

(In)visíveis casais: conjugalidades homoeróticas e discursos de magistrados brasileiros sobre seu reconhecimento jurídico

Rosa Maria Rodrigues de Oliveira

(Universidade Federal de Santa Catarina)

Introdução

O tema do reconhecimento jurídico das conjugalidades homoeróticas¹ no Brasil remonta à década de 1980, quando o movimento homossexual brasileiro já incorporava sua reivindicação, conforme Regina Facchini (2005) nos relata sobre o II Encontro Brasileiro de Homossexuais, que já pautava o denominado na época “*casamento gay*”. De fato, as primeiras decisões de recursos judiciais sobre a questão começaram a aparecer no cenário jurídico-político do país no final de 1980.

A pesquisa realizada em 2005 em São Paulo durante a 9ª Parada do Orgulho GLBT demonstra que a maioria das cerca de 70 paradas que ocorreram no Brasil naquele ano “trouxeram para as ruas o tema da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo (...)”. (CARRARA ET AL, 2006:13), mostrando que o tema permanece atual na agenda política do movimento, uma vez que não foi ainda solidificado pela legislação. O sociólogo Luiz Mello (2005), em seu estudo sobre a tramitação desde 1995 do projeto sobre união civil entre homossexuais no Congresso Nacional, acentua que “talvez não seja exagerado dizer que, em face das resistências dos parlamentares para apreciar o Projeto de Lei nº. 1.151/95 (...), o Poder Judiciário é a instância que, na ausência da lei, normatizará o amparo legal às relações entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma como procedeu em relação às uniões concubinárias”. (MELLO, 2005:22) Este é, aliás, um dos argumentos articulados por diversos de meus interlocutores no trabalho de campo que deu origem à tese que apresento neste trabalho.

O problema central investigado concentra-se na análise das divergências de interpretação sobre o conceito de família pelos Tribunais de Justiça de quatro Estados do país identificadas a partir de estudo de caso sobre os julgamentos de recursos envolvendo conjugalidades homoeróticas. Busquei traçar um quadro demonstrativo da situação nos Estados em estudo, apresentando também os dados encontrados em levantamento realizado

¹ Utilizo a expressão “conjugalidades homoeróticas” para designar as relações amorosas estáveis mantidas por casais de gays e de lésbicas. Cf. FREIRE COSTA (1992), GROSSI (2003) e HEILBORN (1993) sobre as noções de “homoerotismo” e “conjugalidades”.

nos sites dos vinte e sete Tribunais de Justiça do país, identificando e analisando as diferentes percepções expressas pelos discursos dos acórdãos judiciais estudados em paralelo às entrevistas com desembargadores, acerca do reconhecimento das conjugalidades homoeróticas e das representações e sentidos atribuídos acerca da formulação, aplicação e obediência à lei encarnadas no ato jurisdicional e seu papel sobre a prescrição de subjetividades.

Ao iniciar a pesquisa parti de considerar que a maioria dos pontos de vista a serem encontrados contrastaria com as decisões que pude observar no Rio Grande do Sul. Logo, considerei, num primeiro momento, que as posições “conservadoras” sobressairiam em relação àquelas que aparentemente seriam reputadas “mais avançadas”. No entanto, no decorrer da análise, o enfoque adotado mostrou, através da identificação das nuances dos discursos e suas ambigüidades, que a diversidade de opiniões escondida atrás do aparente binarismo “conservadores x progressistas” merecia relativização, que procurei fazer partindo da análise dos resultados “práticos” observados, que remetem – mesmo com os obstáculos impostos pela controvérsia acerca da ausência de fundamento legal – a uma tendência geral ao reconhecimento da *partilha de bens*, com maior ou menor grau de aceitação quanto à condição de *casal* conferida ou não às partes.

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

Um dos argumentos encontrados nos discursos dos acórdãos e entrevistas de interlocutores e que reforçam a importância do conceito de gênero para sua compreensão é baseado no *fato da biologia* e da crença que leva à *naturalização do casal reprodutor*, na medida em que é a partir das *noções de masculino e feminino* fixadas em corpos biológicos de homens e mulheres que as concepções sobre família serão estruturadas nos discursos analisados, implicando a maioria das decisões em relação às disputas simbolizadas pela jurisprudência que encontrei.

