

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS  
INSTITUTO DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E POLÍTICA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS



Dissertação

**Discurso jurídico e gênero: uma análise sobre decisões  
do TJ/RS no âmbito do Direito de Família.**

MARIA DA GLÓRIA LA FALCE

Pelotas, maio de 2012.

**MARIA DA GLÓRIA LA FALCE**

**Discurso jurídico e gênero: uma análise sobre decisões do TJ/RS no âmbito do  
Direito de Família.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Léo Peixoto Rodrigues

Pelotas, maio de 2012.

**Dados de Catalogação na Publicação:**  
**Bibliotecária Kênia Moreira Bernini – CRB-10/920**

F178d Falce, Maria da Glória La

Discurso jurídico e gênero : análise discursiva sobre decisões do TJ/RS no âmbito do direito de família / Maria da Glória La Falce ; Orientador : Léo Peixoto Rodrigues. – Pelotas, 2012.

159 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Instituto de Sociologia e Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Universidade Federal de Pelotas.

1.Família. 2. Sexualidade. 3. Poder judiciário. 4. Teoria do discurso. I. Rodrigues, Léo Peixoto, orient. II. Título.

CDD 346.015

**Banca examinadora:**

.....  
Prof. Dr. Léo Peixoto Rodrigues  
UFPel  
Orientador

.....  
Prof. Dr. Daniel de Mendonça  
UFPel

.....  
Prof. Dra. Jussará Reis Prá  
UFRGS

.....  
Prof. Dra. Fernanda Bittencourt Ribeiro  
PUCRS

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todas as mulheres e homens que lutaram e lutam pela defesa e promoção dos direitos humanos, pela igualdade de gênero e pela não discriminação.

Não me pergunte quem sou eu e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral de estado civil; ela rege nossos papéis. Que ela nos deixe livres quando se trate de escrever.  
Michel Foucault. A arqueologia do saber.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente à Universidade Federal de Pelotas, a todos os professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, em especial ao meu orientador de mestrado, professor Dr. Léo Peixoto Rodrigues, pelo seu apoio, pelas cobranças, pelas críticas, e principalmente pelo incentivo. Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior (CAPES) pela bolsa de mestrado que me auxiliou na produção desta dissertação.

Aos familiares e amigos, pelo carinho de sempre. A todos que de uma forma ou de outra contribuíram para a realização deste trabalho. Agradeço à amiga Letícia Bauer Nino pela ajuda e incentivo para a minha inscrição na seleção do mestrado. Aos queridos amigos Cabelleira, Sardão, Camila, Carol, Aline, Jaque, Juzinha e Nico, por serem todos a prova de como se mantém amizades verdadeiras. Em especial, agradeço à Dani. Obrigada por exigir sempre o melhor de mim, e por me fazer lembrar constantemente que “El sueño de la razón produce monstruos”.

## RESUMO

LA FALCE, Maria da Glória. **Discurso jurídico e gênero: uma análise sobre decisões do TJ/RS no âmbito do Direito de Família.** 2012. 159F. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

Esta dissertação analisa o discurso jurídico do TJ/RS no âmbito do Direito de Família, com base na proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso proposta por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe como horizonte de compreensão do discurso jurídico. A partir da análise qualitativa de dez acórdãos da 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis do Tribunal, o trabalho aponta os diferentes significados que estão envolvidos nas discussões que dizem respeito à união entre pessoas do mesmo sexo. A análise demonstra que existem dois tipos de discursos dentro do TJ/RS, que convencionamos chamar de “avançado” e “conservador”. Examinamos os tipos de argumentos utilizados por tais discursos, e como os significados atribuídos a noções como família ou entidade familiar são articulados de maneira diversa por esses discursos que disputam a hegemonia dos sentidos que sustentam. A pesquisa demonstra ainda que, apesar da existência de discursos que refletem o papel do judiciário como instrumento de conservação social, especificamente de conservação do modelo tradicional de família, diante do atual contexto de transformações das configurações familiares, o judiciário tem se configurado como um espaço de constituição de novos direitos.

Palavras-chave: Família, Sexualidade, Poder Judiciário, Teoria do Discurso.

## ABSTRACT

LA FALCE, Maria da Glória. **Legal Discourse and Gender: an analysis of decisions of the Law Court of Rio Grande do Sul concerning Family Law.**2012. 159F. Thesis (MA) – Graduate Program in Social Sciences. Federal University of Pelotas, Pelotas.

This dissertation analyzes the legal discourse of the TJ/ RS concerning Family Law, based on the proposal for the applicability of Ernesto Laclau e Chantal Mouffe's Discourse Theory as a horizon of understanding of legal discourse. Starting from the analysis of ten qualitative judgments of 7º and 8º the Civil Court, this work points out the different meanings that are involved in discussions concerning the marriage between same sex people. The analysis shows that there are two kinds of speeches within the TJ/ RS, which we have established to call "advanced" and "conservative." We examined the arguments used by such speeches, and how the meanings assigned to the notions as family or family unit are differently articulated by these discourses that contest the hegemony of meaning that each one of these speeches support. The research also shows that, despite the existence of speeches that reflect the role of the judiciary as an instrument of social conservation, specifically conservation of the traditional family model, in the current context of transformation of family structures, the judiciary as an institution has been configured as a space for foundation of new rights.

Keywords: Family, Sexuality, Judicial Power, Discourse Theory.

## **LISTA DE QUADROS**

Quadro 1 Resultado da busca das palavras-chave

Quadro 2 Categorias de análise

Quadro 3 Categorias de análise

## **LISTA DE SIGLAS**

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

CF/88 – Constituição Federal de 1988;

GLBT – Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>12</b>
<b>1. Crise da família patriarcal e novas configurações familiares.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Gênero, Sexualidade e identidade(s).....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Breve Histórico dos Movimentos Feminista e GLBT e o papel destes movimentos na promoção de mudanças sociais.....</b>	<b>34</b>
<b>1.3. As novas configurações familiares frente ao declínio da família tradicional.....</b>	<b>38</b>
<b>2 O Poder Judiciário num contexto social de transformações.....</b>	<b>48</b>
<b>2.1 O Judiciário como instrumento de mudanças sociais e de conservação .....</b>	<b>48</b>
<b>2.2 Função Social do Direito.....</b>	<b>53</b>
<b>2.3 O discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade.....</b>	<b>56</b>
<b>2.4 Campo Jurídico e Campo Político.....</b>	<b>65</b>
<b>3 Considerações sobre a Teoria do Discurso e definição de alguns conceitos.....</b>	<b>74</b>
<b>3.1 Discurso.....</b>	<b>74</b>

<b>3.2 Antagonismo.....</b>	<b>78</b>
<b>3.3 Hegemonia.....</b>	<b>83</b>
<b>3.4 Pontos Nodais/Significantes Vazios.....</b>	<b>87</b>
<b>3.5 Uma proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do discurso jurídico.....</b>	<b>90</b>
<b>4 Aspectos metodológicos e de análise de dados da pesquisa.....</b>	<b>102</b>
<b>4.1 Introdução.....</b>	<b>102</b>
<b>4.2 Métodos e técnicas utilizados.....</b>	<b>102</b>
<b>4.3 Análise dos dados.....</b>	<b>109</b>
<b>5 Considerações finais.....</b>	<b>150</b>
<b>Referências.....</b>	<b>154</b>
<b>Anexo.....</b>	<b>160</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata do discurso jurídico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul num contexto social de transformações das configurações familiares, envolvendo as questões de gênero, sexualidade e identidade(s).

Inúmeras mudanças sociais vêm ocorrendo nas últimas décadas, especialmente no que diz respeito às novas configurações familiares. A chamada crise da família patriarcal, em seu sentido amplo, pode ser entendida como uma série de fatores que estão levando ao questionamento deste modelo de família. Tais fatores podem ser constatados através das modificações ocorridas no âmbito econômico, por exemplo, e que levaram a mulher a ocupar um papel fundamental no mercado de trabalho; também nos avanços científicos que colaboraram para a independência sexual – o desenvolvimento da pílula anticoncepcional é um dos exemplos mais significativos –, e no surgimento de maiores oportunidades de educação e participação das mulheres nas esferas políticas e públicas em geral. Atualmente, o crescimento de famílias compostas por casais sem filhos, famílias monoparentais, famílias formadas por casais do mesmo sexo, famílias que possuem mulheres como referência do domicílio, famílias formadas por afinidade, são alguns dos exemplos desta transformação. Os movimentos sociais a partir dos anos sessenta, principalmente o movimento feminista e o movimento homossexual, foram fundamentais para a promoção dessas alterações sociais e no processo de construção das identidades sexuais e de gênero na sociedade contemporânea. Frente a este cenário de mudanças, o Poder Judiciário vem sendo chamado a dar respostas a diversas questões que refletem essas alterações sociais. Com isso, algumas mudanças no Direito são inseridas à medida que determinadas práticas sociais passam a ser reconhecidas por parte do Judiciário. Entretanto, outro setor parece não estar acompanhando as transformações que ocorrem no seio da sociedade, mantendo uma perspectiva conservadora.

Diante desta problemática, o trabalho teve como objetivo conhecer o conteúdo das decisões do TJ/RS que envolvem questões de gênero e sexualidade, no âmbito do direito de família, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil em

2003, para analisar as construções discursivas das 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis no que diz respeito às novas configurações familiares e à sexualidade. A dissertação teve como objetivo identificar se estes discursos têm sofrido influência de outras esferas do social e quais têm sido as consequências disso. Esta análise buscou verificar de que forma se constroem no discurso jurídico destas duas Câmaras do Tribunal as diferentes posições acerca do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A hipótese de trabalho é a de que, ainda que o discurso jurídico do TJ/RS seja considerado um dos mais avançados do País, existe um discurso conservador antagônico a estes discursos mais avançados, e, assim, parte das decisões no âmbito do direito de família que dizem respeito às novas configurações familiares ainda são permeadas de distinções preconceituosas e discriminatórias. O discurso jurídico de uma parcela do TJ/RS não está acompanhando a realidade das atuais práticas sociais, utilizando-se ainda de argumentos de cunho religioso, argumentos biologicistas ou naturalistas, ou de argumentos que simplesmente reproduzem o senso comum.

A proposta da pesquisa foi discutir esta questão a partir da perspectiva teórica da Teoria do Discurso, de acordo com Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. No âmbito da análise de discursos jurídicos específicos, a escolha de utilização da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do discurso jurídico se apresenta como uma proposta diferente de abordagem deste fenômeno.

O trabalho foi realizado por meio da abordagem metodológica qualitativa de dados jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e através do método da análise de conteúdo. Com a pesquisa de jurisprudência e seleção das decisões, propus a categorização dos elementos para a análise dos acórdãos feita no último capítulo da dissertação.

A dissertação está dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo trabalho a questão da chamada crise da família patriarcal e as novas configurações familiares, no qual discorro sobre como esta crise acarretou transformações nas estruturas sociais com o surgimento de novos arranjos familiares. Trabalho, inicialmente, os conceitos de gênero, sexualidade e identidade, segundo uma perspectiva pós-estruturalista. Na sequência traço um breve histórico dos movimentos feminista e homossexual, e falo sobre o papel destes movimentos na

produção de mudanças sociais. Por último, falo sobre a questão das novas configurações familiares frente ao declínio da família tradicional. Feitas estas considerações conceituais e acerca das famílias contemporâneas, situando, assim, a temática da pesquisa, passo para o capítulo seguinte.

No segundo capítulo, aponto o papel do judiciário frente a este contexto social de transformações. Considerando a mútua influência entre direito e realidade social, discuto o papel do judiciário como um instrumento tanto de mudanças sociais quanto de conservação, e as relações entre os campos jurídico e político. Também discorro sobre o discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade, traçando um breve histórico das decisões judiciais sobre a questão dos direitos dos homossexuais. O objetivo deste capítulo foi, portanto, trabalhar a questão da relação entre direito e sociedade diante do quadro de mudanças sociais exposto no primeiro capítulo, falando sobre as novas funções do direito.

No terceiro capítulo trabalho alguns conceitos da Teoria do Discurso, como o conceito de discurso, hegemonia, antagonismo, entre outros. Neste capítulo exponho a proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do Discurso Jurídico. Além dos conceitos da teoria de Ernesto Laclau, menciono também algumas reflexões de Michel Foucault sobre o direito, a fim de articulá-las com a Teoria do Discurso.

No quarto capítulo apresento as escolhas metodológicas da pesquisa. Com base nas categorias de análise propostas, passo a analisar os trechos dos acórdãos selecionados, e que foram divididos em dois grupos que convençamos chamar de decisões “conservadoras” e decisões “avançadas”.

Nas considerações finais, demonstro de que forma foi articulado o referencial teórico da pesquisa com a nossa proposta de aplicabilidade do mesmo como fonte de compreensão do discurso jurídico, bem como o resultado da análise jurisprudencial.

## **1 CRISE DA FAMÍLIA PATRIARCAL E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES**

### **1.1 Gênero, Sexualidade e Identidade(s)**

O conceito de gênero começa a ser desenvolvido por volta dos anos sessenta com o intuito de criticar a concepção da categoria “sexo”, sempre tido como algo natural e binário, dado pela natureza: o masculino e o feminino. Ainda que anteriormente já existissem estudos sobre as mulheres e o comportamento sexual, foi no século XX que se difundem trabalhos e amplia-se a discussão sobre os aspectos sociais da sexualidade (FOUCAULT, 1988). Michel Foucault investiga a história da produção do saber, poder, e verdade sobre o sexo no Ocidente, a *scientia sexualis*. A sexualidade, para este autor, passa a ser pensada como um dispositivo de construção de subjetividade, através da produção de práticas discursivas e não-discursivas sobre o sexo. No primeiro volume de “A História da Sexualidade” (1988), Foucault inicia sua análise histórica a partir do momento em que a sexualidade foi “encerrada” pela sociedade burguesa, e cuja função do sexo era a reprodução (ressalvadas as permissões aos homens, nas casas de tolerância, por exemplo). O autor questiona se estaríamos liberados da repressão dos séculos XVII e XVIII, e conclui que muito pouco. Segundo Foucault, a ideia do sexo reprimido não é apenas objeto de teoria, mas é acompanhada por um discurso que tem como objetivo dizer a “verdade” sobre o sexo. Em “a vontade de saber”, (1988) Foucault discute as relações entre a produção de discursos sobre a sexualidade e o poder disciplinar (que diz respeito à normatização dos comportamentos). A crítica do autor

à hipótese repressiva<sup>1</sup> situa o sacramento da confissão do cristianismo como o marco de um controle geral, e de colocação do sexo/desejo em discurso, ou seja, a confissão na Idade Média constituiu-se na base sobre a qual foi se instituindo a produção da verdade sobre o sexo e o controle sobre os indivíduos. No contexto do século XVIII, o sexo se torna uma questão de “polícia”, não mais pelo rigor de uma proibição, mas pela necessidade de regulação através de diversos discursos, como o econômico e o político. Três grandes códigos, além do costume, regulavam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã, e a lei civil. Os tribunais podiam condenar tanto a homossexualidade quanto a infidelidade, e o entendimento sobre o que era “contra a natureza” dizia respeito a uma abominação particular. No chamado período sexológico do século XIX<sup>2</sup>, é que se tem registro da elaboração médica (patológica) da homossexualidade, na qual o homossexual é construído como o “invertido”, “doente”, em oposição ao heterossexual como o “normal”. De certa forma, estas teorias essencialistas, ao sustentarem o caráter biológico ou inato à homossexualidade, acabaram contribuindo para a modificação da visão de que esta se tratava de pecado ou crime. A homossexualidade, assim, foi sendo historicamente construída e explicada desde a perspectiva de discursos religiosos até a perspectiva de discursos científicos. Toda esta história da sexualidade chega ao século XX, quando a sexualidade adquire um importante caráter nos discursos de verdade sobre o sujeito. Como crítica à visão do determinismo biológico e à sexologia da época, que defendiam o caráter essencialista da sexualidade, começa a ser proposto um novo conceito de sexualidade, já não pensada como algo fixo, mas como uma construção social e cultural. Esta nova perspectiva da desnaturalização reelabora as relações entre desejo, sexualidade, gênero e identidade.

O significado de gênero, evidentemente, não é um consenso entre os pesquisadores e/ou militantes de movimentos sociais, e ainda é causa de grandes divergências dentro do movimento feminista. Tomamos como referência o conceito

---

<sup>1</sup> A teoria da repressão sexual, em vigor nos anos setenta e oitenta, sustentava que seria a partir da liberação do sexo que se tornaria possível a libertação dos indivíduos dos mecanismos de poder.

<sup>2</sup> Foucault utiliza esta nomenclatura que foi estabelecida por John Gagnon e Richard Parker (1995), e que diz respeito ao período compreendido entre 1890 e 1980. No primeiro momento deste período, o sexo foi trazido para o discurso científico, que visava obter subsídios para definir, interpretar e explicar a sexualidade e a saúde mental. Freud, Reiche, Margareth Mead são alguns dos teóricos deste período. Esta normatização do sexo estabeleceu a base de grande parte das atuais concepções médicas, psicológicas e educacionais sobre a sexualidade.

de gênero elaborado pela americana Judith Butler (2003), que critica a oposição da diferença sexual binária (homem/mulher), e que tem como base a teoria pós-estruturalista. Em sua obra “Problemas de Gênero” (2003) Butler desenvolve o conceito de gênero e trabalha com outras questões como a categoria “mulher” como sujeito do feminismo, a heterossexualidade compulsória, identidades, propondo a chamada teoria performativa de gênero, a fim de re-significar categorias como sexo, gênero e sexualidade. A autora vai além da crítica dos sexos binários para afirmar que os gêneros também não são binários. Para Butler, a noção de gênero deve ser reformulada, pois os corpos não têm uma existência significável antes do gênero. Em suas palavras:

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos (BUTLER, 2003, p. 25).

