HOMOCONJUGALIDADE & JUSTIÇA: DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO HOMOAFETIVO À IGUALDADE VIRTUAL?

Aparecido Januário JÚNIOR[1]
Fábio Jun CAPUCHO[2]
José MANFROI[3]

RESUMO: neste artigo são reunidas reflexões sobre os aspectos sócio-jurídicos da homoconjugalidade. O ponto de partida é a questão da impossibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, que nega direitos conjugais de gays, lésbicas, travestis e transexuais, sendo, por conseguinte, uma expressa negação de sua condição de cidadãos. Em princípio, algumas teses são elencadas para a constitucionalidade desse direito. Por fim, advoga-se pela equiparação de direitos, respeitando o princípio da igualdade como princípio da anti-subjugação para que o debate da conjugalidade homoafetiva não advenha numa igualdade virtual.

PALAVRAS-CHAVE: União homoafetiva; Cidadania sexual; Igualdade virtual.

Abstract: *in this article there are reflections on the socio-legal aspects of homoconjugality. The starting point is the question of the legal impossibility of homoaffective marriage, denying conjugal rights of gays, lesbians, transvestites and transsexuals, that are a explicit denial of their citizenship. In principle, some theses are listed for the constitutionality of that law. Finally, there is a advocacy for the equality of rights, respecting the principle of equality as a principle of anti-subjection for the discussion of homoaffective conjugality doesn't become a virtual equality.*

Keywords: *Homoaffective union; Sexual citizenship; Virtual equality.*

1. INTRODUÇÃO

O século XX é marcado por um processo de crescente intervenção estatal por meio de legislação infraconstitucional, o que é uma característica do

[1] *Acadêmico do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: ajanuariojr@gmail.com.*
[2] *Doutorando em Direito pela USP e professor orientador da UCDB. E-mail: fabiocapucho@ucdb.br.*
[3] *Doutor em Educação pela UNESP e professor orientador da UCDB. E-mail: jmanfroi@terra.com.br.*

Estado Social. Esse processo é denominado de publicização do direito privado e não se confunde com a constitucionalização que tem por fito "submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos".[4] Essa ação intervencionista e dirigista do legislador foi uma reação à tradição patrimonialista e individualista, que garantia apenas uma igualdade formal e uma liberdade jurídica sem a liberdade fática e sem os elementos materiais necessários ao exercício da cidadania, consumando o chamado darwinismo jurídico.

A codificação civil liberal ligada à tradição patrimonialista do direito civil tinha a propriedade como valor necessário da realização da pessoa. Entretanto, o paradigma do Estado Social forçou um deslocamento nas dimensões materiais do direito civil, repondo "a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário"[5]. Essa repersonalização, aliada à afetividade, à pluralidade e ao eudemonismo, impingiu nova roupagem axiológica ao Direito das Famílias[6].

Verifica-se, assim, a substituição da tradição patrimonialista do direito civil pelas tendências de repersonalização e constitucionalização, como decorrência lógica dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e de quaisquer outras formas de discriminação, dentre outros.

Repensar as relações familiares e redefinir os lugares ocupados pelos sujeitos dessas relações foram estratégias para problematizar a tradição centenária que negava direito às relações concubinárias; à igualdade entre irmãos biológicos e adotivos; à liberdade de constituição, vivência e dissolução da entidade familiar; bem como, à igualdade de direitos entre os componentes dessas relações.

O paradigma do Estado Social, por meio de uma atuação fortemente intervencionista, tem, no entanto, obstaculizado a geração de cidadania, conduzindo

---

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. . Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 101.

[5] Ibidem, p. 103.

[6] A pluralização do vocábulo família é sugestão de Maria Berenice Dias para quem a expressão "direito de família" já perdeu o significado, ante a pluralidade de entidades familiares. Na apresentação de sua primeira edição, a autora recomenda que "na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais". DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 9-10.

à hipertrofia da atuação estatal, haja vista que a redução da esfera de autonomia privada impossibilitou a espontaneidade societária, a auto-afirmação de diferenças e, consequentemente, a participação no processo de construção de cidadania.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito reconstrói a visão ignominiosa de uma cidadania como bem a ser consumido pelas vias do mercado ou como concessão estatal, possuindo, nas palavras de Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, "a pretensão de permitir a conciliação entre o respeito a garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão, e superar uma leitura de necessária oposição entre liberdade e igualdade"[7]. E é somente nesse cenário, que se vislumbra o reconhecimento estatal da homoconjugalidade.