Um dos achados da pesquisa relaciona-se a pontos de vista opostos nas interpretações jurídicas sobre *casamento, união estável e família*: o modo como a *dicotomização sexual* torna-se ou não pressuposto para concessão de acesso ao matrimônio a sujeitos de direito plenamente capazes de contratar. Assim, as principais categorias normativas representativas da família e do casamento são sustentadas em classificações mantidas em conformidade com a dicotomia sexual, com uma base biológica que une sexualidade e reprodução traduzida em regras sociais e morais como “intenção de constituir família” e “fidelidade recíproca”, de

outro lado, exigíveis a qualquer pessoa pela legislação do matrimônio, independentemente de sua sexualidade.

Sabemos que a base das noções tradicionais sobre a família e o casamento na ciência jurídica, lidas em alguns dos principais doutrinadores estudados nas escolas de direito no Brasil, como Maria Helena Diniz (2008), Caio Mário da Silva Pereira (2005) e Orlando Gomes (2002), é fundada na defesa de uma crença na constituição de um “tipo geral” de “família” que parte da concepção segundo a qual aquela é composta pelos genitores e seus filhos. Isto remete aos modos com que o Estado, através da regulamentação da vida privada discerne quem compõe e de que modo se dá a relação amorosa produtora de efeitos jurídicos de determinada ordem a depender da classificação do casal.

Para Jane Flax (1992), é preciso contudo desconstruir os significados que são conferidos à *biologia/sexo/gênero/natureza*. Parte do problema aí proposto é que *sexo/gênero* tem sido uma das poucas áreas em que a corporificação (usualmente feminina) pode ser discutida em discursos ocidentais (não-científicos). Uma das explicações encontradas relaciona-se ao fato da *reprodução*. Abordando as diferenças anatômicas sexuais, Flax acha que as mesmas estariam “inextricavelmente ligadas à (e de algum modo [seriam] mesmo causadoras da) sexualidade”. (FLAX, 1992: 239-40).

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

A compreensão da produção de verdades em torno da sexualidade como elemento que compõe a lógica dos discursos prescritivos, e da aplicação do aparato judicial em seu favor ao longo da história são elementos chave que Michel Foucault (2005) traz à discussão. Foucault utiliza como metáfora um diálogo imaginário entre o desejo e a instituição, para argumentar que “o discurso está na ordem das leis”, e que seu lugar, preparado há muito, ‘a um só tempo o honra e o desarma”. (FOUCAULT, 2005: 8-9)

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

enuncia, ao contrário de todos os enunciados derivados constatativos, simples registros de um dado preexistente”. (BOURDIEU, 1998:20)

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

A partir de uma base teórica que contempla entre outros os tópicos que mencionei, analisei a diversidade de representações a respeito das conjugalidades homoeróticas presentes nos discursos dos desembargadores em acórdãos e entrevistas.

Aspectos metodológicos

Articulei técnicas quantitativas e qualitativas de pesquisa, adotando os procedimentos de coleta e leitura das decisões encontradas, primeiro efetuando uma busca exploratória nos sites dos 27 tribunais do país, para então localizar os Estados onde concentraria o foco da pesquisa: São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Busquei dados ainda em das principais publicações jurisprudenciais do país, a “Revista dos Tribunais” e a “Revista Forense”, e apoiada na abordagem metodológica para análise jurisprudencial criada por SCHRITZMEYER (2004), construí diferentes fichas de análise, que me levaram a quantificar e compreender de um ponto de vista interdisciplinar o que observava em campo. Identifiquei os locais onde faria a pesquisa de campo adotando inicialmente um critério quantitativo, partindo posteriormente para aplicação das entrevistas, a partir de um segundo critério, qualitativo, quando então busquei inicialmente contato com os relatores dos acórdãos encontrados, para após aprofundar o exame sobre as principais controvérsias identificadas.

