

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 188
Outubro/dezembro – 2010

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A construção jurídica da heterossexualidade

Adilson José Moreira

Sumário

1. Introdução. 2. A construção da categoria de sujeito de direito como um sujeito heterossexual. 3. Homossexualidade e normas sociais de gênero. 4. A construção jurídica da heterossexualidade na jurisprudência brasileira. 4.1. União estável: entre tradição e definição. 4.2. A proteção da família: uma prioridade estatal. 4.3. A sexualização da identidade homossexual. 4.4. Homossexualidade e espaço privado. 4.5. Heterossexualidade e nação. 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem sido amplamente debatido pelas cortes brasileiras, assunto que levanta uma série de questões altamente relevantes para os operadores do Direito. Apesar do número crescente de decisões estendendo direitos decorrentes da união estável aos casais homossexuais, inúmeros tribunais afirmam que o nosso sistema jurídico não admite tal possibilidade. Esses órgãos recorrem a vários argumentos para sustentar tal posição, todos eles baseados na premissa de que a união estável é uma instituição inerentemente heterossexual. Muitas cortes brasileiras sustentam que os relacionamentos homoafetivos não podem ser reconhecidos como uniões estáveis porque a diversidade de sexos é um elemento necessário de todas

Adilson José Moreira é Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG.

as uniões adultas reguladas pelo Direito.¹ A definição legal da união estável serve como fundamento para a construção de uma retórica jurídica que procura justificar a exclusão dos casais homossexuais dessa instituição². Muitos tribunais brasileiros alegam que o reconhecimento das uniões

¹ Ver, por exemplo, STJ, Recurso Especial nº 323.370, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 02/10/2006 (afirmando que questões relacionadas com uniões homoafetivas devem ser analisadas pelas varas cíveis porque essas uniões não podem ser consideradas como entidades familiares em função da definição legislativa da união estável que pressupõe a diversidade de sexos); TJMT, Conflito de Competência nº 2003.00.2.009683-5; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Fernando Habibe, 10/12/2003 (afirmando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque a definição legal dessa instituição pressupõe a dualidade de sexos); TJPR, Apelação Cível nº 0131962-0, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Salvatori Antônio Astuti, 17/08/1999 (afirmando que a diversidade de sexos é um requisito objetivo e essencial para a existência da união estável); TJSP, Apelação Cível nº 349.910.4/3-00, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível de Direito Privado, Relator: Alvares Lobo, 08/06/2005 (confirmando decisão de primeira instância que negou pedido de inclusão de companheiro como beneficiário de plano de saúde porque casais homossexuais não podem ter acesso a direitos decorrentes da união estável em função da definição dessa instituição); TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28/11/2007 (negando provimento de recurso sob o argumento de que a diversidade de sexos é um elemento fundamental para a caracterização da união estável).

² Ver, por exemplo, TAMG, Apelação Cível nº 222.040-8, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Carreira Machado, DJ 08.04.1997 (afirmando que a convivência homossexual não gera direitos de nenhuma natureza, nem mesmo direitos patrimoniais); TJRJ, Agravo de Instrumento nº 8497/99/02, Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível, Relator: Alexandre H. P. Varella, 05.10.1999 (decidindo que o companheiro sobrevivente não pode figurar como inventariante ou reclamar direitos sucessórios porque o sistema jurídico brasileiro não reconhece as uniões homossexuais como uniões estáveis); TJSP, Agravo de Instrumento nº 389.150-5/0-00, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Relatora: Jo Tatsumi, 07/04/2005 (negando provimento a recurso de decisão de primeira instância que indeferiu pedido de inclusão de companheira de mesmo sexo como beneficiária de plano de saúde porque a legislação brasileira não prevê a extensão de tais benefícios ao companheiro homossexual).

homoafetivas como uniões estáveis constituiu um pedido jurídico impossível porque casais homossexuais não podem procriar.³ Esses órgãos julgadores asseveram ainda que o conteúdo da lei estabelece não apenas limites aos direitos por elas regulados, mas também a forma como a norma deve ser interpretada. Como o legislador brasileiro instituiu a heterossexualidade como um requisito fundamental para a caracterização da união estável, o poder judiciário não pode simplesmente ignorar esse elemento fundamental da definição desse instituto jurídico.⁴ Como consequência da caracteri-

³ Ver, por exemplo, TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, DJ 08/05/2008 (argumentando que uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis devido a impossibilidade jurídica de tal pedido); TJSP, Agravo de Instrumento nº 544640-4/2, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Jesus Lofrano, 12.02.2008 (dando provimento a recurso sob o argumento de que a nossa legislação não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que justifica a decisão de primeira instância classificando a demanda como impossibilidade jurídica do pedido); TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.509018-0/001, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível, Relator: Manuel Saramago, 28/10/005 (negando a possibilidade da prestação de alimentos decorrentes de união homoafetiva sob a alegação de que a legislação brasileira não prevê esse direito); TJSC, Apelação Cível nº 2007.032992-5, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 18/03/2008 (afirmando que o conteúdo das normas legais brasileiras estabelecem expressamente como um dos requisitos à configuração da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar a convivência entre homem e mulher, ou seja, deve haver a diversidade de sexos).

⁴ Ver, por exemplo, TJMG, Apelação Cível nº 2.000.00.465188-5/000(1), Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Pereira da Silva, 20.02.2007 (afirmando que a definição legislativa da união estável requer uma interpretação literal da legislação regulando essa instituição); TJSP, Conflito de Competência nº 141.095-0/1-00, Órgão Julgador: Câmara Especial do Tribunal de Justiça, Relator: Canguçu de Almeida, 09.04.2007 (decidindo que o estabelecimento da diversidade de sexos como elemento central da definição da união estável impede quaisquer outras interpretações das normas que regulam essa instituição); TJRJ, Apelação Cível nº 7355/98, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ademir Paulo Pimentel, 13.10.98 (argumentando que a definição legal da união estável impede o uso da analogia entre as uniões homossexuais e as uni-

zação da promoção da procriação como um interesse estatal legítimo, vários tribunais brasileiros argumentam que o tratamento diferenciado dos casais homossexuais não constitui uma violação do princípio da igualdade.⁵

Mais do que justificar o tratamento diferenciado dos casais homossexuais, esses acórdãos instituem a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. Ao negar a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis, muitos tribunais brasileiros estabelecem uma configuração específica de família como merecedora da proteção estatal. As uniões entre homens e mulheres fundadas na procriação merecem especial proteção das instituições governamentais porque elas têm importância central para a reprodução social. Tal compreensão da família como um espaço de reprodução biológica tem um caráter marcadamente patriarcal, perspectiva que referenda a ideia da existência de papéis naturais ocupados por homens e mulheres dentro do matrimônio. A caracterização da família

ões heterossexuais); TJDF, Conflito de Competência nº 291471, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12.11.2007 (afirmando que não existe nenhuma perspectiva interpretativa capaz de justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis tendo em vista a definição legal dessa instituição).

⁵ Ver, por exemplo, TJRN, Apelação Cível nº 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002 (afirmando que a exclusão dos casais homossexuais da união estável não viola o princípio da igualdade porque os casais homossexuais não podem fazer parte dessa instituição na forma como ela está definida); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.08.082815-5/001, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, 14/10/2008 (argumentando que a exclusão dos casais homossexuais não viola o princípio da igualdade porque o tratamento diferenciado dos mesmos está racionalmente relacionado como interesse estatal em promover a procriação); TJRJ, AC nº 2005.001.44730, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Jesse Torres, 17/12/2005 (afirmando que a exclusão do companheiro homossexual de plano de saúde não ofende o princípio da igualdade porque a Constituição Federal define a união estável como o relacionamento entre um homem e uma mulher).

como uma unidade de reprodução biológica parece particularmente problemática quando consideramos a transformação dessa instituição nas últimas décadas. Papéis sexuais tradicionais têm sido gradualmente abandonados e o matrimônio passou a ser caracterizado como um projeto de realização pessoal que não inclui a procriação como um elemento necessário para o alcance desse ideal. Configurações alternativas têm sido amplamente reconhecidas pelo sistema jurídico, o que torna a afirmação de que a reprodução é o objetivo principal da união estável ainda mais controversa.⁶

O estabelecimento da heterossexualidade como requisito para o acesso a certas categorias de direitos pode ser apontado como exemplo de um processo social pouco

⁶ Ver nesse sentido STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300 MC-DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09/02/2006 (argumentando que os princípios da igualdade, da dignidade humana, da privacidade e do pluralismo justificam o reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares); STJ, Recurso Especial nº 820.475 - RJ, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 06/10/2008 (reconhecendo a competência das varas de família para julgar questões decorrentes de uniões homoafetivas porque essas se equiparam às uniões heterossexuais); TRF-1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Tourinho Neto, 29.04.2004 (rejeitando o argumento de que a família significa necessariamente a presença de um homem e uma mulher ligadas pelo casamento, uma vez que a nossa tradição jurídica tem reconhecido outras formas de família como o concubinato) TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª Turma, Relator: Sérgio Schwaitzer, 04/07/2007 (afirmando que a Constituição ao consagrar o pluralismo familiar e o princípio da dignidade humana reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis, pois não vinculou a família ao casamento); TJRS, Apelação Cível nº 70016660383, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, 26/10/006 (afirmando que o dogma da família tradicional formada por marido mulher e prole tem sido relativizado pelas transformações sociais); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.750258-5/002(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Belizário de Lacerda, 04/09/2007 (afirmando que os direitos da união homoafetiva são indissociáveis da união estável e que vários movimentos sociais contribuíram para a transformação da família patriarcal e a criação de família baseada no afeto).

analisado na literatura jurídica nacional. A institucionalização dessa forma de identidade sexual pode ser classificada como um exemplo paradigmático de como o discurso jurídico funciona como um mecanismo de formação de identidades. Como as normas jurídicas transformam sentidos culturais em regras que regulam as relações entre as pessoas, elas têm uma função fundamental na formação e perpetuação de papéis sociais. Tal afirmação pode surpreender aqueles que consideram a atividade do juiz como algo restrito à aplicação da legislação a um caso concreto. Mas devemos fazer uma diferenciação entre as normas jurídicas propriamente ditas e as razões apresentadas pelos tribunais para aplicá-las ou interpretá-las de uma determinada maneira. As normas jurídicas são produto de um processo legislativo fundado na ideia da legitimidade institucional. Elas estabelecem um comando que deve ser observado pelos agentes governamentais, mas a maioria delas não fornece razões para a sua utilização. Os motivos para a aplicação e interpretação de uma norma jurídica são apresentados pelos operadores do Direito, atores que sempre recorrem a conteúdos ideológicos para justificar o emprego da norma em um determinado caso e em certo sentido. Esse conjunto de razões constitui uma prática discursiva que tem a função de legitimar a ordem social de uma determinada maneira (KENNEDY, 1998, p. 135-155). A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas pode ser vista como exemplo bastante claro do papel de certas ideologias sociais no processo de argumentação jurídica. A norma que define a união estável como uma união entre um homem e uma mulher não oferece razões para a instituição da heterossexualidade como um requisito para o acesso a essa instituição. Nós encontramos essa justificação na retórica que os tribunais utilizam para excluir os casais homossexuais dos direitos decorrentes dessa instituição. Esses argumentos estão baseados em uma série de premissas que

servem para instituir uma representação específica de família como o fundamento da organização social brasileira, processo responsável pelo estabelecimento da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa.