Antes de prosseguir com a interpretação de Butler, vamos discorrer brevemente sobre a compreensão de gênero por outras autoras. Joan Scott (1990), historiadora americana, é uma autora que também se utiliza da teoria pós-estruturalista para pensar as questões de gênero, abrangendo, assim como Butler, a idéia de construção social associada às relações de poder. Para Scott (1990, p.14), gênero é: “um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder”. Neste seu trabalho, Scott procurou analisar a construção e utilização do termo “gênero” por teóricas feministas, e as consequências desta tentativa de fixação de um significado, que quase sempre resultava em interpretações simplistas do conceito. Na linha de outras interpretações do conceito de gênero, as teóricas feministas também se dividem quanto ao entendimento sobre como então se dá esta construção do gênero. Nesse sentido, ele seria tanto uma marca de um sujeito, o “outro” em oposição ao gênero masculino universal (BEAUVOIR, 2009); ou seria o “irrepresentável”, a exclusão do feminino pela economia significativa masculinista (IRIGARAY, 1994), dentre tantos outros. A questão do conceito de gênero é um dentre tantos outros conflitos existentes no movimento feminista, assim como o conceito/papel/função da(s) identidade(s), e sobre a existência da categoria “mulheres” como sujeitos do feminismo. Grande parte das feministas da chamada primeira e segunda onda do movimento feminista

acreditavam que o que unia as mulheres e as vinculava politicamente era a identidade de gênero, visão esta contestada por Butler (2003) que entende não ser possível uma categoria unitária “mulheres”, com um significado pré-construído. A visão de gênero de Butler abrange o problema das relações de poder e a sua naturalização em forma de identidades fixas, portanto, segundo ela, não existem gêneros verdadeiros ou falsos, mas discursos que constroem esta convenção (Butler, 2003). Para a mesma autora, a produção desta convenção tem como objetivo manter a polarização dos gêneros e naturalizar seus efeitos, assim, também critica a distinção sexo/gênero utilizada por algumas teóricas feministas com base no estruturalismo de Lévi-Strauss. Em suas palavras:

Se a perspectiva de Lévi-Strauss fosse verdadeira, seria possível mapear a transformação do sexo em gênero, localizando o mecanismo cultural estável – as regras de intercâmbio do parentesco – que efetua essa transformação de modo regular. Nessa visão, o “sexo” vem antes da lei, no sentido de ser cultural e politicamente indeterminado, constituindo-se, por assim dizer, na “matéria-prima” cultural que só começa a gerar significação por meio de e após sua sujeição às regras de parentesco. Contudo, o próprio conceito do sexo-como-matéria, do sexo-como-instrumento-de-significação-cultural, é uma formação discursiva que atua como fundação naturalizada da distinção natureza/cultura e das estratégias de dominação por ela sustentadas (BUTLER, 2003, p.65).

Em relação à sexualidade, Butler (2003) trabalha a questão da produção da matriz heterossexual, criticando tanto o discurso estruturalista das relações de parentesco (Claude Lévi-Strauss), quanto à psicanálise de Sigmund Freud (1976) e Jacques Lacan (1992). Butler apresenta a hipótese do discurso de Lévi-Strauss, e partilhada por Freud, do tabu contra o ato do incesto heterossexual e a fantasia incestuosa, que produzem a heterossexualidade exogâmica. A autora questiona a construção desta matriz heterossexual natural e pré-artificial do desejo, que, segundo ela, são construções discursivas.

Ainda que não seja objetivo deste trabalho discorrer sobre as diversas abordagens psicológicas sobre a sexualidade, iremos apresentar brevemente algumas teorias a fim de situar as críticas que lhe são feitas. Para a psicanálise, a questão da homossexualidade não é um consenso. Para Freud (1976), a homossexualidade, assim como a heterossexualidade, trata-se de uma orientação sexual, uma posição libidinal ligada à resolução do complexo de Édipo, através de uma bissexualidade original a partir da qual a “escolha do objeto” vai se constituir. Esta perspectiva de uma pulsão sexual que não é fixa nem unívoca acabou

contribuindo para que a sexualidade fosse dissociada de uma visão “normalizante”, ligada à “natureza”, cuja função seria apenas a reprodutiva. Entretanto, as teses de Freud também serviram como base para as concepções da psicanálise a respeito do sujeito homossexual, no sentido de que este apresentaria uma “falha narcísica”, ou um complexo de Édipo “invertido”, mal resolvido. Nesse sentido, esta visão sobre a sexualidade situa a homossexualidade como uma fase (implicitamente a ser superada) para a chegada a vida adulta (heterossexual).

Na psicanálise de Lacan (1992) as mulheres “são” o falo, assim, elas têm de “ser para” um sujeito masculino, numa divisão estabelecida pelo Simbólico, a lei paterna, cujas posições estão sempre fadadas ao fracasso. Este ato que as mulheres são chamadas a representar é uma “mascarada” (termo ambíguo da análise do autor que gera muitas controvérsias), e esta máscara teria como função dominar as identificações em que se resolvem as recusas da demanda de amor. Neste contexto, Lacan explica que a homossexualidade feminina é resultado de um desapontamento heterossexual. A respeito desta visão, Butler questiona:

Se Lacan presume que a homossexualidade feminina advém de uma heterossexualidade desapontada, como se diz mostrar a observação, não poderia ser igualmente claro para o observador que a heterossexualidade provém de uma homossexualidade desapontada? Mas podemos entender que essa conclusão é o resultado necessário de uma observação realizada a partir de um ponto de vista masculino e heterossexualizado, o qual toma a sexualidade lésbica como recusa da sexualidade per se, somente porque a sexualidade é presumida heterossexual, e o observador, aqui entendido como heterossexual masculino, está claramente sendo recusado. Ora, não seria essa explicação a consequência de uma recusa que desaponta o observador, cujo desapontamento, rejeitado e projetado, é transformado no traço essencial das mulheres que efetivamente o recusam? (BUTLER, 2003, p. 81).

Achamos importante citar literalmente estes questionamentos da autora porque refletem muito bem a capacidade desta de subverter as explicações, no caso as de Lacan, a partir da crítica que permeia todo o seu trabalho sobre a produção discursiva binária do gênero e da sexualidade.

A mesma crítica a autora opõe à tese de Freud do complexo de Édipo negativo na menina e às predisposições primárias “femininas” e “masculinas” (no qual a construção do ideal de ego funciona como solução deste complexo de Édipo, atuando como sanção e tabu na consolidação da masculinidade e feminilidade). Para a autora, essas predisposições (pré-discursivas) são resultado de um processo que tem como objetivo dissimular sua própria genealogia, e que diz respeito ao seu

poder de produzir o discurso da heterossexualidade como a norma/ legítimo, e sobre a homossexualidade/ ilegítimo (BUTLER, 2003).

Os diversos discursos hegemônicos sobre a sexualidade, dentre eles o discurso psicanalítico, estão inseridos numa ordem simbólica que classifica os sujeitos e impõe como modelo universal a heterossexualidade. Paulo Roberto Ceccarelli, em um artigo intitulado “a invenção da homossexualidade” (2008), discute as diversas posições da psicanálise frente à questão da sexualidade, e como uma parcela deste discurso também acaba refletindo e projetando em suas concepções este ideal de mundo. De acordo com o autor:

vivemos nossa sexualidade dentro do imaginário da sociedade onde estamos inseridos. Desconhecemos que somos guiados por convenções culturais, e acreditamos na existência “natural” de sujeitos heterossexuais, bissexuais e homossexuais. Tal crença, evidentemente ideológica, é vivida como algo intuitivo, universalmente válido, desde sempre, para todos os sujeitos. É por isso que uma das coisas mais difíceis a suportar é a diferença, sem que ela seja vivida como uma ameaça. Aceitar que o outro posso ser diferente abala nossa verdade, e mostra que a verdade é sempre a verdade de cada um, o que desvela a ilusão da existência de uma identidade última e absoluta, e revela que nossos referenciais são construções com tempo de vida limitado (CECCARELLI, 2008, p. 89).

Feitas estas considerações acerca de algumas abordagens psicológicas da sexualidade, prosseguimos com a discussão deste tema. O estudo da sexualidade nunca foi objeto de investigação pelos chamados autores clássicos da sociologia. Ao longo dos anos sessenta é que começam a surgir obras abordando esta temática, a partir das mais variadas correntes, sejam elas interacionistas, Erving Gofmann (1980) ou ligadas ao construcionismo social, Gagnon e Simon (1995). Desde então, a temática da sexualidade vem sendo abordada por trabalhos tanto da área da sociologia, contribuindo para a perspectiva da sexualidade como uma construção histórica e cultural, como da antropologia social, esta mais ligada ao estudo de minorias. Apesar das diferenças e das variedades de enfoques teóricos, as teorias tanto sociológicas quanto antropológicas contribuíram para a instituição de críticas às visões naturalizantes do social.

A questão da sexualidade é pensada em nosso trabalho tendo como horizonte teórico a chamada Teoria Queer<sup>3</sup>. De acordo com esta teoria, seguindo a

---

<sup>3</sup> Esta teoria surgiu nos Estados Unidos nos anos oitenta e tem sua origem nos chamados Estudos Culturais. Trata-se de uma corrente teórica crítica aos estudos sociológicos e antropológicos sobre gênero e minorias sexuais, e tem como base de compreensão da sexualidade a perspectiva pós-estruturalista e o método desconstrutivista.

mesma linha de Foucault (1988), a sexualidade é pensada como um dispositivo histórico do poder, e está inserida em um sistema de classificações, e que estabelece a heterossexualidade como norma. Nesse sentido, Richard Miskolci (2009) afirma:

O foco queer na heteronormatividade não equivale a uma defesa de sujeitos não-heterossexuais, pois ele é, antes de mais nada, definidor do empreendimento desconstrutivista dessa corrente teórica com relação à ordem social e os pressupostos que embasam toda uma visão de mundo, práticas e até mesmo uma epistemologia. Em síntese, o estudo da sexualidade necessariamente implica explorar os meandros da heteronormatividade, tanto a homofobia materializada em mecanismos de interdição e controle das relações amorosas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo, quanto a padronização heteronormativa dos homo orientados (MISKOLCI, 2009, p. 157).

De acordo com Foucault (1988) os diversos discursos que foram sendo construídos produziram uma verdade sobre o sexo, naturalizando os corpos, as sexualidades e as identidades. Este poder foi que “inventou” a homossexualidade como uma prática ilícita/desviante, oposta à heterossexualidade lícita/normal. Para o mesmo autor, não há uma correspondência fixa entre sexualidade(s) e identidade(s). Tomando como referência esta abordagem de Foucault, a Teoria *Queer* explora e questiona a existência e a exigência de uma estabilidade e/ou coerência entre sexo, gênero e desejo. Nesse sentido, a teoria sustenta que não há uma essência sexual ou de gênero, nem uma sexualidade “natural”. Nesse contexto, a identidade é entendida não como uma categoria fixa, mas como algo que permite múltiplas possibilidades e posições. Esta perspectiva identitária propõe que as diferentes sexualidades não sejam mais pensadas em função ou em oposição à heterossexualidade, o que possibilitaria a subversão da mesma como norma. Com isto, a crítica e a perspectiva *queer* apontam para o caráter de permanente construção das identidades, que, assim como a proposta da própria teoria, não podem ser delimitadas ou previstas (JAGOSE, 1997).

Guacira Lopes Louro (2001), em um artigo intitulado Teoria *Queer*, uma política pós-identitária para a educação, faz um balanço sobre os movimentos sexuais e de gênero e as possibilidades que são abertas pelas propostas da Teoria *Queer* a estes movimentos. Segundo a autora, a partir da organização do movimento homossexual no Brasil na década de setenta, começam a surgir diferentes posições políticas em torno da ideia de uma “identidade homossexual” unificada, e uma

ampliação de discursos em prol de uma representação positiva da homossexualidade. Com isto, emergem divergências dentro do movimento homossexual a respeito desta questão identitária, e que se mantém ao longo dos anos oitenta, situação esta agravada pelo surgimento da epidemia da AIDS. Este quadro da política de identidade homossexual é bem sintetizado por Louro:

Em termos globais, multiplicam-se os movimentos e os seus propósitos: alguns grupos homossexuais permanecem lutando por reconhecimento e por legitimação, buscando sua inclusão, em termos igualitários, ao conjunto da sociedade; outros estão preocupados em desafiar as fronteiras tradicionais de gênero e sexuais, pondo em xeque as dicotomias masculino/feminino, homem/mulher, heterossexual/homossexual; e ainda outros não se contentam em atravessar as divisões, mas decidem viver a ambigüidade da própria fronteira. A nova dinâmica dos movimentos sexuais e de gênero provoca mudanças nas teorias e, ao mesmo tempo, é alimentada por elas (LOURO, 2001, p. 545).

Diante deste cenário, surge espaço para as propostas das chamadas teorias pós-identitárias, dentre elas a Teoria *Queer*. Para esta teoria os sujeitos não são unificados nem estáveis, e as identidades não são universais, encontrando-se em permanente construção. Com base no pós-estruturalismo, a compreensão *queer* se dá através de uma crítica às tradicionais concepções de sujeito e identidade. No campo da sexualidade esta crítica se estende para binarismos como heterossexual/homossexual, e para os discursos e processos sociais classificatórios e normalizadores. Para a Teoria *Queer*, estes binarismos podem ser contestados através do método desconstrutivista proposto por Derrida (1973). Sobre a utilização deste procedimento metodológico, Miskolci afirma:

A contribuição de Jacques Derrida para a Teoria *Queer* pode ser resumida a seu conceito de complementaridade e à perspectiva metodológica da desconstrução. A complementaridade mostra que significados são organizados por meio de diferenças em uma dinâmica de presença e ausência, ou seja, o que parece estar fora de um sistema já está dentro dele e o que parece natural é histórico. Na perspectiva de Derrida, a heterossexualidade precisa da homossexualidade para sua própria definição, de forma que um homem homofóbico pode-se definir apenas em oposição àquilo que ele não é: um homem gay. Este procedimento analítico que mostra o implícito dentro de uma oposição binária costuma ser chamado de desconstrução (MISKOLCI, 2009, p.153).

Nesse sentido da complementaridade, o significado da homossexualidade é organizado em relação à heterossexualidade através de um processo que estabelece a primeira como inferior. A contribuição proposta pela Teoria *Queer* é no sentido de estudar esses processos normalizadores e de inferiorização, através da desconstrução dos discursos hegemônicos, e da negação de qualquer ontologia do

social. A Teoria *Queer* critica a visão de estudos mais tradicionais da sociologia sobre a sexualidade sustentando que estes, apesar de terem contribuído para a “desbiologização” da sexualidade, mantém uma perspectiva do sujeito heterossexual como o “normal”, “natural”.

O termo *queer* pode significar estranho, esquisito, entre outros adjetivos, entretanto, foi resignificado pela proposta teórica *queer*, e passou a ser utilizado e compreendido como uma ferramenta que tem a capacidade de abrigar uma diversidade de identificações. Este termo sempre esteve associado a um xingamento aos homossexuais (bicha), e se desenvolveu nos anos 90 juntamente com o crescimento dos estudos *gays* e lésbicos. Nesse sentido, o termo expressa uma provocação e a própria proposta teórica de denúncia da incoerência dos sujeitos e das identidades.

O impacto da proposta *queer* já pode ser percebido em diversas manifestações sociais. Na Austrália, em setembro de 2011, os passaportes passaram a ter três opções de gênero: mulher, homem ou indeterminado. Esta opção indefinida procura diminuir a discriminação contra os transgêneros e englobar os que se identificam como tendo um gênero indefinido (intersex). Recentemente foi publicado um artigo<sup>4</sup> no formato eletrônico da revista Carta Capital intitulado “a era do pós-gênero” relatando diversos casos reais de pessoas que não querem assumir um determinado gênero. Dentre eles está o caso de Laerte, cartunista de 60 anos que desde 2009 passou a se vestir de mulher, mas não se considera travesti, *drag queen*, transexual, homossexual ou qualquer outro enquadramento. Da mesma forma, a filósofa Beatriz Preciado relata que não aceita qualquer definição de gênero e sexo, e considera que a verdade sobre o sexo não está resumida a um binômio.

Após estas considerações sobre a questão da sexualidade e sobre o potencial teórico da perspectiva *queer*, que com base nos já citados Foucault e Derrida, vêm contribuindo para a desnaturalização das sexualidades, vamos adentrar na discussão identitária em relação às questões de gênero.

A elaboração do sujeito do feminismo está relacionada com a questão identitária. A questão da identidade vem sendo discutida nas últimas décadas diante

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-era-do-pos-genero-2>>. Acesso em 21 de setembro de 2011.

das inúmeras mudanças ocorridas nas sociedades modernas. Uma das principais divergências acerca da compreensão sobre a questão da identidade diz respeito à oposição entre essencialismo e não-essencialismo.

