

Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero

Andressa Regina Bissolotti dos SANTOS*

RESUMO: O presente artigo visa a refletir acerca da adequação da aplicação dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil em contextos de reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, questionando-se sobre possíveis incompreensões aí resultantes. Utilizando-se de uma abordagem interdisciplinar, a indicar a necessidade de um diálogo entre a doutrina Civil-Constitucional e a literatura do campo de gênero e sexualidade, aponta-se para a necessidade de modulação da forma de enquadramento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, evitando-se assim exclusões e negações de direitos que ainda permanecem operando, mesmo no pós-maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE: Sexualidade; direito homoafetivo; união estável; direito das famílias; direito civil-constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Incompreensões na aplicação do direito a constituir família por casais do mesmo gênero; – 3. A construção do direito a constituir família: localizando as incompreensões; – 4. A voz da diferença: práticas cotidianas das relações do mesmo gênero e os requisitos do artigo 1.723; – 5. Revisitando a constitucionalização do direito civil: igualdade material a exigir concretude na aplicação do direito; – 6. Considerações finais.

TITLE: *Repercussions of the Post-May 2011: Reflections on the Stable Union Requirements from the Daily Lives of Same-Gender Couples*

ABSTRACT: *This work aims to reflect upon the adequation for applying the requirements in Article 1.723 of the Brazilian Civil Code, in the context of recognizing stable unions between people of the same gender, questioning about possible misunderstandings which may result from there. By utilizing a multidisciplinary approach, indicating the necessity of a dialog between Civil-Constitutional doctrine and literature in the field of gender and sexuality, it points to the necessity of modulating the framework for stable unions of same-gender couples, therefore avoiding exclusions and negations of rights that are still operating, even in the post-May 2011.*

KEYWORDS: *Sexuality; homosexual rights; stable union; family rights; civil-constitutional law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Misunderstandings on the application of the right for same-gender couples to form a family; – 3. The construction of the right to form a family; – 4. The voice of diversity: daily practices in same-gender relationships and the requirements in Article 1.723; – 5. Revisiting the constitutionalization of civil rights: material equality as a demand for application of the right; – 6. Final considerations.*

* Doutoranda em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela mesma instituição. Professora de Direito Civil e Prática Jurídica da Universidade Estadual de Maringá. Advogada.

1. Introdução

A decisão proferida em maio de 2011, no contexto do julgamento duplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 gerou o reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, das relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero.¹ Desde então, passaram-se oito anos e há de se questionar de que forma o direito declarado repercutiu na vida em sociedade.

Nos termos dos votos majoritários,² esse reconhecimento se deu através da declaração de que tais relações constituíam união estável, desde que cumpridos os requisitos legais a ela exigidos, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro.³

Desde então as relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero devem ser declaradas como união estável, entidade familiar a ser protegida pelo Estado nos termos do artigo 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Nesses termos, abriu-se a possibilidade de lavrar em cartório pactos de união estável, a declarar o interesse dos conviventes em ter reconhecida sua condição de entidade familiar. Abriu-se, também, a possibilidade de demandar em juízo o reconhecimento de tal entidade, mesmo na ausência do dito pacto, já que ela se baseia no vivido e não no formalizado.

¹ Optou-se, no presente artigo, pela expressão ‘relações entre pessoas do mesmo gênero’, tendo em vista a percepção dos estudos de gênero de que a existência social como *homem/mulher* deve ser melhor compreendida a partir da ideia de *gênero* (que é vivenciado performativamente a partir da articulação do sujeito com as demandas que lhe são socialmente direcionadas em relação a *quem* e *como* deve ele(a) ser em termos de homem/mulher) do que da ideia de *sexo* (melhor identificado como a experiência corpórea do sujeito). Tal diferenciação já não pode ser pensada de forma estanque, especialmente a partir das formulações de Judith Butler, mas ainda assim o uso da palavra *gênero* ao invés de *sexo* nesse caso parece trazer ganhos em termos de comunicabilidade das perspectivas assumidas.

² A decisão pela aplicação de efeitos jurídicos às relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo foi unânime, como bem se propagou à época. Houve uma divergência, no entanto, em relação aos termos dessa aplicação. O voto do Ministro Relator, Ministro Ayres Britto, reconhecia essas relações nos exatos mesmos termos das uniões estáveis heterossexuais. Tratava-se, portanto, da aplicação do instituto da união estável às experiências homossexuais, que deveriam assim, para seu reconhecimento como uniões estáveis, possuir os requisitos a ela exigidos nos exatos mesmos termos das relações heterossexuais. Outros ministros, no entanto, como o Ministro Ricardo Lewandowski, apontaram a necessidade de se realizar a inclusão através dos princípios gerais da Constituição, aplicando-se a regulação da união estável a essas relações por *analogia*. O entendimento que obteve mais votos foi o do Ministro Relator, de forma que a inclusão se deu através da aplicação direta do instituto da união estável. Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

³ No qual se lê: “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.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”.

Tal decisão foi resultado de um longo processo histórico de construção da legitimidade dos discursos jurídicos e sociais em prol dos direitos LGBTI, especialmente o direito a constituir família.

De fato, a recepção de tais relações pelo direito, bem como pelas instituições estatais desenvolvedoras de políticas públicas como um todo, passou por uma tradução das pautas em termos jurídicos e em termos de direitos humanos.⁴

No funcionamento do direito e da política identitária moderna, isso significou a atuação em prol de identidades que se produziram no contexto mesmo de elaboração desses discursos, através de cortes e delimitações identitárias.

Como Stuart Hall⁵ aponta, a identidade é não uma essência dos sujeitos, ou uma mera reprodução mimética de suas existências, mas um complexo e longo processo de construção de si mesmo e dos demais, que se realiza no decorrer de processos de luta, como são as lutas do movimento LGBTI.

Tais processos envolvem não só a demarcação do *nós* em luta, mas necessariamente – até de forma a possibilitar a delimitação desse *nós* – a produção de *foras*, de fronteiras. A identidade homossexual legítima para tematizar e possuir direitos deve ser compreendida, portanto, em sua relação negativa com tantas outras experiências não-heterossexuais de vivência da sexualidade, a não receber a mesma legitimação ou, de outra forma, sofrer até mesmo o que foi nomeado pela literatura como formas de deslegitimação seletiva.⁶

As críticas aqui rapidamente formuladas são constantemente recebidas na pesquisa jurídica como críticas exclusivamente *teóricas*, como se fossem assim meramente *informativas* e pouco significassem no campo das práticas de direitos humanos direcionadas a essa população. Algo como uma autocrítica padrão, a significar pouco no cotidiano dos tribunais ou da advocacia.