O patriarcalismo é a ideologia social que fornece os elementos necessários para a institucionalização da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. O estabelecimento dessa forma de orientação sexual como uma identidade universal acontece principalmente pela caracterização da mesma como uma realidade natural anterior à regulação jurídica. Muitas cortes brasileiras afirmam que a união estável não pode ser interpretada apenas como uma criação estatal: as normas jurídicas apenas disciplinam uma instituição cujos pressupostos transcendem o poder regulador do Estado. Isso significa que a classificação da união estável como uma união entre um homem e uma mulher fundada na procriação decorre de algo que está inscrito na própria realidade natural. Tal processo é um requisito para a reprodução social porque prescreve funções específicas para homens e mulheres dentro da estrutura familiar. Mas o estabelecimento da heterossexualidade como um requisito necessário para o acesso à união estável não pode ser caracterizado como uma simples decorrência de processos biológicos. Como toda forma de argumento ideológico que pretende mascarar a realidade para o benefício de certos grupos sociais, esse argumento desconsidera o fato de que a heterossexualidade não pode ser entendida apenas como uma orientação sexual. Ela fundamenta uma série de arranjos sociais que sustentam relações assimétricas de poder. Ao estabelecer certos papéis sexuais como dados naturais da organização social, as instituições governamentais contribuem para a reprodução de relações de poder como algo constitutivo das interações humanas. Como as funções sociais ocupadas por homens e mulheres são vistas como um elemento central da família nu-

clear, todas as outras formas alternativas de organização familiar são classificadas como algo contrário à realidade natural. A heterossexualidade deve ser pensada como uma instituição política que estabelece normas específicas para a organização do poder social, normas fundamentadas nas relações assimétricas entre homens e mulheres dentro das relações matrimoniais (JOHNSON, 2005, p. 76-100).

Eu analiso neste artigo os meios pelos quais o sistema jurídico atua como um instrumento de produção de identidades sociais, processo que tem como função principal a legitimação das relações de poder que fundamentam a ordem política de uma determinada sociedade. Trabalharei com a hipótese que o estabelecimento da heterossexualidade como requisito para o acesso à união estável não decorre de uma instância que transcende as normas jurídicas. Ele surge como consequência da construção dessa expressão da sexualidade humana como uma forma de identidade normativa. Mais do que a regulação estatal de uma realidade natural, a heterossexualidade é uma construção social, fruto de uma configuração política na qual o discurso jurídico tem um papel fundamental. Isso significa que a construção jurídica da heterossexualidade pode ser vista como uma forma de legitimação de uma ordem social baseada no pressuposto de que as pessoas ocupam lugares naturais dentro da realidade social. O discurso jurídico cumpre assim um papel regulador das identidades no espaço público e no espaço privado ao reconhecer as uniões heterossexuais fundadas na procriação como forma de entidade familiar que merece proteção estatal privilegiada. Ao instituir essa forma de união matrimonial como merecedora da proteção estatal especial, muitos tribunais brasileiros rejeitam a possibilidade do reconhecimento jurídico de formas alternativas de organização familiar. Essa estratégia tem como finalidade a reprodução do poder patriarcal ao preservar a noção de família

como um espaço fundado na divisão de papéis sexuais e na hierarquia entre os sexos. A institucionalização da heterossexualidade como requisito para o acesso à instituição da união estável e a exaltação da superioridade moral das uniões fundadas na procriação permitem a reprodução do poder patriarcal pelo reforço dos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres dentro dos relacionamentos heterossexuais. Partiremos do pressuposto de que as noções de heterossexualidade e homossexualidade são categorias historicamente construídas a partir de uma dinâmica de relações de poder que procuram legitimar certas formas de organização social. Argumentaremos que a dicotomia entre homossexualidade e heterossexualidade não decorre de uma realidade natural, mas sim de um processo de oposição social presente em certas configurações sociais historicamente situadas.

Demonstraremos na primeira parte deste artigo que a categoria de sujeito de direito pressupõe a heterossexualidade como uma forma de identidade universal. A associação entre heterossexualidade e direitos individuais permitiu a identificação da mesma como um pressuposto fundamental da identidade humana na esfera pública e na esfera privada. Analisaremos na parte seguinte os diversos processos culturais responsáveis pela construção social da heterossexualidade como forma de identidade pessoal compulsória. Teremos oportunidade de observar posteriormente que a exclusão dos casais homossexuais da união estável decorre principalmente do fato de que homens e mulheres homossexuais violam normas culturais de gênero. Investigaremos na última parte deste artigo as estratégias ideológicas utilizadas pelos nossos tribunais na construção da heterossexualidade como uma instituição política responsável pela reprodução da família patriarcal.

A jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas constitui um campo de estudo privilegiado para a análise da

construção jurídica da heterossexualidade. Uma questão de grande importância impulsiona a jurisprudência sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo: a possibilidade do reconhecimento dos casais homossexuais como entidades familiares. Esse tema está sempre presente nas decisões jurídicas que tratam dos pedidos de reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, nos acórdãos discutindo o problema da competência para julgamento dos problemas relacionados com as uniões homoafetivas, como também nas demandas de extensão de direitos previdenciários aos companheiros de funcionários públicos homossexuais. A análise das razões utilizadas pelos nossos tribunais para responder a cada uma dessas questões nos permitirá demonstrar como esses órgãos julgadores constroem a heterossexualidade em oposição à homossexualidade.

2. A construção da categoria de sujeito de direito como um sujeito heterossexual

A formação da imagem do indivíduo como uma entidade metafísica permite a construção de uma representação genérica dos seres humanos como entes racionais que possuem direitos e obrigações. Essa compreensão do homem como um ser moral racional abre espaço para o reconhecimento de uma característica comum a todos os seres humanos, pois a noção de direito como uma faculdade pessoal permite a extensão de *status* jurídico a todas as pessoas. A formulação de uma subjetividade jurídica fundada na ideia do homem como um ser racional torna possível a construção de uma organização social fundada em normas que expressam a racionalidade humana (AMATO, 1990, p. 51-67). Compreendido como um indivíduo racional capaz de estabelecer a sua própria norma de conduta, o homem passa a ser visto como uma premissa fundamental do pensamento político e jurídico. Os autores

que procuravam encontrar um novo fundamento para a organização social passaram a fazer referência à essa representação dos seres humanos como ponto de partida para a construção de uma sociedade democrática. Esses autores partiram do pressuposto que a construção de uma sociedade baseada em leis universais e abstratas é possível em função da identidade comum de todos os seres humanos como cidadãos. A faculdade racional de todos os indivíduos permite que eles desenvolvam uma consciência moral universal, o que os torna capazes de instituir uma organização social baseada em leis que expressam a própria racionalidade humana (HEARSCHER, 1993, p. 18-27). O *status* comum de todos os seres humanos engendra uma identidade de direitos e a rejeição de quaisquer privilégios em nome de um princípio geral da igualdade entre todos eles. Como todas as pessoas têm os mesmos direitos, eles devem ser igualmente tratados; quaisquer formas de tratamento arbitrário violam o princípio da igual dignidade dos seres humanos. Essa ideologia individualista toma a identidade comum de todos os cidadãos como um elemento central para a universalização dos direitos fundamentais, processo que requer a homogeneização social a partir da compreensão dos indivíduos como entes abstratos representados pela figura do sujeito de direito. A ideologia liberal está fundada na negação de que as diferenças de *status* social possam ter qualquer relevância jurídica. O reconhecimento dessas diferenças não tem lugar na instauração de uma sociedade que almeja a uniformização do tratamento jurídico entre as pessoas. Estabelece-se assim uma correlação direta entre direitos fundamentais e o princípio democrático. Os direitos fundamentais só podem existir dentro de uma sociedade pautada pela igualdade política e jurídica entre os indivíduos. O ideal universalista, assentado na noção de identidade comum entre todos os indivíduos, toma como ponto de partida a regra de direito que

governa a comunidade política, o que possibilita a instauração do indivíduo racional como centro do universo político e jurídico (ATTAL-GALLY, 2003, p. 6).