Stuart Hall (2006) é um autor que discute a chamada “crise de identidade” e declínio do sujeito universal, analisando o surgimento das chamadas “novas identidades”. Para o autor, seguindo uma mesma perspectiva pós-estruturalista, ou seja, que rejeita a visão essencialista de identidade, as identidades estão sendo deslocadas, fragmentadas. Hall apresenta três concepções acerca do sujeito: a do sujeito do Iluminismo, sujeito sociológico e sujeito pós-moderno. Para a primeira concepção, a pessoa humana era tida como um sujeito totalmente unificado, que subsistia durante toda a existência. Já de acordo com a visão do sujeito sociológico, este “centro” do indivíduo não seria autônomo, mas a identidade era formada na interação deste com a sociedade. Por fim, o sujeito pós-moderno seria fruto do processo de fragmentação do sujeito, não possuindo mais uma única e imutável identidade, mas múltiplas possibilidades. O mesmo autor apresenta brevemente cinco avanços ocorridos na teoria social a partir da segunda metade do século XX que acarretaram este deslocamento do sujeito. Em primeiro lugar ele indica a releitura do marxismo, destacando o deslocamento feito pela teoria do homem abstrato como agente, como uma essência universal, para dar lugar às relações sociais, aos modos de produção. O segundo descentramento seria o da descoberta do inconsciente por Freud, que afasta a noção de sujeito universal racional, dotado de uma identidade fixa, sustentando que as identidades seriam formadas através de processos psíquicos do inconsciente. O terceiro avanço seria o trabalho da linguística de Saussure que propunha que a língua preexiste ao sujeito, cujos significados não são fixos, mas surgem nas regras da língua e sistemas de significação da cultura. No mesmo sentido, Jacques Derrida (1973) afirma a impossibilidade de fixar e fechar o significado, a identidade, pois este sempre o excede e é ameaçado pela diferença. O quarto avanço no deslocamento do sujeito e da identidade se deve ao trabalho de Foucault sobre o “poder disciplinar”, cujo objetivo seria controlar todos os aspectos da vida do indivíduo. O último deslocamento apontado por Hall é o impacto do feminismo, que como outros movimentos sociais dos anos sessenta, clamava pela identidade de seus integrantes. Ao introduzir o conceito de gênero, o feminismo politizou a identidade,

indo além da denúncia e do combate à posição social “inferior” ocupada pelas mulheres para também abranger a formação das identidades de gênero (HALL, 2000). Esta política de identidade era a base das reivindicações dos movimentos sociais da época, mas clamar por esta identidade cultural conduzia tanto a explicações essencialistas (que podem basear-se tanto numa pretensa verdade sobre a “existência” de um passado histórico comum que acarretaria tal identidade, ou que a identidade seria algo “natural” de acordo com a biologia), quanto a explicações não-essencialistas.

A questão dos conceitos de identidade e de diferença na pós-modernidade é trabalhada por Katryn Woodward (2000) que analisa o questionamento e a luta dos novos grupos culturais para afirmarem suas identidades. De acordo com esta autora:

As identidades são fabricadas por meio da marcação da diferença. Essa marcação da diferença ocorre tanto por meio de sistemas *simbólicos* de representação quanto por meio de formas de exclusão *social*. A identidade, pois, não é o oposto da diferença: a identidade *depende* da diferença. Nas relações sociais, essas formas de diferença – a simbólica e a social – são estabelecidas, ao menos em parte, por meio de *sistemas classificatórios* (WOODWARD, 2000, p.39).

Para a mesma autora, as identidades são construídas de forma relacional, ou seja, em relação ao “outro”. Assim, a diferença poderia se construir tanto negativamente, através desta construção binária do “nós” x “eles”, quanto através da afirmação positiva das diferenças, que reconhecem a heterogeneidade das diversas identidades. Estas oposições binárias são criticadas na medida em que a relação que se estabelece entre os dois pólos destas dicotomias envolvem relações de poder, nas quais um dos elementos é sempre tido como superior ao outro. Sobre a relação destas divisões com o gênero e a posição das mulheres, Woodward refere que autoras como Simone de Beauvoir e Luce Irigaray denunciam que esta construção binária das mulheres como “o outro” as transformam simplesmente no que os homens não são, de acordo também com a teoria psicanalítica de Lacan. Críticas a esta dualidade como as de Derrida, são explicadas por Woodward que afirma que para este autor a relação entre significado e significante não é algo fixo:

O significado é produzido por meio de um processo de diferimento ou adiamento, o qual Derrida chama de *différence*. O que parece determinado é, pois, na verdade, fluido e inseguro, sem nenhum ponto de fechamento. O trabalho de Derrida sugere uma alternativa ao fechamento e à rigidez das oposições binárias. Em vez de fixidez, o que existe é contingência (WOODWARD, 2000, p. 53).

A mesma autora trabalha a questão de por que as pessoas investem em determinada identidade, relacionando, assim, identidade e subjetividade. A subjetividade envolveria a compreensão e os sentimentos que temos sobre nós mesmos, incluindo o nosso consciente e inconsciente. Sobre o processo de produção da identidade, a autora destaca a teoria pós-marxista de Althusser e a teoria psicanalítica de Lacan. A teoria de Althusser reelabora conceitos do marxismo (para o qual eram as relações de produção que eram determinantes na formação das identidades sociais), como o conceito de Ideologia, que para ele são sistemas de representação nos quais os sujeitos são “recrutados”. A teoria marxista não explicaria, portanto, os investimentos que os sujeitos fazem ao se posicionarem. Para Althusser, ao ocupar uma determinada posição o sujeito não o faz simplesmente por uma escolha pessoal racional, mas ele é “recrutado”, “interpelado” pela Ideologia. Para a teoria de Lacan, a linguagem e o simbólico são fundamentais na construção das identidades, sendo a linguagem um sistema de significação, no qual o significante se sobrepõe e acarreta a formação de uma identidade. No que diz respeito à identidade de gênero para Lacan, Woodward afirma que: “ele enfatiza a construção da identidade de gênero do sujeito, ou seja, a construção simbólica da diferença e da identidade sexuada” (Woodward, 2000, pg.66). Assim, para Lacan não existe a possibilidade de um sujeito totalmente unificado, e é esta fragmentação o que possibilita as mudanças.

A respeito de todas essas referências, Hall adverte:

Entretanto, se não quisermos ser acusados de abandonar um reducionismo economicista para cair diretamente em um reducionismo psicanalítico, precisamos acrescentar que se a ideologia é eficaz é porque ela age tanto “nos níveis rudimentares da identidade e dos impulsos psíquicos” quanto no nível da formação e das práticas discursivas que constituem o campo social; e que é na articulação desses campos mutuamente constitutivos, mas não idênticos, que se situam os problemas conceituais reais. O termo “identidade” – que surge precisamente no ponto de intersecção entre eles – é, assim, o local da dificuldade (HALL, 2000, p.113).

Ainda sobre identidade e diferença, Tomaz Tadeu da Silva (2000) trabalha sobre a questão do processo de construção da diferença. Para este autor, o chamado “multiculturalismo” apenas reconhecendo a existência de diferenças e propondo tolerância, acarreta a naturalização e a cristalização das identidades e das diferenças, porque estas acabam sendo vistas apenas como algo que já está dado pela natureza e que o sujeito deve se posicionar. A identidade e a diferença são

para o autor mutuamente determinadas, ou seja, ambas são cultural e socialmente produzidas:

A identidade, tal como a diferença, é uma relação social. Isso significa que sua definição – discursiva e lingüística – está sujeita a vetores de força, a relações de poder. Elas não são simplesmente definidas; elas são impostas. Elas não convivem harmoniosamente, lado a lado, em um campo sem hierarquias; elas são disputadas (SILVA, 2000, p.81).

O mesmo autor também compartilha da teoria da performatividade de Butler, no sentido de que a repetição dos signos que reforçam as identidades também podem significar a subversão das mesmas, através da interrupção das identidades hegemônicas, possibilitando o surgimento de novas identidades. Para a teoria da performatividade de Butler, o sujeito é construído discursivamente, a categoria “sexo” é construída como parte de uma prática regulatória, e, nesse sentido, a performatividade diz respeito ao poder de um discurso que é repetido através do tempo, materializado através desta reiteração e que regula e limita a produção dos sujeitos. Esta perspectiva de Butler no contexto da discussão sobre gênero e sexualidade, denuncia o poder do discurso que visa negar/impedir identidades que estão “fora” da chamada heterossexualidade compulsória. A questão para Butler é mostrar como se produz o discurso de verdade sobre gênero e quais as consequências disto. Em “corpos que importam” (2005) Butler tenta explicar de que modo se produz a “materialidade” do sexo, para sustentar que os significados devem ser percebidos como práticas sociais que são reiteradas, e que neste processo é que o sexo é naturalizado, mas que também essas reiterações abrem fissuras que possibilitam esta mesma desconstrução.

Tomando como ponto de reflexão todas as atuais discussões e críticas antiessencialistas a respeito do conceito de identidade, Hall destaca a perspectiva da abordagem discursiva, que reconhece o caráter sempre aberto e contingente dos processos de identificação. Nas palavras do autor:

A identificação é, pois, um processo de articulação, uma suturação, uma sobredeterminação, e não uma subsunção. Há sempre “demasiado” ou “muito pouco” – uma sobredeterminação ou uma falta, mas nunca um ajuste completo, uma totalidade. Como todas as práticas de significação, ela está sujeita ao “jogo” da *différance*, ela envolve um trabalho discursivo, o fechamento e a marcação de fronteiras simbólicas, a produção de “efeitos de fronteira”. Para consolidar o processo, ela requer aquilo que é deixado de fora – exterior que a constitui (HALL, 2000, p. 106).

Este conceito de identidade antiessencialista, que reconhece a impossibilidade de fixar identidades unificadas e compreende o caráter histórico desta formação, vai ao encontro da visão da Teoria do Discurso, de acordo com Ernesto Laclau, e que é a perspectiva que orienta toda a análise deste trabalho: as identidades são construídas dentro das práticas discursivas. Na sua proposta de concepção de identidade, Ernesto Laclau (2004) utiliza o conceito de “deslocamento”, pois, segundo esse autor, as sociedades modernas não possuem um princípio organizador único, não são uma totalidade estruturada, mas estão sendo permanentemente “deslocadas”. Para Laclau, a sociedade é marcada por antagonismos sociais que produzem diversas identidades, que são abertas e não-estáveis, através de articulações sempre parciais. Laclau parte da crítica ao conceito marxista de classe como centro de explicação e organização das estruturas sociais, e do determinismo histórico que concede ao proletariado a tarefa de emancipação da sociedade. Para o mesmo autor, os deslocamentos dão margem à emergência de novas identidades, como as identidades sexuais e de gênero, por exemplo.

Sustentar o caráter histórico e dinâmico da formação das múltiplas identidades implica a permanente re (construção) das relações de poder entre os diversos grupos sociais, considerando o reconhecimento da diversidade de tais grupos como fundamental para o fortalecimento da democracia. Céli Regina Jardim Pinto (2004) apresenta a posição de algumas teóricas como Iris Young, Anne Phillips e Nancy Fraser sobre a constituição das identidades. A questão de como se dá a discussão entre os grupos, na visão dessas autoras, é bem sintetizada por Pinto:

Todas elas partem mais ou menos da mesma constatação: quando todos são tratados como iguais e todos são diferentes, os mais iguais vão ser aqueles que vão definir o que são os interesses gerais. Toda a vez que existe um grupo de desiguais discutindo questões, e deste grupo de desiguais aparece alguma coisa que é um interesse geral, pode-se apostar que este interesse geral é o interesse dos dominantes (PINTO, 2004, p. 51).

A mesma autora expõe a proposta de Iris Young para o fortalecimento de decisões mais democráticas e participativas, chamada “coalizão Arco-Íris”. A ideia é a de que todas as diferenças devem ser aceitas menos aquelas que negam o direito à existência de outros grupos diferentes, porque isto constitui a negação da diferença. Diante da proposta de Young, Pinto levanta a seguinte questão: até quando um grupo deve manter a constituição de sua identidade? Em relação à questão das identidades de gênero e sexual, Pinto afirma que as identidades devem ser

pensadas como contingentes e não necessárias, podendo ser construídas e desconstruídas na luta política, e isto, segundo a autora, não essencializa os grupos, como o faz a visão de Young.

Ainda sobre as identidades, Pinto traz à discussão a questão do poder em Foucault:

Foucault disse que poder é o exercício, na medida em que tu exercitas o poder, o teu exercício de poder é o não exercício do outro. A questão na qual quero chegar, que é a questão foucaultiana, é que existe uma ilusão, a ilusão inclusive feminista da solidariedade, da irmandade. Pode-se constituir uma visão utópica que está muito calcada em todas as perspectivas emancipatórias do mundo: a idéia de que vai chegar um momento em que todos serão felizes, todos se amarão, todos dividirão tudo. Estas visões retiram da sociedade a idéia de poder (PINTO, 2004, p.76).

Para a mesma autora, em relação à construção da democracia, está ocorrendo uma ampliação do poder a um grupo cada vez maior de pessoas, sendo, assim, a constituição de novas identidades e a constituição de diferenças uma construção de novas relações de poder. Em relação à questão dos diversos grupos identitários que vêm reivindicando inclusão e direitos, dentre eles as mulheres e os homossexuais, Pinto apresenta a tese de Nancy Fraser, conhecida como o dilema do reconhecimento ou da redistribuição. Segundo Fraser, existem dois tipos de injustiças: porque não há reconhecimento ou porque não há redistribuição. No caso de grupos como os homossexuais, o problema de injustiça é de reconhecimento e não de distribuição. Já as mulheres, precisam tanto de distribuição (porque ainda grande parte das mulheres vive em situação de pobreza), quanto de reconhecimento (porque ainda sofrem preconceito de gênero). A proposta de Pinto frente a esta discussão é a soma de políticas de distribuição e reconhecimento, e pode ser bem compreendida em suas palavras:

Pensar as políticas compensatórias e a distribuição através do reconhecimento é de certa forma romper com o dilema de Nancy Fraser, ou seja, não é ou o reconhecimento ou redistribuição, pois são políticas que redistribuem através do reconhecimento (PINTO, 2004, p. 101).

Assim, para a mesma autora, é através da incorporação das demandas articuladas pelos diversos grupos que ainda são marginalizados e/ou excluídos, e através da soma de políticas de distribuição e reconhecimento que ocorre o aprofundamento da democracia.

Ruth M. Chittó Gauer (2005) reflete sobre os problemas para a democracia contemporânea do paradoxo que diz respeito ao aumento da igualdade, quanto maior for o regime de exceção, porque amplia a exclusão em prol desta ordem

igualitária totalizadora. Considerando ainda a impossibilidade de uma essência das identidades, a autora afirma:

A perspectiva da previsibilidade encontra-se vinculada à lógica binária e dual típica do pensamento moderno. Reafirma o paradigma do “ou isto ou aquilo”, do sujo e do limpo, do modelo e do antiparadigma. No entanto, o pensamento moderno estruturou uma forma de exclusão que obscureceu a possibilidade de preferência. Poderíamos preferir a inclusão e não a exclusão, ou seja: isto, aquilo, além de outros. A lógica da exclusão foi a base para a construção de termos como “classe”, “raça”, “gênero”, entre outros, que serviam à identificação dos sujeitos. Hoje esses termos dissolvem-se (GAUER, 2005, p. 403).

Para Gauer, a questão das diferenças não pode ser tratada apenas como inclusão e reconhecimento das chamadas “minorias”, porque isto reforçaria o ideal essencializador identitário. A autora também apresenta duas tradições do discurso da identidade: a tradição filosófica do sujeito cartesiano, da identidade como processo de auto-reflexão (Descartes, 1973), e a visão antropológica da diferença da identidade humana, a natureza x cultura, a questão do incesto (Lévi-Strauss, 1975), para reafirmar a concepção de uma identidade que não é pré-definida, nem imutável. Nas palavras da autora:

É a impossibilidade de reivindicar uma origem para o Eu (ou o Outro) dentro de uma tradição de representação que concebe a identidade como a satisfação de um objeto de visão totalizante, plenitudinário. Ao romper a estabilidade do ego, expressa na equivalência entre imagem e identidade, a arte secreta da invisibilidade muda os próprios termos de nossa percepção da pessoa. A própria questão da identificação só emerge *no intervalo* entre a recusa e a designação. Ela é encenada na luta agônica entre a demanda epistemológica, visual, por um conhecimento do Outro e sua representação no ato da articulação e da enunciação (GAUER, 2005, p. 410).

Os discursos identitários contemporâneos da chamada teoria do multiculturalismo, por exemplo, ao defenderem o direito dos diferentes grupos e culturas de afirmarem suas diferenças e desenvolvimentos separados, acabam pensando as identidades como pré-dadas. Estes discursos sofrem críticas por aqueles que entendem que isto pode acarretar o retorno dos grupos aos guetos. Mirta Giacaglia (2008), a respeito das questões de tolerância e multiculturalismo, tomando como referência a Teoria do Discurso, informa que a partir desta perspectiva a ideia de tolerância não deve ser pensada do ponto de vista ético, mas do ponto de vista político. Nas palavras da autora:

Com respeito a isto, Laclau argumenta que a afirmação de toda a identidade leva a sustentar seu direito de existir de forma separada e isso suscita uma série de problemas, posto que o direito de diferença sempre é afirmado dentro de um contexto ou comunidade em que convivem distintos grupos,

em que há necessidade de compartilhar certos valores comuns-universais. A defesa de um particularismo extremo cai no paradoxo de afirmar o direito à diferença como um direito universal (GIACAGLIA, 2008, p. 81).

Para a Teoria do Discurso, as identidades são construídas a partir de uma relação com um exterior constitutivo, com uma falta constitutiva, (a relação do particular com o universal), e não de maneira fechada e completa, sendo, portanto, precárias. Os sujeitos se constituem neste processo de subjetivação. A universalização como subjetivação em Laclau tem como referência uma nova concepção de sujeito, que se afasta dos conceitos tradicionais da filosofia, e tem por base as concepções da teoria da desconstrução e a psicanálise de Lacan.

A explosão de múltiplas identidades na contemporaneidade não se trata, para Laclau, de uma mera pluralidade. Como afirma Rado Riha (2008), só podemos alcançar a dimensão da verdadeira pluralidade do particular se pensarmos que a pluralidade é inerente ao particular, ou seja, o particular deve ser entendido como aquele que é em si mesmo plural (uma identidade inerentemente dividida). Nas palavras do autor:

Seguindo a Laclau, poderíamos dizer que, como o universal é possível no contexto de proliferação de identidades, só pode emergir como horizonte precário na constituição de uma identidade já deslocada, transformada; em uma palavra, de outra identidade. Sobre isso podemos afirmar, de acordo com Laclau, que “o universal é o símbolo da totalidade perdida (RIHA, 2008, p. 101).

