uma discussão “mais especializada” feita neste tribunal (pois dos quatro tribunais pesquisados este

é o único que possui duas Câmaras Cíveis específicas para discussão sobre direito de família), quanto ser uma demonstração de um posicionamento mais favorável ao reconhecimento de um estatuto de *uniões estáveis* às conjugalidades homoeróticas.

Considerando o total de 278 acórdãos entre 1989 e 2009, encontrei um índice de 48% de decisões *desfavoráveis*, 40% de respostas *favoráveis*, e 7% de recursos com decisões *parcialmente favoráveis*, e ainda 10% onde o mérito não foi julgado (*sem decisão*). Em 2006, além da tênue diferença entre posições mais ou menos “favoráveis”, identifiquei uma diferença peculiar entre os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, uma vez que nos três primeiros Estados, as decisões são majoritariamente “*desfavoráveis*” de algum modo ao reconhecimento de efeitos jurídicos às conjugalidades homoeróticas, enquanto que no Rio Grande do Sul, a valência se invertia. Hoje, observando o gráfico, fica mais evidente que a polêmica se acentuou, e vem ganhando terreno posições mais “favoráveis”, como se vê em SP, onde as colunas “*favorável*” e “*desfavorável*” “empatam”.

### Brasil: Tipos de Decisão por Estado



Fonte: Sites TJSP, TJRS, TJRJ e TJMG (OLIVEIRA,2009)  
Base: 278 acórdãos

### Os acórdãos - uma análise

Os dados acima apresentados demonstraram que os quatro Tribunais localizados nas regiões sul e sudeste concentravam (até outubro de 2009) 89% de toda produção jurisprudencial do país sobre o tema em estudo, motivo pelo qual foram escolhidos para a realização do trabalho de campo. Apresentarei, contudo, a interpretação da base de dados documentais encontrados em sua atualização anterior, realizada no ano de 2008, pois os acórdãos adicionais encontram-se sob análise.

Até junho de 2008 os 04 Estados eleitos para o campo concentravam 170 acórdãos em

inteiro teor. Considerando as ementas do Rio de Janeiro para análise (17 documentos em segredo de justiça), o campo documental resultou em 187 decisões, considerados neste cálculo os acórdãos em segredo disponibilizados em seu inteiro teor no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais, e ainda, num acórdão em segredo encontrado em São Paulo, que obtive a partir de seu relator que me repassou o documento quando o entrevistei.

Um detalhe importante na seleção dos documentos para análise é que os *embargos de declaração ou infringentes*, sempre referidos a uma *apelação ou a um agravo*, entraram na contagem geral, pois são recursos diferentes, mas foram analisados de um ponto de vista do tipo de decisão de um modo diverso, pois seu conteúdo muitas vezes repete as razões do apelo ou do agravo de instrumento. O mesmo acontece no caso de um *agravo de instrumento*, que decide por ex., que a “competência de julgamento do processo de reconhecimento de sociedade de fato deve ser a do foro do domicílio do réu, que mora em outro Estado”. Assim sucessivamente, fui aglutinando os recursos que repetiam razões e que se referiam a questões processuais apenas, excluindo estes últimos da análise e mantendo os primeiros para identificar os enquadramentos. Isso significa que o número dos acórdãos destinados à análise de conteúdo diminuiu em função deste refinamento, resultando em **180 decisões** cujo conteúdo foi analisado até 2008.

Na Revista dos Tribunais, onde localizei cinco acórdãos, notei que havia uma evidência maior na indexação para uma das duas principais tendências de decisão identificadas pela leitura dos acórdãos – a tese segundo a qual é possível enquadrar as conjugalidades homoeróticas no conceito de *sociedade de fato*. Por isso, o primeiro critério que adotei para analisar os acórdãos foi partir das *decisões publicadas na Revista dos Tribunais*, e como critério suplementar, considerei o conteúdo em que identifiquei *diferenças e características comuns entre os Estados*.