Apesar da formulação da noção de sujeito de direito como uma categoria abstrata, inúmeros processos históricos foram responsáveis pela identificação da mesma com grupos sociais específicos. De acordo com o pensamento liberal clássico, o Direito não tem nenhum papel na construção da identidade dos indivíduos; eles podem desenvolver as suas próprias concepções do que seja uma vida adequada. Mas uma análise da realidade histórica demonstra que essa asserção sempre teve uma validade bastante limitada. A categoria de sujeito de direito pressupõe uma separação da vida dos indivíduos entre a esfera pública e a esfera privada. Enquanto a esfera privada estiver fundada na premissa de que as vidas das pessoas podem ser reguladas pelas instituições estatais, elas têm liberdade para ser o que quiserem na esfera privada. Parte-se do pressuposto de que os indivíduos são sujeitos autônomos e que as normas jurídicas são produtos da vontade racional dos indivíduos considerados como seres igualmente livres. Mas a noção de sujeito de direito sempre esteve associada a um grupo social específico, únicos indivíduos que tinham a possibilidade de atuar autonomamente na esfera pública e na esfera privada: o homem heterossexual. A identificação de diversas categorias de direitos com esse grupo social acontece principalmente em função da restrição de direitos de certas classes de indivíduos.⁷ O

⁷ Alguns casos da jurisprudência norte-americana demonstram de maneira bastante clara como a noção de cidadania estava claramente associada ao homem branco proprietário. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu no famoso caso *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. (19 How.) 393, 1857) que os negros não podiam ter acesso ao sistema jurídico porque eles não faziam parte da comunidade política tal como idealizada pelos fundadores da nação. O mesmo órgão julgador também institucionalizou a ideia de que as mulheres ocupam um *status* social inferior aos homens no caso *Bradwell v. Illinois* (83 U.S. 130, 1873) ao afirmar que

acesso exclusivo dos homens a direitos civis e políticos durante o constitucionalismo liberal pode ser apontado como um claro exemplo dos meios pelos quais a categoria de sujeito de direito estava identificada com esse grupo social. O conceito de autonomia pública e privada permaneceu algo estranho para as pessoas do sexo feminino porque as normas jurídicas limitavam os direitos das mulheres em ambas as esferas da existência. Elas não tinham os mesmos direitos no espaço público, como também não possuíam direitos iguais no espaço privado, uma consequência do fato de que as normas jurídicas, formuladas por homens, classificavam a mulher como legalmente dependente do pai ou do marido. Baseados na ideia de que as mulheres não eram adequadas para a participação na vida pública, os sistemas jurídicos ocidentais validaram várias normas culturais que institucionalizaram o espaço público como um espaço masculino (NAFFINE; OWENS, 1997, p. 7-8). O privilégio dos homens no espaço público e no espaço privado demonstra que a noção moderna de sujeito de direito surge como uma categoria que identifica o gênero masculino como parâmetro para a plena cidadania (NAFFINE, 1995, p. 24-27).

Se os processos históricos responsáveis pela expansão da autonomia na esfera pública e na esfera privada concorreram para a conquista da igualdade formal das mulheres no mundo contemporâneo, a igualdade entre homossexuais e heterossexuais ainda continua longe de ser plenamente alcançada. Isso se deve ao fato de que a noção de sujeito de direito ainda continua sendo uma categoria claramente identificada com a heterossexualidade. A dicotomia entre a homossexualidade e a heterossexualidade também está estruturada a partir da dialética entre o espaço público e o espaço privado. A construção da hierarquia entre essas duas formas de orientação sexual pode ser observada quando levamos em

elas não são capacitadas para desempenhar atividades da vida pública.

consideração o fato de que muitas normas jurídicas estão fundamentadas na premissa de que todas as pessoas são heterossexuais. Leis que regulavam a sexualidade humana nos diferentes âmbitos da vida social procuravam reiterar os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres, criando assim a homossexualidade como uma forma de comportamento contrário à ordem social (ESKRIDGE, 2002, p. 13-98). A exclusão da homossexualidade do espaço público e do espaço privado demonstra que o sistema jurídico constitui a heterossexualidade como uma forma de identidade universal em ambas as dimensões das vidas dos indivíduos. Essas considerações sugerem que a distinção entre a esfera pública e a esfera privada tem uma conotação claramente sexual. Ela serve para definir os lugares ocupados por homens e mulheres dentro da estrutura familiar. A família aparece aqui como uma unidade social formada pelo casal heterossexual e os seus filhos, instituição que tem como função principal a socialização das crianças e estabilização emocional de adultos. A estrutura das nossas sociedades complexas estabelece uma separação crescente do espaço público e do espaço privado e a consequente divisão do trabalho entre os gêneros. Enquanto o espaço público é o campo de ação do homem, ator responsável pelo sustento da família, a esfera privada é o espaço privilegiado da mulher, cônjuge responsável pelos serviços domésticos e pela criação dos filhos (PARSONS; BALES, 1955, p. 23). O espaço privado representa o espaço da tolerância máxima para homens e mulheres homossexuais, uma vez que o exercício dessa forma de orientação sexual deve permanecer como algo restrito à vida íntima dos indivíduos. Apenas a heterossexualidade pode ter expressão no espaço público porque as uniões heterossexuais são vistas como o fundamento da unidade social. Enquanto a esfera privada representa a opressão de homens e mulheres homossexuais, a esfera pública é construída como espaço de livre

expressão de homens e mulheres heterossexuais (RICHARDSON, 1996, p. 15).

A construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa acontece principalmente em função do estabelecimento de um contrato heterossexual. Se o contratualismo parte do pressuposto de que a ordem social é criada a partir do acordo entre indivíduos racionais sobre princípios básicos de organização política, o contrato heterossexual está fundamentado na premissa de que a heterossexualidade é uma forma de identidade que deve regular todas as relações sociais. O contrato heterossexual expressa assim um entendimento entre os indivíduos de que a heterossexualidade é um princípio básico da ordem social. Esse pressuposto encontra expressão na institucionalização dessa norma por meio das regras jurídicas que reproduzem o ideário heterossexual (WITTIG, 1992, p. 37-43). O contrato heterossexual está fundamentado nas dicotomias entre homem e mulher e entre heterossexualidade e homossexualidade. Esses termos não designam categorias naturais, mas são construídos em função da oposição de uma em relação à outra. A cultura heterossexual está fundamentada na premissa de que as pessoas são necessariamente homens ou mulheres, o que implica a existência de qualidades naturalmente associadas a elas em função do gênero. O contrato heterossexual também está baseado na oposição entre heterossexualidade e homossexualidade, sendo que a primeira adquire o sentido social de normalidade em oposição à construção da segunda como uma anormalidade (MASON, 1995, p. 73-76). Mas esses processos sociais são mascarados pelo discurso jurídico ao assumir a ideia de que os sexos são um dado natural anterior à regulação legal. O contrato heterossexual transforma uma construção social em uma realidade natural, legitimando, assim, uma ordem social fundada na heterossexualidade (DAVIES, 1997, p. 31-32). A heterossexualidade deve então ser entendida como um sistema po-

lítico que estabelece uma série de funções sociais que vão muito além da questão da atração sexual. Esse parâmetro de organização social serve como um princípio que justifica os lugares sociais ocupados por homens e mulheres em várias instâncias sociais, sendo que todos eles estão fundamentados na divisão de papéis sociais entre homens e mulheres na esfera pública e na esfera privada (VANEVERY, 1996, p. 48). A heterossexualidade, sendo uma instituição política, pressupõe a existência do gênero masculino e do gênero feminino, como também a atribuição de certos papéis inerentes ao homem e à mulher. Essas funções reproduzem uma estrutura de dominação social que permite aos homens obter benefícios de ordem sexual e econômica das mulheres. A naturalização da heterossexualidade permite a exploração econômica das mulheres em função do esquecimento do fato de que o trabalho doméstico não remunerado das esposas constitui uma tarefa de caráter econômico que contribui diretamente para o bem-estar masculino.⁸

⁸ O entendimento de que o trabalho doméstico tem um caráter eminentemente econômico tem sido esposado por vários tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, TAMG, AC nº 9.036, Relator: Leal da Paixão, RF/76, 24.04.1938 (reconhecendo a natureza econômica dos serviços domésticos e afirmando que eles têm especial importância na construção do patrimônio comum); TAMG, AC nº 10.203, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Newton Cruz, RT/124, 30.05.1940 (afirmando que a mulher tem direito à compensação por serviços prestados mesmo que esteja casada com o homem que se beneficia dos mesmos); TJSP, AC nº 58.715, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Frederico Roberto, RT 242, 27.05.1952 (argumentando que os serviços domésticos têm uma natureza econômica intrínseca e que eles constituem uma contribuição econômica para os seus beneficiários); STF, RE nº 70.271, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Aliomar Baleeiro, RTJ 66/765, 11.05.1973 (conferindo direito à compensação financeira a uma mulher que viveu em uma união livre e honesta com um homem por mais de vinte anos); TJPR, Apelação Cível nº 1.591, Relator: Ronald Accioly, 14.10.1981 (afirmando decisão de primeira instância que reconheceu o direito de uma concubina de receber parte do patrimônio deixado pelo seu companheiro porque ela contribuiu para a formação desse patrimônio por meio dos serviços domésticos).