Nesse ínterim, este trabalho oferece algumas reflexões a respeito da homoafetividade. Na primeira seção, advoga-se pela constitucionalidade do casamento civil homoafetivo. Já na segunda seção, fazem-se críticas sobre os poderes de normalização do Estado, quando sexualidades não-normativas o procura para reconhecer suas conjugalidades, e críticas sobre as possibilidades de legitimação dos relacionamentos LGBT à luz de um Estado Democrático de Direito que garanta aos cidadãos não só a compreensão de si, mas a autonomia de deliberação sobre os direitos aos quais se submete.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Consagrada a teoria eclética da ação em nosso ordenamento jurídico, percebe-se uma autonomia e independência do direito de ação em relação ao direito material. Entretanto, alguns requisitos precisam ser preenchidos para que o autor tenha o direito a um julgamento de mérito; logo, o direito de ação não é incondicional e genérico, dependendo, portanto, do preenchimento das "condições da ação".

Atribui-se ao processualista Enrico Tullio Liebman a criação da teoria eclética, que em seus primeiros estudos entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e

[7] *MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado Democrático de Direito, Igualdade e Inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual, 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2007. p. 49.*

legitimidade - sendo essa construção consagrada em nosso ordenamento processual. Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves[8], "o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir", concluindo, que "é nesse sentido o art. 17 do PLNCPC[9] ao prever que 'para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade'[10]". Na ausência das condições da ação, haverá sentença meramente terminativa, sem a geração de coisa julgada material.

Tal explanação deve-se ao fato de que muitos dos argumentos para coibir o reconhecimento de seu *status* sócio-jurídico aos relacionamentos LGBT, e, por conseguinte, de seu direito ao casamento civil e à união estável são de natureza procedimental. Ora se alega a impossibilidade jurídica do pedido, ora se recusa a deslocar a competência das varas cíveis para as varas de família.

Entende-se superada a definição da competência das ações que buscam o reconhecimento das uniões homoafetivas e a questão da possibilidade jurídica do pedido no que tange à união estável, uma vez que o STF, no julgamento da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132, com efeito vinculante e *erga omnes*, reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e esclareceu o equívoco em decorrência da classificação das uniões homoafetivas como meras "sociedades de fato", dando um passo significativo contra a forma mais radical de excluir direitos[11] e consolidando a competência dos juízos de família como foro para propositura dessas ações.

O julgamento da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações, objetivou a interpretação conforme à Constituição sem redução do texto do art. 1.723 do Código Civil[12],

---

[8] *NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Método, 2011, p. 93.*

[9] *Trata-se do Novo Código de Processo Civil.*

[10] *Cf. relatório de 2009 da Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, haverá "exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, tornando-a matéria de mérito".*

[11] *"A forma mais radical de excluir direitos é quando o juiz declara o autor carecedor de ação, excluindo o processo sem resolução do mérito, por falta de uma das chamadas condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Tal linha de argumentação, inclusive, autoriza o indeferimento da petição inicial, por inépcia. Ou seja, no nascedouro, o processo é fulminado. Este é o resultado de enorme quantidade de ações. Ao negar-se aos homossexuais o direito de ação, se está inibindo o acesso à justiça". (DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito & a justiça, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 170).*

[12] *Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL. Código Civil, 2002.)*

excluindo, porém, da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade. Nesse sentido o voto do Ministro Relator Ayres Britto:

> Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar" [...].[13]

Nas lições de Alexandre de Morais, "somente será possível [a aludida interpretação] quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não"[14]. Portanto, vê-se incabível a interpretação conforme à Constituição quando texto expresso da lei não permitir qualquer interpretação em conformidade a ela. Nessas hipóteses, completa Morais, "o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição"[15]. É, por conseguinte, somente neste ponto que se pode alegar que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador positivo, de forma a criar novo texto legal.

O que não se aduz do mencionado julgamento do STF, haja vista a possibilidade de compatibilização da norma impugnada com o texto constitucional, mediante redução de seu alcance valorativo, adequando-se à Carta Magna. Ou seja, excluiu-se o sentido que impedia o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Além da interpretação conforme à Constituição, alguns ministros (no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132), argumentaram em seus votos que o reconhecimento das uniões homoafetivas dá-se mediante seu enquadramento no conceito de entidade familiar por meio de interpretação extensiva ou analogia; e ainda, que os princípios e direitos fundamentais é que impunham o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Concluindo Marianna Chaves, que "todos os entendimentos, com a sua variedade de fundamentações, levaram a um mesmo resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável"[16].

---

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/ RJ. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011..

[14] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2008, p.17.

[15] Ibidem, p.17.