As decisões publicadas pela Revista dos Tribunais guardam dois aspectos peculiares. O primeiro pormenor é que pensando nas “gradações” entre um extremo “favorável” e outro “desfavorável” no espectro das decisões, os cinco acórdãos publicados na RT são representativos do conjunto das decisões que classifiquei a partir dos documentos encontrados, pois uma das decisões *nega qualquer efeito jurídico* às conjugalidades homoeróticas, três consideram-nas próprias de serem enquadradas no instituto da *sociedade de fato* como um requisito que permite a partilha de bens, e na última delas é reconhecida a existência de uma *relação familiar* entre as partes, embora este não fosse o objeto do litígio. Um segundo detalhe característico é que a discussão mais “direta” sobre a natureza jurídica das conjugalidades homoeróticas foi pautada com mais frequência no Tribunal de Justiça do

Estado do Rio Grande do Sul do que nos outros Estados, e não obstante nenhum acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul figura entre os publicados pela Revista dos Tribunais.

A análise dos acórdãos foi referenciada na identificação sobre os padrões de demandas e de decisões em torno da controvérsia *sociedade de fato* “versus” *união estável* para o enquadramento das conjugalidades homoeróticas, e desdobrada em três tópicos gerais, que mostram como as *noções sobre família e casamento*, a discussão sobre *competência do foro para o julgamento das ações*, e a controvérsia sobre a *existência de lacuna legal* são tratadas nos discursos oficiais dos relatores em seus votos.

O entendimento mais geral quanto à necessidade da presença de pessoas do sexo oposto para constituição de um casal é evidenciado em uma das decisões publicadas na RT, com o caso de um recurso do TJRJ, onde relator se referia ao estado civil do falecido, analisando as argumentações sobre o relacionamento em questão no recurso, segundo as quais o companheiro sobrevivente recorre “*alegando que durante quase quinze anos, manteve uma sociedade de fato, em união estável e permanente com o de cujus, fruto de relação homossexual assumida, que veio a falecer no estado civil de solteiro, sem deixar descendentes ou ascendentes*”. (AC/TJRJ, Recurso B, voto do relator, 06/10/00) O modelo médico do “homem-pai” (FREIRE COSTA, 1999) parece influenciar o imaginário do julgador, principalmente quando se observa que a maioria dos pleitos de inventário são propostos por homens gays.

Mesmo num caso de outro julgado do TJRJ, *favorável à tese da colaboração direta*<sup>ix</sup>, esta representação é invocada – pois foi autorizada a partilha, mas somente porque o relator considerou *comprovada a sociedade de fato*. O recurso foi favorável à parte, mas seguiu a mesma lógica da decisão anterior, apreciada no recurso anterior desfavorável, dizendo que “*não tem prevalência o aspecto da união homossexual, pura e simples como meio de se alcançar o direito à partilha [...] de bens eventualmente amealhados durante essa união*”. (AC/TJRJ, Recurso B, 06/10/00) Esta argumentação é significativa, pois uma união entre pessoas do sexo oposto, em si, constitui meio hábil “*de se alcançar o direito à partilha ou à sucessão integral de bens eventualmente amealhados durante essa união*”. A diversidade de sexos biológicos é o fator que diferencia os dois casos. A questão aparece na avaliação que muitas decisões fazem das provas produzidas pelas partes, onde o “*simples fato*” de uma parceira ou um parceiro ter trabalhado em “*lides domésticas*”, em atividades ligadas à administração dos bens ou ainda ter assumido sozinho (o) os cuidados com a/o companheira/o até seu óbito não é levado em conta como prova da existência de sociedade de fato, o que

ocasiona muitas vezes o insucesso na demanda.

Deste modo, a discussão em torno da tutela jurisdicional voltada a suprir a falta da legislação por intermédio da interpretação analógica nos casos controversos sobre conjugalidades homoeróticas é polarizada em duas posições básicas: os que afirmam que há uma restrição clara em nível constitucional e legal e outra, que entende que existe um vazio legal que deve ser suprido pela jurisprudência.

O *princípio da segurança jurídica* comparece também de algum modo no discurso técnico daqueles magistrados mais ligados a uma visão que se apega ao estrito cumprimento da lei quando se referem às decisões que interpretam de modo mais amplo a Constituição Brasileira e as leis civis equiparando direitos. Para estes, o enquadramento possível, a fim de preservar este princípio, deveria ser no campo do direito das obrigações, cuja figura jurídica aplicável a esta investigação é a *sociedade de fato*. Por outro lado, aqueles que confirmam os pedidos de reconhecimento de união estável cruzam os dispositivos constitucionais e analisam o fenômeno através do viés da garantia da proeminência do *princípio da igualdade* (art. 5º CF) como basilar para a constituição de um Estado Democrático de Direito (art. 3º CF)