Os acórdãos

Até junho de 2008 os 04 Estados eleitos para o campo concentravam 170 acórdãos em inteiro teor. Considerando as ementas do Rio de Janeiro para análise (17 documentos em segredo de justiça), o campo documental resultou em 187 decisões², considerados neste

² Um detalhe que destacaria é que os embargos de declaração ou infringentes, sempre referidos a uma apelação ou a um agravo, entraram na contagem geral, pois são recursos diferentes, mas foram analisados de um ponto de vista do tipo de decisão de um modo diverso, pois seu conteúdo muitas vezes repete as razões do apelo ou do agravo de instrumento. O mesmo acontece no caso de um agravo de instrumento, que decide por ex., que a competência de julgamento do processo de reconhecimento de sociedade de fato deve ser a do foro do domicílio do réu, que mora em outro Estado. Assim sucessivamente, fui aglutinando os recursos que repetiam razões e que se referiam a questões processuais apenas, excluindo estes últimos da análise e mantendo os

cálculo os acórdãos em segredo disponibilizados em seu inteiro teor no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais, e ainda, num acórdão em segredo encontrado em São Paulo, que obtive a partir de seu relator que me repassou o documento quando o entrevistei.

Em 2008, São Paulo somava 75 acórdãos (30 em segredo de justiça), totalizando 45 acessíveis para consulta. No Rio de Janeiro, acessei 68 acórdãos, com 17 segredos, 51 acessíveis em inteiro teor. No Rio Grande do Sul localizei 53 acórdãos, seguido do Estado de Minas Gerais, com 21 acórdãos, todos acessíveis, inclusive aqueles em segredo. A partir do ano de 2000 aparecem registros de recursos judiciais relacionados ao tema em todos os Estados do campo. O Rio de Janeiro foi o Estado onde se localizaria o primeiro acórdão judicial no país, datado de 1989. Em 1997 vemos o primeiro recurso em Minas Gerais, em 1999 surge o primeiro julgado no Rio Grande do Sul, e em 2000 aparece o primeiro acórdão no Estado de São Paulo (sempre lembrando a difícil acessibilidade dos acórdãos neste Estado). A partir do ano 2000, a curva começa a incrementar rapidamente, e num período curto de dois anos (entre 2006 e 2008), os números dispararam. A curva descende um pouco no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais entre 2005 e 2008, mas é importante lembrar que se trata de um período menor que os intervalos anteriores, e que a coleta de dados do ano de 2008 encerrou-se no mês de junho.

Tipos de ação na origem por Estado

Em São Paulo as demandas por *pensões por morte* foram mais frequentes, enquanto no Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e em Minas Gerais, o litígio mais comum é o de *inventário*. Esse dado deve ser observado considerando-se que há um grande número de recursos em São Paulo em segredo de justiça – o que pode significar que há também um índice significativo de inventários neste Estado, já que processos desta natureza com frequência são sujeitos a tal regra, e as *dissoluções de sociedade de fato* ou de *união estável* são mais frequentemente enquadradas no direito das obrigações, independentemente do pedido das partes. Em todos os Estados, porém, os *processos de inventário* são maioria. Encontrei poucos casos explicitando a presença de parceiros com sorologia positiva para o HIV ou doentes de AIDS entre as partes, mas observei, no terceiro grupo de ações mais frequente (17% do total) 32 casos de casos de inclusão em plano de saúde e pedidos de benefícios previdenciários a instituições públicas e privadas, como pensão por morte e/ou inclusão em assistência à saúde em órgão público, onde uma grave doença era referida em alguns relatórios sem expressar claramente a patologia, o que pode sugerir a presença de

primeiros para identificar os enquadramentos. Isso significa que o número dos acórdãos destinados à análise de conteúdo diminuiu em função deste refinamento, resultando em 180 decisões cujo conteúdo foi analisado.

parceiros de pessoas que viviam com AIDS entre os litigantes contra espólios nos inventários. Considero que este seria um estudo importante a se fazer com mais detalhamento, embora este não tenha sido o foco da pesquisa, pois implicaria, por exemplo, buscar as partes dos processos originários para uma investigação mais aprofundada. Tal estudo permitiria, também, analisar de que maneira o trabalho doméstico é tratado nos processos de maneira a comprovar a existência de esforço mútuo para integração econômica do patrimônio do casal nos casos envolvendo em particular as conjugalidades entre homens gays, outra “pista de pesquisa” que considere importante para novas análises.