A construção da heterossexualidade como um dado natural da realidade social serve para ofuscar o fato de que a identidade sexual é o produto da interação entre experiências pessoais e sentidos sociais. Como tivemos oportunidade de observar anteriormente, a heterossexualidade pode ser classificada como uma categoria social baseada na divisão entre os gêneros masculino e feminino. O gênero é uma construção social que sustenta uma série de práticas sociais e institucionais responsáveis pela criação de relações assimétricas de poder entre homens e mulheres. A naturalização das funções sociais atribuídas a homens e mulheres contribui para a formação dessa relação de subordinação entre os gêneros. Devemos observar que a divisão de gêneros possibilita a construção da identidade feminina e da masculina uma em relação à outra. A identidade social das mulheres é definida em termos do desejo sexual pelo sexo masculino, pela construção da maternidade como um destino natural e pela dependência econômica e psicológica em relação aos homens. Por outro lado, a identidade masculina é construída em função da dominação do sexo feminino, dominação fundada na disposição sexual e econômica das mulheres. Parte-se do pressuposto de que a diferença entre os sexos reflete processos biológicos que dão suporte à certos comportamentos naturais de homens e mulheres (RICHARDSON, 1996, p. 20). A construção da sexualidade como um processo biológico tem então uma função política: ao mesmo tempo que a construção social da heterossexualidade justifica relações assimétricas de poder entre homens e mulheres, ela também cria as condições para a exclusão das relações homossexuais da proteção jurídica oferecida aos casais heterossexuais. Esse processo está por trás do raciocínio jurídico que estabelece a procriação como o objetivo central das relações matrimoniais: a identidade heterossexual compulsória serve como uma justificativa para a atribuição do papel de reprodução

social às mulheres, uma vez que o discurso jurídico constrói essa função como o seu lugar natural (WITTIG, 1992, p. 4-6). A institucionalização da heterossexualidade como uma categoria de organização social serve então para fundamentar ideia de que as relações entre sexos opostos constituem o fundamento da organização social. O casal heterossexual representa, assim, um princípio de unidade social que delimita o acesso de outros grupos a quaisquer categorias de direitos relacionados à sexualidade. Tal processo permite a perpetuação da heterossexualidade como uma identidade individual natural e também reforça a percepção de que o mundo social deve ser visto como naturalmente heterossexual (RICHARDSON, 2001, p. 20)

A regulação das relações sociais por meio da construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa é um processo característico do patriarcalismo que caracteriza as sociedades humanas. Muitos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres reforçam uma estrutura social fundada na dominação das mulheres, origem do sexismo característico que permeia o nosso universo cultural. Culturas patriarcais reforçam constantemente papéis sociais fundamentados em relações assimétricas de poder. Mulheres são constantemente discriminadas porque desafiam papéis sociais baseados no pressuposto da dependência feminina em diferentes instâncias. Essa dependência criada por práticas discriminatórias e por normas culturais serve como justificção para o sentimento de superioridade masculina, reforçando a ideia de que as mulheres devem ocupar naturalmente certas funções sociais. O sexismo serve para justificar a dominação masculina ao perpetuar a ideia de que as mulheres devem procurar sempre a companhia masculina e comportar segundo as expectativas sociais criadas pelos homens. Vemos então que a construção da heterossexualidade como uma identidade universal constitui um elemento central do patriarcalismo, ideologia

social que concorre para a subordinação social das mulheres ao criar normas culturais que reproduzem o sexismo (PHARR, 1988, p. 8-14). O privilégio atribuído aos relacionamentos heterossexuais como o fundamento da estrutura social reforça a ideia de que a heterossexualidade é um parâmetro fundamental para as relações interpessoais em função da atribuição de papéis específicos para homens e mulheres. Essa premissa serve para fundamentar a percepção social da heterossexualidade como uma forma de identidade necessária, universal e natural. Como um princípio organizador da estrutura social, a heterossexualidade também organiza a identidade dos indivíduos que devem apresentar-se socialmente a partir das características socialmente atribuídas aos gêneros (RICHARDSON, 1996, p. 3-4).

3. Homossexualidade e normas sociais de gênero

A classificação da homossexualidade como um comportamento desviante nos campos da Psicologia, da Sociologia e do Direito está fundamentada no pressuposto de que homossexuais violam normas culturais de gênero. Podemos afirmar que a condenação cultural da homossexualidade decorre do fato de que homossexuais contrariam os valores culturais responsáveis pelo estabelecimento da hierarquia social entre os sexos. Devemos observar ainda que essa dicotomia entre homem e mulher funciona paralelamente a dicotomia entre heterossexualidade e homossexualidade para produzir a estigmatização do comportamento homossexual. A associação entre heterossexualidade e a masculinidade aparece como elemento central da identidade social de todos os homens, assim como a correlação entre heterossexualidade e feminilidade determina a identidade social de todas as mulheres (MASON, 1995, p. 68-71). Como consequência da correlação entre esses pares de opostos, a homossexualidade passa a

ser percebida como um desvio sexual, designando assim pessoas que não vivem de acordo com os papéis sexuais naturalmente atribuídos ao gênero. O comportamento homossexual aparece, então, como uma forma de degradação pessoal e de insubordinação social. Segundo o imaginário heterossexual, a homossexualidade masculina é vista como um comportamento degradante porque o homem equipara-se à mulher ao permitir ser penetrado por outro homem. A homossexualidade feminina é tida como uma forma de insubordinação porque tal comportamento contraria a percepção social de que a sexualidade feminina deve estar sempre subordinada ao desejo sexual masculino (KOPPELMAN, 1994, p. 235-238).

A tese segundo a qual homens e mulheres homossexuais violam os papéis sexuais comumente atribuída aos gêneros masculino e feminino pode ser apontada como uma das razões para a resistência de proteção jurídica às uniões homoafetivas. Essas uniões desafiam a noção de que características como dominação e subordinação estão naturalmente associadas aos sexos dos cônjuges. As uniões homossexuais rejeitam implicitamente práticas sociais associadas à hierarquia sexual, criando assim uma grande ansiedade cultural em relação ao reconhecimento jurídico desses relacionamentos. Boa parte da oposição à legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo decorre de posição conservadora que compreende o casamento como uma instituição fundada em uma clara divisão de papéis sexuais. As uniões homossexuais desafiam as normas sociais que requerem a estabilidade dos papéis sexuais para a sustentação da hierarquia social entre os gêneros. O fato de que a autoridade dentro das relações homossexuais não poder ser estabelecida em função do gênero dos indivíduos causa uma grande ansiedade cultural. Os oponentes do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas também argumentam que essas uniões não podem ser reconhecidas como uniões estáveis

porque casais homossexuais não podem procriar. Esse argumento está diretamente associado à percepção de que as uniões homossexuais envolvem atividade sexual não diretamente associada com os papéis naturais associados a homens e mulheres. As uniões homossexuais são vistas como algo ainda mais perigoso do que a simples prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo porque afronta a dominação masculina dentro do casamento (LAW, 1988, p. 217-218).

Vemos então que a homofobia pode ser vista como responsável pela propagação do sexismo quando associada ao heterossexismo. O heterossexismo provoca a homofobia ao pressupor que a homossexualidade é uma norma cultural que deve regular todos os espaços da vida humana. Essas duas categorias atuam conjuntamente para criar a homossexualidade como uma forma de identidade compulsória e a família nuclear como expressão de uma estrutura social baseada na hierarquia entre os gêneros (PHARR, 1988, p. 16-17). Tais considerações levaram alguns autores a formular o argumento de que a discriminação baseada na orientação sexual dos indivíduos pode ser classificada como uma forma de discriminação sexual. A perpetuação da distinção entre papéis sexuais está na base dessa forma de discriminação que tem como objeto principal o gênero da pessoa a qual o indivíduo dirige o seu interesse sexual. Como o gênero da pessoa serve como base para a atribuição de direitos em diversas áreas da vida social, a discriminação contra homens e mulheres homossexuais pode ser caracterizada como uma forma de discriminação sexual (KOPPELMAN, 1994, p. 285-287).

4. A construção jurídica da homossexualidade na jurisprudência brasileira

As considerações desenvolvidas nos parágrafos anteriores demonstram que o tratamento discriminatório contra os

casais homossexuais cumpre uma função bastante clara: a manutenção da família como uma entidade exclusivamente heterossexual fundada na hierarquia sexual entre homens e mulheres. O argumento de que a diversidade de sexos constitui um aspecto fundamental da definição da união estável pode ser apontado como um dos elementos utilizados para a institucionalização da heterossexualidade como uma identidade normativa. Esse pressuposto é constantemente articulado nas decisões judiciais sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Três temas principais estão presentes na jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas: a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, a determinação da competência judicial para resolver problemas jurídicos decorrentes das uniões homoeróticas e o problema da consideração de casais homossexuais como entidades familiares. Uma análise das decisões judiciais sobre essas uniões demonstra que os tribunais brasileiros recorrem a cinco estratégias discursivas para excluir os casais homossexuais da união estável: a) uma interpretação literal da legislação que regula essa instituição, b) a afirmação de que a proteção da família e a promoção da procriação constituem interesses estatais legítimos, c) a sexualização da identidade homossexual e a consequente caracterização da heterossexualidade como um comportamento altruísta, d) a consideração das uniões homoafetivas como relações de caráter puramente patrimonial, e) a correlação entre heterossexualidade e nação. Analisaremos nas sessões seguintes cada uma dessas estratégias.

4.1. União estável: entre tradição e definição

Apesar do consenso sobre a necessidade de proteção jurídica dos casais homossexuais, existe uma grande controvérsia sobre a forma e a extensão de tal proteção. Muitos tribunais brasileiros têm reconhe-

cido uniões homoafetivas como uniões estáveis, mas boa parte das nossas cortes afirma que o nosso ordenamento jurídico não admite tal possibilidade. Para muitos dos nossos magistrados, a ideia da união estável homossexual ou o casamento homossexual constitui uma contradição em termos porque a diversidade de sexos é parte fundamental da definição dessas duas instituições. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser apontada como um bom exemplo de como as nossas cortes empregam esse raciocínio para negar proteção jurídica aos casais homossexuais. O autor da ação interpôs um recurso para aquele Tribunal no qual requeria a reforma da decisão de primeira instância que negou o pedido de reconhecimento do longo relacionamento mantido com o seu companheiro como uma união estável. Ele argumentou que o juiz errou ao não deferir o pedido porque aquele órgão superior tem reconhecido a existência de uniões estáveis entre casais homossexuais. O órgão julgador em questão indeferiu a apelação afirmando que a legislação brasileira define a união estável como uma união entre um homem e uma mulher, o que impede o acesso dos casais homossexuais a essa instituição.⁹ O desembargador afirmou que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis enfrenta um obstáculo intransponível: a caracterização da diversidade de sexos como um elemento central da definição legal dessa instituição. Como a diversidade de sexos é uma condição fundamental para a procriação, a exclusão dos casais homossexuais da união estável não constitui uma violação da igualdade.¹⁰ Alegando haver

⁹ TJRS, AC nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27.04.2005.