16 CHAVES, Marianna. União Homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF, Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19274>. Acesso em: 4 ago. 2011., p. 1.

Tal julgamento, porém, não esclareceu a possibilidade jurídica quanto ao pedido de conversão da união estável em casamento e quanto ao pedido de habilitação para casamento civil homoafetivo. Porém, alguns pedidos de habilitação para casamento e algumas ações de conversão de união estável homoafetiva em casamento foram julgadas procedentes - sendo todas embasadas na decisão das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade -, além do julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça que, apesar de não ter efeito vinculante, cria precedente.

Nesse REsp, duas mulheres que se relacionavam há três anos de maneira estável, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Civis de Porto Alegre-RS, sendo os pedidos negados pelos respectivos titulares. Em seguida, ajuizaram habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, que foi julgada improcedente. Em grau de apelação, o Tribunal manteve a impossibilidade jurídica do pedido de habilitação. Sobreveio, então, o recurso especial com base na alínea "a", inciso III, art. 105 da Constituição Federal, no qual se alegava ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002. Por fim, o STJ deu provimento ao recurso, afastando o óbice relativo à diversidade de sexos para o processo de habilitação de casamento.

Voltando ao julgamento das ações de inconstitucionalidade pelo STF, entende-se que, embora o julgamento tenha sido delimitado ao pedido, o de reconhecer a união estável entre casais homoafetivos, é imperioso o seguinte questionamento: diante do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, compreendida esta como sinônimo perfeito de família, haveria fundamento lógico-racional que justificasse a negativa ao direito de casais homoafetivos consagrarem sua união pelo casamento civil?

Primeiramente, deve-se esclarecer que o Código Civil e a Constituição não trazem uma definição de casamento como sendo a união entre homem e mulher, tampouco que a diversidade de sexos seja pressuposto fático essencial à existência desse negócio jurídico. Ressaltem-se as sábias palavras no voto do Ministro Ayres Britto, ao analisar a necessidade de se aclarar os vocábulos "homem

e mulher" no art. 226, parágrafo 3º, da CF/1988: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento":

> I. que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".
> II. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós.[17]

Assim sendo, nas palavras de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, conclui-se que "a referência a homem e mulher significa tão-somente a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso signifique a proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, por interpretação extensiva ou analogia"[18]. Ou seja, ante o teor do art. 5º, II, da CF/1988, segundo o qual as pessoas só estão proibidas de fazer algo em virtude de lei, é imperativo que a proibição jurídica esteja expressamente em lei.

Considerando que o Código Civil e a Constituição não proíbem o casamento civil homoafetivo, há apenas ausência total de norma prevista para o determinado caso; portanto, *lacuna normativa*, e não, *proibição implícita*. No mesmo sentido argumenta Vecchiatti:

> Caso a lei se limite a regulamentar um fato e deixar outro sem regulamentação e sem proibição, isso significa a existência de uma *lacuna na lei*, não de uma *proibição implícita*. Afinal, a legalidade estrita não se aplica a particulares, mas apenas à Administração Pública, donde, considerando que não está proibido o casamento civil entre cidadãos do mesmo sexo, tem-se que tal situação configura uma lacuna da lei.[19]

---

[17] *BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/ RJ. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.*
[18] *VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade, São Paulo: Método, 2008, p. 258.*
[19] *Ibidem, p. 261.*

Logo, como as normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida, Maria Helena Diniz esclarece que "o direito apresenta lacunas, porém é, concomitante, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se se captasse o direito estaticamente"[20]. Quer isso dizer, que é impossível a regulamentação de todo comportamento por normas jurídicas, já que o direito abrange experiências históricas, sociológicas, axiológicas, que se complementam. No entanto, é sem lacunas, porque o próprio direito supre seus vazios, mediante aplicação e criação de normas. Concluindo a civilista:

> O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo a cada momento o influxo de novos fatos; não há possibilidade lógica de conter, em si, prescrições normativas para todos os casos.[21].

Destarte, pode-se afirmar que as lacunas são sempre *provisórias*, porque o dinamismo do direito apresentará solução para colmatá-la, e *completáveis*, pois haverá alternativas para integrá-la às modificações sociais. Portanto, como a lei foi omissa no que tange ao casamento civil homoafetivo, deve-se observar se a normação existente referente ao casamento civil heteroafetivo pode ser estendida àquela. Isso se faz pela *interpretação teleológica*, verificando se o fato não regulamentado pelo texto normativo tem o mesmo elemento valorativo protegido pelo fato expressamente citado.