⁴ Tais processos foram desenvolvidos em dissertação de mestrado: DOS SANTOS, Andressa Regina Bissolotti. *Movimento LGBT e Direito: identidades e discursos em (des)construção*. Defesa em 30 de março de 2017, orientação Ana Carla Harmatiuk Matos. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Tratou-se da construção de uma legitimidade desses direitos, que passou também por uma construção em termos da legitimidade desses sujeitos.

⁵ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

⁶ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*. 2003, n.21, pp. 219-260.

Falta ainda uma percepção crítica diretamente voltada para o vivido, para o prático, que possibilite compreender de que forma esses processos narrados pelas críticas podem (ou não) ter resultado em formas excludentes na garantia dos direitos em contextos conjugais homossexuais.

É essa reflexão que se pretende realizar no presente artigo, a partir de uma metodologia interdisciplinar a possibilitar, nos dizeres de Fachin, a identificação de “interrogações que entrelaçam o Direito Civil e a sociedade”.⁷

2. Incompreensões na aplicação do direito a constituir família por casais do mesmo gênero

Ao se procurar realizar essas reflexões, não se trata de anular as lutas e produções realizadas até o momento, nem tampouco de propor uma crítica contundente e destrutiva sobre essas lutas. Mas sim de compreender as lacunas por elas deixadas, para pensar a necessidade de proposição de caminhos outros, de retomar a discussão das conquistas, rumo a direitos mais generalizáveis no contexto democrático.

Ressalte-se que no caminho de construção desses direitos, muitas vezes as relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero foram aproximadas em sua experiência das relações heterossexuais, como estratégia argumentativa de legitimação. Tal afirmação não é vazia, quando se propõe pensar as produções jurídicas mais reconhecidas no campo⁸, que de fato se utilizaram muitas vezes da ideia de que não haveria nada de diverso nas relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero quando comparadas as relações heterossexuais. Não é vazia, igualmente, em relação aos argumentos produzidos na própria ADPF 132/ADI 4.277, que também fizeram uso dessa estratégia argumentativa.

É possível perceber nessas escolhas argumentativas que as relações heterossexuais, mesmo no contexto atual em que o direito já não se resume a elas, permanecem funcionando no ordenamento como *norma*, no sentido foucaultiano que propõe o funcionamento da norma como *padrão, modelo*, em relação ao qual as demais

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 04.

⁸ Entre elas, vejamos: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a Justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista os Tribunais, 2011; DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. Um panorama luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011; MATOS, Ana Carla Hamatiuk. “Novas Entidades Familiares”. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

experiências as quais não podem dela se aproximar acabam por serem taxadas de *anormais*.⁹

Pergunta-se se as relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero podem se identificar com essa norma, acessando assim os direitos conquistados através dos discursos jurídicos produzidos, ou se na produção de uma normalidade jurídica abstrata dessas relações, acabou por se produzir também uma nova forma de anormalidade, visto que muitas dessas relações não podem (ou não desejam) replicar os requisitos da união estável heterossexual, por diversos motivos.

Esses motivos têm sido apontados pela literatura, especialmente pelo campo de produção etnográfica acerca das vivências conjugais homossexuais, o qual aponta uma complexa política de visibilidade/invisibilidade a ser gerida no cotidiano,¹⁰ inscrevendo assim essas relações no funcionamento daquela delicada *epistemologia do armário* que Sedgwick narrou.¹¹

Questionar os efeitos que o funcionamento de tal epistemologia do armário produz nos âmbitos institucionais é perguntar-se acerca dos efeitos práticos dessas representações sociais. Cabe assim lembrar que a decisão que reconhece ou não a união estável existente entre duas pessoas produz efeitos absolutamente materiais e cotidianos na vida dos envolvidos, podendo significar o acesso a recursos ou a maximização de condições de precariedade.¹²

Discute-se, portanto, direitos humanos os mais elementares quando questionadas as probabilidades de se ter uma relação reconhecida juridicamente como conjugal ou

⁹ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰ Conforme apontam as pesquisas a seguir: FACCHINI, Regina. Entrecruzando diferenças: mulheres e (homo)sexualidades na cidade de São Paulo, pp. 309-342. In: BENITÉZ-DÍAZ, María Elvira; FÍGARI, Carlos Eduardo. *Prazeres dissidentes*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009; NUNAN, Adriana. A influência do preconceito internalizado na conjugalidade homossexual masculina. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz (Org.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, pp. 47-68.

¹¹ SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. *Cadernos Pagu* (28), janeiro-junho de 2007, pp. 19-54.

¹² A precariedade é entendida como a consequência do fato de que viver significa viver socialmente; e isso porque a vida requer que várias condições sociais e econômicas sejam atendidas para que seja mantida enquanto uma vida. A precariedade é, também, o fato de que determinadas pessoas – ou grupos de pessoas – são expostas a condições econômicas e sociais menos favoráveis, ou seja, é definida socialmente no contexto das sociedades humanas que vivemos. Precariedade é um contexto social, intensamente imerso num mundo e em uma história de distribuição desigual de recursos. Se “a vida exige apoio e condições possibilitadoras para poder ser uma vida vivível” esses apoios e condições estão muitas vezes condicionados às regras e aos enquadramentos que orientam os esquemas de reconhecimento, daquilo que faz emergir um corpo como uma vida efetivamente humana, que importa e que é passível de luto em caso de perda (BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015).

juridicamente ignorada através da sua classificação como envolvimento amoroso eventual ou até mesmo mera amizade. Está em jogo a possibilidade da própria autodeterminação da pessoa, a qual “não pode ceder a um modelo único de estrutura familiar”.¹³

Destaque-se, ademais, que ao se estar diante de indeferimentos baseados na valoração da prova pelos magistrados, as possibilidades de recurso são restritas às primeiras e segundas instâncias. A atuação da subjetividade do magistrado permanece, ao alegar que esta ou aquela prova trazida não é o suficiente para demonstrar a união estável, e a possibilidade de recorrer aos tribunais superiores já não subsiste, pois que o indeferimento se deve a questões de fato.