Em relação à questão do universalismo em Laclau, Linda Zerilli (2008) destaca a alternativa relacional oferecida por este autor aos binarismos universal/particular ou universalismo falso/verdadeiro. A respeito dos limites do particularismo, a mesma autora refere que Laclau afirma que a identidade de um grupo se articula não de forma isolada, mas dentro de um sistema de relações com outros grupos, e que transcendem o particularismo de qualquer grupo. Nas palavras da autora:

Desde a perspectiva de Laclau, o problema do particularismo é o da política identitária: ambos supõem que os membros de um grupo específico (“mulheres”, “negros”, “gays”) são semelhantes de alguma maneira. Mas o que se presume comunalidade essencial ou igualdade, como já argumentara Laclau, é esta mesma identidade que condena o grupo à marginalidade e que sustenta as relações de dominação social. A questão seria como articular relações políticas de comunalidade que não reproduzam estas outras relações de dominação e os medos da identidade de si mesmo (*self- same identity*) (ZERILLI, 2008, p. 126).

De acordo com Laclau (2004), as identidades dos sujeitos não estão definitivamente constituídas, porque senão o problema seria apenas uma questão de autonomia. Esta constituição dos sujeitos políticos, das identidades, ocorre na luta hegemônica, e são, para o autor, até certo ponto, significantes flutuantes. E é esta precariedade que abre a possibilidade de subversões. Achamos importante abrir um parêntese aqui para introduzirmos a distinção que Laclau faz em sua teoria entre posições de sujeito e subjetividade política, pensada além da concepção binária estrutura x agente. Tal distinção é bem apresentada na obra de David Howarth (2000). As posições de sujeito dizem respeito às inúmeras posições ou combinações com as quais uma pessoa pode se identificar: como “homem”, “mulher”, “gay”, etc. Já a subjetividade política tem a ver com a forma como as pessoas agem, e está relacionada com o “deslocamento” do sujeito. Ao apresentar esta distinção, Howarth explica:

É nesta falha da estrutura em conferir identidade aos atores sociais que “compele” os sujeitos a agirem. Nesse sentido, o sujeito não é simplesmente *determinado* pela estrutura; nem, portanto, *constitui* a estrutura. O sujeito é forçado a tomar decisões – ou identificar-se com certos projetos políticos e com os discursos que articulam – quando as identidades sociais estão em crise e as estruturas precisam ser recriadas. É neste processo de *identificação* que as subjetividades políticas são criadas e formadas. Uma vez formadas e estabilizadas, elas se tornam aquelas posições subjetivas que transformam indivíduos em atores sociais com certas características e atributos (HOWARTH, 2000, p.109).

Esta visão de agente em Laclau, com base nestas “posições de sujeito” (Foucault, 1988) rechaça concepções estruturalistas e essencialistas de subjetividade, e sustenta o caráter contingente e precário das estruturas e dos sujeitos. Feita esta distinção, retomamos à questão da universalidade em Laclau para destacarmos a associação que Zerilli (2008) faz sobre este ponto e a questão da diferença sexual para o feminismo. De acordo com a autora, posições feministas a favor da inclusão das mulheres no universal, como a de Beauvoir (para quem o universal é apenas outra palavra para designar o Homem/neutro), ou Scott (que considera o paradoxo da diferença sexual no feminismo condição de sua inclusão no universal) são também uma argumentação a favor da particularidade e da diferença sexual. E estas posições se articulam com o universal de Laclau, que defende a essencialidade da presença do particular no universal e do universal no particular, pois o universal é

imprescindível para a articulação política na medida em que sem ele não haveria interação alguma, não haveria antagonismo. Segundo a mesma autora, esta concepção política do universal no debate feminista contribui para a possibilidade de se pensar que um particular (como as mulheres) poderia articular-se como um universal (como significante vazio) que não dependa do argumento de uma essência comum. Esta visão do universal como um “lugar vazio”, como uma articulação contingente, propõe algo novo à velha discussão do paradoxo da diferença sexual.

Nas palavras da autora:

Se pensamos nas mulheres como significante vazio, lembraremos que a reivindicação de universalidade não é produto de um sujeito anterior à ele; é, ao contrário, a articulação de uma identidade política em um espaço público. A identidade política cobra existência através da reivindicação de universalidade, e não ao contrário. E é por esta razão que o feminismo sempre conduziu a uma dimensão de universalidade (ZERILLI, 2008, p. 139).

No mesmo sentido, Chantal Mouffe (1999) entende que o processo de identificação do sujeito se dá através da instituição de pontos nodais que fixam parcialmente o sentido, a partir das várias posições que o sujeito pode ocupar de maneira contingente. Desta forma, as identidades também são entendidas sempre como incompletas, precárias, o que possibilita a sua subversão. O poder, neste contexto, não é algo externo a essas relações, mas constitui as identidades. Nesse sentido, a proposta de Mouffe e dos demais autores citados oferece uma nova visão para as discussões sobre a necessidade ou não da existência de uma categoria unitária “mulheres” ou “gays”, por exemplo, porque entendem que o não reconhecimento da categoria não inviabiliza a prática política.

## 1.2 Breve Histórico dos Movimentos Feminista e GLBT<sup>5</sup> e o papel destes movimentos na produção de mudanças sociais

A chamada primeira onda do feminismo ocorre na Europa, através do movimento sufragista e emancipacionista do século XIX, um movimento moderno que num primeiro momento tinha como foco a reivindicação por igualdade de direitos políticos e sociais. As mulheres lutavam por mudanças na legislação que incorporassem as demandas de não discriminação no local de trabalho, pela igualdade de salários, proteção da maternidade, entre outras. A luta pelo direito ao voto neste período se disseminou por toda a Europa, e na Inglaterra o direito foi conquistado em 1928. Nos Estados Unidos, o movimento conquistou o direito ao voto em 1920. O movimento feminista brasileiro não se constitui isolado do contexto mundial, e era, nesta época, composto por mulheres intelectuais de classe média, que tinham acesso à educação e estavam conscientes das mudanças que ocorriam no mundo. O feminismo no Brasil foi influenciado por todas essas mudanças que ocorriam na Europa pela inclusão política das mulheres. Desde a Constituinte brasileira de 1891 a questão do voto às mulheres foi discutida, mas não houve aprovação e o texto constitucional foi omissivo sobre a proibição ou não do voto. Céli Pinto explica: “A não exclusão da mulher no texto constitucional não foi um mero esquecimento. A mulher não foi citada porque simplesmente não existia na cabeça dos constituintes como um indivíduo dotado de direitos” (Pinto, 2003, pg.16). Após este fato, foi fundado em 1910 o Partido Republicano Feminino, que tinha em seu programa, além da luta pelo direito ao voto, diversas outras pautas de cidadania para as mulheres. Destacamos neste período de organização do movimento no Brasil a figura de Bertha Lutz, paulista, bióloga formada pela Sorbonne no período da Primeira Guerra Mundial, e que criou em 1922 a Federação Brasileira para o Progresso Feminino. Nesta fase o feminismo pode ser visto como “bem comportado”, porque não incluía temas que pudessem afrontar a elite política da

---

<sup>5</sup> A sigla significa gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (incluindo as travestis e os transexuais). Esta sigla vem sofrendo alterações ao longo tempo, já tendo sido utilizada como GLS (gays, lésbicas e simpatizantes). Alguns grupos vêm utilizando a sigla LGBT, a fim de conceder mais visibilidade às lésbicas dentro do movimento. Mais recentemente, alguns grupos também passaram a utilizar a sigla LGBTIQ (adicionando, assim, “intersex” e “questioning”, que pode ser mais ou menos entendida como “em dúvida” ou “explorando possibilidades”).

época (PINTO, 2003). Muitos avanços começaram a ocorrer, com uma maior participação da mulher nas universidades e no mercado de trabalho, e também com a ampliação de grupos e organizações de mulheres, e a luta das sufragistas se amplia até a conquista do direito ao voto em 1932. Um período de crise, e as inúmeras mudanças ocorridas após a Segunda Guerra, fomentaram o cenário de contestações que culminaram nos acontecimentos de maio de 1968 na Europa. Nos anos sessenta ocorre o aumento e desenvolvimento da literatura feminista no Brasil, com publicações de Rose Marie Muraro, Heleieth Saffioti, entre outras. Nesse sentido, este período de repressão da ditadura militar no Brasil foi também uma época de conscientização das mulheres. Na chamada segunda onda do feminismo, destacamos a denúncia pelo movimento da opressão das mulheres pelos homens. Diversas feministas, tanto da primeira quanto da segunda onda do feminismo, consideravam fundamental a busca pelo movimento por uma identidade de gênero que seria o vínculo político que uniria as mulheres. No Brasil, a partir dos anos setenta, e ao longo dos anos oitenta, o movimento emerge num cenário de modernização e articula-se com outros movimentos de luta contra a opressão e pela redemocratização do país. Dentre as pautas do movimento, incluíam-se os novos comportamentos sexuais, os métodos de contracepção, o direito ao aborto, a violência doméstica, entre outras. A partir dos anos 70, portanto, a pauta de reivindicações do movimento amplia-se, incluindo estas questões ligadas à sexualidade, que vieram a se tornar a marca do movimento neste período. Nesta nova fase, destacamos a instituição pela ONU do Ano Internacional da Mulher em 1975, e a criação do Movimento Feminino pela Anistia, no mesmo ano. Nos anos 80 o movimento passa por um período de desativação de alguns grupos, mas ao mesmo tempo por uma ampliação da participação das mulheres nesta fase de reestruturação política, com a criação de órgãos destinados à defesa dos direitos das mulheres, como os Conselhos Estaduais e as delegacias de polícia especializadas. Durante a Constituinte, a articulação das mulheres formou a maior bancada feminina, com 26 deputadas, que atuaram para a ampliação de direitos, como o aumento da licença maternidade para 120 dias; e pela redução das desigualdades entre homens e mulheres, como o direito a garantia de propriedade à esposa, e ampliação do direito ao divórcio que havia sido conquistado em 1977. Nos últimos 30 anos o movimento vem se diversificando e ampliando suas

reivindicações, como a questão do combate à violência e exploração sexual contra a mulher, o direito ao aborto, entre outras. O aumento da representatividade das mulheres e a institucionalização do movimento nas esferas públicas, e através das organizações não-governamentais, têm sido fundamentais para a ampliação das conquistas e dos direitos (GOLDENBERG, 1992).

O movimento feminista vem se expandindo desde a década de 70, com organizações em praticamente todo o mundo, através de um movimento extremamente diversificado<sup>6</sup>. Para Castells (1999), a fragmentação do movimento e a multiplicidade de identidades são características que dão força ao movimento frente à atual sociedade em rede, sociedade esta que se constitui por alianças e redes flexíveis. Nas palavras do autor:

Assim, a autoconstrução da identidade não é a expressão de uma essência, mas uma afirmação de poder pela qual as mulheres se mobilizam para mudar de como são para como querem ser. Reivindicar uma identidade é construir poder (CASTELLS, 1999, p. 235).

Nosso objetivo foi traçar um breve histórico do movimento a fim de situá-lo no processo de mudanças sociais das últimas décadas, especialmente no que diz respeito às novas configurações familiares. Estas alterações são, em grande parte, fruto da luta e organização dos movimentos sociais a partir dos anos 60, dentre eles o movimento feminista. Em meio ao crescimento da sociedade de consumo, e consequente ingresso da mulher no mercado de trabalho, juntamente com outros movimentos sociais, o movimento feminista passou a questionar os padrões da sociedade capitalista e patriarcal.

Além do impacto dos diversos movimentos contestatórios dos anos sessenta, Castells identifica três fatores que contribuíram para o desenvolvimento de outro importante movimento de luta por mudanças sociais: o movimento homossexual. Um primeiro fator seria de cunho estrutural, ligado à formação de uma economia informacional; um segundo fator seria a grande popularidade da liberação sexual como tema dos movimentos da época; e, por fim, o que ele chama de cisão

---

<sup>6</sup> Manuel Castells, no livro "O Poder da Identidade", descreve a diversidade dos movimentos feministas nos Estados Unidos, Europa, entre outros, além de fazer uma análise desses diferentes feminismos a fim de identificar as semelhanças e diferenças entre eles.

entre homens e mulheres decorrente do desafio feminista ao patriarcalismo (CASTELLS, 2008).

O movimento homossexual começa a se organizar a partir dos anos sessenta, dentro do quadro de protestos e reivindicações da época por liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, o episódio conhecido como a Revolta de Stonewall, ocorrido em 27 de junho de 1969, em Nova York, quando diversos homossexuais resistiram por três dias à constante violência policial que sofriam no Bar Stonewall Inn, tornou-se um marco do movimento no país. Desde então, o movimento foi se expandindo por todo o país, na reivindicação por direitos, destacando-se a luta de Harvey Milk, primeiro homossexual assumido a ser eleito vereador da Califórnia em 1977. No Brasil, o movimento também começa a se organizar por volta dos anos setenta, com os primeiros grupos surgindo em São Paulo, sendo o primeiro deles o Grupo SOMOS, em 1978, e que encerrou suas atividades em 1983. Nos anos 80 o movimento teve que enfrentar o estigma da AIDS, que também ficou conhecida como a “peste/câncer gay”, e a partir desse período se multiplicaram as organizações por todo o Brasil, dentre elas destacamos o Grupo Gay da Bahia, fundado por Luiz Mott, uma referência para o movimento e ainda em atuação. O trabalho dos grupos tinha como prioridade projetos de educação para a diversidade, e de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e HIV/AIDS, mas este foco também afastou alguns integrantes dos grupos que não queriam estar associados com a doença. Desde os anos 90 o movimento vem se inserindo cada vez mais nas esferas de participação política, e articulando-se com setores das áreas da saúde, educação, direitos humanos, entre outros. Dentre as principais reivindicações do movimento, a questão do reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares passou a ser um grande objetivo a ser perseguido, além da criminalização da homofobia.

Após este breve histórico, queremos ressaltar, em suma, que o movimento homossexual organizado contribuiu para a construção de uma nova visão sobre sexualidade e identidade. Ao afirmar diversidades sexuais como a homossexualidade, bissexualidade, os travestis, os transexuais, entre outras formas de expressão do comportamento sexual, o movimento problematizou a questão da heteronormatividade. Num primeiro momento, o movimento social buscou dar visibilidade à homossexualidade, e teve que enfrentar o estigma da epidemia da

Aids nos anos 80. A partir dos anos 90, o movimento ampliou a luta pelo reconhecimento das uniões homossexuais, e direitos daí decorrentes. Da mesma forma, trouxe o debate sobre temas como sexualidade e preconceito para a mídia, e também as denúncias de discriminação e violência.

Em relação a estes novos movimentos sociais, Castells (1999) afirma que estes movimentos são ações coletivas que transformam os valores e as instituições sociais. São expressões de identidade sexual e, assim, de liberação sexual, pois desafiam estruturas históricas de repressão sexual e de heterossexualidade compulsória. Nesse sentido, o papel desses movimentos sociais no processo de mudança na concepção de família a partir da metade do século XX é incontestável, e a conquista pelo feminismo de direitos como o divórcio e a igualdade entre os cônjuges foi fundamental na transformação das famílias.

Por tudo isso, os movimentos feminista e homossexual foram determinantes para a introdução de novas perspectivas e discussões acerca de gênero, sexualidade, identidade e família, produzindo importantes transformações nas estruturas familiares e mudanças na sociedade.

### **1.3 As novas configurações familiares frente ao declínio da família tradicional**

Desde o início da organização humana, o patriarcado foi gradualmente se instaurando por meio da criação de papéis que asseguram a superioridade e a dominação masculina. Foram produzidos conceitos para impor e consolidar as relações entre homens e mulheres em relações de poder. As mulheres sempre foram relacionadas com as questões da natureza, como por exemplo, a utilização das expressões “mãe Terra” ou “mãe Natureza”, e também ligadas ao espaço doméstico; enquanto os homens sempre foram associados com questões da cultura, e ligados ao espaço público. Gradativamente, a família foi se estruturando, focada na autoridade do pai, no grupo e na monogamia. O controle de toda a família era exercido pelo marido, que na posição de chefe da mesma tinha o poder sobre os filhos e sobre a mulher, o pátrio poder. A mulher casada precisava, em diversas ocasiões, da autorização do marido para a prática de atos da vida civil, os filhos não

tinham privacidade, e temas como educação e casamento eram decididos pelo grupo familiar. Tratava-se de uma visão suprapessoal da família, na qual os interesses da instituição prevaleciam sobre os seus componentes.

Através do patriarcado, como forma de construção familiar, desenvolve-se um conjunto de características que definem o que é ser “homem” e o que é ser “mulher”, com a construção de estruturas binárias na qual o masculino é tido como a parte positiva e o feminino como a parte negativa. Valores como racionalidade e força são interpretados como atributos masculinos, enquanto que as mulheres são classificadas como sentimentalistas, fracas e passivas. Com isso formam-se relações de hierarquia entre os sexos, transformando as relações sociais em desiguais. As diferenças sexuais são utilizadas como uma maneira de criar e manter a mulher em uma posição de submissão (SAFFIOTI, 2004).

Em sua obra clássica (*Casa Grande e Senzala*, 1989), Gilberto Freyre descrevia a família patriarcal como um forte sistema hierárquico, com absoluta autoridade paterna, e casamento indissolúvel. De acordo com Freyre: “o casamento era dos fatos mais espantosos em nossa vida patriarcal. Festa de durar seis, sete dias, simulando-se às vezes a captura da noiva pelo noivo” (FREYRE, 1989, p.349). A vida das mulheres na Casa-Grande consistia em pequenas ordens aos escravos, preparar doces, costurar, cuidar dos filhos, rezar. Casavam-se ainda meninas, em média com doze anos, e muitas vezes morriam cedo, no parto, por volta dos quinze anos. Os maridos, grandes patriarcas, continuavam a aumentar a prole, com irmãs ou primas da mulher falecida. Essa era a família tradicional, centralizada na grande família, modelo que mais tarde vai perdendo espaço para a família nuclear, quando do advento da urbanização e industrialização.