¹⁰ Ver, nesse mesmo sentido, STJ, Recurso Especial nº 648.763 - RS, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Cesar Asfor Rocha, DJ 16/04/2007 (negando a possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas como uniões estáveis porque essa instituição é legalmente definida como uma união entre um homem

uma relação racional entre o tratamento diferenciado dos casais homossexuais e o interesse estatal em promover a procriação, o desembargador asseverou que a legislação brasileira não discrimina os casais homossexuais. Eles simplesmente não podem ter acesso a essa instituição na forma como ela está legalmente definida porque não podem procriar. A legislação simplesmente reflete a realidade biológica de que casais formados por pessoas do mesmo sexo não podem reproduzir.¹¹

e uma mulher); TJDF, Conflito de Competência nº 2004.00.02.001313, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Sandra de Santis, DJU 01/06/2004 (afirmando que a definição legal da união estável impede a analogia entre uniões homossexuais e heterossexuais); TJMG, Apelação Cível nº 1.000.00.245373-6/00(1), Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível, Relator: Aluizio Quintão, 03/10/2002 (indeferindo recurso sob o argumento de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo é algo estranho ao direito de família tendo em vista a definição legislativa dessa instituição); TJPR, Apelação Cível nº 02144205-8, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Salvatore Antônio Astuti, 12/04/2005 (dizendo ser impossível equiparar uniões homossexuais a uniões heterossexuais em função da definição legal da união estável); TJSE, Conflito de Competência nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21/03/2007 (afirmando que, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, o conceito de união estável pressupõe a diversidade de sexos, o que distingue as uniões homossexuais das uniões heterossexuais)

¹¹ Muitos tribunais brasileiros fazem referência ao princípio da diversidade de sexos como elemento fundamental da definição da união estável para classificar o pedido de reconhecimento das uniões homoafetivas como um pedido jurídico impossível. Ver, por exemplo, TJSC Apelação Cível nº 2007.032992-5, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Rita, 18/03/2008 (classificando o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis como um pedido jurídico impossível porque essa instituição pressupõe a possibilidade de procriação); TJRJ, Apelação Cível nº 7355/98, Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível, Relator: Ademir Paulo Pimentel, 23.03.2001 (argumentando que a definição legal da união estável torna o pedido de reconhecimento da união entre pessoas como união estável uma impossibilidade jurídica); TJSP, Apelação Cível nº 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª Câmara; Relator: Alberto Zvirbis, 05/10/2006 (afirmando ser impossível o pedido de reconhecimento de uma união homoafetiva como uma união estável porque “o Estado estende a proteção à união estável entre o homem

O argumento da definição geralmente utilizado pelos nossos tribunais encontra grande aceitação dentro do mundo jurídico porque faz referência às normas legais que definem a instituição estável.¹² Mas o que nos interessa aqui é a retórica utilizada pelos tribunais para afastar a possibilidade de uma interpretação expansiva da norma que regula a união estável. Esse argumento tem uma natureza claramente circular: a definição da união estável pressupõe a diversidade de sexos porque todas as uniões adultas sancionadas pelo Estado pressupõem a diversidade de sexos. O argumento da tradição aparece como um corolário necessário do argumento da definição: as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque as uniões matrimoniais estiveram fundadas na diversidade de sexos desde tempos imemoriais. Esses dois argumentos cumprem duas funções importantes: a instituição da heterossexualidade como um requisito lógico da união estável e a exclusão da possibilidade do reconhecimento de outras formas alternativas de organização familiar. A utilização dessas duas teses jurídicas serve para justificar a preservação da união estável como uma instituição inerentemente heterossexual pela referência aos princípios do direito natural. Nossos tribunais afirmam que a diversidade de sexos surge como um dado natural da ordem social porque decorre da vontade de Deus. O reconhecimento das uniões homoafetivas deve ser afastado porque tais uniões contrariam a ordem natural instituída pelo Criador.¹³

e a mulher, mas não deixa de estimular o casamento sem olvidar de equipará-la à entidade familiar, sendo inconstitucional qualquer projeto que vise equiparar à entidade familiar à união de lésbicas e pederastas”); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.537121-8/002(1), Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível, Relator: Domingos Coelho, 08/07/2006 (afirmando que o reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável constitui caso de impossibilidade jurídica porque tais uniões não constituem entidades familiares).

¹² Para uma análise minuciosa desse argumento ver Adilson José Moreira (2010, p. 330-340).

¹³ Ver, por exemplo, TJRS, Apelação Cível nº 70009791351, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator:

Os argumentos da definição e da tradição servem também para excluir evidências históricas da existência de formas alternativas de organização familiar. Muitos tribunais brasileiros utilizam uma narrativa histórica de caráter linear, como se o sentido das instituições sociais não tivesse sofrido nenhuma variação ao longo do desenvolvimento da cultura humana. Vários estudos recentes revelam que o casamento sempre teve funções sociais diversas. Uniões homoafetivas eram socialmente reconhecidas em várias civilizações humanas, sendo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo existiu em muitas delas. Os relacionamentos entre homens foram mais valorizados do que as uniões heterossexuais, forma de relacionamento que tinha apenas a função de manter a propriedade dentro da mesma família. Outros grupos humanos não conheceram uma estrita correspondência entre papéis sociais e o sexo morfológico, o que possibilitou a sanção do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Enquanto algumas culturas conheciam a existência de um terceiro sexo, outras sociedades sancionavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo como um estágio preliminar para o casamento entre um homem e uma mulher. Outras culturas efetivamente reconheciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que um dos parceiros ocupava o papel social geralmente atribuído a pessoas do sexo oposto (MOREIRA, 2010, p. 273-305). Essa variedade de concepções de papéis sexuais

Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 10/11/2004 (definindo a família como um fenômeno natural que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social tendo origem nos textos religiosos); TJMG, Apelação Cível nº 56.899, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Paulo Tinoco, RT 572/189, 16/11/1982 (alegando que o acasalamento de seres humanos do mesmo sexo contraria os mandamentos do direito natural); TJPB, Apelação Cível nº 2000.2004.0187140-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: João Machado de Souza, 18/04/2006 (definindo o casamento como a comunhão de um homem e uma mulher que se associam para toda a vida em uma comunhão do direito humano e do direito divino).

em diferentes culturas humanas demonstra que a instituição da diversidade de sexos como um requisito para o acesso à união estável não decorre apenas de uma realidade natural. Essa regra representa uma forma de configuração familiar baseada em uma cultura patriarcal, sendo que esses papéis decorrem supostamente da constituição biológica dos sexos. Percebemos então que o recurso ao direito natural procura atingir dois objetivos específicos: impedir que casais homossexuais sejam reconhecidos como entidades familiares e a manutenção de uma ordem social baseada na hierarquia sexual entre o homem e a mulher.¹⁴

4.2. A proteção da família: uma prioridade estatal

A premissa de que a diversidade de sexos é um elemento central da definição da união estável está diretamente relacionada com outro argumento constantemente utilizado pelos tribunais brasileiros: a ideia de que a união estável pretende proteger a instituição familiar. Os pretórios brasileiros asseveram que as normas legais têm como objetivo a proteção da família e não os relacionamentos adultos, sejam eles homossexuais ou heterossexuais. Esse

¹⁴ Vários tribunais brasileiros argumentam que a institucionalização da heterossexualidade como forma de identidade necessária para o acesso a direitos matrimoniais contradiz princípios fundamentais da nossa ordem constitucional. Ver nesse sentido STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3300, MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ, 09/02/2006 (afirmando que o sistema jurídico brasileiro está fundamentado nos princípios da dignidade humana e no pluralismo social, o que impede a restrição de direitos matrimoniais aos casais heterossexuais); TJRS, Apelação Cível nº 70001338892, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 14/03/2001 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável sob o argumento de que a construção da noção de sujeito de direito como necessariamente heterossexual viola o princípio constitucional da igualdade); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo).

entendimento está claramente articulado em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵ Um casal homossexual formado por duas mulheres requereu a homologação de dissolução de sociedade estável e afetiva cumulada com partilha de bens e guarda. A juíza da vara de família declarou a sua incompetência para conhecer e decidir o caso, sustentando que as uniões homoafetivas devem ser equiparadas a uma sociedade civil regida pelas disposições do direito obrigacional. Por outro lado, a juíza da vara cível argumentou que as uniões homoafetivas equiparam-se às uniões heterossexuais, devendo o feito processar-se perante uma vara de família. O Tribunal estadual afirmou que as varas de família têm competência para julgar esses casos. O Procurador-Geral de Justiça interpôs um recurso especial alegando que o pedido pretendia o reconhecimento e a posterior dissolução de uma união homoafetiva com contornos familiares. O relator do caso, Ministro Fernando Gonçalves, afirmou logo no início do acórdão que o texto constitucional reconhece apenas a união estável entre um homem e uma mulher como uma entidade familiar. Esse entendimento orientou o legislador a adotar a mesma definição na legislação infraconstitucional que regula a instituição da união estável. O magistrado argumentou que a diversidade de sexos é a primeira condição para a existência da união estável porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, os papéis de marido e esposa. Da mesma forma, um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo não podem cumprir as funções de pai e mãe perante eventuais filhos. Os problemas jurídicos que emergem das relações homoafetivas não podem ser regulados pelo direito de família porque esse campo jurídico, argumentou o magistrado, regula os direitos e deveres decorrentes da constituição e dissolução da família formada pelas relações

¹⁵ STJ, REsp. nº 502.995-RN, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Fernando Gonçalves, DJ 16.05.2005.

matrimoniais e concubinárias entre pessoas de sexos opostos. Isso significa que as varas de família não podem apreciar os problemas decorrentes das uniões homoafetivas porque elas não podem ser classificadas como entidades familiares. Como elas não encontram respaldo no direito de família, as relações homoafetivas só geram direitos obrigacionais. Sendo assim, a questão familiar está ausente porque não existe uma união que possa ser regulada pelo direito de família.¹⁶

Os tribunais que recorrem ao argumento da família e da procriação legitimam o pacto heterossexual ao instituir a família fundada na atribuição específica de papéis sexuais a homens e mulheres como uma realidade natural. Ao afirmar que casais homossexuais não podem assumir os papéis de pais e mães perante os seus filhos, o ministro relator reproduz uma compreensão da ordem social baseada na família nuclear heterossexual como uma realidade natural. As uniões homoafetivas contradizem a norma cultural segundo a qual a paternidade e a maternidade são destinos naturais de homens e mulheres porque elas subvertem os princípios da família patriarcal. Percebemos também que