Dois casos podem ser trazidos de forma exemplificativa, a demonstrar o cerne do problema que se apresenta. Do Rio de Janeiro, cabe citar julgamento proferido em sede de apelação cível,¹⁴ movida pelo autor contra decisão do juízo de primeiro grau que lhe negara acesso a benefício de pensão por morte, ao não reconhecer a existência de união estável *homoafetiva*¹⁵ entre o segurado falecido e o autor da ação.

No acórdão analisado, decidiu-se por confirmar a sentença de primeiro grau, com o argumento de que embora tenha ficado comprovada a existência de *relacionamento amoroso*, não se demonstrara nos autos o *ânimo de constituir família*. Entre os documentos trazidos, no entanto, constavam fotos e mesmo cópia de um seguro de vida feito pelo falecido, em nome do autor. O relator do processo considera as provas muito rapidamente, e se restringe a afirmar que não são elas suficientes para comprovar as alegações da inicial, especialmente em relação ao requisito do *ânimo de constituir família*.

Outro exemplo a ser aqui analisado é também o julgamento de uma apelação¹⁶. Trata-se de recurso interposto em face de sentença de primeiro grau que julgou improcedente reconhecimento de união homoafetiva¹⁷ *post mortem* cumulada com petição de herança. Aqui o relator inicia suas considerações afirmando ser muitas vezes tênue a

¹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família da Constituição Federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos da personalidade. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 13, n. 1, jan/jul 2008, pp. 119-130.

¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 0282520-79.2010.8.19.0001. Apelante: Jorge Luiz Batista da Silva. Apelado: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Elton M. C. Leme. Rio de Janeiro, j. 29 de abril de 2015.

¹⁵ Usa-se aqui o termo homoafetivo em sintonia com a opção dos magistrados.

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14^o Câmara Extraordinária de Direito Privado. Apelação nº 0016367-53.2012.8.26.0625. Apelante: D. de O. S.. Apelado: I. C. L. Relator: James Siano. São Paulo, j. 11 de maio de 2015.

¹⁷ Segue-se aqui a terminologia aplicada no documento analisado.

diferença entre uma *amizade pública e duradoura com moradia comum* e a união estável; na sentença, aduz-se que o elemento diferenciador é a presença da vontade dirigida à constituição de família.

Conforme o entendimento ali exarado, tal vontade não estaria presente no caso, o que se sustenta repetindo trechos da sentença, nos quais se afirma: a) a parcialidade das testemunhas ouvidas em Juízo, visto serem elas todas de convívio íntimo da parte autora, de forma que não haveria *prova oral isenta ou desinteressada*, capaz de provar que o relacionamento era *público e notório aos olhos de todos*; b) Não haveria configuração de assistência mútua. Mesmo a presença da parte autora como beneficiária em apólice de seguro não configuraria a união estável, principalmente tendo em vista que ela constava como *prima* nesta apólice e não companheira. O juiz aventa ainda que o motivo para constar a autora nesta apólice e não outro familiar poderia ser a *desinteligência familiar*¹⁸ da falecida; c) as despesas da casa não eram supridas apenas pela falecida, sendo todas as contas divididas entre ambas, o que afastaria *a representação clássica do desejo de constituir uma família ou do modo de ser de uma família propriamente dita* (sic).

Em resumo, conclui-se que a união estável deve emergir como *induidosa das evidências* (sic), e que para que a união estável seja reconhecida *se faz necessária ampla e segura demonstração de que o relacionamento é bem mais que um namoro ou amizade e se assemelha em tudo e perante todos ao casamento* (sic). Nesses termos, negou-se provimento ao recurso.

Pode-se perceber nos dois casos que na consideração do requisito do *ânimo de constituir família* esconde-se não apenas juízos objetivos, mas a aplicação de uma norma no sentido mais foucaultiano do termo¹⁹. Nesses casos, o indeferimento parece partir da inadequação da situação prática ao modelo tradicional do casamento heterossexual. Essa questão é ainda mais visível no segundo caso, uma vez que os magistrados em primeiro e segundo grau evocam uma certa *representação clássica* do modo de ser uma família *propriamente dita*, bem como a necessidade de que a união estável se assemelhe *em tudo e perante todos* ao casamento.

¹⁸ Termo que o magistrado utiliza para se referir a seu grau de desentendimento com a família de origem.

¹⁹ Ou seja, como já aduzido anteriormente: o uso de um parâmetro implícito, definido nos jogos de poder, a partir do qual se julga o que está de acordo com a norma e o que está em desacordo com ela. Aqui a *norma* tem sentido para além do jurídico, num entendimento da cultura como conjunto normativo de padrões, definidos a partir de jogos de saber-poder.

Vê-se, portanto, que a relação estável entre pessoas do mesmo sexo é avaliada a partir da tomada da relação heterossexual como parâmetro, o que torna possível supor a atuação de uma *heteronorma*²⁰ nessas decisões, a impactar as tomadas de decisão dos magistrados. A atuação de tal “norma” acaba por resultar em um número maior de indeferimentos, mesmo diante de provas que seriam tidas como suficientes em caso de uniões estáveis heterossexuais. A relação heterossexual, como “norma”, é, portanto pressuposta, ao passo que a relação entre pessoas do mesmo sexo, vista como desviante, é questionada mesmo diante de provas. Em suma, a inclusão abstrata acaba por encontrar seus limites na prática cotidiana dos tribunais e das relações em questão.

Em uma sociedade ainda não tão inclusiva, e com discriminações cotidianas ainda em curso, tal norma pode acabar por significar uma maior probabilidade de não reconhecimentos para essas relações pelo Judiciário. Por outro lado, como a oficialização de uma conjugalidade homossexual está muitas vezes relacionada a uma petição constante de visibilidade da própria homossexualidade²¹, a *opção* do casal pode ser pela não formalização, de forma a que se possa escolher as situações sociais em que é seguro se declarar, e aquelas em que é mais conveniente permanecer não notado.

Tal questão é agravada no contexto das classes mais baixas. Em sua pesquisa, Zarias²² apontou para uma tendência de não oficialização nas regiões mais pobres da cidade de São Paulo, com predomínio de pessoas juridicamente solteiras, ainda que socialmente tendam a iniciar relações conjugais mais cedo do que nas partes ricas da cidade.