A noção de família patriarcal é objeto de diversas compreensões. Sobre análise da família contemporânea, Roberto da Mata (1987) trabalha a questão das diversidades e complexidades das relações familiares, e as permanências e as mudanças deste modelo. A construção da noção de família patriarcal contribui para entender a dinâmica das relações sociais brasileiras, que ainda são baseadas no pessoalismo e clientelismo. A sociedade ainda tem como modelo os valores e a moral da família patriarcal (DA MATA, 1987).

Todo esse sistema de poder foi aos poucos cedendo espaço às transformações sociais. A família patriarcal vem enfraquecendo em decorrência das

inúmeras mudanças ocorridas nas últimas décadas. O crescimento da economia, com o aumento do ingresso da mulher no mercado de trabalho e nas universidades, ao longo do século XX, os avanços científicos que colaboraram para a independência sexual – o desenvolvimento da pílula é um dos exemplos mais significativos – e o surgimento de maiores oportunidades de educação e participação das mulheres nas esferas políticas e públicas em geral foram fatores determinantes para a chamada crise da família patriarcal. Manuel Castells (2008, p.167) conceitua: “Chamo de crise da família patriarcal o enfraquecimento do modelo familiar baseado na autoridade/dominação contínua exercida pelo homem, como cabeça do casal, sobre toda a família.” Esta crise pode ser percebida através do crescimento de novas estruturas familiares, como as uniões informais heterossexuais ou homossexuais, lares com apenas um dos pais, lares de solteiros, além dos novos arranjos fruto da dissolução de casamentos anteriores. O movimento feminista e o movimento homossexual foram fundamentais nesse processo de enfraquecimento do sistema familiar patriarcal, reivindicando a igualdade entre homens e mulheres, e questionando a heterossexualidade como norma.

Castells (2008) ressalta que essas transformações não significam o fim da família, mas um indício do fim da família como a conhecemos: o modelo de família nuclear e baseada no domínio patriarcal. A crise da família adquire também o aspecto de uma prestação de contas pela opressão brutal que sofreu a mulher, e depois os filhos, por parte do chefe de família, além da injustiça econômica que se praticava pela exploração do trabalho doméstico (HORKHEIMER; ADORNO, 1973). Em virtude da transformação da família tradicional em diversos tipos de famílias, que já não se enquadram mais naquele modelo nuclear heterossexual, formal, com respeito à ordem e à hierarquia, podemos verificar indícios de um declínio deste arranjo familiar.

No início do século XX, o casamento significava a base da vida social, suas funções eram basicamente a manutenção do patrimônio e a procriação. Questões de afeto neste contexto eram menos relevantes e a família era avaliada segundo o sucesso nessas funções. A partir da metade do século, os costumes passam a se transformar, e o avanço das novas técnicas de contracepção, por exemplo, foi uma das questões fundamentais para a revolução sexual, separando a sexualidade da procriação. Podemos perceber, através das transformações das famílias nas últimas

décadas, o enfraquecimento do modelo patriarcal, com uma maior valorização da individualidade de seus membros. Ao contrário daquela antiga visão suprapessoal da família, a família contemporânea caracteriza-se pelo predomínio da individualidade de cada um dos seus integrantes sobre a comunidade familiar. Os casais estão adiando o casamento e o primeiro filho, as famílias estão diminuindo de tamanho, há um crescimento do número de lares “chefiados” por mulheres, e um aumento da participação feminina no mercado de trabalho e no sustento da família.

Outro aspecto a ser considerado é o fato de que, atualmente, o crescimento de famílias compostas por casais do mesmo sexo, famílias que possuem mulheres como referência do domicílio, famílias formadas por afinidade, famílias sem filhos, são fenômenos indicadores do enfraquecimento do modelo de família nuclear tradicional. Estes novos padrões que refletem a heterogeneidade da família contemporânea podem ser constatados nos dados do IBGE:

Dados da Síntese dos Indicadores Sociais- SIS 2009- IBGE <sup>7</sup> apontam que:

1) Seguindo a tendência de queda da fecundidade no país, as mulheres jovens estão tendo menos filhos. Em 1998, 7,6% das adolescentes de 15 a 17 anos já tinham filhos, e em 2008 o percentual caiu para 6,3%. A região onde ocorreu a maior redução foi a Sul, onde em 1998 o percentual era 8,5%, e em 2008, caiu para 4,0%. Na região Norte, o percentual de adolescentes dessa faixa de idade com filhos manteve-se estável em torno de 10,5%.

2) Analisando-se a condição no domicílio destas mães adolescentes, percebe-se que diminuiu, em dez anos, o percentual daquelas classificadas como cônjuges (de 39,8% para 31,5%) e aumentou o percentual daquelas que são filhas ou outro parente da pessoa de referência do domicílio (de 57,9% para 62,9%). Entre as jovens de 18 a 24 anos, aumentou de 4,8% para 11,8% a porcentagem de mães que são a pessoa de referência da família e caiu de 62,1% para 51,0% a porcentagem das que são cônjuges.

---

<sup>7</sup> Fonte: IBGE. Disponível em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)

3) Cresce o número de mulheres que são referência do domicílio, mesmo com presença de cônjuge: entre 1998 e 2008, houve um significativo aumento de mulheres na condição de pessoa de referência (25,9% para 34,9%) do domicílio.

4) No conjunto do país, outra mudança refere-se ao crescimento da proporção de famílias compostas por um casal sem filhos e ambos com rendimento. No Brasil, o número de casais gira em torno de 39,6 milhões, e os casais tipo DINC (*Double Income and No Children*) somam 2,1 milhões. No período analisado de 1998 a 2008, observa-se um crescimento significativo dessa proporção, passando de 3,2% para 5,3%. No Sudeste, a proporção é maior que a média nacional (6,2%).

No mesmo sentido, os dados da Síntese dos Indicadores Sociais- SIS 2010 apontam para a estabilidade das separações (0,8%) e o contínuo aumento do divórcio (1,5%). Segundo a pesquisa, isto se deu, em parte, pela maior aceitação do divórcio pela sociedade brasileira, e pela ampliação do acesso à justiça, inclusive com a possibilidade de dissolução das uniões em tabelionatos.

O artigo<sup>8</sup> (Novos Arranjos Domiciliares: condições socioeconômicas dos casais de dupla renda e sem filhos, 2008) sobre novos arranjos familiares, afirma que a chamada família DINC (duplo ingresso, nenhuma criança) coloca em xeque os próprios pilares da instituição familiar, pois se trata de um casal formado pela aliança entre duas pessoas (de sexos diferentes ou do mesmo sexo), mas que não possui a continuidade geracional. Por esse motivo é um arranjo combatido pelo conservadorismo moral e pelas forças pró-natalistas, para os quais a procriação é um dos eixos constituintes das normas da instituição familiar, garantindo a sucessão das gerações e a própria continuidade da família.

Todo esse processo de mudança acarretou o surgimento de novas configurações familiares além do padrão tradicional. Essas transformações evidentemente também afetaram a esfera jurídica, levando a alterações como o fim de classificações entre filhos legítimos e ilegítimos, o fim do chamado poder patriarcal, etc. A família contemporânea está se diversificando, ampliando o conceito

---

<sup>8</sup> Disponível em: < [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008\\_1064.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1064.pdf) >  
Acesso em: 24 de abril de 2011.

de família para além do casamento civil, através das uniões estáveis, das uniões livres, da monoparentalidade, e outras formas de constituição.

Dentre essas inúmeras novas configurações familiares, vamos nos deter na análise das chamadas uniões homossexuais. Desde o final da década de 90, o movimento homossexual organizado tem lutado em todo o mundo pela aprovação de leis e pelo reconhecimento das uniões. Esta demanda obteve êxito em diversos países que passaram a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, começando pela Holanda em 2001, seguido por Bélgica, Espanha, África do Sul, Noruega, Suécia, Canadá, Portugal, Islândia, Argentina, além de vários Estados americanos. Outros países reconhecem a chamada união civil homossexual, aprovada em 1999 na França, e em diversos outros países como a Alemanha, Áustria, Reino Unido, entre outros. No Brasil, o projeto de Lei proposto em 1995 pela ex-deputada Marta Suplicy foi o início do debate sobre o tema no país, mas o projeto não foi votado, e restou defasado. De qualquer forma, esta discussão colaborou para a ampliação dos debates e para a visibilidade da causa na mídia.

Em maio de 2011, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal (a maior instância do Poder Judiciário) declarou, com efeito vinculante às demais instâncias, o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais, conferindo-lhes o status de entidade familiar, ou seja, reconhecendo como família, e estendendo os mesmos direitos das uniões estáveis heterossexuais. A lei 9278/96 que regulamenta a união estável dispõe que esta pode ser convertida pelos companheiros em casamento. Assim, desde a decisão do STF, diversos casais homossexuais que já viviam em união estável converteram-na em casamento. Recentemente, em 21 de julho de 2011, uma juíza do Estado de São Paulo foi além das decisões de conversão que estavam sendo proferidas e autorizou a celebração do primeiro casamento direto, ou seja, sem a necessidade de conversão da união estável.<sup>9</sup>

A respeito da conjugalidade homossexual, de como gays e lésbicas no Brasil têm filhos, Miriam Pillar (2003) apresenta em sua pesquisa quatro formas de filiação, conforme literatura da área: A primeira forma são os filhos tidos em relações heterossexuais anteriores à “descoberta” ou antes de “assumir” a homossexualidade. A segunda forma é através da adoção por um dos parceiros,

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?clippings&clipping=4935>>. Acesso em 10.fev.2011.

pois no Brasil não é reconhecida a adoção por um casal homossexual<sup>10</sup>. A terceira forma é através da procriação com uma terceira pessoa, por meio das novas tecnologias reprodutivas. A quarta forma é a co-parentalidade entre lésbicas e gays, que pode ser tanto de dois casais, como de um casal de lésbicas com um gay ou um casal de gays com uma lésbica.

No tocante à conjugalidade homossexual, em relação às novas configurações familiares, Mello (2005) afirma:

Assim, o processo de construção da conjugalidade homossexual situa-se no contexto mais amplo de todas as transformações que vêm atingindo as representações e práticas sociais relativas à família, especialmente nas últimas três décadas, período em que a expansão de fenômenos como o divórcio, a monoparentalidade, as uniões estáveis, as famílias recompostas, os casais sem filhos e a gravidez na adolescência e na maturidade tornou-se a expressão concreta de que a família no Brasil de hoje não é a mesma de algumas poucas décadas atrás, quando se entendia que a única família legítima era a formada a partir dos pressupostos de uma moral católica, consagrada nas representações e práticas sociais e no ordenamento jurídico então vigente (MELLO, 2005, p. 26).

Frente a esse cenário de reorganização das estruturas familiares, Judith Butler (2003) levanta importantes questionamentos em seu artigo intitulado “O parentesco é sempre tido como heterossexual?”, sobre as demandas das uniões homossexuais, e o papel e a função do casamento institucionalizado pelo Estado:

O apelo ao casamento torna assim mais difícil a defesa da viabilidade de arranjos alternativos de parentesco e do bem estar da “criança” em variadas formas sociais? Além disso, o que acontece com o projeto radical de articular e apoiar a proliferação de práticas sexuais fora do casamento e das obrigações de parentesco? O apelo ao Estado assinala o fim de uma cultura sexual radical? Uma tal perspectiva é eclipsada quando nos preocupamos cada vez mais em dar vazão ao desejo do Estado? (BUTLER, 2003, p.225).

Todas essas questões são importantes, e suscitam dúvidas e divisões nos movimentos sociais. Existe a reivindicação da igualdade jurídica por parte dos homossexuais, por exemplo, que desejam ter o direito de se casar, se assim o quiser. Diante disso, há quem sustente que esta demanda valoriza e reforça o papel do casamento institucionalizado, enfraquecendo o caráter “transgressor” de práticas sexuais fora dos padrões tradicionais e do casamento. Ao contrário, há aqueles que entendem que esta demanda dos homossexuais pelo direito ao casamento se trata

---

<sup>10</sup> Apesar da omissão legislativa e da polêmica que ainda suscita, atualmente no Brasil já existem decisões da Justiça concedendo a adoção conjunta a casais homossexuais.

apenas de um reconhecimento de isonomia, pois qualquer pessoa deveria poder escolher e se casar com quem quisesse. O que Butler critica principalmente é a delimitação do legítimo/ ilegítimo no campo sexual, afirmando que o debate sobre casamento *gay* se dá nessa lógica, na qual a sexualidade é pensada em termos de casamento e o casamento é pensado em termos de legitimidade.

Continuando sua crítica a esta binariedade dos discursos sobre o campo sexual e sua relação com a reflexão política, a mesma autora ressalta o quanto esta discussão é mais ampla:

Pois a política, dado que é constituída graças a esse discurso de inteligibilidade, exige que assumamos uma posição a favor ou contra o casamento *gay*; mas a reflexão crítica, que com certeza é parte de qualquer filosofia e prática política seriamente normativa, exige que se interrogue por que e como isso se transformou no problema, o problema que define o que irá ou não se qualificar como discurso político significativo (BUTLER, 2003, p. 228).

A autora sugere, portanto, que nos debates sobre o casamento e parentesco *gay*, a visão política incorpore uma compreensão crítica, e assevera que:

Minha idéia não é sugerir que, em relação a debates sobre casamento e parentesco *gay*, devemos permanecer mais críticos que políticos, como se tal distinção fosse em última análise possível ou desejável, mas sim sugerir uma política que incorpore uma compreensão crítica – a única que se pode reivindicar enquanto auto-reflexiva e não-dogmática. Ser político não significa tomar uma única “posição” firme e duradoura (BUTLER, 2003, p.230).

Por fim, achamos oportuno ainda transcrever outra passagem da mesma autora sobre este debate das demandas do casamento *gay*, pois reflete algumas preocupações políticas e questionamentos filosóficos que norteiam o seu trabalho:

Dessa maneira, o desejo por reconhecimento universal é um desejo de se tornar universal, de se tornar intercambiável na própria universalidade, de esvaziar a particularidade solitária da relação não-ratificada e, talvez, acima de tudo, de ganhar tanto o lugar como a santificação naquela relação imaginada com o Estado. Lugar e santificação: essas, com certeza, são fantasias poderosas e assumem formas fantasmáticas particulares quando consideramos a propostas de casamento *gay*. O Estado pode se tornar o lugar da recirculação de desejos religiosos, da redenção, do pertencimento, da eternidade, e podemos indagar o que acontece à sexualidade quando percorre esse circuito particular de fantasia: ela se livra de sua culpa, de seus desvios, de sua descontinuidade, de seu caráter a-social, de sua espectralidade? E se se livra de tudo isso, para onde vão exatamente essas negatividades? Elas não tendem a ser projetadas sobre aqueles que não terão ou não entrarão nesse domínio santificado? E a projeção tomará a forma de julgar os outros moralmente, de representar uma abjeção social e daí tornar-se a ocasião de instituir uma nova hierarquia de arranjos sexuais legítimos e ilegítimos? (BUTLER, 2003, p. 234).

Todas essas questões são um desafio para os movimentos sociais. Reivindicar o direito à diferença, mas ao mesmo tempo clamar por direitos iguais. Ser um paradigma que rompe com as estruturas familiares tradicionais, questionando o papel do casamento na sociedade, mas reivindicando o direito ao mesmo. Refletir, portanto, sobre as novas configurações familiares e suas perspectivas demanda problematizar os diversos discursos que se apresentam. Frente ao declínio da família tradicional, o discurso conservador converge suas forças principalmente para o combate das uniões homossexuais. Denis Cuchê (1999) aponta que:

Todo o esforço das minorias consiste em se reapropriar dos meios de definir sua identidade segundo seus próprios critérios, e não apenas em se reapropriar de uma identidade, em muitos casos, concedida pelo grupo dominante (CUCHE, 1999, p.190).

A família contemporânea mudou, e é atualmente marcada pela solidariedade e pelos laços afetivos. O aumento das novas configurações familiares e o declínio da família tradicional parece ser uma tendência em expansão, demandando novos questionamentos e reflexões. Assim, após termos trabalhado neste capítulo os conceitos de gênero, sexualidade e identidade, e discorrido sobre as mudanças das estruturas familiares, passamos no capítulo seguinte a discutir o papel do Poder Judiciário diante deste quadro de transformações sociais.

## **2. O PODER JUDICIÁRIO NUM CONTEXTO SOCIAL DE TRANSFORMAÇÕES**

### **2.1 O Judiciário como instrumento de mudanças sociais e de conservação**

A sociedade encontra-se em permanente transformação. Esse processo de mudança pode ocorrer de forma lenta, gradual, ou de maneira mais rápida, dependendo do lugar, de fatores econômicos, culturais, entre outros. Os novos contextos sociais que vão surgindo interagem com o direito, que é em parte condicionado pelo espaço social, mas que também o estrutura. A ordem jurídica está presente em praticamente todas as dimensões da sociedade, atuando nas esferas social, cultural, religiosa, política e econômica. Considerando a mútua influência entre direito e realidade social, o Judiciário pode se constituir em um instrumento tanto de mudanças sociais quanto de preservação da ordem estabelecida.

De acordo com Felipe Augusto de Miranda Rosa (2004), o direito é um fato social, sendo a norma jurídica resultado e reflexo da realidade social, ou seja, modificações sociais acarretam alterações no direito. A respeito desta questão da interação social e o direito o autor afirma:

Essa compreensão leva à convicção da extrema mutabilidade dos fenômenos dos grupos humanos, do estado de fluidez permanente que eles apresentam. E faz que se perceba seguramente que cada um dos elementos influentes na vida social é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado (ROSA, 2004, p. 56).