Modalidades de recurso

Encontrei três tipos de recursos (*apelação*, com 60% dos casos, *agravos*, correspondendo a 25% e *embargos*, com 12%) e um tipo de incidente processual (*exceção de incompetência do foro*, concentrando 3%) entre os 187 acórdãos pesquisados. As apelações representam a maior parte dos recursos no Estado do Rio de Janeiro, e os agravos de instrumento são maioria no Estado de São Paulo. Já os conflitos e exceções de competência³ são a minoria, mas é no Rio Grande do Sul que aparecem com mais frequência, o que poderia denotar que neste Tribunal sua aceitação é mais corriqueira – e de fato, na tabulação dos dados, verifica-se uma grande incidência de declinação de competência para a vara de família nestes recursos no Rio Grande do Sul.

Tipos de Decisão

Considerando o total de 187 acórdãos (excetuados da análise 07 que não decidem quanto à matéria e um não conhecido), identifiquei, entre 1989 e 2008, um índice de 48% de decisões *desfavoráveis*, 45% de respostas *favoráveis*, e 7% de recursos com decisões *parcialmente favoráveis*. Além da tênue diferença entre posições mais ou menos “favoráveis”, identifiquei uma diferença peculiar entre os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, uma vez que nos três primeiros Estados, as decisões são majoritariamente “*desfavoráveis*” de algum modo ao reconhecimento de efeitos jurídicos às conjugalidades homoeróticas, enquanto que no Rio Grande do Sul, a valência se inverte. Note-se também que há uma distância maior entre decisões favoráveis e desfavoráveis nos Estados do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, e nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, a posição se inverte.

Embora nem todos os Estados estivessem representados nas publicações da Revista

³ Nos litígios da natureza que investiguei os conflitos e exceções de competência consistiam basicamente nas controvérsias em torno da competência para julgamento de ações envolvendo casais de homossexuais: **foro cível ou de família?**

dos Tribunais, onde localizei 05 acórdãos, notei que havia uma evidência maior na indexação para uma das duas principais tendências de decisão identificadas pela leitura dos acórdãos – a tese segundo a qual é possível enquadrar as conjugalidades homoeróticas no conceito de *sociedade de fato*. Por isso, o primeiro critério que adotei para analisar os acórdãos foi partir das *decisões publicadas na Revista dos Tribunais*, e como critério suplementar, considerei o conteúdo em que identifiquei *diferenças e características comuns entre os Estados*.

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

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

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

jugador, principalmente quando se observa que a maioria dos pleitos de inventário são propostos por homens gays.

Mesmo no caso de outro julgado do TJRJ, *favorável à tese da colaboração direta*⁴, esta representação é implicada – pois foi autorizada a partilha porque o relator considerou *comprovada* a sociedade de fato. O recurso foi favorável à parte, mas seguiu a mesma lógica da decisão anterior, apreciada no recurso anterior desfavorável, dizendo que “*não tem prevalência o aspecto da união homossexual, pura e simples como meio de se alcançar o direito à partilha [...] de bens eventualmente amealhados durante essa união*”. (AC/TJ RJ, Recurso B, 06/10/00) Esta argumentação é significativa, pois uma união entre pessoas do sexo oposto, em si, constitui meio hábil “*de se alcançar o direito à partilha ou à sucessão integral de bens eventualmente amealhados durante essa união*”. A diversidade de sexos biológicos é o fator que diferencia os dois casos. A questão aparece na avaliação que muitas decisões fazem das provas produzidas pelas partes, onde o “simples fato” de uma parceira ou um parceiro ter trabalhado em “lides domésticas”, em atividades ligadas à administração dos bens ou ainda ter assumido sozinho (o) os cuidados com a/o companheira/o até seu óbito não é levado em conta como prova da existência de sociedade de fato, o que ocasiona muitas vezes o insucesso na demanda.