Colocados em disputa no cenário dos litígios, os efeitos jurídicos das conjugalidades homoeróticas são distribuídos pelo Estado na figura do Poder Judiciário com base em princípios de justiça, que uma vez sacralizados na lei, tornam mais sólido o que Mary Douglas chama de “edifício social” cujas instituições devem atuar preservando. Nesse contexto, o princípio da igualdade aparece como contrapeso na balança de “um sistema intelectual mais ou menos satisfatório, cujo propósito é garantir a coordenação de um determinado conjunto de instituições”, segundo sua definição de justiça. (DOUGLAS, 2007:116)

A autora observa de que modo esta definição funciona no ocidente, quando afirma que “as instituições requerem que a igualdade de acesso seja incorporada aos princípios fundamentais, legitimadores. Elas invocam a falta da igualdade para deslegitimar os regimes rivais. Elas enumeram sociedades odiosas, estratificadas segundo camadas horizontais, que se dispõem como uma pirâmide, com seu topo.” A conclusão é que sem o recurso “à uma religião, ao intuitivismo ou às idéias inatas, é muito difícil defender um princípio substantivo de justiça como algo universalmente correto”. M. Douglas com isso quer explicar que “um sistema de justiça é concebido expressamente para proporcionar princípios coerentes a partir dos quais se possa organizar o comportamento social”. (DOUGLAS, 2007: 119-122, *passim*).

As controvérsias em torno da interpretação da lei que observei nos acórdãos de certo modo ligam os tribunais dos quatro Estados e seus relatores, aproximando-os a partir das

diferenças entre as decisões e posicionamentos teóricos sobre um mesmo tema que expressaram nos acórdãos e entrevistas, que aparentemente aparecem significadas em discursos acerca da “imagem” que o tribunal gaúcho tem para os demais, em função da atuação pretérita de alguns magistrados daquele Tribunal em relação ao “movimento de direito alternativo”, mas que não se confirma, contudo na “autoimagem” que os mesmos cultivam de sua atuação.<sup>x</sup>

Entretanto todos os discursos dos acórdãos que interpretei demonstram, não importa se para reafirmar, conjecturar ou refutar, “marcadores subjetivos” caracterizados pela dualidade sexual do par e a capacidade reprodutiva para a “legitimação” à constituição de um ente familiar, o que remete a muitas das convicções sobre “natureza”, “reprodução” e inflexões eventualmente pautadas na biologia, na religião, no positivismo jurídico e na teoria crítica do direito como uma parte importante dos padrões discursivos observados. Aí reside a grande riqueza do campo com os sujeitos entrevistados, desembargadores relatores dos acórdãos judiciais que estudei.

### **As entrevistas: aproximando mais o foco**

Em dezembro de 2005, julho e novembro de 2006 e outubro de 2007 realizei vinte e cinco entrevistas nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, e Rio de Janeiro. Destas, elegi para a análise vinte diálogos com desembargadores relatores, da qual aqui apresento uma amostra.<sup>xi</sup>

Todos/as os/as interlocutores/as falaram sobre *noções sobre família e casamento, competência do foro na vara de família ou obrigações, e necessidade de lei específica*, embora alguns tenham tocado no tema das *adoções por pares homossexuais*. Era frequente também a discussão sobre as decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em particular nos outros Estados do campo. As passagens que destaco abaixo abordaram o tema da *família* e do *casamento* a partir dos depoimentos dos desembargadores, demonstrando que muitos elementos encontrados nestes discursos dizem respeito à reflexão teórica sobre gênero e homoerotismo que nortearam a pesquisa.

Baseadas em suas trajetórias de vida e convicções pessoais em torno do tema das conjugalidades homoeróticas, paralelamente a suas posições técnicas, as noções sobre as normas relacionadas à manutenção do casal reprodutor como centro do conceito de família aparecem em muitas das falas com um grau maior ou menor de relativização, ainda que

observadas no mesmo contexto regional. Embora não exista uma linearidade muito homogênea nos Estados, e nem entre eles, pois há “dissidências” evidentes, notei um padrão de discursos no sentido de considerar as conjugalidades homoeróticas como um “desvio” do dispositivo de aliança “normal” encarnado na formação do casal heterossexual.