Sobre esta relação entre direito e sociedade, Ana Lucia Sabadell (2002) apresenta a divisão que existe entre autores que entendem que o direito é determinado pelo contexto social (posição realista), e aqueles que entendem que o direito é um fator que determina o contexto social (posição idealista). A autora

propõe uma análise que concilia estas duas posições, sustentando que o direito exerce um papel dinâmico, ou seja, atua tanto de forma ativa quanto de forma passiva. Considerando, portanto, a permanente alteração que ocorre no direito, passamos a discutir o papel do mesmo nas mudanças sociais.

No âmbito do fenômeno jurídico, a norma jurídica exerce inúmeras funções, dentre elas a função de controle social, através do poder de coação que lhe é conferido. De acordo com a teoria de Max Weber (1991), o Estado é o detentor do monopólio da violência legítima, e o direito é um instrumento de legitimação do poder, uma legitimação formal que possibilita aos cidadãos saberem como devem e como podem agir em sociedade. Dentre as diversas funções do direito, iremos trabalhar as chamadas funções conservadora e transformadora do direito. Nesse sentido, a influência do direito na sociedade pode ser vista sob dois pontos de vista. O primeiro sustenta o caráter conservador do direito, tido como instrumento de manutenção de determinada ordem social. O segundo entende que o direito pode constituir-se num instrumento de mudanças sociais. Rosa (2004) destaca o caráter dicotômico das funções conservadora e transformadora, através de normas que ao mesmo tempo preservam a ordem social, mas que também se adaptam às novas realidades sociais e culturais. Sobre o papel conservador do direito, o mesmo autor ressalta a conexão das normas com as relações de poder, afirmando:

No que se refere à função conservadora da ordem jurídica, deve ser dito que ela é, essencialmente, a expressão de uma determinada ordem social cuja regulação, cujo controle e cuja proteção se destina a realizar. Como bem acentuam os autores mais modernos, ela reflete a relação de poder entre as várias classes sociais e as convicções dominantes na sociedade (ROSA, 2004, p. 59).

Para Rosa (2004) as funções transformadoras do direito podem ser percebidas tanto no momento de elaboração das normas, quanto no momento da sua aplicação pelos juízes e tribunais, que ao interpretá-las modificam a ordem jurídica, o que conseqüentemente se reflete na realidade social. A respeito desta função transformadora das normas jurídicas o autor sintetiza:

Quando editadas atendendo a necessidades sentidas pelos órgão legiferantes, ou em resposta ao consenso de grupos que se antecipam ao processo histórico, elas resultam em modificações da sociedade, alterando-lhe o sistema de controle social e, diretamente, a relação de influências recíproca dos diversos elementos condicionantes da vida grupal. Por outro lado, contribuem indiretamente para a formação de novas manifestações de consenso, nisso confundidas as funções transformadora e educativa do Direito (ROSA, 2004, p.60).

Sobre o papel do direito na mudança social, Sabadell (2002) apresenta a divisão entre a corrente que entende que o direito impede a mudança, o papel conservador; e a corrente que sustenta o papel do direito como instrumento de mudanças sociais. Como exemplo desta segunda corrente, a autora menciona as tentativas de reformas jurídicas que vêm sendo feitas no Brasil no âmbito do direito penal, através de propostas de despenalização, introdução de penas alternativas, entre outras. A mesma autora aduz ainda que a relação entre direito e mudança social não se limita a esta simples dicotomia entre as correntes, em suas palavras:

As duas correntes são, em sua formulação absoluta, passíveis de crítica. Os trabalhos de sociologia jurídica indicam que devemos diferenciar sempre, segundo o ramo do direito, o problema concreto e a situação social, tendo em mente que a capacidade reformadora do direito é limitada. A história nos oferece exemplos em que a tentativa de mudar o comportamento das pessoas através do direito foi um completo fracasso. Um caso conhecido é a “lei seca” nos anos 20 nos EUA (SABADELL, 2002, p. 96).

A discussão a respeito do papel de mudança do direito nos leva ao questionamento do que seja mudança social. Sobre este conceito, Rosa (2004) argumenta que a doutrina é imprecisa e ambígua, dividindo-se, de modo geral, em dois grupos, quais sejam: um que entende que só ocorre mudança quando as estruturas sociais são alteradas significativamente, e outro que admite a mudança sem alterações significativas nas estruturas da sociedade. Tendo em vista que todas as sociedades estão de alguma forma em permanente mutação, o autor sugere que o critério para se avaliar a ocorrência de mudanças talvez seja para uma mudança “perceptível” ao cientista, no lugar de mudança “significativa”. Rosa (2004) critica essas diferentes formas de conceber mudança social no sentido de que ambas são limitadas e muito subjetivas, e conceitua: Mudança há sempre que elementos socioculturais importantes se transformam de modo perceptível e relativamente durável (Rosa, 2004, p. 76). O autor ressalta, ainda, a importância deste conceito:

O conceito de mudança social é particularmente significativo no estudo do Direito, porque este reflete sempre a ordem social que o produz e o sustenta, como realidade sociocultural, socioeconômica e política. Todas as modificações nessa realidade social, subjacente ao Direito e que o envolve e o contém, têm conseqüências na ordem jurídica. Esta é subsistema do sistema social mais amplo e o representa em suas características fundamentais (ROSA, 2004, p. 72).

De acordo com Sabadell (2002), os processos de mudança social variam conforme as diferentes realidades socioculturais, e acarretam, de forma mais ou

menos rápida, transformações no direito. Este processo de modificação pode ocorrer através de manifestações internas, pelo direito nacional, ou externas, pelo direito internacional. Quanto ao ritmo da mudança, há áreas que são menos complicadas de se operarem modificações, e outras que são mais resistentes, pois implicam uma transformação de estruturas. O âmbito do direito de família é, sem dúvida, um campo resistente a mudanças, por estar ligado a questões morais, religiosas e culturais. Segundo Sabadell (2002), considerando a tese de que o direito pode operar mudanças sociais, essas transformações ocorrem com maior ou menor intensidade de acordo com a natureza do sistema jurídico e a situação política.

Um movimento que acredita no papel do judiciário como instrumento de mudanças sociais é o chamado Movimento do Direito Alternativo<sup>11</sup>. Sobre o sentido de um uso alternativo do direito hoje, Calera (2004) assevera que este reconhece a ambiguidade e a dialética dos sistemas jurídicos. Este autor propõe o chamado uso alternativo razoável do direito, considerando que: “a utopia de um sistema jurídico perfeito, por justo em termos absolutos nunca será realizada. Por isso não custa apostar por um uso “alternativo” à jurisprudência dominante, frequentemente mais preocupada na estabilidade e na segurança do sistema” (CALERA, 2004, p.32). O movimento do Direito Alternativo busca o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e democrática, através da desconstrução da tradição jurídica conservadora por meio de uma fundamentação teórica crítica do direito. Parte desse grupo tomou posse no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no final dos anos 90. Amilton Bueno de Carvalho (2004), um dos expoentes do movimento no Estado do Rio Grande do Sul, assinala a existência de três possíveis usos do direito: a) o uso alternativo do direito, que se desenvolve dentro do sistema jurídico positivo, utilizando-se das lacunas, contradições e ambiguidades legislativas, e através de uma interpretação crítica que visa democratizar os efeitos das normas. b) através do uso do direito positivo como instrumento de combate, que com o apoio de mobilizações populares procura tornar efetivas normas garantidoras de direitos que só existem formalmente. c) o chamado direito alternativo em sentido estrito, que a

---

<sup>11</sup> Este movimento surgiu na Europa nos anos sessenta dentro do quadro de reivindicações da época; já na América do Sul, o movimento só se desenvolveu nos anos oitenta, após a queda das ditaduras militares. Nesse período, o movimento respondia à crise do modelo dominante de ciência do direito, através de uma teoria e prática que sustentavam uma interpretação jurídica alternativa, e uma “política através do direito” (CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de, Org. Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

partir de uma concepção pluralista do direito, entende que podem coexistir normas não estatais, advindas de setores da sociedade como partidos políticos, movimentos sociais, etc., com o ordenamento vigente. Segundo o mesmo autor, o reconhecimento desta alternativa se dá quando as decisões são abalizadas por princípios gerais do direito, considerando a dignidade da pessoa humana e os valores democráticos.

Em contrapartida a esta visão do Direito, Fabiano Engelmann (2006), através de uma pesquisa sobre outros setores mais tradicionais do pensamento jurídico do Rio Grande do Sul, demonstra a existência de uma produção intelectual mais conservadora que percebe a realidade de forma bastante próxima, fruto de uma mesma formação católica, origens sociais comuns, representando uma continuidade da tradição do bacharelismo.

Álvaro Filipe Oxley da Rocha (2002) em um estudo sobre a magistratura, também trabalha esta questão dos chamados juízes mais “tradicionais” e juízes mais “alternativos”. De acordo com o autor, para a ala dita mais conservadora, o juiz, ao aplicar a lei, o faz de forma imparcial, sem qualquer questionamento de conteúdo; já para a ala dita mais “alternativa”, o juiz deve questionar o conteúdo das normas, através de um posicionamento político e de uma interpretação que leva em consideração as mudanças sociais. O autor destaca em seu estudo que não há uma oposição interna no sentido de luta pelo poder no campo, mas sim de luta pelo aprimoramento da função. Nesse sentido, afirma:

Em apoio a essa observação, basta observar que todos os juízes entrevistados, das duas orientações, são contrários à implementação dos tribunais de arbitragem, que, segundo dizem, ferem o monopólio legal da jurisdição. Isso demonstra algo que é visto como uma ameaça real à legitimação e à existência do campo (ROCHA, 2002, p. 48).

Esta passagem ilustra muito bem que, apesar de existirem posicionamentos divergentes dentro do judiciário, não existem dicotomias tão rígidas que podem ser reduzidas a “conservadores” x “avançados”, porque ambos estão inseridos no mesmo sistema jurídico e ambos defendem a legitimação e a existência do campo.

## 2.2 Função social do direito.

As mudanças sociais ocorrem em um ritmo cada vez maior, caracterizando a complexidade e a diversidade da sociedade contemporânea, e gerando uma permanente defasagem entre o discurso jurídico e as realidades fáticas. O direito, diante deste quadro, passa a ter que ampliar suas funções básicas, não mais se limitando às funções de absorção de conflitos e à produção de “segurança jurídica”. A explosão de movimentos sociais e a heterogeneidade de suas demandas requerem do judiciário uma nova postura, pois este não consegue mais atender a estas expectativas ao tomar como modelo a dogmática jurídica. José Eduardo Faria (1997) questiona o modelo liberal de direito nas sociedades complexas, que se caracteriza, segundo ele, como um modelo:

Dogmático e lógico-formal, tendo na ênfase ao equilíbrio entre os poderes e à imparcialidade e neutralidade do Judiciário dois pilares fundamentais, esse modelo privilegia a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais, aceita o Estado como a única fonte de direito, o qual é encarado como a cristalização de uma razão abstrata e atemporal, concebe a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e considera os juízes como simples aplicadores/executores dos padrões normativos vigentes, vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais exerçam e ditem as regras de conduta a partir de sua própria existência (FARIA, 1997, p. 6).

O autor refere que o termo liberalismo é, hoje em dia, uma expressão vaga e ambígua, um conceito aberto e impreciso, assim como a noção de democracia. Tomando como ponto de partida estas questões, o autor discute suas relações com o direito. Faria (1997) descreve o liberalismo jurídico-político atual como um “lugar-comum”, uma prática retórica com uma grande carga ideológica/emocional e com uma grande capacidade de produção hegemônica e de manutenção de dominação. Para o autor, o liberalismo através de uma retórica descritiva/informativa, e com base no princípio da legalidade e da liberdade formal, oculta na verdade o seu caráter emotivo/persuasivo.

A noção de liberalismo sempre esteve associada à idéia de livre mercado, propriedade privada, livre autonomia, liberdade formal e legalidade, e também se encontra ligada à história da democracia moderna. Sobre a ligação entre liberalismo e democracia, Faria (1997) assevera que:

O denominador comum entre ambos é a noção de *Estado de Direito*, fórmula por meio da qual a ordem democrático-liberal articula a conversão dos interesses particulares e contraditórios em “interesses gerais”, mediante a aparente conciliação do pluralismo socioeconômico com a unidade do sistema legal – conciliação esta retoricamente justificada em nome da necessidade de um mínimo de segurança das expectativas obtidas a partir da validade formal de uma Constituição (FARIA, 1997, p. 24).

O sistema jurídico liberal apresenta-se como coerente e completo, entretanto, a heterogeneidade social e dos conflitos demandam que esta ficção, para que se torne efetiva, tenha que permanentemente reforçar a sua ideologia de obediência às normas, o que se torna cada vez mais difícil numa sociedade complexa. Diante desta dinâmica, Faria (1997) refere que a lei não possui um caráter meramente informativo, mas de formação de opinião, e destaca o papel da linguagem e dos mitos da ordem jurídico-política liberal. A linguagem, nesse sentido, não é utilizada apenas para a informação ou compreensão, mas como um instrumento de transformação ideológica e de opinião. Sobre como opera essa dissimulação no campo jurídico, o autor explica que:

Ao mesmo tempo, como a efetividade das instituições de direito depende da internalização dos valores de obediência, as leis são revestidas da aparente neutralidade – o que é possível graças à perversão ideológica que dissimula as funções diretivas, operativas e fabuladoras das normas, sob a máscara de suas funções informativas. Daí, como vimos, a tendência da ordem jurídico-político liberal a ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas de suas normas, procurando controlar relações sociais contraditórias cada vez menos “reguláveis” pelos processos jurídicos formais estritos e tipificantes, bem como integrar o universo dos litígios, incongruências e tensões decorrentes dessas relações mediante textos legais dotados de uma aparência de objetividade, imparcialidade e coerência (FARIA, 1997, p. 28).

Este tipo de sistema jurídico se mantém através da chamada dogmática jurídica. A dogmática postula que o direito se limita às normas, que devem ser simplesmente aplicadas de maneira lógica e racional, e que instituem categorias abstratas, possibilitando a unidade e completude deste sistema. Em oposição a esta perspectiva positivista do direito, existe uma visão mais crítica que entende o direito como um sistema aberto, e que visa explicar a mútua relação entre direito e sociedade, denunciando as dissimulações da dogmática jurídica.

Historicamente o Estado Liberal se desenvolveu juntamente com a ascensão da burguesia no século XVIII, e com base nos valores da legalidade e do direito formal, que possibilitavam aos cidadãos conhecerem previamente as normas, concedendo-lhes, portanto, segurança jurídica. No âmbito econômico, a concepção

era de livre mercado, e o direito exercia o papel de garantir o equilíbrio natural da produção e circulação de riquezas. Gradativamente, com o desenvolvimento capitalista, a auto-regulação da economia foi sendo alterada devido à necessidade de intervenção do Estado no âmbito econômico. A transição do Estado liberal para o Estado intervencionista alterou também o paradigma jurídico, modificando o formalismo em função das intervenções estatais e descentralizações administrativas, demandando uma nova forma de intervenção nas relações sociais. As normas jurídicas diversificam-se dentro deste quadro de organização e regulamentação estatal, e a sua legitimidade não se resume mais a uma mera formalidade, mas a uma eficácia no âmbito dos órgãos burocráticos do Executivo. Aos poucos, aumenta o poder discricionário do burocrata e do juiz, o que contribui para a “crise” do direito, para o desequilíbrio entre os Poderes, e para o enfraquecimento dos pilares da dogmática jurídica (FARIA, 1988).

Para Faria (1997) o poder judiciário está enfraquecido e em crise de identidade, e também num conflito entre diferentes concepções de ordem jurídica. A “crise” do direito está relacionada com a incapacidade do sistema jurídico em atender as demandas sociais complexas. A fim de situar o judiciário em relação ao Estado brasileiro, José Reinaldo de Lima Lopes (1997) afirma que, de acordo com a clássica Teoria da Tripartição dos Poderes elaborada por Montesquieu no século XVIII, que estabeleceu um modelo de Estado baseado na soberania da representação popular que é exercida pelo Parlamento, os integrantes do judiciário, como não são eleitos pelo povo, seriam um grupo de funcionários especiais, sujeitos às leis, e não propriamente um poder. Entretanto, o judiciário é um órgão do Estado, e está subordinado às leis, portanto, para o autor, as crises do Estado, dentre elas as crises políticas, são também crises do judiciário. O mesmo autor afirma que a primeira função política do judiciário contemporâneo é a sua função legitimadora, através do controle dos órgãos do Estado. Por meio da idéia de que os juízes estão sujeitos às leis e afastados de outros órgãos, é que o judiciário fundamenta a sua legitimidade. Em suas palavras:

Nas crises políticas é que se avalia a independência do Judiciário. Quando ocorrem as rupturas da ordem constitucional, qual é o procedimento do Judiciário? Em geral coloca-se fora da questão e legitima, por sua omissão ou às vezes de maneira ativa, a ruptura e passa a julgar de acordo com um novo “ordenamento” ditado pelo ato de força (LOPES, 1997, p. 136).

Além dessas funções políticas no Estado contemporâneo, o judiciário teve ampliada suas funções de garantidor dos direitos sociais e econômicos. A partir da conquista desses direitos consagrados principalmente pela Constituição Federal de 1988, o judiciário, quando provocado a decidir sobre estas questões, está se manifestando sobre os fundamentos políticos. O judiciário também vem exercendo a função de desarmar os conflitos, absorvendo-os à ordem jurídica e despolitizando-os. Lopes (1997) cita o exemplo da Justiça do Trabalho:

A necessidade de continuar produzindo e a irreversibilidade do avanço do capitalismo industrial fez com que se institucionalizasse o conflito trabalhista. Hoje o conflito está absorvido. As greves, a não ser na cabeça de quem aguarda a qualquer momento a irrupção da era messiânica (à esquerda), ou ao caos iminente (à direita), não têm mais necessariamente um caráter desagregador. São políticas porque impõem concessões, negociações, poder. Mas não se consegue com muita facilidade, a partir das greves, como por exemplo a partir de uma greve geral, questionar a totalidade dos rumos da sociedade, as decisões de produzir, etc (LOPES, 1997, p. 140).