Os motivos da extensão da informalidade nas experiências conjugais vão desde o não poder – ou não querer – arcar com os custos de um casamento ou feitura de pacto de união estável, até uma sensação de distância das instituições da Justiça, o que leva as pessoas a preferirem uma gestão extrainstitucional de suas uniões. Somando-se isto à necessidade de negociar a visibilidade em situações mais precarizadas de emprego, compreende-se de que forma é possível perceber a permanência da particular importância dos pedidos de reconhecimento e dissolução estável judicial nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero.

²⁰ Em diálogo com a noção anterior de norma, essa expressão indica que a heterossexualidade acaba funcionando não apenas como uma das formas possíveis da sexualidade humana, mas como uma *norma* cultural, um parâmetro de sexualidade legítima e saudável, a partir da qual as demais são avaliadas e, potencialmente, rejeitadas.

²¹ NUNAN, Adriana. *A influência do preconceito*, cit.

²² ZARIAS, Alexandre. A família do Direito e a família no Direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 25, n. 74, out. 2010, pp. 61-76.

A partir daí, mostra-se necessário formular as necessárias mediações nos possíveis efeitos descaracterizadores da ADPF 132/ ADI 4.277, à luz dos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos²³ quando enuncia que “os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Tudo isto a permitir uma inclusão mais democrática e igualitária, bem como a salvaguarda dos direitos humanos das pessoas envolvidas.

3. A construção do direito a constituir família: localizando as incompreensões

Os direitos humanos, quando abordados a partir de uma perspectiva crítica, devem ser compreendidos como mais do que garantias previstas positivamente, seja na lei local ou internacional. Tal é a compreensão da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, que na esteira de Flores²⁴ percebe os direitos humanos como processos históricos de luta pela dignidade, movidos por grupos vulnerabilizados no contexto sócio-cultural, como produtos culturais, portanto.²⁵

Nesse contexto, os direitos humanos não possuem fundamento ahistórico ou metafísico, mas devem ser vistos como resultados do momento histórico em que surgem, a partir das lutas concretas que os reivindicam. O discurso institucional desses direitos passa a ser não o seu ponto central, ou mesmo a conclusão daquelas lutas, mas sim a realização de aberturas institucionais capazes de gerar instrumentos para novas lutas em nome da dignidade.

(...) É necessário redimensionar uma concepção de direitos humanos que atenda à sua complexa realidade e estrutura, e se fixe em seu caráter sociohistórico, político e relacional. Os direitos humanos nem existem em abstrato, nem são algo dado, nem permanecem congelados em uma norma de máxima categoria.²⁶

Tomando essa compreensão dos direitos humanos como ponto de partida, não há forma de trabalhar com os direitos humanos de pessoas LGBTI senão em diálogo

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, 1997, p. 11-32.

²⁴ FLORES, Joaquín Herrera. *La reinención de los derechos humanos*. Valencia: Colección ensayando, 2008.

²⁵ FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Fuencabral, 2007.

²⁶ Tradução livre de: “(...) se necesita redimensionar una concepción de derechos humanos que atienda a su compleja realidad y estructura, y se fije em su carácter sociohistórico, político y relacional. Los derechos humanos ni existen en abstracto, ni son algo dado, ni quedan congelados en una norma de máximo rango” (RUBIO, David Sánchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Editorial Mad, 2007, p. 30).

frequente com os processos de luta em que surgiram, ou seja, com a trajetória do movimento LGBTI em sua busca por direitos²⁷. Não há, em verdade, como trabalhar com os direitos humanos como um todo sem o devido cuidado de se considerar a sua complexidade como produto social.²⁸

Extensa literatura tem abordado essa trajetória. Passando pelos primeiros anos de seu surgimento, em final dos anos 70, até sua reconfiguração como movimento em intenso contato com o Estado a partir do surgimento da Aids, os autores demonstraram e demonstram que o sujeito LGBTI consciente de sua posição de cidadão possuidor de direitos só vem a surgir como resultado mesmo de seus processos de luta e no seio da necessidade de se fazer culturalmente inteligível.²⁹

Ou seja, ao passo em que se constroem direitos humanos nas lutas, como aponta a teoria crítica, constroem-se também os sujeitos desses direitos humanos, no sentido do que vem apontando Judith Butler.³⁰

Tal fato a significar também um contraditório elemento de exclusão nos processos de inclusão jurídica. Como bem aponta Butler, os processos de mobilização em busca por direitos, ao produzirem narrativas que pressupõe um sujeito em mobilização (*nós, o povo* ou *nós, os LGBTI*), para produzir aquele sujeito que ali se coloca em reivindicação, produzem também certa margem, certa fronteira, composta por todas e todos aqueles que não cabem e não fazem parte dessa definição de *nós*.

Pensa-se, a partir da autora, na necessária atuação produtora da reivindicação de determinados sujeitos como representantes de uma categoria de pessoas. Essa reivindicação não apenas mobiliza um sujeito prévio, mas produz o sujeito mesmo no instante desta; produzindo-o, produz também a demarcação de um fora, que por sua vez não pode ser representativo daquela população, ainda que dela faça parte.

²⁷ Tal trajetória é apenas rapidamente abordada no presente artigo, mas já foi objeto de pesquisa mais aprofundada, no contexto de realização do mestrado da autora, que resultou em dissertação de mestrado. DOS SANTOS, Andressa Regina Bissolotti. *Movimento LGBTI e direito*, cit.

²⁸ FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: *El Vuelo de Anteo: Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000, p. 19-78.

²⁹ Para aprofundamento na questão, indicam-se os seguintes autores: SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009; GREEN, James N. "Mais amor e mais tesão": a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. *Cadernos Pagu*, n. 15, 2000, pp. 271-296.

³⁰ BUTLER, Judith. *Notes toward a performative theory of assembly*. London, England: Harvard University Press, 2015.

O que se está a dizer, é que não existe noção de identidade a não requerer a construção de um *Outro*, uma vez que a existência desse Outro é constitutiva da noção da identidade mesma. Ao se dizer *Nós*, como já apontou Butler³¹, delimita-se sempre não apenas a nós, mas também a *Eles*, independente do critério escolhido de delimitação.