Vejamos por exemplo *Barreto*, que expressa a convicção em relação ao que seria a “família”, bastante influenciado pela autoridade do catolicismo e pela opinião do papa a respeito do tema, cujo fundamento na natureza é um dos argumentos a ela associados. “[...] *é homem, mulher, filho é isso mesmo. O papa falou isso, o papa que morreu e o Bento XVI. [...] A família é o homem, a mulher e os filhos. É verdade, você não foge disso. Natural. Entendeu? Natureza, não tem jeito de ser diferente.*” (Barreto – TJMG, 13/07/2006)

*Jacques* disse algo dissonante em relação a seus colegas com relação à noção de “casamento” e também apresenta em sua atuação jurisdicional uma posição bem característica, mais “favorável” ao reconhecimento de união estável. Este desembargador ressaltava a necessidade, a partir de sua compreensão sobre o que disse Jacques Derrida (2004) em sua última entrevista ao Jornal *Le Monde* antes de sua morte, sobre a necessidade de uma “dessacralização do vocábulo *mariage*”, retomando a possibilidade de que o mesmo seja considerado como contrato.

No Tribunal de Justiça de São Paulo as atribuições à doutrina católica também apareceram em algumas falas, como a de *Barcelos*, também relator. “[...] *casamento entre homem e mulher e para fins de procriação, isso é uma mentalidade que a Igreja enfiou aí e até hoje perdura não é. [...] como juiz e pessoa, cidadão, a minha ideia não varia muito, eu venho de família assim muito rigorosa homem é homem, mulher é mulher, casar homem com homem é um absurdo [...]*” (Barcelos, TJSP, 14/09/2006) Não obstante, ao comentar uma de suas decisões comigo, que classifiquei de *desfavorável*, este interlocutor observa que sua posição é mediada pela necessidade de comprovação da sociedade de fato, visando à partilha patrimonial, o que implica no reconhecimento de algum tipo de efeito jurídico às conjugalidades homoeróticas que assim sejam consideradas.

*Hannah*, relatora em diversos acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que equiparam as conjugalidades homoeróticas às *uniões estáveis*, acentua a necessidade de perceber o caráter “afetivo” das relações amorosas, para que saiam da esfera obrigacional pelo que as assemelharia ao vínculo amoroso entre parceiros de sexo oposto. *Ronald*, por sua vez, relator no Rio Grande do Sul de acórdãos que reverberaram no Superior Tribunal de Justiça, entende que os valores relativos ao casamento estão mudando e sua atuação como magistrado deve acompanhar estas alterações - que ele vê como benéficas - na organização familiar.

No Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, efetuei uma entrevista, com *Cássio*, relator num dos acórdãos que classifiquei como *favoráveis*. Ele me disse que compreende as “*uniões homossexuais*” como “*uma realidade, e que há alguns anos as pessoas estão 'saindo do armário'*”. Isso vai alargando a aceitação do público, mas “*a lei não prevê, a Constituição é clara, o Código Civil também, referem homem e mulher para considerar o casal.*” Perguntado sobre a eventual conversão em casamento das uniões que sejam reconhecidas via judicial, ele afirma, contudo que “*não aceita o casamento como possibilidade para homossexuais*”, pois o “*objetivo do casamento é gerar filhos*”.

Em muitos relatos que obtive sobre o tema da competência do foro, os magistrados manifestaram-se sobre a possibilidade de alteração legislativa a partir da atividade jurisdicional, fundamentando tal compreensão nos fatos relativos à evolução do tratamento jurídico dispensado ao concubinato e da relação de companheirismo no Brasil (NOGUEIRA DA GAMA, 2001).

De um modo geral, foi possível perceber que a variação de interpretações da Constituição Federal observada nos acórdãos estudados remete ao problema da interpretação dos princípios da igualdade e da dignidade humanas em relação às determinações normativas quanto ao conceito jurídico de família. As controvérsias se dividem em duas vertentes “teórico-práticas” de interpretação – uma que considerei mais “estrita”, ligada às decisões que enquadram as conjugalidades homoeróticas no campo obrigacional, e outra mais “ampla”, que se vale da analogia e da interpretação sistemática da constituição federal e legislação correspondente para decidir os casos que podem ser relacionados ao tema da existência de lacunas na legislação.