A última função citada por este autor é a função mediadora exercida pelo judiciário entre as demandas sociais e o Estado. Através das decisões judiciais e das interpretações jurisprudenciais os tribunais determinam o sentido e o alcance das leis (LOPES, 1997). Podemos afirmar, portanto, que o judiciário teve nas últimas décadas suas funções ampliadas, passando a ser um canal de comunicação e reivindicação de diversos direitos sociais. Também podemos constatar que a sua independência lhe possibilita um poder de se posicionar da maneira mais conveniente diante de determinado cenário político. Assim, estrategicamente, o judiciário tem o poder de politizar ou despolitizar um conflito, e sob o manto da imparcialidade, mantém o seu papel de legitimador da ordem estatal.

### **2.3 O discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade**

A partir da segunda metade do século XX, com o fortalecimento cada vez maior dos movimentos sociais como o de mulheres e homossexuais, cresceram as demandas destes grupos por maior igualdade e direitos. Apesar dos avanços legislativos em prol da isonomia e proteção da mulher, especialmente os conquistados na Constituição Federal de 1988, na prática, muitos desses direitos não conseguem ser efetivados. O discurso jurídico, de uma maneira geral, sempre

se deu a partir de uma visão e de um modelo masculino e heterossexual. Pierre Bordieu (2001) trabalha a questão de como os discursos masculinos não precisam ser justificados, nem legitimados, pois se constituem em um poder que se impõe de forma arbitrária, a violência simbólica. Assim, através de práticas uniformizadas, a interpretação do Direito se construiu tomando como modelo o masculino, e relegando ao feminino a posição de “outro”.

No âmbito do direito, os discursos podem ser de inclusão ou de exclusão de um determinado grupo. Um determinado posicionamento, portanto, tem um impacto determinante na vida das pessoas. As mulheres, por exemplo, já foram excluídas do direito de se candidatar e votar. Da mesma forma, já foram consideradas pelo Código Civil de 1916 relativamente incapazes, e precisavam da autorização do marido para a prática de atos civis, o que veio a ser modificado em 1962 com o Estatuto da Mulher Casada. No plano internacional, podemos afirmar que o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres começou através da Carta das Nações Unidas, de 1945, e da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Da mesma forma, importantes convenções internacionais<sup>12</sup> foram determinantes para a conquista de direitos civis e políticos das mulheres, e para a eliminação de discriminações em razão de sexo. No Brasil, estas previsões refletiram diretamente nas modificações que foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à igualdade de gênero. Apesar das disposições Constitucionais de igualdade entre homens e mulheres, foi somente a partir da edição do Código Civil de 2002, com as transformações que foram inseridas no âmbito do direito de família, que efetivamente antigas discriminações foram superadas.

O sistema jurídico brasileiro sofreu profundas alterações com a promulgação da CF/88. Alguns dos princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a proibição de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, e outras formas de discriminação, e a garantia fundamental de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, consagrados princípios democráticos de direito,

---

<sup>12</sup> Destacam-se, nesse sentido, a Convenção Interamericana sobre a concessão de direitos civis à mulher, de 1948, e a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos políticos da mulher, de 1953. Ambas ratificadas pelo Brasil através dos Decretos-legislativos 31643/52 e 52476/63, respectivamente. Por fim, citamos a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, aprovada em 1979 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

foram fundamentais para a possibilidade de novas perspectivas acerca da discriminação sexual. Entretanto, ainda encontra-se muito deficitária a efetiva compreensão e concretização destes princípios. A CF/88 é uma constituição moderna, que prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Dentre seus princípios fundamentais destaca-se o da dignidade da pessoa humana, que é o centro de toda e qualquer interpretação constitucional e infraconstitucional. Também elencou dentre os objetivos fundamentais do país a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A Carta Constitucional possui um capítulo especial dispendo sobre a família, criança, adolescente e idoso. No seu artigo 226 estabelece que a família é a base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado. O parágrafo terceiro deste mesmo artigo reconheceu a União Estável entre homem e mulher como entidade familiar, além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Da mesma forma, tal artigo estabeleceu a igualdade entre cônjuges na sociedade conjugal. Outra importante previsão deste capítulo foi a isonomia entre filhos havidos ou não na relação de casamento, e os adotados, proibindo antigas designações preconceituosas tais como filhos adulterinos, filhos incestuosos, entre outras. A instituição família foi, portanto, ampliada, não decorrendo unicamente do casamento, como previsto nas Constituições anteriores.

Na estrutura do Direito de Família e do ordenamento jurídico brasileiro, a sexualidade sempre foi regulada de acordo com a binariedade e complementaridade dos sexos, e com o padrão de normalidade heterossexual. As transformações sociais que ocorreram a partir da segunda metade do século XX, como o declínio do modelo de família tradicional, foram gradualmente alterando a concepção jurídica de família. O antigo modelo de família mononuclear vem enfraquecendo diante de uma nova visão sobre sexo, casamento e reprodução. Atualmente, o entendimento sobre a família moderna reconhece os novos valores e as novas formas de constituição familiares, baseadas no afeto e solidariedade dos membros, e não apenas focadas no seu próprio sustento e procriação. Com base na Constituição Federal, o Código Civil de 2003 incorporou diversos princípios constitucionais, o chamado Direito de Família constitucionalizado, que entende o direito para além do Código (FACHIN, 2003).

Mesmo diante das novas realidades sociais, grande parte do discurso jurídico parece ainda estar comprometido com a manutenção do *status quo*. Lênio Streck (2005) aponta para o que ele chama de crise da dogmática jurídica, uma crise de modelo de direito não preparado para atender as demandas sociais, e refém da tradição liberal, individualista e normativista; e, de outro lado, uma crise de caráter hermenêutico, que ainda pensa o direito sobre o ponto de vista sujeito-objeto, e que como consequência produz um direito alienado da sociedade.

O discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade demonstra os diversos sentidos que são atribuídos a tais categorias. Os discursos sobre as uniões homossexuais, por exemplo, se fizeram necessários diante da omissão legislativa sobre a matéria. Num primeiro momento, o poder judiciário situava tais uniões no campo do direito obrigacional, pois eram entendidas como sociedades de fato que davam ensejo apenas a uma “divisão de lucros”. Decisões pioneiras, que começaram pela Justiça gaúcha, deslocaram os julgamentos sobre essas questões das varas cíveis para o âmbito dos juizados de família, passando a reconhecer as uniões como entidades familiares. Trata-se de uma mudança importante, que passa a conferir direitos das uniões estáveis heterossexuais, incluindo direitos sucessórios, entre outros (DIAS, 2003). Entretanto, existem posicionamentos contrários que entendem que a Constituição Federal não prevê expressamente esta espécie de comunidade familiar, inadmitindo, assim, o reconhecimento de outras, e conseqüentemente não podendo a legislação ordinária ou o judiciário alterar esta questão. Os que sustentam esta concepção concebem o texto constitucional de acordo com o dogma da completude, ou seja, entendem que a constituição já está completa e com respostas definidas (RIOS, 2003). Esta perspectiva faz parte de uma retórica que não compreende o papel do direito, que não é mais rígido, positivista, e demanda uma visão mais plural diante de uma sociedade complexa. Orlando Villas Bôas Filho (2006), sobre a relação entre direito positivo e decisão, assevera que:

Em termos bastante gerais, pode-se afirmar que a problemática da legitimação do direito moderno decorre da impossibilidade de fundamentá-lo a partir de cosmovisões e de concepções de mundo baseadas num *ethos* coletivamente compartilhado. Nesse contexto, uma fundamentação do direito não poderá mais residir em fontes que outrora o validavam de modo inquestionável, como a religião, a moral ou o direito natural (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 208).

Em relação à questão das mulheres no direito, apesar das conquistas legislativas que instituíram a igualdade jurídica entre os sexos, ainda se faz presente uma visão masculina do direito, marcada pelo patriarcalismo. Essa visão se reflete na aplicação das normas, classificando e discriminando as mulheres. Nesta perspectiva, ressalta Sabadell (2005): “o estudo da cultura patriarcal torna-se relevante para o direito na medida em que as violações dos direitos das mulheres mantém uma relação direta com elementos dessa cultura” (SABADELL, 2005, p. 233). Pode-se dizer que há um consenso entre as teorias feministas ao reconhecer a existência de um grande formalismo jurídico. O direito estabelece uma identidade sexual monolítica, que acaba por vezes sendo desconstruída por uma realidade social que vai além das previsões dos códigos.

O Poder Judiciário sempre foi um instrumento de conservação social, preservando a moral e os bons costumes, o patriarcalismo, a família tradicional, e exercendo o controle sobre a sexualidade, principalmente sobre as mulheres e seus corpos. A construção histórica e social que instituiu a naturalização da desvalorização e desigualdade das mulheres, também se reflete nos discursos jurídicos que produzem e reproduzem o que é hegemonicamente estabelecido pela sociedade. Nesse sentido, o Direito constrói e define, por exemplo, o que é a família, o que é natural ou normal, enfim, o que é ou não permitido. Considerando, entretanto, que o discurso jurídico não é apenas um meio de conservação, mas também de mudanças sociais, temos que o discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade, pelo menos de parte do Judiciário, vem possibilitando grandes alterações nas estruturas familiares. Contrariamente, outros discursos que não querem aceitar a inclusão de novos direitos, vêm mantendo uma perspectiva “conservadora”. É espantoso verificarmos a existência de discursos jurídicos que se baseiam, expressamente ou de forma velada, em argumentos religiosos ou “naturais”, através de justificativas “da natureza”.

Seja qual for a lógica dos discursos em disputa, o que se ressalta é que não há um discurso jurídico neutro, nem mesmo pretensamente “imparcial”, como defendem os operadores do Direito, pois a subjetividade carrega todas as concepções de vida, morais, religiosas, filosóficas, etc. Assim, todos os discursos carregam um componente ideológico que os fundamentam. Nesse sentido, Eros

Roberto Grau (2005) falando sobre a importância dos princípios jurídicos no direito e para os intérpretes, afirma:

De todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na prática do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas (GRAU, 2005, p. 51).

No âmbito do nosso trabalho, queremos demonstrar, a partir da análise dos discursos da 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o antagonismo entre diferentes posições acerca de temas envolvendo gênero, sexualidade e família. No âmbito do Direito existe uma mística e uma ficção que procuram velar este caráter político do Direito. Através da observação de trechos dos acórdãos podemos verificar que os argumentos fundamentais e basilares das decisões, apesar de se apresentarem ou se justificarem a partir da utilização de uma técnica jurídica, ou de acordo com o Direito, são na verdade expressões de uma Ideologia. De um lado, existe um discurso que efetivamente reconhece a igualdade jurídica da mulher e os novos valores sociais no que se refere à sexualidade e às novas formas de famílias. De outro lado, permanecem as visões patriarcais, androcêntrica e heterocêntrica do direito. Entretanto, percebemos que os discursos jurídicos ditos “conservadores” que sempre foram a maioria e os que prevaleciam nos Tribunais, vêm nos últimos anos perdendo força e espaço para discursos “avançados”. Verificamos isto nas matérias de direito de família que envolvem questões como uniões homossexuais, monogamia, adoção, entre outras. Discursos institucionalizados como o discurso jurídico refletem as concepções sociais de gênero. Tais discursos constroem significados através da interpretação e da prática do direito. Portanto, os discursos sobre gênero e sexualidade produzem e reproduzem um saber e uma verdade sobre o sexo.

Os movimentos sociais que lutam em prol da ampliação da cidadania de mulheres e homossexuais têm avançado muito nos últimos anos, e, aos poucos, vai sendo alterado o modelo conservador da família. No Brasil não existe nenhuma legislação específica regulamentando as uniões homossexuais. Foi a partir de casos concretos que foram levados ao Poder Judiciário que começou a ser formar uma jurisprudência sobre o assunto e decisões favoráveis à concessão de direitos a esse grupo. Juízes tidos como “mais avançados” foram os primeiros a sinalizar uma abertura a estas demandas, através de uma interpretação do Direito baseada nos

princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, e com a valorização do afeto como o elemento central na constituição de uma família. As uniões homossexuais, num primeiro momento, eram entendidas como sociedades de fato, que quando dissolvidas ensejavam uma “divisão de lucros”, e os processos tramitavam nas Varas Cíveis, com eventuais recursos julgados pelas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça. O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul foi o primeiro a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando analogicamente a legislação que dispõe sobre a união estável, e os processos passaram a tramitar nas Varas de Família. Diferentemente do resto do país, o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul estruturou-se de maneira especializada não só no chamado primeiro grau de jurisdição (juizes das varas), mas também no chamado segundo grau de jurisdição (Tribunal de Justiça). No TJ/RS o chamado 4º Grupo Cível, formado pelas 7ª e 8ª Câmaras Cíveis é o que detém competência em relação a matérias que envolvam família, sucessão, união estável e criança e adolescente. Vamos fazer um breve histórico, tentando sistematizar importantes decisões da justiça, sem ainda entrar no mérito da análise dos discursos, o que será feito no capítulo quarto deste trabalho.

A violência simbólica decorrente da invisibilidade jurídica a que sempre estiveram submetidos os casais homossexuais vem perdendo força nos últimos anos em decorrência de uma crescente aceitação e procedência de tais demandas. A primeira decisão da justiça no país a fixar a competência da matéria no âmbito do direito de família foi em 1999, através do julgamento de um Agravo de Instrumento<sup>13</sup> pela 8ª Câmara Cível do TJ/RS. Até este momento as ações não tramitavam nas varas de família, mas nas varas cíveis. A segunda decisão importante do TJ/RS foi através de uma Apelação Cível<sup>14</sup> que reformou uma sentença de um juiz de primeiro grau que havia indeferido um pedido de reconhecimento de união homossexual sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido face à inexistência de legislação específica sobre a matéria. Esta decisão abriu caminho, portanto, para a inclusão das uniões homossexuais no âmbito do direito de família, e dos direitos daí decorrentes. A terceira grande decisão do TJ/RS foi o julgamento de uma Apelação

---

<sup>13</sup> Agravo de Instrumento n. 599075496. Oitava Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Data de julgamento: 17 de junho de 1999. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

<sup>14</sup> Apelação Cível n. 598362655. Oitava Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Des. José Trindade. Data de julgamento: 01 de março de 2000. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

Cível<sup>15</sup> que se tornou a primeira da justiça no país a conceder direito à herança ao companheiro do mesmo sexo. A partir destas decisões, diversas demandas passaram a serem propostas em todo o país em busca do reconhecimento de uniões e conseqüentes direitos, incluindo direitos sucessórios (DIAS, 2003).

Tanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>, quanto o Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>, órgãos máximos da justiça do país, também já se manifestaram sobre o reconhecimento das uniões homossexuais, firmando jurisprudência sobre o assunto. A partir de uma decisão histórica e vinculante às instâncias inferiores do judiciário, proferida em 05 de maio de 2011, o STF passou a reconhecer as uniões homossexuais como entidades familiares, e conferiu-lhes o mesmo *status* das uniões estáveis heterossexuais. Desde então, diversos casais homossexuais passaram a procurar cartórios em todo o país com o intuito de registrar suas uniões. Além disso, também passaram a buscar converter a união estável em casamento, assim como ocorre entre casais heterossexuais. Na tentativa de barrar as alterações que estavam ocorrendo, decisões arbitrárias, como a do juiz e também pastor da Igreja Evangélica Assembléia de Deus, Jeronymo Pedro Villas Boas, do Estado de Goiás, que anulou o contrato de união estável firmado por um casal homossexual feito após a decisão do STF, teve que ser anulada pela corregedoria do Tribunal do Estado de Goiás e posteriormente cassada pelo STF. Em sentido contrário, decisões pioneiras começaram a surgir, como a do juiz Fernando Henrique Pinto, de São Paulo, que em 27/06/2011 proferiu a primeira sentença no Brasil a converter uma união estável homossexual em casamento, e que incluiu a mudança no cartório de registro civil. A partir de então, outros casais adotaram a mesma atitude. Em julho de 2011, no Estado de São Paulo, uma juíza foi a primeira a autorizar a celebração direta de casamento civil entre homossexuais, sem a necessidade de conversão da união estável, como vinha ocorrendo. Da mesma forma, diversos casais

---

<sup>15</sup> Apelação Cível n. 70001388982. Sétima Câmara Cível do TJ/RS. Relatora: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Data de julgamento: 14 de março de 2001. Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

<sup>16</sup> STJ, REsp 827.962 - RS (2006/0057725-5), Rel. Min. João Otávio de Noronha, Data de julgamento: 21/06/2011; STJ, REsp 930.460, Proc. 2007/0044989-0, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, Data de julgamento: 19/05/2011; STJ, REsp 1.085.646/RS, Rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, Data de julgamento 11/05/2011. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<sup>17</sup> STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Data de julgamento 05/05/2011; STF, RE 568.129, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento 01/07/2011; STF, RE 477.554, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento 01/07/2011; STF, RE 596.010, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento 01/08/2011; STF, RE 477.554, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento 16/08/2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

conseguiram celebrar seus casamentos, incluindo os famosos “casamentos coletivos”. Estes inúmeros avanços que rapidamente passaram a ocorrer geraram, sem dúvida, enormes reações de setores conservadores da sociedade. Propostas de instituição do “dia do orgulho hetero”, proposta da Câmara dos deputados para que se discutisse a decisão do STF, são exemplos disto.