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

Por outro lado, o *princípio da segurança jurídica* comparece de algum modo na fala daqueles magistrados mais ligados a uma visão que se apega ao estrito cumprimento da lei quando se referem às decisões que interpretam de modo mais amplo a Constituição Brasileira e as leis civis equiparando direitos. Para estes, o enquadramento possível, a fim de preservar este princípio, deveria ser no campo do direito das obrigações, cuja figura jurídica aplicável a esta investigação é a *sociedade de fato*. Colocados em disputa no cenário dos litígios, os efeitos jurídicos das conjugalidades homoeróticas são distribuídos pelo Estado na figura do Poder Judiciário com base em princípios de justiça, que uma vez sacralizados na lei, tornam mais sólido o que Mary Douglas chama de “edifício social” cujas instituições devem atuar

⁴ Segundo a qual, a partir do entendimento da Súmula 380 do STF, só se comprova a sociedade de fato para partilha a partir de comprovação de participação econômica na formação do patrimônio.

preservando. (DOUGLAS, 2007:116)

As controvérsias em torno da interpretação da lei que observei nos acórdãos de certo modo ligam os tribunais dos quatro Estados e seus relatores, aproximando-os a partir das diferenças entre as decisões e posicionamentos teóricos sobre um mesmo tema que expressaram nos acórdãos e entrevistas, que aparentemente aparecem significadas em discursos acerca da “imagem” que o tribunal gaúcho tem para os demais, em função da atuação pretérita de alguns magistrados daquele Tribunal em relação ao “movimento de direito alternativo”⁵, mas que não se confirma, contudo na “auto-imagem” que os mesmos cultivam de sua atuação. Todas as posições verbalizam, não importa se para reafirmar, conjecturar ou refutar, “marcadores subjetivos” caracterizados pela dualidade sexual do par e a capacidade reprodutiva para a “legitimação” à constituição de um ente familiar, o que remete a muitas das convicções sobre “natureza”, “reprodução” e inflexões eventualmente pautadas na biologia, na religião, no positivismo jurídico e na teoria crítica do direito como presentes nos padrões de discurso observados. Aí reside a grande riqueza do campo com os sujeitos entrevistados.

As entrevistas

Entre dezembro de 2005, julho e novembro de 2006 e outubro de 2007 realizei 25 entrevistas nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, e Rio de Janeiro, onde entrevistei 01 relator, e disponho da transcrição da entrevista de outros três desembargadores, entre eles dois relatores, a partir de contato com uma pesquisadora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ/IMS), Dra. Luciane Moás. Destas, elegi para a análise 20 realizadas com desembargadores relatores.

Todos/as os/as interlocutores/as falaram sobre *noções sobre família e casamento, competência do foro na vara de família ou obrigações, e necessidade de lei específica*, embora alguns tenham tocado no tema das *adoções por pares homossexuais*. Era freqüente também a discussão sobre as decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em particular nos outros Estados do campo, que concentrei num campo específico da ficha de

⁵ Antônio Carlos Wolkmer (1995) relembra: “No final da década de oitenta, a expressão ‘Direito Alternativo’ vinha designando uma disciplina ministrada na Escola da Magistratura do RGS, coordenada pelo juiz Amilton Bueno de Carvalho. Tendo em vista esta experiência, certos setores da imprensa associaram, polemicamente, a designação com um grupo de magistrados gaúchos que vinham proferindo sentenças e resolvendo conflitos de forma não convencional e progressista. Em pouco tempo, a expressão alcançou nível nacional e passou a configurar uma pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de lutas dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do Direito) e da legalidade insurgente a instituir (práticas de pluralismo jurídico)”. (WOLKMER, 1995:143)

tabulação. As passagens que destaco abaixo abordaram o tema da *família* e do *casamento* a partir dos depoimentos dos desembargadores, demonstrando que muitos elementos encontrados nestes discursos dizem respeito à reflexão teórica sobre a homossexualidade e gênero que nortearam a pesquisa.