## **Considerações Finais**

No que se refere às elaborações teóricas sobre as relações entre discurso, poder e sujeito, penso que as entrevistas e os acórdãos que analisei revelaram práticas discursivas e fatos de discurso (ANDRÉ, 1995) no campo da sexualidade que apontam importantes relações de poder constitutivas de subjetividades. O que fica no pano de fundo é uma disputa discursiva sobre sexualidade, moral e direito entre os magistrados e se concretiza no caso das conjugalidades homoeróticas, na discussão sobre seu enquadramento legal - ou, nos marcos teóricos que revisamos acima, sua adequação (ou não) ao dispositivo de aliança convertidos aqui na polêmica sobre *casamento, união estável e sociedade de fato*.

A existência das conjugalidades homoeróticas encontraria então uma limitação para seu reconhecimento na ausência de legislação. A saída para alguns é re-significar seu alcance, para que dela não se perca tudo: a partilha, o benefício, a inclusão no plano de saúde, seriam então, ao menos, preservados, considerados possíveis, mas não da mesma forma como no casamento ou na união estável. As opiniões se dividem quanto a quem é legitimado ou não a exercer o direito de firmar um contrato de casamento, no caso de uma declaração de união estável ser deferida, já que essa é sua consequência legal.

Mostrei então que a maioria das/os entrevistadas/os – tanto ao decidirem quanto ao responderem perguntas sobre a competência do juízo para apreciação de litígios envolvendo conjugalidades homoeróticas – se posicionou pelo “enquadramento” da natureza jurídica das conjugalidades homoeróticas no direito das obrigações em função ora da ausência de lei específica, ora da interpretação da Constituição Federal (art. 226, § 3º), reconhecendo a sociedade de fato. A discussão sobre o valor do trabalho doméstico, concretizada nas discussões sobre a “teoria da colaboração indireta ou direta” a partir daí desponta, como contida ligada não só diretamente à questão de gênero como demonstra HIRATA (1995) e HIRATA e KERGOAT (2007), mas também às posições controversas sobre os requisitos para a consideração de uma “verdadeira” sociedade de fato. Esta é uma referência que considerei para análise, principalmente ao pensar na posição dos homens gays, a maioria dos personagens que litigam em inventários com os demais parentes dos falecidos companheiros, por exemplo.

Procurei então relativizar o que se tem convencionado denunciar como certa “tendência” dos tribunais assumirem posições consideradas “mais conservadoras”, “homofóbicas” ou “preconceituosas”, quando o assunto é o reconhecimento jurídico das conjugalidades homoeróticas. Penso que esta constatação, embora em certos casos seja realmente plausível, merece ser mediada a partir das tonalidades que estão “entre” uma decisão que pode ser considerada, dependendo do ponto de vista, “favorável” e outra, “desfavorável”.

A análise das decisões demonstra que não obstante os campos do direito de família e do direito das obrigações detenham uma definição muito clara, no caso das conjugalidades homoeróticas cria-se uma espécie de “zona híbrida” entre estas esferas, resultado da aplicação de conceitos técnico-jurídicos pertencentes a ambas. De fato, ao negar o reconhecimento de união estável, mas aprovar a divisão de bens patrimoniais, de um lado, quer-se impedir o enriquecimento ilícito, princípio próprio da legislação civil (art. 884 do CC/02) e beneficiar a parte que reclama seu quinhão de alguma forma. Porém fala-se também de uma relação entre

dois sujeitos que é anulada de um ponto de vista do vínculo amoroso que significa, nem que seja no evento da morte ou da separação, como é o mais comum entre os processos que chegaram a recurso.

Este “rearranjo das situações” acaba, em alguns casos, contemplando a pretensão das partes, de um ponto de vista econômico – mas com exigências que só são feitas em função da sexualidade das mesmas, como parece acontecer no caso das controvérsias em torno da “tese da colaboração indireta”, pacificadas no STJ para casais de diferentes sexos, mas que e continuam em debate quanto a pessoas do mesmo sexo.