A própria identidade *homossexual*, nesse sentido, deve ser compreendida como fruto de ao menos dois processos de diferenciação. Um cronologicamente anterior é aquele em que ela se produz no seio da medicina social, como perversividade, anormalidade a transgredir a *norma* heterossexual e, a um só tempo, servir de fronteira constitutiva dessa mesma norma, sem a qual a norma mesma não faria sentido.³²

Um processo mais recente, no entanto, e igualmente central para o que aqui se aventa, é aquele de uma diferenciação no interior das *próprias homossexualidades*, através da emergência e reivindicação de um determinado sujeito homossexual cidadão, possuidor de direitos e socialmente incluído. Trata-se daquele momento em que a literatura identifica uma certa disputa no interior das diversas experiências de homossexualidade, na qual um “modelo de homossexualidade conjugal, monogâmica, branqueada, classe média, urbana, psicologizada, se apresentaria como ideal, como ‘identidade limpa’, relegando as homossexualidades marginais, periféricas a uma exclusão ainda mais violenta (...)”.³³

Esse processo se deu em um contexto de mobilização em prol de campanhas, principalmente na mídia, para construção de uma identidade homossexual *positiva*. Tal construção se deu através da reivindicação de elementos que buscam mostrar a homossexualidade e os homossexuais como uma forma de vida próxima ao padrão, respeitável e socialmente bem enquadrada. Para exemplificar esse momento histórico, cabe citar a campanha realizada pelo Grupo Gay da Bahia sob o lema *É legal ser homossexual*, como forma de enfatizar aspectos positivos da homossexualidade.³⁴

Os critérios de definição do que seriam aspectos positivos, no entanto, estavam profundamente conectados às noções socialmente hegemônicas de uma identidade positiva. Isso gerou a reivindicação nos termos descritos, que se manteve em diálogo

³¹ Idem.

³² FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

³³ PAIVA, Antônio Cristian Saraiva. Reserva e invisibilidade: a construção da homoconjugalidade numa perspectiva micropolítica, pp. 23-46. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz (Org.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 24.

³⁴ SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris*, cit.

com outras representações sociais de homossexualidade, mas principalmente para negá-las. A partir disso é possível dizer que se a diferença crucial até então na definição da homossexualidade era a heterossexualidade, a luta em termos de afirmação de uma identidade positiva gerou o deslocamento da fronteira da diferença, atenuando a fronteira em relação às formas padrão de vivência da sexualidade e criando uma nova fronteira, em relação a formas diversas de experienciar a homossexualidade que passam a ser tidas como *não representativas* da experiência homossexual em abstrato.

A conclusão de parte da literatura é, portanto, que essa forma de atuação – compreendida pelos agentes envolvidos como uma forma *pragmática* de ação – concentrada nos direitos civis e na construção de uma identidade socialmente legitimada, moveu-se em uma tendência de depurar a homossexualidade de seus aspectos mais marginais “de modo a dotá-la de uma imagem pública respeitável, o que excluía uma parte significativa das vivências a ela relacionadas”.³⁵

Tal processo esteve relacionado com uma cada vez mais alta incidência no Estado, que se baseou em um uso e uma instrumentalização do discurso dos direitos, aliado a esta construção de um sujeito homossexual passível de ter e exigir direitos. Isso resultou em influências no Poder Legislativo,³⁶ Executivo³⁷ e também Judiciário.³⁸

A incidência no Judiciário, espaço onde diversos direitos seriam conquistados, se deu principalmente através da construção da ideia de *Direitos Sexuais*³⁹ e das produções doutrinárias e jurisprudenciais acerca das *novas famílias*, no contexto do que se chamou um *sistema contemporâneo do Direito das Famílias*.⁴⁰

Pelo recorte que se propõe para a presente pesquisa, mais interessa pensar de que forma se deu a construção da segunda vertente. Inserido no amplo contexto daquilo que veio a se conhecer como *constitucionalização do direito civil* ou, ainda, *direito*

³⁵ SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris*, cit., p. 127.

³⁶ Para mais informações, sugere-se o seguinte trabalho: MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

³⁷ Para mais informações, sugere-se o seguinte trabalho: IRINEU, Bruna Andrade. 10 anos do Programa Brasil sem Homofobia: notas críticas. *Revista Temporalis*. Brasília (DF), ano 14, n. 28, p. 193-220, jul./dez. 2014.

³⁸ Alguns desses elementos foram também trabalhados em dissertação de mestrado anterior.

³⁹ De forma geral, é possível afirmar que os direitos sexuais “se referem a prerrogativas legais relativas ou à sexualidade ou a grupos sociais cujas identidades foram forjadas sobre formas específicas de desejos e de práticas sexuais” (CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. *Bagoas*, n. 05, 2010, p. 135).

⁴⁰ CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias: por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

*civil-constitucional*⁴¹, o direito das famílias contemporâneo foi construído pela doutrina através da incidência dos princípios constitucionais no âmbito das relações privadas, especialmente das relações familiares.

Na esteira da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, tais narrativas doutrinárias se propuseram a pensar o rol do artigo 226 da constituição como exemplificativo⁴², de modo a ampliar as experiências vividas como família a serem recepcionadas pelo direito e produzirem efeitos jurídicos. A justificativa dessas narrativas girava em torno de princípios como o de igualdade, dignidade, liberdade, entre outros.

No âmbito do Direito das Famílias, a constitucionalização operou uma série de mudanças. A partir da *funcionalização e repersonalização* dos institutos jurídicos, foi possível pensar uma nova família, não mais voltada para a realização de interesses abstratos e estruturais, mas para a realização interna de seus membros como pessoa, o que ficou amplamente conhecido como *família eudemonista*⁴³.

Apontou-se, nesse sentido, para importantes princípios como o da pluralidade familiar e especialmente da afetividade, que se erigiram como principiologia a determinar uma abertura no direito de família, de forma a se adequar o regulado ao vivido, e não o contrário.

Com as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo também se operou este processo. Diversos autores propuseram a necessidade de se alcançar o reconhecimento jurídico dessas relações, de forma diferentes, mas partindo de um eixo comum: a defesa de que seriam abarcadas pelo ordenamento jurídico através da incidência dos preceitos constitucionais.

⁴¹ Pensado a partir da seguinte literatura: MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 17/83. Rio de Janeiro: 1999; MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista trimestral de direito civil*, ano 1, v. 1, Rio de Janeiro: jan/mar 2000; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 2, abr/jun 2006; LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK [et al.] (Org.). *Direito civil constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014; FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁴² LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n.12, jan./mar.2002.