¹⁶ Ver nesse sentido TJDF, Conflito de Competência nº 291471, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007 (afirmando que a família fundada na união do homem e da mulher constitui a base da sociedade); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.537121-8/002(1), Órgão Julgador: Domingos Coelho, 24/05/2006 (afirmando que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo constitui hipótese de impossibilidade jurídica do pedido porque a legislação brasileira estabelece a diversidade de sexos como um elemento essencial da definição da união estável); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 15/01/2007 (demonstrando que a noção de família permaneceu imutável ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro); TJSC, Apelação Cível nº 2006.035584-8, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Civil, Relator: Fernando Carioni, 28/11/2006 (afirmando que uniões homossexuais não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque dois homens ou duas mulheres não podem assumir os papéis de mãe e pai perante os filhos).

a defesa de uma estrutura familiar fundada na clara delimitação de funções ocupadas por homens e mulheres também procura reproduzir a própria identidade heterossexual: apenas uma família na qual pessoas de ambos os sexos ocupam lugares sociais claramente delimitados podem produzir pessoas que serão heterossexuais. O magistrado sugere claramente que filhos criados por casais homossexuais provavelmente serão homossexuais quando adultos porque foram criados em um lar no qual os papéis de homem e mulher estavam ausentes. Mais do que uma consideração sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, esse acórdão pode ser caracterizado como uma prescrição de como as uniões heterossexuais devem ser constituídas: homens e mulheres devem ocupar papéis bastante específicos dentro da união matrimonial para que a família possa constituir assim um espaço adequado para a criação de filhos que serão adultos heterossexuais.¹⁷

¹⁷ Ver nesse sentido TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (argumentando que a família é um fenômeno natural cuja caracterização precede a sua regulação legal e que o casal monogâmico heterossexual monogâmico é o melhor ambiente para a criação de filhos); TJSC, Agravo de Instrumento nº 2006.04587-2, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil, Relator: Manzoni Ferreira, 06/09/2007 (afirmando que a união estável homossexual não pode existir nem pelo casamento, nem pela união estável porque esses relacionamentos não têm como objetivo a constituição da família, função que o legislador conferiu aos casais formados por um homem e por uma mulher); TJRJ, Apelação Cível nº 10.704/2000, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relator: Antônio Eduardo F. Duarte, 07/10/2000 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável porque apenas a família formada pelo casal heterossexual merece proteção estatal porque pode promover a procriação); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (classificando a família como um grupo social que tem a função de constituir a prole, sendo um lugar privilegiado para a criação de futuros cidadãos. Esse grupo social constituído pelo homem, a mulher e a prole constitui a base da sociedade brasileira).

Esse acórdão demonstra claramente que as uniões homoafetivas são culturalmente condenadas porque elas desafiam noções tradicionais de papéis sexuais, uma vez que elas desarticulam a noção de que certos traços culturais são características naturais de homens e mulheres. Os relacionamentos homossexuais são vistos como uma subversão da ideia tradicional de família como uma instituição baseada na hierarquia entre os sexos. A concepção de família defendida por esses tribunais reproduz uma cultura fortemente marcada pelo patriarcalismo. Verificamos que as sociedades ocidentais adotaram uma forma de moral sexual baseada na ideia de que apenas a atividade sexual que leva à procriação pode ser classificada como legítima. Essa premissa serviu como base para a construção de uma moral sexual construída em torno do pressuposto de que apenas as atividades sexuais dentro do casamento são moralmente adequadas. Paralelamente à elevação da procriação como objetivo do casamento, surgiu também a construção de lugares sociais próprios para homens e mulheres. Esses pressupostos foram incorporados pelo sistema jurídico, servindo como parâmetro para controlar a vida sexual dos indivíduos dentro do espaço público e do espaço privado. Mais do que isso, o controle social da sexualidade pelas normas jurídicas serve também para reforçar a dicotomia sexual entre os sexos (LAW, 1988, p. 197-201).

4.3. *A sexualização da identidade homossexual*

A análise da jurisprudência sobre as uniões homoafetivas demonstra também que os tribunais adotam ainda uma estratégia bastante sutil para rejeitar a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Estamos aqui diante de outro processo que tem grande importância para a construção jurídica da heterossexualidade: a caracterização da homossexualidade como um comportamento

sexual voltado apenas para a gratificação pessoal. Paralelamente à sexualização da identidade homossexual, os tribunais brasileiros classificam o comportamento sexual heterossexual como uma manifestação altruísta da sexualidade humana porque tem como objetivo a procriação. Podemos perceber como os nossos tribunais empregam essa estratégia discursiva em uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.¹⁸ A decisão trata do conflito de competência para apreciar e julgar demandas que envolvem interesses decorrentes das uniões homoafetivas. A querela jurídica foi suscitada pelo juiz de uma vara cível que entendeu não ter jurisdição para julgar um caso cuja competência para julgamento já tinha sido declinada por um juiz de uma vara de família. O tratamento jurídico da homossexualidade nessa decisão judicial tem um interesse particular para a nossa análise, principalmente em função da retórica liberal nela presente. A desembargadora reiterou diversas vezes durante o acórdão que a homossexualidade não deve ser objeto de discriminação porque o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana proíbem tratamento discriminatório contra homossexuais. A magistrada argumentou que o exercício da homossexualidade é constitucionalmente protegido por vários princípios constitucionais como a liberdade individual e a dignidade humana. Mas ela afirmou também que o texto constitucional não veda completamente a utilização da homossexualidade como tratamento diferenciado e a exclusão dos casais homossexuais da união estável pode ser citada como um exemplo. As uniões homossexuais não podem ser classificadas como uniões estáveis porque não existe nenhuma semelhança entre elas. Aquela instituição tem como função principal a formação da família por meio da constituição da prole. Uniões homossexuais não podem visar o mesmo

objetivo porque casais homossexuais não podem procriar. Apenas os casais heterossexuais podem constituir família, entidade que forma a base da sociedade. A família, asseverou a desembargadora, representa um espaço privilegiado para a transmissão de valores morais, constituindo assim um objeto especial de proteção estatal.¹⁹

O argumento apresentado pela magistrada está baseado em duas premissas. A homossexualidade é uma forma de comportamento que deve ser protegida pelo Direito porque é uma expressão da sexualidade humana que diz respeito apenas aos indivíduos que a praticam. As instituições estatais não devem intervir na vida privada desses indivíduos, nem utilizar esse critério para discriminá-los. Mas esse argumento também está fundamentado na ideia de que a homossexualidade e heterossexualidade não têm o mesmo valor aos olhos do sistema jurídico. Enquanto a homossexualidade é um comportamento sexual que não diz respeito aos órgãos estatais, sendo apenas uma questão relativa à consciência individual, a heterossexualidade tem grande interesse para o Direito porque possibilita a reprodução social. A homossexualidade é classificada como um mero ato de caráter privado, enquanto a heterossexualidade é um comportamento sexual altruísta porque possibilita a reprodução social. Se homens e mulheres homossexuais apenas congregam entre si para obter prazer sexual, homens e mulheres heterossexuais contribuem para a constituição da própria sociedade. Dessa forma, a heterossexualidade deve ter expressão no espaço público enquanto a homossexualidade deve ficar confinada ao espaço privado. Essa estratégia serve, então, para negar o valor moral das uniões entre pessoas do mesmo sexo porque apenas o sexo heterossexual pode contribuir para esse objetivo moral mais alto que é

¹⁸ TJDF, Conflito de Competência nº 2007.00.2.010432-3, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007.

¹⁹ Para uma análise exaustiva dos argumentos empregados para negar a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis ver Adilson José Moreira (2010, p. 309-375).

a reprodução social.²⁰ Vemos então que a rejeição do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas concorre ainda para a regulação da heterossexualidade também em um outro plano: a exaltação moral da família nuclear cria uma hierarquia também entre os relacionamentos entre homens e mulheres. As uniões heterossexuais que têm como objetivo a procriação são moralmente superiores às uniões heterossexuais que não estão fundadas na reprodução. A exaltação moral da heterossexualidade em relação à homossexualidade aparece como um instrumento de regulação da atividade sexual heterossexual ao instituir a paternidade e a maternidade como um destino natural de todos os homens e mulheres. Essa estratégia empregada por muitos tribunais brasileiros pode ser interpretada como uma defesa da família patriarcal ao atribuir indiretamente um menor valor social às uniões que procuram a realiza-

ção emocional e sexual de dois adultos. A recusa do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas pode ser classificada também como uma reação ao processo de privatização das relações familiares ocorrido nas últimas décadas. Os próprios casais heterossexuais procuram construir relacionamentos baseados em parâmetros distintos daqueles defendidos por vários magistrados brasileiros.²¹

4.4. Homossexualidade e espaço privado

Outra característica da jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas concorre para a construção da esfera pública como um espaço heterossexual: a caracterização das uniões homossexuais como relacionamentos de natureza meramente obrigacional. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte ilustra esse processo de forma paradigmática.²² Um

²⁰ Ver nesse sentido TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.44569, Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, Relator: Henrique Carlos de Andrade Figueira, 28/11/2007 (afirmando que o estabelecimento da diversidade de sexos como requisito para o acesso à união estável constitui uma simples opção do legislador, opção que não está fundada em qualquer forma de preconceito, mas apenas no fato de que apenas as relações heterossexuais podem promover o interesse estatal na procriação); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (afirmando que a Constituição Federal não protege os amantes, mas apenas a família formada pelo homem e pela mulher que têm o objetivo de reproduzir. As uniões homoafetivas podem ser consideradas apenas como sociedades de fato porque não podem ser equiparadas com as uniões heterossexuais); TJRN, Apelação Cível nº 2005.004298-6, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Santos, 07/03/2006 (reconhecendo as uniões homoafetivas como um fato social que merece proteção jurídica na forma de sociedade de fato porque a Constituição Federal considera apenas a família formada por um homem e uma mulher como passível de proteção estatal); TJSE, Comp. nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21.03.2007 (argumentando que as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis, mas que o direito reconhece o direito à orientação sexual e reconhece direitos patrimoniais decorrentes dessa união).