Pois bem, qual seria o elemento protegido pelos textos normativos em relação ao casamento civil? A resposta está no *caput* do art. 226 da CF/88. O elemento protegido é a família, porque esta é a base da sociedade. Aliás, família formada pelo amor que vise à comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Assim, como o STF por meio de interpretação conforme à Constituição reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, é plenamente aplicável o preenchimento do vazio normativo, pela analogia *legis*[22]. Também o

---

[20] *DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 69.*

[21] *Idem, p. 68.*

[22] *A analogia legis diferencia-se da analogia iuris, enquanto nesta há aplicação de um conjunto de normas próximas, extraindo elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não previsto, naquela há aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto.*

é, pela interpretação extensiva, ampliando o sentido dos artigos que contenham a locução "homem e mulher". Note que interpretação extensiva e analogia não se assemelham; no primeiro, amplia-se o sentido da norma, havendo *subsunção* da norma jurídica. No segundo, rompe-se com os limites do que está previsto na norma, havendo *integração*.

Outro óbice que surge na defesa ao casamento civil homoafetivo é a teoria da inexistência do ato jurídico, que reputa como inexistente o casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo. Essa tese, embora tradicional na teoria dos negócios jurídicos, trata-se de mera construção doutrinária discriminatória e fundamentada em presunção acrítica de que o legislador teria proibido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, quando apenas explicitou o casamento entre o homem e a mulher.

Por fim, ante o exposto e tendo em consideração que extraído do art. 126 do Código de Processo Civil[23], cabe ao juiz, no julgamento da lide, aplicar as normas legais, não se eximindo de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei e, ainda, considerando que somente a vedação legal constitui a impossibilidade jurídica do pedido, advoga-se pela possibilidade jurídica do pedido e pela constitucionalidade do casamento civil homoafetivo por meio de 1) interpretação conforme à Constituição, 2) sua sustentação nos princípios e direitos fundamentais, ou ainda, diante do não acolhimento das teses anteriores, 3) interpretação extensiva ou analogia, pois não se avista fundamento lógico-racional que justifique o contrário.

3. O CASAMENTO, QUEM DIRIA, É O GRANDE TESOURO EMBAIXO DO ARCO-ÍRIS?[24]

Para uma crítica da legitimação do casal homoafetivo, toma-se como base o ensaio *O parentesco é sempre tido como heterossexual?* de Judith Butler, que é atualmente

[23] *Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (BRASIL.* ***Código de Processo Civil****, 1973.)*

[24] *Pergunta feita pelo sociólogo Luiz Mello. (****Novas Famílias****: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 23.)*

uma das autoras mais importantes na reflexão sobre a heteronormatividade. A autora argumenta que a procura pelo reconhecimento estatal das relações não-heterossexuais, garante ao Estado um poder de normalização sobre as comunidades gays e lésbicas, condicionando e limitando os debates sobre novos arranjos de parentesco e casamento.

Assim, o debate sobre o casamento gay reduz-se à questão sobre se o casamento deve ser legitimamente ampliado a homossexuais, delimitando o campo sexual, levando a um pensar a sexualidade somente em termos de casamento e o casamento somente em termos de aquisição de legitimidade. Então, nas palavras de Lorea, "ela [Butler] propõe que se adote uma postura crítica relativamente às soluções decorrentes dessa conformidade ao modelo legal que estabelece o casamento como única maneira de legitimar a sexualidade"[25].

Aqui Lorea contextualiza a crítica, pois Butler fala em casamento como única maneira de legitimação, já que o foco de sua crítica são os modelos francês e norteamericano, onde a constituição da família acontece basicamente por meio do casamento. Há, porém, nesses países algumas alternativas, como o Pacto Civil de Solidariedade – PACS, criado em 13.10.1999 na França, autorizando duas pessoas, independentemente da orientação sexual, a firmarem contrato para 'organizar sua vida em comum' ou as 'parcerias registradas' de certas cidades americanas. No Brasil, há variações quanto à constituição da família, que além do casamento civil, constitui-se mediante união estável, família monoparental, família anaparental, entre outras, que conquistaram esse *status* precipuamente a partir da construção jurisprudencial.