⁴³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Diversas narrativas foram produzidas. Uma falavam do risco de higienização dessas relações através de sua inclusão nos termos das relações heterossexuais, como as construções propostas por Rios⁴⁴. Outras, apresentaram mediações quanto à necessidade de se respeitar um certo *direito à diferença* quando da inclusão, ainda que não se falasse propriamente em uma essência heterossexual desta ou daquela relação.⁴⁵ Mas a corrente que acabou predominante, sendo utilizada inclusive na *ratio decidendi* da ADPF 132/ADI 4.277, foi aquela que girou ao redor da ideia de *homoafetividade*.

Termo criado por Maria Berenice Dias, foi amplamente utilizado com a ideia de *minorar* o impacto social negativo relacionado ao tema, através do enfoque do elemento *afetivo* dessas relações, que passa a ser considerado seu aspecto central. A estratégia é apresentar tais experiências conjugais como em tudo semelhantes às heterossexuais. Por ela optaram grande parte dos autores da corrente civil-constitucional⁴⁶ de forma que o debate relacionado à homossexualidade e família acabou por se nominar, de forma genérica, por *Direito Homoafetivo*.

De certa forma, é possível perceber uma relação entre as estratégias jurídicas adotadas e as estratégias de defesa de uma imagem positiva das quais fizeram uso o próprio movimento LGBTI. Bebendo desse contexto, deu-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, em maio de 2011.

Com um fundamento que diversas vezes evoca elementos da noção tradicional de *família* o dispositivo alcançado com esse julgamento se deu em termos de uma inclusão nos exatos mesmos termos das relações heterossexuais.⁴⁷ Por isso mesmo, após maio de 2011, as produções acerca dos requisitos das relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero quase sempre se restringem a repetir os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil.⁴⁸

⁴⁴ RIOS, Roger Raupp. Uniões homossexuais: adaptar-se ao Direito de Família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de entidade familiar. In: GROSSI, Miriam Pillar; MELLO, Luiz; UZIEL, Anna Paula (Org.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, pp. 109-130.

⁴⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁴⁶ Tal opção pode ser verificada nas seguintes obras: CHAVES, Mariana. *Homoafetividade e Direito*, cit.; DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*, cit.; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

⁴⁷ No contexto da decisão chamada de *heteroafetivas*. As narrativas produzidas pelos Ministros quando desse julgamento foram analisadas em pesquisa anterior, realizada para produção de monografia quando da conclusão do curso de Direito na Universidade Federal do Paraná.

⁴⁸ OLIVEIRA, Catarina de Almeida. Requisitos para a configuração da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença [et. al.] (Coord.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Essa questão pouco faz diferença quando se está pensando relações formalizadas. Mas é necessário considerar a possibilidade de que um número considerável de relações não seja oficializada, ficando, portanto à mercê da consideração, pelo Judiciário, das provas trazidas para demonstração dos requisitos da união estável.

Nesse contexto é que surge a problemática que orienta esse artigo: os requisitos da união estável, como tradicionalmente pensados a partir da tomada das relações heterossexuais como modelo, são adequados para compreensão das uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo gênero?

Refletir sobre as respostas possíveis para essa pergunta exige tomar a cotidianidade dessas relações em foco, o que se pretende fazer a seguir.

4. A voz da diferença: práticas cotidianas das relações do mesmo gênero e os requisitos do artigo 1.723

A resposta, tendo em vista o que se construiu até o presente momento, parece ser negativa. Tal fato se depreende de uma série de fatores. Em primeiro lugar, pesquisas como a pesquisa de opinião realizada pela Fundação Perseu Abramo em conjunto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, revela, que a incidência de preconceito contra LGBTIs ainda é alta no cotidiano brasileiro.⁴⁹ Assim, 84% das pessoas entrevistadas concordaram totalmente com a afirmação "Deus fez o homem e a mulher com sexos diferentes para que cumpram seu papel e tenham filhos", enquanto que 61% concordaram totalmente que "Tudo bem que casais de gays ou de lésbicas façam o que quiserem em suas casas, entre quatro paredes vale tudo". 52% concordaram, ainda, com a afirmação "Casais de gays ou de lésbicas não deveriam andar abraçados ou ficar se beijando em lugares públicos".⁵⁰

É de perceber, portanto, que a sociedade na qual essas relações se inserem não propicia um ambiente que estimule a ampla publicidade dessas relações. Isto é sentido pelas pessoas homossexuais que se relacionam estavelmente e é frequentemente elemento de constante negociação entre o par. De fato, pesquisas etnográficas realizadas com esses grupos mostram a centralidade que a negociação da visibilidade toma nessas relações.

⁴⁹ VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (resp. técnicos). Síntese da Pesquisa - Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, pp. 190-251.

⁵⁰ Idem, p. 214.

Paiva,⁵¹ por um lado, identificou um regime bastante restrito de visibilidade nas entrevistas que ele realizou com casais homossexuais masculinos, significada como uma *economia da intimidade* em oposição a uma exposição classificada como excessiva. Também na pesquisa realizada por Nunan tal elemento se repete. A autora identificou “uma vigilância excessiva acerca de comportamentos (verbais e não-verbais) que sejam ‘reveladores’ ou demasiadamente afetuosos, adaptando a expressão de intimidade (...)”.⁵² Nunan identificou, ademais, que a publicização das relações vivenciadas foi sentida por muitos como “uma segunda assunção da homossexualidade”.⁵³

Muitas vezes inseridos em esquemas de tolerância silenciosa de suas famílias de origem em relação à sua homossexualidade, a celebração pública da união, o anúncio de um casamento, se transformava em uma quebra fundamental, com a possibilidade de produzir rupturas as quais muitas vezes os casais preferiam evitar.

Com enfoque nos relacionamentos femininos, Facchini identificou uma preocupação constante das mulheres em uniões homossexuais estáveis com a negociação da visibilidade de suas relações, especialmente em vista de um cuidado de não rompimento “com as famílias de origem, com o mercado/ambiente de trabalho e com outros espaços sociais não marcados pela homossexualidade”.⁵⁴ Isso inscreve esses relacionamentos em uma valorização da discrição, com restrição da visibilidade das relações a locais especificamente marcados como homossexuais e a grupos muito restritos de amigos próximos.

Percebe-se, portanto, que está em operação aquilo que Sedgwick chamou de *epistemologia do armário*. Tal conceito a delimitar a forma através da qual o armário torna-se presença constante na vida de homossexuais, a partir do momento em que a heterossexualidade é experienciada em termos de compulsoriedade e/ou naturalidade, ao passo que para a homossexualidade se exige uma enunciação, uma declaração. Assim, o assumir-se é nunca um único momento chave, mas é percebido como um processo em eterna operação uma vez que “cada encontro com uma nova turma de estudantes, para não falar de um novo chefe, assistente social, gerente de banco,

⁵¹ PAIVA, Antônio Cristian Saraiva. *Reserva e invisibilidade*, cit.