²¹ A caracterização da família como um projeto individual baseada no afeto e no companheirismo que não inclui necessariamente a procriação encontra ampla fundamentação na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, TRF-1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, Órgão Julgador: 2ª Turma, Relator: Tourinho Neto, 29/04/2004 (chamando a atenção para o fato de que o centro de gravidade das relações familiares situa-se modernamente na mútua assistência afetiva e que é plenamente possível encontrar tal núcleo entre casais homossexuais); TJRS, Apelação Cível 70005488812, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 25/06/2003 (afirmando que o princípio da dignidade humana permite que o indivíduo possa tomar decisões essenciais sobre a sua vida tais como a escolha de um parceiro íntimo); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo); TJSP, Apelação Cível nº 552.574-44-00, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado, Caetano Lacastra, 12.03.2008 (declinando a possibilidade de considerar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido porque o julgador precisa considerar os vínculos pessoais de sentimento e afeto familiar, não reduzidos a meras discussões patrimoniais).

²² Ver, por exemplo, TJRN, Apelação Cível nº 2005.004298-6, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Cláudio Santos, 07/03/2006.

companheiro homossexual propôs uma ação de reconhecimento de união estável homossexual perante uma vara de família para que ele pudesse ter acesso a direitos sucessórios. O juiz de primeira instância julgou o pleito e reconheceu a existência de uma união estável entre o autor e o seu companheiro falecido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte reformou a decisão sob o argumento de que as varas de família não têm jurisdição para resolver problemas decorrentes das uniões homoafetivas. Aquele órgão julgador afirmou que toda e qualquer noção de família pressupõe a diversidade de sexos. Consequentemente, as varas de família não possuem competência para julgar o pleito porque a questão tem um caráter meramente obrigacional. A orientação sexual é uma liberdade individual que pode ser submetida a restrição de direito quando tal limitação está relacionada a um interesse estatal legítimo, argumentou o magistrado. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher pela legislação brasileira indica claramente que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis. Elas podem ser classificadas como sociedades de fato porque a diversidade de sexos não é um requisito para a regulação de relações obrigacionais.

A caracterização dos relacionamentos homoafetivos como uniões que só podem ter consequências jurídicas no plano obrigacional decorre diretamente da sexualização da identidade homossexual. Esse processo permite que os nossos tribunais regulem a liberdade privada de cidadãos homossexuais e heterossexuais de forma bastante diversa. Possíveis direitos decorrentes das uniões homoafetivas são vistos apenas como um direito de caráter individual associado à liberdade de expressão sexual. Isso significa que as instituições estatais devem permitir que as pessoas vivenciem a sua sexualidade no espaço privado apenas como uma forma de liberdade individual: os direitos das uniões homossexuais são

direitos de caráter privado e individual porque tais relacionamentos estão baseados no prazer pessoal. As uniões homossexuais não podem contribuir para o objetivo maior que é a reprodução social. A união estável pretende proteger apenas os indivíduos que fazem parte de uma união heterossexual, tipo de relacionamento que tem um valor social maior porque está baseado na criação e proteção de uma comunidade formada pelo homem, pela mulher e os filhos. A dicotomia entre esfera pública e esfera privada demonstra então como as normas jurídicas brasileiras estão baseadas na superioridade moral da sexualidade ao oferecer um grau maior de proteção às uniões heterossexuais.

A classificação das uniões homoafetivas como relações de natureza patrimonial tem duas consequências. Em primeiro lugar, essas decisões ignoram a natureza afetiva das mesmas porque elas classificam as uniões entre pessoas do mesmo sexo como relações de caráter obrigacional. Tal caracterização serve como uma justificação do tratamento diferenciado dos casais homossexuais porque a proteção e classificação de uniões de natureza obrigacional como entidades familiares não pode constituir um interesse estatal que justifique a equiparação das uniões homossexuais às relações heterossexuais.²³ O Estado não deve fazer nada

²³ Ver, por exemplo, TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (classificando a homossexualidade como uma expressão legítima da sexualidade humana, mas afirmando que as uniões homoafetivas possam ser reconhecidas como entidades familiares porque essas uniões têm um caráter privado e patrimonial); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.817915-1/001, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Silvas Vieira, 02/08/2007 (afirmando que a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, possibilidade decorrente do direito da privacidade dos indivíduos, gera repercussões apenas obrigacionais, que não adentram a seara do direito de família); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.00660, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto, 26/09/2005 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável, mas afirmando

para reconhecer as uniões homoafetivas como instituições familiares porque esses relacionamentos só podem ser entendidos como relações de caráter patrimonial. Isso significa que apenas as consequências de ordem econômica podem ser legalmente reguladas porque elas não implicam o reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como uniões conjugais.²⁴ A possibilidade de classificação das uniões homoafetivas como sociedades de fato não decorre do reconhecimento do valor social dessas uniões, mas meramente de um preceito de equidade segundo o qual uma pessoa não deve enriquecer injustamente às custas de outra. Temos aqui a construção da heterossexualidade por oposição

que o patrimônio formado durante a existência de uma sociedade de fato pode ser dividido entre as partes. O fato de as partes estarem envolvidas em uma relação íntima não tem qualquer relevância para a lide em questão porque o que interessa é a prova do interesse em formar uma sociedade baseada na comunhão do patrimônio comum); TJSP, Conflito de Competência nº 141-195-0/1-00, Órgão Julgador: Câmara Especial, Relator: Canguçu de Almeida, 09/04/2007 (afirmando que não há possibilidade de atribuição de competência às varas de família para discutir questões relativas às uniões homoafetivas porque elas têm consequências puramente econômicas).

²⁴ Ver, por exemplo, STJ, Recurso Especial nº 648.763 – RS, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Cesar Asfor Rocha, DJ 16/04/2007 (negando a possibilidade de reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável porque essas uniões não podem ser caracterizadas como entidades familiares, restando a possibilidade de proteção jurídica na forma de sociedade de fato); TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.00660, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto, 16.01.2006 (afirmando que as relações homossexuais geram apenas consequências econômicas porque elas não podem ser reconhecidas como entidades familiares); TJSP, Agravo de Instrumento nº 476.923/4-00, Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, 28/11/2006 (afirmando que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi acolhida nem pela Constituição nem pela legislação inferior em função do seu caráter puramente obrigacional); TJSE, Conflito de Competência nº 0100/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Gilson Gois Soares, 21/03/2007 (argumentando que as uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas como uniões estáveis, mas que o direito reconhece o direito à orientação sexual e reconhece direitos patrimoniais decorrentes dessa união).

à homossexualidade a partir da distinção entre espaço público e espaço privado. Se as uniões homoafetivas são apenas relações de caráter obrigacional, elas devem ficar restritas ao espaço privado, sendo reguladas pelas mesmas normas que tratam as relações societárias. As normas jurídicas devem proteger apenas as relações heterossexuais fundadas na procriação porque elas contribuem para o bem comum, sendo responsáveis pela sobrevivência da própria sociedade.

4.5. Heterossexualidade e nação

O processo de construção da heterossexualidade como uma forma de identidade normativa completa-se com a correlação feita pelos tribunais brasileiros entre heterossexualidade e nação. Essa estratégia pode ser classificada como um verdadeiro catalizador dos processos analisados anteriormente. Um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ilustra de forma exemplar essa estratégia discursiva empregada pelos nossos magistrados.²⁵ O caso em questão analisa o pedido de reconhecimento de uma união homoafetiva como uma união estável. Como várias outras decisões presentes na jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas, o acórdão teve início com a afirmação de que a homossexualidade não deve ser objeto de preconceito ou discriminação. Mas esse tratamento aparentemente liberal apenas mascara a caracterização da homossexualidade como algo inferior à heterossexualidade. O magistrado afirmou que o tratamento desigual dos casos desiguais não caracteriza uma violação do princípio da igualdade. Ele chamou atenção para o fato de que nem todos os direitos da personalidade decorrentes da dignidade humana são imunes a restrições estatais. O direito à liberdade individual e à própria vida são certamente indisponíveis, mas existem direitos peri-

²⁵ TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.59548, Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível, Relator: Roberto Guimarães, 22/11/2007.

féricos que sempre admitem limitações. A orientação sexual é uma liberdade individual que pode ser submetida a restrições quando tal limitação está relacionada a um interesse estatal legítimo. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher por todas as constituições brasileiras promulgadas no último século indica claramente que as uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis. Segundo o entendimento do magistrado, o objetivo da união estável não se restringe à proteção das pessoas envolvidas em uma relação adulta, mas visa à formação de descendência e dos laços de parentesco. Esse objetivo deve ser visto como um interesse estatal legítimo porque dele depende a própria existência da nação brasileira. A definição da família como uma união entre um homem e uma mulher não aparece apenas como dado fundamental para a interpretação da norma que define a união estável. Uma análise do texto constitucional demonstra que a união adulta entre um homem e uma mulher pode ser vista como o fundamento de toda a estrutura social. Segundo o entendimento do desembargador, a família forma a base da nação brasileira, merecendo proteção especial das instituições estatais. A família não constitui apenas a base moral da sociedade: ela também fundamenta as suas bases econômicas. Reafirmando que a união estável pressupõe necessariamente uma união entre um homem e uma mulher, o magistrado continuou dizendo que o texto constitucional não pretende proteger as uniões amorosas sejam elas heterossexuais ou homossexuais. A Constituição Federal pretende proteger a família como uma unidade de reprodução biológica, condição essencial para a reprodução e manutenção da ordem social e da nação brasileira.²⁶

²⁶ Ver nesse mesmo sentido TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 05/09/2004 (classificando a família como uma instituição na qual o homem e a mulher se ajustam para construir um