Porém, ainda considerando o contexto, pode-se pensar sobre como o reconhecimento estatal levaria a uma delimitação das relações aceitáveis como sendo apenas aquelas que pudessem resultar em "casamento" ou "união estável" ou, conforme Miskolci, como "a redução da luta política ao léxico socialmente oferecido torna seus componentes reféns de formas coletivamente

[25] *LOREA, Roberto Arriada.* ***Cidadania sexual e Laicidade****: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, 209 fls. Dissertação (Doutorado em Antropologia Social) – Curso de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008, p. 55.*

prescritas de comportamento"[26]. Não se está a dizer que a luta pela visibilidade e reconhecimento é inválida, mas ao contrário, ela é justa e precisa ser levada adiante; no entanto, conforme Eribon, "é preciso libertar o movimento gay de seus velhos demônios e de suas sempiternas querelas em torno da questão de saber qual é a 'boa' atitude"[27], cada indivíduo ou grupo só pode reinventar-se na multiplicidade e na pluralidade. Butler vai além e questiona:

> Não existem outras maneiras de sentimento possíveis, inteligíveis ou mesmo reais, além da esfera do reconhecimento do Estado? Não deveriam existir outras maneiras? Faz sentido que o movimento lésbico e gay se volte para o Estado, dada sua história recente: a tendência recente para o casamento gay é, de certo modo, uma resposta à AIDS e, em particular, uma resposta envergonhada, uma resposta na qual a comunidade gay busca desautorizar sua chamada promiscuidade, uma resposta na qual parecemos saudáveis e normais e capazes de manter relações monogâmicas ao longo do tempo.[28]

Este é o ponto crucial deste trabalho, Roberto Lorea diz que Butler *tenta* neste momento sugerir que há um modelo de identidade gay, cujo pertencimento sexual poderia ser medido pelo número de parceiros ou, dito de outra forma, ele acrescenta, o argumento *parece* sugerir que eventual engajamento em uma relação estável e duradoura descaracterizaria a identidade sexual gay.

Primeiramente, deve-se esclarecer que Butler é uma crítica das políticas de identidade do movimento feminista norteamericano, porque entende que os processos de construção de identidades delimitam a inclusão e exclusão de potenciais beneficiários da ação de um movimento. Ela afirma que "as categorias de identidade nunca são meramente descritivas, mas sempre normativas e como tal, exclusivistas"[29]. A autora não recusa a política representacional ("como se pudéssemos fazê-lo", diz), mas vê como tarefa, formular uma crítica às categorias de identidades que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam.[30]

---

[26] *MISKOLCI, Richard.* ***Pânicos morais e controle social*** *– reflexões sobre o casamento gay,* ***cadernos pagu*** *(28), janeiro-junho de 2007, p. 123.*

[27] *ERIBON, Didier.* ***Reflexões sobre a questão gay****, Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 410.*

[28] *BUTLER, Judith.* ***O parentesco é sempre tido como heterossexual?*** *?* ***cadernos pagu*** *(21), Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2003, p. 239.*

[29] *BUTLER apud FACCHINI, Regina.* ***Sopa de Letrinhas?****, 2005, p. 32.*

[30] *BUTLER, Judith.* ***Problemas de Gênero****, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.*

Portanto, não parece lógico afirmar que Butler tenta sugerir um modelo universal, único e estável de identidade gay (essa incapaz de manter relações monogâmicas), porque ela mesma adverte que "a luta por cidadania baseada na 'identidade como ponto de partida' tende a minar a solidariedade e a produzir uma disposição à facciosidade e à normatização"[31].

Mais sensato seria pensar em como os casais homoafetivos são organizados a partir de uma cultura gay, a partir das especificidades de cada casal (homossexuais masculinos, homossexuais femininos, travestis, transexuais etc.), e mais ainda, a partir de experiências próprias vividas por pessoas que questionam as normas sexuais.

É imprescindível ainda ter em mente que a união estável só se constitui mediante a comprovação de convivência pública (no sentido de notória), contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, assim como preceitua o art. 1.723, *caput*, do CC/2002. Pode-se pensar, com razão, diante de tal regulamentação para o acesso ao instituto da união estável, que muitos casais no Brasil não conseguirão provar tais requisitos dentro de uma lógica ou contexto heterossexual, pois notoriedade, continuidade, durabilidade e *animus familae* muitas vezes não apresentam necessariamente o mesmo sentido para sexualidades não-normativas, ou seja, dissidentes da heterossexualidade.

O que não está a dizer é que homossexuais não conseguirão provar a união estável, o objetivo é reforçar que as expressões (pública, contínua, duradoura e constituição de família) são abertas e genéricas, que demandam análise caso a caso. Por isso se diz que há uma verdadeira cláusula geral na constituição da união estável. Eis que o aplicador da norma deverá ter plena consciência do aspecto social que circunda a lide.

Assim, a publicidade, o requisito de natureza temporal e o objetivo de constituir uma família devem estar fora do que Judith Butler chama de *matriz heterossexual*[32], sob pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade.