Baseadas em suas trajetórias de vida e convicções pessoais em torno do tema das conjugalidades homoeróticas, as noções sobre as normas relacionadas à manutenção do casal reprodutor como centro do conceito de família aparecem em muitas das falas com um grau maior ou menor de relativização, ainda que observadas no mesmo contexto regional. Embora não exista uma linearidade muito homogênea nos Estados, e nem entre eles, pois há “dissidências” evidentes, notei um padrão de discursos no sentido de considerar as conjugalidades homoeróticas como um “desvio” do dispositivo de aliança “normal” encarnado na formação do casal heterossexual. Vejamos por exemplo *Barreto*, que expressa a convicção em relação ao que seria a “família”, bastante influenciado pela autoridade do catolicismo e pela opinião do papa a respeito do tema, cujo fundamento na natureza é um dos argumentos a ela associados. “[...] *é homem, mulher, filho é isso mesmo. O papa falou isso, o papa que morreu e o Bento XVI. [...] A família é o homem, a mulher e os filhos. É verdade, vc não foge disso. Natural. Entendeu? Natureza, não tem jeito de ser diferente.*” (Barreto – TJMG, 13/07/2006)

Jacques disse algo dissonante em relação a seus colegas com relação à noção de “casamento” e também apresenta em sua atuação jurisdicional uma posição bem característica, mais “favorável” ao reconhecimento de união estável. Este desembargador ressaltava a necessidade, a partir de sua compreensão sobre o que disse Jacques Derrida (2004) em sua última entrevista ao Jornal *Le Monde* antes de sua morte, sobre a necessidade de uma “dessacralização do vocábulo *mariage*”, retomando a possibilidade de que o mesmo seja considerado como contrato. No Tribunal de Justiça de São Paulo as atribuições à doutrina católica também apareceram em algumas falas, como a de *Barcelos*, também relator. “[...] *casamento entre homem e mulher e para fins de procriação, isso é uma mentalidade que a Igreja enfiou aí e até hoje perdura não é. [...] como juiz e pessoa, cidadão, a minha idéia não varia muito, eu venho de família assim muito rigorosa homem é homem, mulher é mulher, casar homem com homem é um absurdo [...]*” (Barcelos, TJSP, 14/09/2006)

Não obstante, ao comentar uma de suas decisões comigo, que classifiquei de *desfavorável*, ele observa que sua posição é mediada pela necessidade de comprovação da sociedade de fato, visando à partilha patrimonial, o que implica no reconhecimento de algum tipo de efeito jurídico às conjugalidades homoeróticas que assim sejam consideradas.

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

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

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

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

Considerações Finais

Uma das hipóteses de pesquisa que penso ter confirmado liga-se às elaborações teóricas sobre as relações entre discurso, poder e sujeito. Penso que as entrevistas e os acórdãos que analisei revelaram práticas discursivas e fatos de discurso (ANDRÉ, 1995) no

campo da sexualidade que apontam relações de poder constitutivas de sujeitos. O que fica no pano de fundo é uma disputa discursiva sobre sexualidade, moral e direito entre os magistrados e se concretiza no caso das conjugalidades homoeróticas, na discussão sobre seu enquadramento legal - ou, nos marcos teóricos que revisamos acima, sua adequação (ou não) ao dispositivo de aliança convertidos aqui na polêmica sobre *casamento*, *união estável* e *sociedade de fato*.

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

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

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

A análise das decisões demonstra que não obstante os campos do direito de família e

do direito das obrigações detenham uma definição muito clara, no caso das conjugalidades homoeróticas cria-se uma espécie de “zona híbrida” entre estas esferas, resultado da aplicação de conceitos técnico-jurídicos pertencentes a ambas. De fato, ao negar o reconhecimento de união estável, mas aprovar a divisão de bens patrimoniais, de um lado, quer-se impedir o enriquecimento ilícito, princípio próprio da legislação civil (art. 884 do CC/02) e beneficiar a parte que reclama seu quinhão de alguma forma. Porém fala-se também de uma relação entre dois sujeitos que é anulada de um ponto de vista do vínculo amoroso que significa, nem que seja no evento da morte ou da separação, como é o mais comum entre os processos que chegaram a recurso⁶.

Este “rearranjo das situações” acaba, em alguns casos, contemplando a pretensão das partes, de um ponto de vista econômico – mas com exigências que só são feitas em função da sexualidade (ou será do sexo?) das mesmas, como parece acontecer no caso das controvérsias em torno da “tese da colaboração indireta”, que pelo visto, foram pacificadas no STJ para casais de diferentes sexos e continuam em debate quanto a pessoas do mesmo sexo. Isto atinge a subjetividade de uma maneira que ainda está, num fenômeno tão recente, sendo assimilada, tanto pelos sujeitos que julgam, quanto pelos sujeitos que estão submetidos, em última análise, a julgamento.