⁵² NUNAN, Adriana. *A influência do preconceito*, cit., p. 51.

⁵³ Idem, p. 50.

⁵⁴ FACCHINI, Regina. *Entrecruzando diferenças*, cit., p. 326.

senhorio, médico, constrói novos armários”.⁵⁵ O armário torna-se, assim, uma espécie de elemento organizador do campo sexual, a exigir uma constante negociação de visibilidade.

Por isso mesmo é que a economia de visibilidade acaba sendo um elemento tão delicado nas relações homossexuais. Cada novo espaço social a ser ocupado requer uma decisão em termos de visibilidade/invisibilidade e a escolha pela não formalização pode ser uma estratégia de manutenção das condições de realizar essa decisão autonomamente. Isso porque a oficialização, em certos casos, pode trazer consigo um imperativo de visibilidade, através de simples perguntas sobre o estado civil (em contextos formais da vida civil, mas também em contextos informais de interação social).

Para pensar nesse quadro em termos estatísticos, tenha-se em vista que entre a Resolução Nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o final de 2014, foram realizados 8.555 casamentos entre cônjuges do mesmo gênero nos cartórios de todo o país, segundo apontou o próprio CNJ, a partir de dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE).⁵⁶

Mas o próprio IBGE, em levantamento do número de domicílios formados por parceiros do mesmo gênero no censo de 2010, apontou que o número de unidades domésticas compostas por casais do mesmo gênero seria de 58.000.⁵⁷ A comparação entre o número de casamentos realizados até 2014 e o número de casais identificados em 2010, muito embora não possa ser considerada prova definitiva de um déficit de oficialização entre casais homossexuais, ainda assim deve ser tomada como indicativo de um problema, principalmente quando colocada em diálogo com as outras questões até então levantadas.

E *problema* principalmente tendo em vista que a *epistemologia do armário* como conceito opera não apenas nas vidas de pessoas homossexuais, mas também na forma através das quais suas relações são recebidas pelo Judiciário. Ao manter e reivindicar as relações heterossexuais estáveis como norma, como parâmetro, as narrativas jurídicas exigem das relações homossexuais aquela mesma anunciação, aquela declaração

⁵⁵ SEDGWICK, Eve Kosofsky. *A epistemologia do armário*, cit., p. 22.

⁵⁶ *Notícias do CNJ*. IBGE contabiliza mais de 8.500 casamentos homoafetivos desde regra do CNJ. 13 de jul. de 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/>>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

⁵⁷ *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*. Nupcialidade, Fecundidade e Migração – Resultados da Amostra. Censo 2010. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/>>. Acesso em 08 de julho de 2019.

inconteste, que se exige em contextos heterossexuais. Quando há conflito de interesses e uma das partes não deseja ver a relação reconhecida, ou mesmo não está em condições de se manifestar, essa exigência pode significar o não-reconhecimento e a consequente privação de direitos, como visto nos exemplos dos acórdãos já abordados.

Ao trazer outras pesquisas à baila, como as discussões sobre a incidência do *poder* e da *norma* em termos foucaultianos no direito,⁵⁸ ou sobre a forma através da qual a heteronormatividade opera a definir a própria *inteligibilidade* das pessoas e das relações,⁵⁹ percebe-se a delicadeza e centralidade da questão na concretização dos direitos humanos de pessoas homossexuais que vivem parcerias estáveis.

Ter os direitos humanos como fundamento epistemológico da análise, portanto, ou realizar uma interpretação do direito de família informada por princípios constitucionais, requer, assim que se realize uma modulação dos efeitos da decisão de maio de 2011. Isso se exige das particularidades sociais das relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero, especialmente diante da maximização da precariedade⁶⁰ das pessoas envolvidas quando requerem reconhecimento jurídico e não o obtém. E isto a se apresentar de forma ainda mais aguda em contextos de baixa renda, onde a não-oficialidade se apresenta como regra geral das relações humanas.⁶¹

É preciso ter em mente, enfim, que “sobre a mesa da contemporaneidade está o que se relegou sob os véus da formação histórica e cultural do Brasil. O legado histórico é de exclusão, presente na permanência de valores cravados num tempo e num espaço”.⁶² Passados anos dessa afirmação, parece ser necessário revisita-la, de modo a perceber que o *domicílio da cidadania da família brasileira* permanece por fixar, e exige do jurista que enfrente novos desafios, de forma a produzir novas teses e fundamentos jurídicos.

É necessário, portanto, que se realize a construção de uma percepção jurídica mais inclusiva, mais atenta às diferenças e, assim, mais tendente à concretude da mudança que se busca quando se opera a constitucionalização dessa área do direito.

⁵⁸ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

⁵⁹ BUTLER, Judith. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós, 2007.

⁶⁰ BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*, cit.

⁶¹ ZARIAS, Alexandre. *A família do direito*, cit.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 04.

5. Revisitando a constitucionalização do direito civil: igualdade material a exigir concretude na aplicação do direito

Todos esses elementos, quando combinados, mostram a necessidade da produção de uma abordagem que esteja informada, a um só tempo, pelas doutrinas jurídicas do Direito das Famílias contemporâneo,⁶³ devedor do Direito Civil-Constitucional⁶⁴ e pelas teorias desenvolvidas no campo de pesquisas de gênero e sexualidade.⁶⁵

A partir disso, aponta-se possível a produção de um discurso de mediação dos efeitos produzidos pela ADPF 132/ADI 4.277, que em diálogo interdisciplinar com as teorias apontadas, possibilite formas mais igualitárias de aplicação de seus efeitos no contexto da comunidade LGBTI como um todo.

Trata-se, igualmente, de revisitar as doutrinas da constitucionalização do Direito Civil, de forma a perceber que tal movimento é ainda um devir, um processo a se realizar.

Ainda que uma metodologia civil-constitucional seja já bastante aceita no meio acadêmico, bem como nos tribunais, muitas de suas potencialidades se encontram ainda em suspenso. Paulo Lôbo aduz à necessidade de que o Direito Civil venha a realizar o que seria a sua vocação histórica “que é ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo”.⁶⁶

Quando pensamos a aplicação de tal afirmação no debate específico realizado nesse artigo, fica evidente a realização do trabalho de adaptação dos requisitos do artigo 1.723 à realidade específica dos casais do mesmo gênero, sob pena de se realizar o projeto de constitucionalização pela metade.