---

[31] *BUTLER apud FACCHINI, Regina. Sopa de Letrinhas?, 2005, p. 272.*

[32] *A autora usa o termo matriz heterossexual para "designar a grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros e desejos são naturalizados. Busquei minha referência na noção de Monique Witting de 'contrato heterossexual' e, em menor medida, naquela de Adrienne Rich de 'heterossexualidade compulsória' para caracterizar o modelo discursivo/epistemológico hegemônico da inteligibilidade do gênero, o qual presume que, para os corpos serem coerentes e fazerem sentido (masculino expressa macho, feminino expressa fêmea), é necessário haver um sexo estável, expresso por um gênero estável, que é definido oposicional e hierarquicamente por meio da prática compulsória da heterossexualidade". (BUTLER, Judith. op. Cit., p. 216).*

Estar fora da matriz heterossexual é o mesmo que dizer que os requisitos para o conjunto probatório devem estar dentro de uma ordem aliada à cultura e às experiências individuais das pessoas LGBT, ou seja, é nesse sentido que no Estado Democrático de Direito os cidadãos precisam ser também autores do direito ao qual se submetem. Talvez seja nesse sentido que o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade não se estava a reconhecer a união estável homoafetiva, por interpretação extensiva, mas uma união homoafetiva estável, mediante um processo de interpretação analógica.

Finalmente, também não se está a dizer que o reconhecimento da união estável homoafetiva como família deve ser feito segundo regras e consequências diversas da união estável heteroafetiva. Mas apenas que as regras devem ser pensadas dentro de uma lógica homoafetiva. A publicidade, mais que qualquer outro requisito, terá características próprias nos casais homoafetivos, porque as identidades homossexuais são construídas basicamente por meio de institutos homofóbicos que as fazem optar muitas vezes por uma vivência clandestina, nesse sentido Eribon escreve: "a norma e as instituições são homófobas (como a interdição do casamento aos gays e às lésbicas está aí para lembrar e, como todos os discursos que procuram justificar essa interdição, costumam ter a ingênua franqueza de confessá-la)"[33].

Para enfrentar Butler, Lorea cita Miguel de Almeida, que não aceita o argumento da "domesticação heterossexista", pois justamente por parecer integracionista é que a exigência de acesso ao casamento, percebido como uma instituição conservadora e patriarcal, resulta numa dinâmica transformadora. Porém, nesse sentido, Butler também fala em "redescrever as possibilidades que já existem" e que "a tarefa não consiste em repetir ou não, mas em como repetir". Assim, advoga-se não apenas pela reivindicação do direito ao casamento civil homoafetivo, mas pela reinvenção desse direito, afirmando a homossexualidade não só como identidade, mas como força criadora. Pois do contrário, cairíamos no que a advogada e ativista lésbica Urvashi Vaid chama de igualdade virtual, pois, conquanto os homossexuais conquistem direitos perante a lei e a sociedade, atualmente eles ainda desfrutam de uma aceitação frágil e superficial. É o que se extrai das palavras da autora:

[33] *ERIBON, Didier. Op. cit, p. 142.*

In the high-technology world of computers, the simulation of events and situations produced through computer and video technology is called virtual reality. Most often used to train airline pilots in flight simulation, or by the Defense Department to play "war games", virtual reality has, till now, been mostly the fascination of cyberjunkies. But the technology of virtual reality may one day be as common as earplugs, headphones, and portable television. In virtual reality, the "virtual" or simulated reality can be made to seem as believable as the "real" experience. In virtual reality, nothing is real, but we experience it as if it were. So, too, with virtual equality. The irony of gay and lesbian mainstreaming is that more that fifty years of active effort to challenge homophobia and heterosexism have yielded us not freedom but "virtual equality", which simulates genuine civic equality but cannot transcend the simulation. In this state, gay and lesbian people possess some of the trappings of full equality but are denied all of its benefits. We proceed as if we enjoy real freedom, real acceptance, as if we have won lasting changes in the laws and mores of our nation. Some of us even believe that the simulation of equality we have won represents the real thing. But the actual facts and conditions that define gay and lesbian life demonstrate that we have won "virtual" freedom and "virtual" equal treatment under "virtually" the same laws as straight people.[34]

Os direitos civis para os homossexuais não servirão para eliminar a homofobia inata que ainda prejudica vastos setores da população heterossexual; contudo, acrescenta Castañeda, "é verdade que os preconceitos perdem um pouco de sua virulência quando se conhecem as pessoas visadas"[35]. Porém, "os homossexuais mais bem tolerados são aqueles que aderem aos valores da sociedade heterossexual"[36], de preferência aqueles gentis homossexuais integrados, branqueados, classe média urbana, monogâmicos, disciplinarizados e psicologizados. Também alerta Gayle Rubin sobre os perigos de uma opressão sexual construída por uma ideologia de valoração hierárquica dos atos sexuais:

---

[34] *No mundo de alta tecnologia dos computadores, as simulações de eventos e situações produzidas por meio de computadores e tecnologias de vídeo são chamadas de realidade virtual. Na maioria das vezes é usada realidade virtual para treinar pilotos de avião em simuladores de voo ou pelo Departamento de Defesa para jogar "jogos de guerra", assim a realidade virtual tem, até agora, sido quase sempre o fascínio da cyberjunkies. Porém, a tecnologia da realidade virtual pode um dia ser tão comum como protetores de ouvido, fones de ouvido e televisão portátil. Na realidade virtual, o "virtual" ou a simulação da realidade pode ser feita para parecer tão crível como a experiência real. Na realidade virtual, nada é real, mas nós a experimentamos como se fosse. Assim, também, com igualdade virtual.*
A ironia da normalização gay e lésbica é que mais de cinquenta anos de esforço ativo para desafiar a homofobia e o heterossexismo renderam-nos não a liberdade, mas a "igualdade virtual", que simula igualdade genuína, mas não pode transcender a simulação. Procedemos como se gozássemos de liberdade real, de aceitação real, como se tivéssemos ganhado mudanças duradouras nas leis e costumes de nossa nação. Alguns de nós ainda acreditam que a simulação da igualdade que temos, representa a coisa real. Mas os fatos reais e as condições que definem a vida de gays e lésbicas demonstram que nós ganhamos a liberdade "virtual" e tratamento "virtual" igual em "virtualmente" as mesmas leis que as pessoas heterossexuais. (VAID, Urvashi. ***Virtual Equality****, The Mainstreaming of Gay and Lesbian Liberation. New York: Anchor Books,1995, p. 4, tradução livre do autor.)*

[35] *CASTAÑEDA, Marina.* ***A Experiência Homossexual****, São Paulo: A Girafa Editora, 2007, p. 311.*

[36] *Ibidem, p. 312.*

> [...] De acordo com esse sistema [de valor sexual], a sexualidade que é "boa", "normal", e "natural" deve idealmente ser heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não-comercial. Deveria ser em casal, relacional, na mesma geração, e acontecer em casa. Não deveria envolver pornografia, objetos fetichistas, brinquedos sexuais de qualquer tipo, ou outros papéis que não o masculino e feminino. Qualquer sexo que viole as regras é "mal", "anormal" ou "não natural". O sexo mal pode ser o homossexual, fora do casamento, promíscuo, não-procriativo, ou comercial. Pode ser masturbatório ou se localizar em orgias, pode ser casual, pode cruzar linhas geracionais, e pode se localizar em lugares "públicos", ou ao menos em moitas ou saunas. Pode envolver o uso de pornografia, objetos fetichistas, brinquedos sexuais, ou papéis pouco usuais.37

Por fim, um exemplo notório da dicotomia dessa igualdade virtual foi o veto presidencial à distribuição de material didático de combate à homofobia nas escolas de ensino médio com a justificativa de que "não vai ser permitido a nenhum órgão do governo fazer propaganda de opções sexuais" ou, ainda, as dificuldades na aprovação de uma lei que criminalize a homofobia. Diante disso, Castañeda propõe que "o grande desafio para os homossexuais (e heterossexuais) de nossa época é o de redefinir em que são parecidos e em que divergem do resto da sociedade e o de decidir quais similaridades, e quais diferenças, eles querem guardar"[38]. Assim, conclui-se o *advocacy* a uma união homoafetiva possível que garanta a cidadania sexual e não crie uma hierarquia de valor sexual. Finalmente, responde-se positivamente a pergunta de Luiz Mello que intitula esta seção, sobre o casamento ser o grande tesouro embaixo do arco-íris, com outra pergunta, essa de Luiz Mott: "por que negar aos gays e lésbicas tentarem a sorte nessa loteria?"[39].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação de reivindicação ao casamento homoafetivo, que à primeira vista pode sugerir um fenômeno revolucionário, torna-se, se pensada de forma acrítica, uma

[37] *RUBIN, Gayle. Pensando o Sexo: Notas para uma Teoria Radical das Políticas da Sexualidade. Tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes, Disponível em: < http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/rubin_pensando_o_sexo.pdf?>. Acesso em: 20 nov. 2011. p. 15.*
[38] *CASTAÑEDA, Marina. Op. Cit., p. 312.*
[39] *MOTT, Luiz.* ***Homo-afetividade e Direitos Humanos****, Florianópolis, 14(2): 509-521, maio-agosto/2006, p. 518.*

instância repressiva, onde muros erguer-se-ão para separar as sexualidades "boas", "normais" e "naturais". Por isso, o termo igualdade virtual expressa de maneira exata a dicotomia entre o acesso a campos culturais preexistentes (nesse caso, o casamento) e a crescente discriminação sofrida por pessoas LGBT no espaço público.