Porém, como vimos, se considerarmos os efeitos gerais demandados pelas partes na maioria dos acórdãos estudados, que em sua maioria são patrimoniais, a conclusão que considero mais importante é que “a balança da justiça” *tem pendido mais a favor do que contra o reconhecimento de efeitos jurídicos aos casais de pessoas do mesmo sexo*. O que me interessa salientar é uma tentativa paradoxal em reconhecer efeitos jurídicos patrimoniais em praticamente todos os pedidos. Isso aparece de modo ambíguo, tanto nas entrevistas, quando as/os entrevistadas/os falavam sobre a necessidade ou não de legislação para pacificar o tema, quanto nos longos debates técnicos travados nos acórdãos, que por sua vez revelam as interfaces entre os tribunais, a partir de seus pontos de convergência e de dissenso.

Há entre estas noções variadas conexões, como aquela que, por ex., propugna ser a sexualidade reservada para reprodução, e que o casamento deva assegurar normativamente (de um ponto de vista técnico – estatuto legal) a instituição familiar, em seu conceito “tradicional”, que envolve a conjugalidade heterossexual. Relações reprodutivas e casamento, assim, são instituições mantidas “em equilíbrio” por essa noção de entidade familiar, composta pelo casal heterossexual e sua prole.

Assim, o conceito de ‘casamento’, convertido em sacramento pela Igreja Católica e utilizado como um referente fundamental para a constituição da família considerada “normal”, vem sendo ressignificado ao longo do tempo por casais de pessoas do mesmo sexo que reivindicam a mesma possibilidade como uma bandeira já consagrada pelo movimento homossexual.

O que fica em aberto no contexto das relações entre indivíduos e Estado, a partir daí? Por outros motivos reflète Lia Zanotta Machado (2001) no mesmo sentido, quando trabalha “com a simultaneidade da atualização” do que vem “denominando ‘códigos relacionais da honra’ e ‘códigos baseados nos valores do individualismo de direitos’ presentes nos diversos modelos de família no Brasil contemporâneo. Para esta autora, ambos estruturam as sociedades, e não somente em se tratando dos modelos familiares. “Um e outro estão

presentes e informam também a mesma esfera pública e permeiam as diferentes configurações dos Estados nacionais. Retoma-se, assim, a questão das relações entre Estado e famílias, Estado e cidadãos, (...)”. (MACHADO, 2001: 14)

A pergunta de Butler (2003) sobre como fica o “desejo do indivíduo perante o Estado” é direcionada então ao movimento homossexual, indagando sobre a radicalidade sexual como uma proposta ainda viável num contexto social globalizado e ferozmente individualista, em que a categoria sexo foi elevada à categoria de Estado, enquanto o gênero permanece isolado na esfera do exótico e do inassimilável.

## LISTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉ, S.

1995. *A Impostura Perversa*. Trad. Vera Ribeiro. Rev. Téc. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor

BOURDIEU, P.

1998. *O que falar quer dizer: a economia das trocas linguísticas*. Trad. Wanda Anastácio. Algés: DIFEL

BOZON, M.

2004. “A nova normatividade das condutas sexuais ou a dificuldade de dar coerência às experiências íntimas”. in HEILBORN, M. L. (org.) *Família e Sexualidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV: pp. 119-153

BUTLER, J.

2003. “O parentesco é sempre tido como heterossexual?” *Cadernos PAGU*, Campinas, Vol. 21: 219-260.

CARRARA, S.; FACCHINI, R.; SIMÕES, J.; RAMOS, S.

2006. *Política, direitos, violência e homossexualidade - Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – São Paulo 2005*. Rio de Janeiro: CEPESC

CORREAS, O.

1996. *Introdução à Sociologia Jurídica*. Trad. Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica

COSTA, J. F.

1992. *A Inocência e o Vício – estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará

1999. *Ordem Médica e Norma Familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 4. ed.

DERRIDA, J.

- 2004 . *Je suis en guerre contre moi-même*. Entrevista realizada por Jean Birbaun. Paris: Le Monde, 19 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.jacquesderrida.com.ar/frances/lemonde.htm>. Acesso em 15/02/2007

DINIZ, M. H.

2008. *Curso de Direito Civil Brasileiro, V: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 23. ed. rev., atual. e ampl.

DOUGLAS, M.

2007. *Como as instituições pensam*. Trad. Eugênio Marcondes de Moura, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1. ed. 1. reimpr.

FACCHINI, R.

2005. *Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond

FASSIN, E.

2006. « Les frontières sexuelles de l'État » *Varcarme* : Paris, Vol. 34: hiver, Association Varcarme: 164-168

FLAX, J.