O risco é de se permanecer atrelado a uma perspectiva de mera *igualdade formal*, sem se atentar ao tratamento *positivamente diferenciador* necessário para que se alcance a chamada igualdade material nesses casos.

⁶³ O uso da expressão Direito das Famílias busca sinalizar o movimento de reconhecimento e inclusão de diversas conformações familiares, para além da tradicional família heterossexual matrimonializada. Veja-se, por exemplo, a obra: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit.

⁶⁴ Nas palavras de Lôbo, o Direito Civil Constitucional deveria ser tomado como uma “metodologia de estudo, pesquisa e de aplicação do Direito Civil” (LOBO, Paulo. *Metodologia do direito civil constitucional*, cit.). Para os autores dessa corrente tratar-se-ia, portanto, não de uma nova área no campo dos estudos do direito, mas sim de uma nova forma de olhar para as questões do Direito Civil, a possibilitar a construção de uma hermenêutica comprometida com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

⁶⁵ O campo de gênero e sexualidade é um campo interdisciplinar em que se desenvolvem pesquisas concernentes à gênero e sexualidade a partir de diversas disciplinas, como filosofia, antropologia e sociologia, entre outras, que dialogam entre si, inclusive a partir da economia da citacionalidade.

⁶⁶ LOBO, Paulo. *Metodologia do direito civil*, cit., p. 20.

Ora, a pessoa humana, no contexto do direito civil-constitucional, não deve ser tomada em *abstrato*, como mero elemento de relações jurídicas já previamente previstas em institutos jurídicos a funcionarem como modelos nos quais se deva enquadrar a realidade. Ao revés, há que se considerar a pessoa em sua concretude, em sua historicidade fundamental. Dialoga-se, assim, com a posição de Fachin:

A crise do sistema antigo do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, o seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam.⁶⁷

Exige-se aqui que a pessoa seja tomada como *ser* concreto e não apenas como sujeito de direito abstrato capaz de *ter* e de adentrar em relações jurídicas tendo em vista os fatos da realidade previamente identificados como relevantes ao Direito. Quando é essa a abordagem escolhida, perde-se a nuance das relações humanas, ao não reconhecê-las como são, mas apenas através de enquadramentos que são insuficientes para captar sua concretude social.⁶⁸

Propõe-se, aqui, que os requisitos da união estável não sejam pensados abstratamente, mas de forma modulada tendo em vista as relações que se procura declarar existentes. Especialmente o requisito da *ostensibilidade/publicidade* deve ser aplicado tendo-se em vista as concretas possibilidades de se viver publicamente os afetos, quando estamos pensando relações ainda socialmente negadas como as homossexuais.

O requisito do *objetivo/ânimo de constituir família*, por outro lado, deve ser neutralizado ao máximo em relação aos parâmetros heterossexuais. Certamente estamos falando de formas de ser família que, se em muito podem se aproximar, também em alguns aspectos podem se afastar desses parâmetros. Eventual distância do modo concreto estabelecido por aquelas pessoas para ser família, em relação aos aspectos tradicionais do casamento, não deve ser utilizado como justificativa para não reconhecimento.

De fato, o que parece mais essencial é a identificação da presença do afeto familiar, aqui compreendido especialmente no sentido da presença daquela *solidariedade* e

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 30.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 43.

corresponsabilidade específicas que parecem ser as verdadeiras diferenciadoras entre uma relação familiar e qualquer outra forma de relação.

Na presença desse afeto corresponsável, em que as pessoas se reúnem de forma a enfrentar juntas os desafios da vida social, de forma que uma se torna, em relação à outra, suporte para enfrentar a precariedade que caracteriza o humano, parece se estar diante de uma família. As decisões dos parceiros sobre *com quem dividir* a experiência de ser família não deveriam ser utilizadas para afastar esse enquadramento, ainda mais quando se verifica a existência de dificuldades sociais reais para uma existência conjugal com ampla publicidade.

Em suma, para os tribunais mais deveria importar a presença, durante o período de vigência da união estável, da solidariedade e corresponsabilidade entre as pessoas envolvidas, e não o enquadramento a requisitos pré-definidos abstratamente e tendo em vista relações desenvolvidas em contextos absolutamente desiguais de suporte social.

6. Considerações finais

Busca-se analisar criticamente o contexto de realização do precedente da ADI 4.277/ADPF 132, especialmente tendo em vista uma forma de inclusão que manteve as relações (especialmente o casamento) heterossexuais como parâmetro de avaliação do que seja uma família.

Nesse contexto, a completa realização do projeto Civil-Constitucional no Direito das Famílias exige que se dê um passo além, para modular os requisitos de reconhecimento das uniões estáveis tendo-se em vista as pessoas concretas e suas realidades sociais.

Uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero devem ser tomadas pelos tribunais tendo em vista as condições efetivas, ou a ausência delas, de se viver uma relação amplamente pública, tendo em vista os contextos sociais dos conviventes em questão.

Os requisitos da união estável, especialmente a *ostensibilidade* e o *ânimo de constituir família*, devem ser assim reconsiderados quando se está diante de relações estáveis entre pessoas do mesmo gênero. Exigir os mesmos parâmetros de visibilidade, ou as mesmas práticas familiares, em que se realizam as relações heterossexuais, pode

significar a negação de direitos e especialmente a destruição da possibilidade de construir família sobre perspectivas diversas.

Deve-se recuperar o sentido da afirmativa de que o elemento central da família é a *afetividade*. Especialmente, essa afetividade deve ser tomada através da presença de uma especial solidariedade e corresponsabilidade que indica a formação de uma parceria no enfrentamento da precariedade humana.

Esses são os elementos fundamentais para se pensar a existência de uma família; eventual decisão de manter uma relação no âmbito de certa discricção, quando pensamos contextos sociais hostis, não pode servir como argumento jurídico para continuar negando direitos às uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, mesmo no contexto do pós-maio de 2011.

civilistica.com

Recebido em: 22.7.2019
Aprovado em:
23.4.2020 (1º parecer)
3.5.2020 (2º parecer)

Como citar: SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/desdobramentos-do-pos-maio-de-2011/>>. Data de acesso.