Deste modo, o presente trabalho apresentou-se como uma alternativa crítica à conquista de direitos e à possibilidade da população LGBT de ter acesso a modos de vida já estabelecidos. Não se tratou de ocupar apenas a posição "a favor" do casamento, mas, segundo Butler, de interrogar-se e empenhar-se em saber se o campo sexual não se restringiria violentamente pela aceitação de retratos preexistentes.

Ao discutir a questão do casamento civil homoafetivo, este trabalho defendeu sua constitucionalidade, e, como consequência, sua possibilidade jurídica por meio da interpretação conforme à Constituição, da sua sustentação nos princípios e direitos fundamentais e, ainda, da interpretação extensiva ou analogia.

Pretendeu um posicionamento crítico em relação a esse direito, pois na luta limitada à parceria civil, sem questionar e reinventar o direito ao qual se submete, poder-se-á entender que a sexualidade de gays e lésbicas só pode ser reconhecida como uma questão privada e dentro dos limites de uma sociedade heterossexista. Assim, nas palavras de Miskolci, "ignora-se o destino daqueles para os quais o casamento não representará avanço nem proteção, pois é na esfera pública que sofrem as sanções sociais, onde são insultados, agredidos e até assassinados"[40].

A discussão, portanto, deve-se pautar também dentro da significação dos direitos que serão e foram adquiridos pela população LGBT até o momento. O princípio da igualdade não deve se limitar ao princípio da antidiscriminação, Roger Raupp Rios diz que "precisamos ir além e interpretar o princípio da igualdade também como princípio da anti-subjugação estabelecendo que se deve conferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de sua condição"[41], sem partir do pressuposto de que há um padrão dominante, ao qual os outros devem ser conformados.

---

[40] *MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay,* ***cadernos pagu*** *(28), janeiro-junho de 2007:101-128., p. 123.*

[41] *RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia.* ***A Discriminação por gênero e por orientação sexual****, 2003, p. 157.*

Ao demandar apenas o casamento civil homoafetivo ou a união homoafetiva, sem discuti-los dentro de uma lógica ou de uma cultura LGBT, elege-se um padrão ao qual os dessemelhantes devam ser equiparados para que sejam considerados "normais". É também atribuir um caráter apenas "reivindicativo" ao movimento LGBT, distanciando-o da missão que sempre teve de "mudar a gramática da vida", já que a interferência nos lugares que não lhes são, por costume, destinados socialmente caberá apenas àqueles homossexuais que mais se aproximarem de um estilo de vida heterossexual, deixando de acrescer novas alternativas e outros modelos de conjugalidade ao direito das famílias. É nesse sentido que ecoa o verso de René Char: "Desenvolvei vossa estranheza legítima".

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*, Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/ RJ*. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *cadernos pagu* (21), Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2003.

CASTAÑEDA, Marina. *A Experiência Homossexual*. São Paulo: A Girafa Editora, 2007.

CHAVES, Marianna. *União Homoafetiva*: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19274>. Acesso em: 4 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva*: o preconceito & a justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ERIBON, Didier. *Reflexões sobre a questão gay*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

LOREA, Roberto Arriada. *Cidadania sexual e Laicidade*: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. 209 fls. Dissertação (Doutorado em Antropologia Social) – Curso de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Estado Democrático de Direito, Igualdade e Inclusão*: a constitucionalidade do casamento homossexual. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2007.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. *cadernos pagu* (28), janeiro-junho de 2007:101-128.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTT, Luiz. Homo-afetividade e Direitos Humanos. Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2): 509-521, maio-agosto/2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2011.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A Discriminação por gênero e por orientação sexual. *Série Cadernos do CEJ*. n. 24, 2003.

RUBIN, Gayle. "Pensando o Sexo: Notas para uma Teoria Radical das Políticas da Sexualidade". Tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes. Disponível em: < http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/rubin_pensando_o_sexo.pdf?>. Acesso em: 20 nov. 2011.

VAID, Urvashi. *Virtual Equality*: The Mainstreaming of Gay and Lesbian Liberation. New York: Anchor Books, 1995.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*. São Paulo: Método, 2008.

Recebido em: 29/04/2012.

Aceito em: 12/07/2012.