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

Relativizando um pouco mais, considero com isso que a demanda por inclusão na ordem jurídica por parte dos homossexuais não descarta, por outro lado, riscos no que se refere a uma tentativa de inscrição de determinadas modalidades de práticas homoeróticas (sociais e sexuais) na normatividade, a partir de critérios totalizantes, fato que não necessariamente beneficia estes sujeitos, na esteira da argumentação de Judith Butler (2003),

⁶ Esta seria uma pista de análise para investigações mais amplas acerca das conjugalidades homoeróticas, que implicaria uma busca nos cartórios das Varas de Família. Chamou-me muito a atenção o dado do IBGE quanto ao censo populacional onde as/os companheiras/os do mesmo sexo não aparecem como dado que possa ser considerado nas estatísticas.

que faz um contraponto com a necessidade expressa em relação à equiparação de modelos de conjugalidade, quando comenta que para opinião pública norte-americana o casamento é visto (e se propõe que assim seja mantido) como instituição e vínculo heterossexuais, e o parentesco apenas será assim considerado se assumir uma forma “reconhecível” de família (no sentido de sua conceituação tradicional, que remete ao vínculo heterossexual). Há entre estas noções variadas conexões, como aquela que, por ex., propugna ser a sexualidade reservada para reprodução, e que o casamento deva assegurar normativamente (de um ponto de vista técnico – estatuto legal) a instituição familiar, em seu conceito “tradicional”, que envolve a conjugalidade heterossexual. Relações reprodutivas e casamento, assim, são instituições mantidas “em equilíbrio” por essa noção de entidade familiar, composta pelo casal heterossexual e sua prole.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉ, Serge. “A Impostura Perversa”. Trad. Vera Ribeiro. Rev. Téc. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995

BOURDIEU, Pierre “O que falar quer dizer: a economia das trocas lingüísticas”. Trad. Wanda Anastácio. Algés: DIFEL, 1998

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

CARRARA, Sérgio; FACCHINI, Regina; SIMÕES, Júlio; RAMOS, Sílvia; “Política, direitos, violência e homossexualidade. Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – São Paulo 2005. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006

CORREAS, Oscar. “Introdução à Sociologia Jurídica”. Trad. Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996

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

DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 5º volume: Direito de Família. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008

DOUGLAS, Mary. “Como as instituições pensam”. Trad. Eugênio Marcondes de Moura, 1. Ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007

FACCHINI, Regina. “Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”. Rio de Janeiro: Garamond, 2005

FLAX, Jane. “Pós-modernismo e relações de gênero na teoria feminista”. In.: Hollanda, Helena Buarque de. “Pós-modernismo e política”. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 217-250

FOUCAULT, Michel. “A ordem do discurso”. Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2005

COSTA, Jurandir Freire. “A Inocência e o Vício – estudos sobre o homoerotismo”. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992

GOMES, Orlando. “Sucessões”. Rio de Janeiro: Forense, 2002

GROSSI, Miriam P. “Gênero e Parentesco: Famílias Gays e Lésbicas no Brasil”. Cadernos Pagu, Campinas, v. 21, p. 261-280, 2003.

HEILBORN, Maria Luiza. “Gênero e Hierarquia: A costela de Adão revisitada”. Revista de Estudos Feministas, vol. 1, n. 1, CIEC/ECO/UFRJ, 1993, PP 50-82

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

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

MELLO, Luiz. “Novas Famílias: Conjugalidade homossexual no Brasil Contemporâneo”. Rio de Janeiro: Garamond, 2005

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. “O companheirismo: uma espécie de família”. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. “Sortilégio de Saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros (1900-1990). São Paulo: IBCCRIM, 2004

SCOTT, Joan. “A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem”. Trad. Élvio Antônio Funck; Miriam Pillar Grossi (apresentação). Florianópolis: Mulheres, 2002

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. “Instituições de Direito Civil – Vol. V – Direito de Família” 15. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. “Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico”. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Acadêmica, 1995.