Como dissemos no início desta sessão, o processo de construção jurídica da heterossexualidade culmina com a correlação entre a identidade heterossexual e o conceito de nação. A definição legal da união estável serve para rejeitar demandas de acesso dos casais homossexuais à união estável porque essa instituição é inerentemente heterossexual. Homossexuais não devem ter acesso a essa instituição porque eles não podem constituir uma família e essa instituição está fundamentada na possibilidade de reprodução biológica. Embora a homossexualidade não deva ser objeto de discriminação, ela é um comportamento sexual que não tem a mesma relevância social e moral da heterossexualidade, porque não contribui para a reprodução social. Apenas a união entre um homem e uma mulher deve fazer parte da esfera pública porque dela depende a reprodução e estabilidade social. Ao reconhecer a família formada pela união do homem e da mulher como a base da sociedade, o discurso jurídico estabelece uma relação necessária entre heterossexualidade e nação, estabelecendo assim a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. Os tribunais utilizam essa argumentação para afastar a ideia de que a exclusão dos casais

ambiente ideal para a reprodução social, constituindo a base da sociedade brasileira); TJRS, Apelação Cível nº 70009888017, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, 27/04/2005 (argumentando que as normas que regulam a união estável têm como objetivo principal a proteção da família e não os relacionamentos afetivos entre pessoas adultas); TJDF, Conflito de Competência nº 2007.00.2.010432-3, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relatora: Diva Lucy Ibiapina, 12/11/2007 (negando a possibilidade de equiparação das uniões homossexuais às uniões heterossexuais porque a instituição da união estável tem como função principal a proteção da instituição familiar e não os relacionamentos afetivos); TJRN, Conflito de Competência nº 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002 (afirmando que as varas de família não têm competência para julgar os problemas decorrentes das uniões homoafetivas porque as normas constitucionais reconhecem apenas a união entre o homem e a mulher fundada na procriação como objeto de proteção legal).

homossexuais da união estável constitui uma violação do princípio da igualdade. Não se pode veicular tal hipótese porque a homossexualidade e a heterossexualidade, embora expressões comuns da sexualidade humana, são moralmente e socialmente distintas.²⁷

Devemos prestar muita atenção ao fato de que esses tribunais não fazem referência a qualquer forma de união heterossexual. Os tribunais afirmam reiteradamente que as normas constitucionais não pretendem proteger uniões que têm como objetivo apenas o envolvimento emocional entre um homem e uma mulher. Eles sempre afirmam que o texto constitucional protege aquela forma de união adulta entre um homem e uma mulher que têm como objetivo a constituição da família, ou seja, a reprodução. Vemos aqui como o patriarcalismo está claramente presente no discurso dos nossos tribunais: apenas aquelas famílias fundadas na distribuição tradicional de papéis sociais devem ter especial proteção do Estado. As uniões de casais voltadas apenas para a realização pessoal não têm o mesmo valor moral daquelas entidades familiares formadas pelo pai, pela mãe e os filhos. Se a homossexualidade não tem o mesmo valor moral que a heterossexualidade porque

²⁷ Alguns tribunais brasileiros explicitamente consideram os relacionamentos homossexuais uma anormalidade, não devendo as instituições estatais conferir qualquer tipo de proteção jurídica a essas uniões. Ver, por exemplo, TJSP, Apelação Cível nº 425.148-5/2-00, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Alberto Zvirblis, 05.10.2006 (negando a possibilidade de extensão de direitos previdenciários a casais homossexuais sob o argumento de que qualquer projeto equiparando uniões entre lésbicas e pederastas às uniões heterossexuais são imorais); TJPB, Apelação Cível nº 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, 08/04/2008 (classificando as uniões homoafetivas como um “esquisitismo extremo que provoca a inversão de valores morais e espirituais”); TJRJ, Apelação Cível nº 1992. 001.03309, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Relator: Celso Guedes, 24/11/1992 (afirmando que o concubinato entre dois homens é um “exdruxularia” que não pode ser protegida pelo sistema jurídico).

casais homossexuais não podem procriar, as relações heterossexuais que procuram apenas a gratificação sexual ou emocional dos parceiros também não podem ser comparadas àquelas uniões heterossexuais que têm a procriação como objetivo principal. Ao afirmar que as normas constitucionais protegem apenas as uniões heterossexuais que têm como objetivo a procriação, os tribunais brasileiros legitimam uma forma de organização social baseada na rígida separação de papéis sociais entre homens e mulheres. Tal posição concorre para a reprodução do poder social masculino ao referendar uma ordem social baseada na ideia de que homens e mulheres ocupam lugares sociais naturais. Classificar a família como uma célula de reprodução social significa perpetuar uma ideia que impõe várias restrições ao exercício da sexualidade feminina porque classifica a maternidade como um destino social natural das mulheres, impondo o ônus da criação dos filhos prioritariamente a elas. Apesar da defesa do livre exercício da sexualidade defendida por esses tribunais, a sexualidade só adquire seu pleno valor moral quando ligada à reprodução. Isso significa que o livre exercício da sexualidade não deve ter o mesmo valor moral ou jurídico do que o comportamento sexual que leva à reprodução. Podemos classificar essa posição como uma reação a processos sociais responsáveis pela transformação da família presentes no mundo contemporâneo. Procura-se defender uma formação familiar fortemente patriarcal para rejeitar a possibilidade de proteção jurídica de entidades familiares alternativas.²⁸

²⁸ Inúmeros tribunais brasileiros têm recusado esse entendimento, adotando a posição de que a família não pode ser mais compreendida como uma unidade de reprodução biológica. Ver, por exemplo, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300 MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09/02/2006 (afirmando que a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher, também o convívio de pessoas do mesmo sexo ligadas por laços afetivos cabe ser reconhecido como entidade familiar);

5. Conclusão

Pudemos analisar neste artigo as diferentes estratégias utilizadas pelos nossos tribunais para estabelecer a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa. A instituição da heterossexualidade como um requisito para o acesso à união estável está fundamentada na construção do sexo como um dado natural, devendo o sistema jurídico apenas regular o exercício do mesmo pelas normas que regulam os relacionamentos adultos. Os tribunais que adotam essa posição partem do pressuposto de que a sociedade está fundada na existência de papéis sexuais naturais, o que possibilita a construção ideológica da procriação como uma função natural da unidade familiar. Ao construir a heterossexualidade como uma norma social supostamente fundada em uma ordem biológica, esses órgãos julgadores necessariamente excluem as uniões homossexuais como relacionamentos legítimos. Mais do que proscrever as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol de entidades familiares, o discurso jurídico sobre a heterossexualidade permite a perpetuação de uma ordem patriarcal fundamentada na hierarquia entre os gêneros. As diferentes estratégias utilizadas pelos nossos tribunais para negar a possibilidade do reconhecimento das uniões como uniões estáveis prescrevem

TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.500478-3, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Fernando Marques, 02/06/2004 (afirmando que o direito de família recebe o influxo do direito constitucional, sendo que o princípio da igualdade restou por fazer verdadeira faxina em discriminações que existiam no campo das relações familiares) TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24/11/1998 (afirmando que a extensão de proteção legal às relações livres decorre do reconhecimento da afetividade como elemento central das uniões matrimoniais); TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22/05/2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo).

também uma série de parâmetros para a vivência da heterossexualidade. Se os relacionamentos homossexuais devem ser proscritos porque eles violam os papéis socialmente atribuídos a homens e mulheres, os relacionamentos heterossexuais devem ter como fundamento a procriação. A atribuição de uma superioridade moral às uniões que têm como objetivo a reprodução estabelece uma hierarquia entre relacionamentos heterossexuais e homossexuais, como também entre os relacionamentos heterossexuais. Os tribunais brasileiros instituem assim a maternidade e a paternidade como um destino natural de todos os homens e de todas as mulheres heterossexuais, processo de fundamental importância para a construção da heterossexualidade como uma identidade normativa.

Referências

- AMATO, Salvatore. *Il soggetto e il soggetto di diritto*. Torino: Giapichelli, 1990.
- ATTAL-GALY, Yael. *Droits de l'homme et categories d'individus*. Paris: L.G.D.J., 2003.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: L.G.D.J., 1980.
- ESKRIDGE, William. *Gaylaw: challenging the apartheid of the closet*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- DAVIES, Margareth. Taking the inside out: sex and gender in the legal subject. In: NAFFINE, Ngai; OWENS, Rosemary (Ed.). *Sexing the subject of law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
- HEARSCHER. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- JOHNSON, Paul. *Love, society and heterosexuality*. Londres: Routledge, 2005.
- KATZ, Jonathan Ned. *A inveção da heterossexualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- KOPPELMAN, Andrew. Why discrimination against gays and lesbians is sex discrimination. *New York University Law Review*, v. 69, p. 197-267, 1994.

- LACHANCE, George. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1954.
- LAW, Silvia. Homosexuality and social meaning of gender. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 187-235, 1988.
- LEROY-FORGEOT. *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*. Paris: PUF, 1997.
- MASON, Gail. (Out) laws: acts of proscription in the sexual order. In: THORNTON, Margareth (Ed.). *Public and private: feminist legal debates*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.
- NAFFINE, Ngaire. Sexing the subject of law. In: THORNTON, Margareth (Ed.). *Public and private: feminist legal debates*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary. Sexing law. In: NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary (Ed.). *Sexing the subject of law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
- PARSONS, T.; BALES, R. *Family, socialization and interaction*. Glencoe: Free Press, 1955.
- PHARR, Suzanne. *Homophobia: a weapon of sexism*. Little Rock: Chardon Books, 1988.
- RICHARDS, David A. J. *Identity and the case of gay rights*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- RICHARDSON, Diane. Heterosexuality and social theory. In: RICHARDSON, Diane (Ed.). *Theorizing heterosexuality: telling it straight*. Philadelphia: Open University Press, 1996.
- _____. *Rethinking sexuality*. Londres: Sage, 2001.
- VANEVERY, Jo. Heterosexuality and domestic life. In: RICHARDSON, Diane (Ed.). *Theorizing heterosexuality: telling it straight*. Philadelphia: Open University Press, 1996.
- WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. Londres: Routledge, 2009.
- WITTIG, Monique. *The straight mind and other essays*. New York: Prentice-Hall, 1992.
- ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet du droit. *Archives de Philosophie*, Paris, v. 60, 1997.