1992. “Pós-modernismo e relações de gênero na teoria feminista”. in.: HOLLANDA, H. B. *Pós-modernismo e política*. Rio de Janeiro, Rocco: 217-250

FOUCAULT, M.

2005. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola

GOMES, O.

2002. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense

GROSSI, M. P.

2003. “Gênero e Parentesco: Famílias Gays e Lésbicas no Brasil”. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 21: pp. 261-280

GROSSI, M.P., MELLO, L. e UZIEL, A.P.

2007. *Conjugalidades, parentalidades e Identidades Lésbicas, Gays e Travestis*. Rio de Janeiro : Ed. Garamond, p. 09-19

HEILBORN, M. L.

1993. “Gênero e Hierarquia: A costela de Adão revisitada”. *Revista de Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1: 50-82, CIEC/ECO/UFRJ

2004. “Família e sexualidade: novas configurações”. In.: HEILBORN, M.L.(org.) *Família e Sexualidade*. Rio de Janeiro, Editora FGV, p. 09-14

HIRATA, H. S.

1995 . “Divisão – relações sociais de sexo e do trabalho: contribuição à discussão sobre o conceito de trabalho”. Tradução Maria Helena C.V. Trylinski. *Revista Em Aberto*, Brasília, ano 15, n. 65, jan/mar. INEP. Disponível em: <<http://www.emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewfile/979/883>> Acesso em: 28 Nov. 2008

HIRATA, H. S. e KERGOAT, D.

2007. “Novas configurações da divisão sexual do trabalho”. Tradução Fátima Murad. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595- 609 set./dez. Fundação Carlos Chagas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf>.> Acesso em 28 Nov. 2008

MACHADO, L. Z.

2001. “Família e Individualismo: Tendências Contemporâneas no Brasil”. *Revista Interface - Comunicação em Saúde e Educação*, São Paulo - v.4 , n.8, p.11-26, Ed. UNESP.

MELLO, L.

2005. *Novas Famílias: Conjugalidade homossexual no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond

MOÁS, L. C.

2006. *O reconhecimento Jurídico da Família Homoafetiva: uma questão de Justiça*. Rio de Janeiro, 287f, tese, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

NOGUEIRA DA GAMA, G. C.

2001. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed. rev. atual e ampl.

OLIVEIRA, R. M. R.

2002. *Para uma crítica da razão androcêntrica : gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica;* , Florianópolis, SC, 194 f. dissertação, Universidade Federal de Santa Catarina

2009. *Isto é contra a natureza? Decisões e discursos sobre conjugalidades homoeróticas em tribunais brasileiros*. Florianópolis, 256 f., tese, Universidade Federal de Santa Catarina.

ORTNER, S.; WHITEHEAD, H.

1981. *Sexual Meanings : the cultural construction of gender and sexuality*, New York, Cambridge University Press

SCHRITZMEYER, A. L. P.

2004. *Sortilégio de Saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo, IBCCRIM.

SCOTT, J.

2002. *A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem*. Trad. Élvio Antônio Funck; Florianópolis: Mulheres,

SILVA, P.

1989. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 11. ed.

SILVA PEREIRA, C. M.

2005. *Instituições de Direito Civil – Vol. V – Direito de Família*. Rio de Janeiro, Forense, 15. Ed. rev. e atual.

WOLKMER, A. C.

1995. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 2.ed., rev. e ampl.

---

<sup>i</sup> Artigo originalmente publicado na Revista de Antropologia da Universidade de São Paulo (n. 53, vol. 2, jul-dez-2010).

<sup>ii</sup> Doutora em Ciências Humanas (UFSC 2009); Mestre em Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito (UFSC 2002); Bacharel em direito (UFRGS 1992), advogada, consultora com experiência de ativismo em direitos humanos LGBT, HIV/AIDS, gênero e sexualidades desde 1991. Agradeço ao CNPq, bem como à Dra. Miriam Pillar Grossi e à Dra. Luzinete Simões Minella, que orientaram a tese que originou este artigo. e-mail: rosa.mroliveira@gmail.com

<sup>iii</sup> Regulada em suas linhas gerais pelos art. 125 e 126 da CF, a Organização Judiciária brasileira adota o princípio do duplo grau de jurisdição, isto é, a existência de duas instâncias de decisão, inferior e superior. A primeira instância “é determinada pelo juízo em que se iniciou a demanda, ou onde foi proposta a ação”. (SILVA, 1989: 484) Neste sentido, costuma-se dizer *juiz de primeira instância*, *decisão de primeira instância*, correspondendo ao chamado *juízo a quo*, que prolata a *sentença*. A segunda instância é aquela em que o Tribunal toma conhecimento da causa já em grau de recurso, e corresponde ao *juízo ad quem*, em prosseguimento à instância *a quo*, responsável pelo *acórdão*. A pesquisa aqui apresentada foi realizada na segunda instância.

<sup>iv</sup> Utilizo a expressão “conjugalidades homoeróticas” para designar as relações amorosas estáveis mantidas por casais de gays e de lésbicas, clientela dos recursos judiciais analisados na pesquisa que efetuei. Cf. FREIRE COSTA (1992), GROSSI (2003) e HEILBORN (1993) sobre as noções de “homoerotismo” e “conjugalidades”.

<sup>v</sup> CAPES apoiou mediante bolsa de estudos esta pesquisa orientada pela Profa. Dra. Jeanine N. Philippi, que resultou na dissertação intitulada “Para uma crítica da razão androcêntrica : gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica”. (OLIVEIRA, 2002)

---

<sup>vi</sup> “Longe de ser natural, o sexo em si é político – e o que manifesta, paradoxalmente, é a invocação do gênero por parte do Estado. Como se vê, a ação se desenrola aqui pela interface de uma política de direitos e da igualdade e de uma política das normas e da linguagem, pelo Estado e contra o Estado. [...] Em outras palavras, é a ideia de gênero que é recusada, e não só a palavra, ao mesmo tempo em que o Estado a utilize, se não a palavra, pelo menos a ideia.” (tradução livre)

<sup>vii</sup> “Sem dúvida a democracia é a regra da política sem fundamento transcendente, ou natural. Mas a democracia sexual desempenha um papel particular hoje: se gênero e sexualidade são questões privilegiadas atualmente é que essas questões representam a última extensão do campo democrático. Nós acreditávamos que eram ainda naturais; as descobrimos políticas. Sem dúvida desde Platão o mesmo “ódio à democracia” se faz ouvir, frente à “perturbação da ordem natural”. No entanto, a lógica se moverá um pouco: enquanto o escândalo da democracia uma vez provocou seus inimigos a recordar que as relações sociais são igualmente relações naturais, agora a situação é inversa, uma vez que, para os democratas, são estas relações “naturais” que aparecem como sociais - gênero e sexualidade, reprodução e filiação, são questões políticas candentes.” (tradução livre)

<sup>viii</sup> Apelação é um recurso apresentado a partir de uma decisão final de primeira instância. Os agravos são recursos de decisões tomadas no curso do processo (por ex. o deferimento de alvará para venda de bem num inventário). Os embargos podem ser apresentados tanto em decisões tomadas na primeira instância como nas decisões dos tribunais, e servem para esclarecer pontos obscuros na decisão (no caso de embargos declaratórios) ou para refutar a decisão não unânime tomada pelo Tribunal (no caso de embargos infringentes).

<sup>ix</sup> Segundo a qual, a partir do entendimento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, só se comprova a sociedade de fato para partilha a partir de comprovação de participação econômica na formação do patrimônio.

<sup>x</sup> Antônio Carlos Wolkmer (1995) relembra: “No final da década de oitenta, a expressão ‘Direito Alternativo’ vinha designando uma disciplina ministrada na Escola da Magistratura do RGS, coordenada pelo juiz Amilton Bueno de Carvalho. Tendo em vista esta experiência, certos setores da imprensa associaram, polemicamente, a designação com um grupo de magistrados gaúchos que vinham proferindo sentenças e resolvendo conflitos de forma não convencional e progressista. Em pouco tempo, a expressão alcançou nível nacional e passou a configurar uma pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de lutas dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do Direito) e da legalidade insurgente a instituir (práticas de pluralismo jurídico)”. (WOLKMER, 1995:143)

<sup>xi</sup> No Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, entrevistei 01 relator, e disponho da transcrição da entrevista de outros três desembargadores, entre eles dois relatores de acórdãos que estudei, a partir de contato com uma pesquisadora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ/IMS), Dra. Luciane Moás (2006).