Boa parte do discurso jurídico contemporâneo sobre gênero e sexualidade no Brasil tem influência de obras pioneiras sobre a matéria de autoria da desembargadora aposentada do TJ/RS, Maria Berenice Dias<sup>18</sup>. Essa autora sempre advogou teses a favor do reconhecimento e da aplicação da plena igualdade jurídica entre homens e mulheres. Da mesma forma, sempre defendeu a posição de que a omissão legislativa não significa a ausência de direito, reconhecendo o papel do Poder Judiciário num contexto de transformações sociais. Sobre este papel do judiciário no que diz respeito às uniões homossexuais a autora afirma:

No entanto, preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastem dos padrões aceitos como normais. Igualmente não pode levar o julgador a invocar o silêncio da lei para negar direitos a quem escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social e merece tutela jurídica. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos. Há muito já caiu a venda que tapava os olhos da Justiça. O símbolo da imparcialidade não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada (DIAS, 2003, p.17).

No mesmo sentido, Roger Raupp Rios (2003) sobre o direito de igualdade, afirma a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual. Considerando as chamadas dimensões formal (igualdade perante a lei) e material (igualdade na lei) do princípio da igualdade, o mesmo autor explica que, em relação à sexualidade, a igualdade formal significa o mesmo tratamento jurídico, independentemente de orientação sexual. Já a igualdade material significa a exigência de tratamento igual, através de um juízo que pode ser de equiparação ou diferenciação. Entretanto, para o tratamento diferente é necessário que haja uma razão suficiente, uma justificação racional, pois senão ocorrerá violação ao princípio da igualdade, e a diferenciação será arbitrária. Com isto, afirma o autor: “No caso da

---

<sup>18</sup> Esta autora criou a expressão “homoafetividade”, em substituição à homossexualidade (modo de ser) e homossexualismo (expressão que pelo sufixo remetia à idéia de doença), para ressaltar a questão do afeto que envolve tais relações. Dentre suas obras se destacam: União Homossexual, o preconceito e a justiça; Homoafetividade, o que diz a justiça!; Manual de Direito das Famílias; A justiça e os crimes contra as mulheres; entre outras.

homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério de orientação sexual” (RIOS, 2003, p. 51).

Assim, a razão para adotar um posicionamento jurídico que negue a concessão de direitos aos homossexuais deve estar fundamentada em uma justificativa racional, e em consonância com o atual momento histórico. Sabe-se que não existe um consenso, nem mesmo uma explicação reconhecidamente conclusiva sobre a questão da homossexualidade, seja pela psicanálise, medicina, biologia, ou outras áreas. Nesse sentido, tendo em vista os diversos argumentos existentes sobre a sexualidade, as decisões jurídicas que não reconhecem o caráter familiar das uniões formadas por casais do mesmo sexo parecem ser fundamentadas com base em um único paradigma sexual, a heterossexualidade.

Neste contexto, a sexualidade, entendida como construção social, vem sendo definida e redefinida ao longo da história. Da mesma forma, ela não escapa de ser continuamente construída e reconstruída pelo discurso jurídico, o que podemos perceber através da diversidade de sentidos que lhe são atribuídos por tal discurso.

Podemos apontar que, nos últimos anos, a questão dos direitos dos homossexuais tem obtido inúmeros avanços junto ao Judiciário. Também percebemos alterações sociais no modelo tradicional de família, tendo em vista o crescimento de outros tipos de configurações familiares, como casais sem filhos, famílias monoparentais, famílias reconstruídas de uniões anteriores, entre outras. Com efeito, boa parte do discurso jurídico contemporâneo vem acompanhando e reconhecendo estas mudanças, o que parece caracterizá-lo como um discurso avançado.

## **2.4 Campo Jurídico e Campo Político**

Após termos abordado a questão do poder judiciário e do discurso jurídico contemporâneo, vamos neste item falar sobre o terreno no qual estes discursos operam, o campo jurídico. Antes de trabalharmos a relação entre o campo jurídico e político, iremos nos reportar ao pensamento de Pierre Bourdieu para conceituar o que pode ser entendido por campo jurídico. Este autor define campo jurídico como o

lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, no qual agentes revestidos de competência social e técnica têm o poder de interpretar e apontar a visão legítima e justa da ordem social (BOURDIEU, 2001). Pensamos que seja importante mencionar esta referência teórica em nosso trabalho na medida em que este analisa no capítulo quatro duas posições antagônicas existentes no TJ/RS sobre o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Assim, as posições contrárias e favoráveis a este reconhecimento disputam a consolidação no Tribunal da interpretação que entendem como a correta.

Para Bourdieu, a questão da interpretação do direito ocorre por meio da linguagem jurídica, através de uma retórica que visa à produção de um efeito de neutralização e universalização do direito, ou seja, expressar a imparcialidade e a generalidade das regras do direito e das funções dos agentes, por meio da construção de uma linguagem impessoal e abstrata (BOURDIEU, 2011). Estes agentes, através das decisões judiciais, têm o poder do monopólio da violência simbólica legítima, o poder de nomeação, que opera dentro de um sistema que funciona de forma a conservar esta ordem simbólica. Neste contexto, o direito é uma forma de manifestação do poder simbólico, e que através da interpretação das normas tem o poder de exercer o controle social. O poder simbólico seria esta capacidade que o direito tem de produzir o efeito de ser reconhecido por meio da relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão submetidos, ou seja, a capacidade de fazer com que se mantenha desconhecida a arbitrariedade do seu funcionamento. Nesse sentido, o campo jurídico se estrutura de maneira a produzir e reproduzir a crença na sua legitimidade (BOURDIEU, 2011).

Segundo Bourdieu, o direito opera, portanto, no sentido da sua manutenção e da manutenção do *status quo*. Assim, como podemos pensar esta questão diante da chamada politização do judiciário, ou seja, diante de demandas que reivindicam a alteração do *status quo*? Nesse sentido, não seria esta “politização” um mecanismo interessante para a consecução das mudanças sociais? A partir destes questionamentos é que trabalhamos a relação entre o campo jurídico e político.

Antes de falarmos sobre a atual relação entre o campo jurídico e político no país, vamos fazer um breve histórico do sistema jurídico e as suas intersecções com o setor político. Historicamente, no Brasil colônia, o sistema jurídico foi construído inspirado no sistema jurídico português, no qual a justiça era comprometida com os

valores do reino e do rei. As causas que eram submetidas aos magistrados envolviam apenas os interesses das elites, e os juizes julgavam de forma subordinada ao rei. Ao longo do período do Império a dinâmica era mais ou menos parecida, só que desta vez o judiciário estava comprometido com os interesses das oligarquias latifundiárias. O acesso à magistratura ocorria por nomeação do Imperador e de acordo com o desempenho nas funções administrativas que eram exercidas nos diferentes cargos de Estado. Aos juizes cabia apenas a aplicação da lei, não lhes sendo permitido fazer interpretações contrárias à letra da lei. Na época, o acesso à carreira política pelos bacharéis em Direito ocorria após a designação ao cargo jurídico, o que demonstra a íntima ligação da magistratura da época com o campo político, o que veio a ser modificado com a alteração da lei eleitoral em 1881. Da mesma forma demonstra a subordinação da mesma em relação ao poder das elites locais, e que acarretava uma aplicação do direito comprometida com este poder político. No período da República, a partir da Constituição de 1891, o Judiciário se torna independente (HOERNER, 1998). A partir daí, diversas Constituições se seguiram até chegarmos à atual, de 1988. Lopes (1997) é bem crítico no que tange a este histórico do Judiciário quando afirma que:

De qualquer modo, a justiça como administração, alheia às lutas políticas, ficou como um mito das origens do Judiciário brasileiro, pelo menos ficou como um ideal bastante forte (LOPES, 1997, p.131).

A partir da redemocratização, a estruturação do campo jurídico brasileiro se modifica. Fabiano Engelman (2006) aponta que a ampliação dos cursos de direito e de pós-graduação introduziram nos currículos uma nova perspectiva, mais social, e contribuíram para alterar a compreensão e interpretação do direito. Da mesma forma, o autor refere que uma maior aproximação dos juristas com o campo político, e o aumento da jurisdicionalização política pelos movimentos organizados, também foram fatores que alteraram o campo jurídico no país.

A conquista dos direitos sociais e econômicos é fruto de lutas políticas e sociais ao longo do século XX, e a transição do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar trouxe conseqüências para o campo jurídico, como a ampliação do papel do judiciário. As oposições e contradições do Estado de Direito tornam-se também cada vez mais perceptíveis dentro deste contexto. No Brasil, com a CF/88 o papel do Judiciário é ampliado, e este passa a ter que responder às diversas demandas que

são propostas no sentido de defesa das garantias e dos direitos individuais e sociais que foram conquistados. A Constituição também passa a prever diversos mecanismos visando à concretização e efetivação desses direitos. Essa ampliação do papel do judiciário trouxe como conseqüência a problemática da solução de demandas cada vez mais complexas. Um exemplo de ampliação do papel do judiciário é a atuação do Supremo Tribunal Federal, o órgão máximo do sistema judiciário no país, através do controle de constitucionalidade das leis. Por meio deste mecanismo, o STF analisa a adequação das leis à Constituição Federal, e com isto tem o poder de controle de atos dos poderes executivo e legislativo, o que lhe confere uma grande capacidade decisória sobre a regulamentação normativa no país. Age, de acordo com Arantes (2004), como um terceiro poder político de Estado. Podemos citar como exemplo desta atuação do tribunal a questão das uniões homossexuais, quando diante da omissão legislativa, o mesmo teve de se manifestar para confirmar o reconhecimento de tais uniões. Esta ampliação do papel do STF também ocorre pela competência que lhe é conferida, através da previsão de controle das leis, e por outros mecanismos de controle instituídos principalmente a partir da CF/88.

A relação que existe entre os campos jurídico e político também pode ser observada através da forma como se estrutura o poder judiciário brasileiro. Conforme Engelmann:

A própria organização interna do Judiciário opõe os concursos públicos para a justiça de primeiro grau às indicações para a composição dos tribunais superiores. Essa estrutura tende à clivagem entre instâncias judiciais que julgam conflitos interindividuais, como a justiça de primeiro grau, e os tribunais superiores, mais políticos (ENGELMANN, 2006, p. 104).

A forma como se estrutura o poder judiciário brasileiro está prevista na CF/88. De uma maneira geral, ele está dividido em diversos órgãos, sendo o Supremo Tribunal Federal a maior e última instância, e o responsável, dentre outras atribuições, por zelar pela observância da Constituição Federal. Os ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal. Já o Superior Tribunal de Justiça tem como função, dentre outras, a de uniformização de interpretação das leis federais, e julgar os recursos de decisões dos Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados. A nomeação dos ministros ocorre da mesma forma que a do STF. Devemos também

informar aqui que a justiça brasileira se divide em justiça comum e justiça especial. Dentre os órgãos da justiça comum estão: os Tribunais Regionais Federais (segunda instância) e os juízes federais (primeira instância) e os Tribunais de Justiça dos Estados (segunda instância) e juízes estaduais (primeira instância). Já a chamada justiça especial é composta pelos tribunais e juízes do trabalho, pelos tribunais e juízes eleitorais e pelos tribunais e juízes militares.

Nesse sentido, podemos dizer que em manifestações dos tribunais superiores é que podemos vislumbrar melhor o caráter político de algumas decisões, menos perceptíveis quando proferidas por juízes de primeira instância. Assim, esta questão da indicação do presidente da república para a composição dos tribunais superiores também sinaliza esta característica mais política dos órgãos superiores.

Outros fatores, além da forma como se estrutura o poder judiciário, dizem respeito às relações entre os campos político e jurídico. Citamos aqui o fato de o poder legislativo no Brasil se omitir em diversas questões em função do comprometimento eleitoral, ou seja, os políticos não querem vir a perder eleitores por causa de um determinado posicionamento. Esta dinâmica, por vezes, contribui de alguma forma para o fato do poder judiciário vir a ser chamado para solucionar estas questões.

Diante, portanto, de algumas impossibilidades e/ou frustrações de certos setores em conquistarem e/ou ampliarem direitos civis e sociais junto aos Poderes Legislativos e Executivo, diversos grupos sociais vêm encontrando no Poder Judiciário respostas às suas demandas. Assim, houve um aumento de ações em todas as instâncias do judiciário de grupos e movimentos sociais organizados na luta pela implementação de direitos e consecução de objetivos políticos (ARANTES, 2004). O Poder Legislativo, por exemplo, possui bancadas de representantes de Igrejas, como a evangélica e a católica, que pautam suas decisões parlamentares em crenças e dogmas religiosos. Da mesma forma, o Poder Executivo, em algumas situações, tem que ceder a pressões de certos setores mais conservadores do governo para que possa viabilizar o seu trabalho. Podemos verificar que, atualmente, os Poderes Legislativo e Executivo estão desacreditados pela sociedade, e há uma onda de confiança e esperança no Poder Judiciário como fonte de solução de diversas questões sociais, o que vem aumentando o papel deste num contexto social de transformações. Este fenômeno do ingresso de ações judiciais

que buscam a realização de direitos sociais ficou conhecido como a “politização do Judiciário” ou a “judicialização da política”, e é um tema bastante complexo e que gera divergências. A judicialização da política consiste, portanto, nessa ampliação dos papéis e da intervenção de juízes e de tribunais em questões “políticas”.

Luiz Werneck Vianna (1999) aponta que a judicialização da política e das relações sociais diz respeito ao aumento da ingerência do direito não apenas nas esferas políticas, mas, principalmente, na esfera privada, incluindo a regulação da sociabilidade e das práticas sociais. As questões familiares, por exemplo, sempre estiveram associadas à esfera privada, e nesta eram resolvidas, envolvendo principalmente as relações de gênero. Não é por acaso que a chamada segunda onda do feminismo propôs que “o pessoal é político” abrindo a discussão sobre as fronteiras entre o público e o privado. O mesmo autor sustenta que a questão da judicialização das relações sociais está associada a um processo histórico da sociedade brasileira, no qual a conquista de direitos e das liberdades políticas ocorreu de forma dissociada de uma mudança cultural. Segundo Vianna (1999), após a redemocratização, o judiciário ampliou o seu papel, passando a ser um canal de ampliação e exercício de cidadania. No mesmo sentido, Gisele Cittadino (2004) entende que o fenômeno da judicialização da política está vinculado a esta relação do judiciário com a concretização dos direitos assegurados por uma Constituição democrática.

Celso Fernandes Campilongo (1997) refere que o debate acerca das relações entre magistrados, sistemas jurídicos e sistemas políticos normalmente se dá a partir de uma metodologia que se baseia na dicotomia entre os chamados ponto de vista interno ao direito (pessoas que reconhecem as normas jurídicas como guias de conduta), e ponto de vista externo ao direito (pessoas que não reconhecem as normas como guias de conduta). Para o autor, não é possível uma separação entre estes dois pontos de vista, sendo possível superar esta dicotomia. Compartilhamos deste entendimento do autor e utilizamos tal perspectiva para a nossa discussão.

Tendo em vista a complexidade dos novos conflitos sociais e das demandas jurídicas, as funções jurisdicionais são cada vez mais questionadas. Não se pode deixar de considerar que a perspectiva liberal, do judiciário apenas como um “aplicador” da lei, já não encontra mais tanta adesão. A dogmática jurídica já não é

capaz de dar respostas às inúmeras questões que são postas em juízo. Este quadro de “institucionalização do conflito” impõe diversos desafios ao judiciário, provocando alguns problemas, como refere Campilongo:

Os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre os indivíduos e passam a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Ainda que os magistrados não desejem tal situação – quer por padrões de formação profissional, quer pela ruptura que a situação provoca no sistema de rotinas e procedimentos jurisdicionais – a politização que as partes (autores e réus), com frequência e conscientemente, imprimem aos processos torna o fato irreversível (CAMPILONGO, 1997, p. 117).

Esta passagem demonstra a ampliação do papel do judiciário, na medida em que este deixa de ser apenas um mecanismo de “pacificação” social, de absorção das tensões, para, ao contrário, se tornar o palco da instituição e expressão dos antagonismos sociais.

Apesar de não ser a regra, muitas vezes o Poder Judiciário, ao julgar casos concretos, se antecipa ao Poder Legislativo, inovando e tendo uma postura “mais ativa”. As já citadas conquistas referentes aos direitos dos homossexuais são um exemplo de como a mudança começou pelo judiciário. Diante de omissões legislativas, os movimentos sociais estão conseguindo junto ao judiciário conquistar e/ou ampliar direitos. Nesse sentido, o judiciário está rompendo com o modelo tradicional da democracia representativa, e fazendo uso da politização do direito (Campilongo, 1997). De acordo com Adroaldo Furtado Fabrício (1999) não se trata de uma afronta ao princípio da separação dos Poderes, mas entender que o poder judiciário também decide politicamente. Da mesma forma, para o mesmo autor, não há como delimitar a judicialização da política, pois os juízes atuam julgando casos concretos, ao contrário do legislativo que opera no plano abstrato.

Diante de uma sociedade em constante mudança, e cada vez mais complexa e contraditória, tanto o campo jurídico quanto o campo político também estão em permanente transformação. Como visto, a relação existente entre ambos é, muitas vezes, permeada por um conflito que representa, de certa maneira, o próprio e insolúvel conflito social.

Achamos pertinente fazermos estas considerações acerca do campo jurídico e político na medida em que analisamos neste trabalho decisões sobre um tema ainda não disciplinado pelo legislativo. Da mesma forma, a decisão de 2011 do STF,

que no julgamento de uma ADI e ADPF<sup>19</sup>, reconheceu a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo, pode ser um exemplo de judicialização da política. Tendo em vista a omissão legislativa sobre a matéria o judiciário assumiu a tarefa de regular e pacificar o entendimento sobre esta questão. Como será visto em um dos acórdãos analisados no capítulo quatro, esta hegemonização da interpretação jurídica feita pelo STF não tem reflexos apenas nas relações dos campos político e jurídico, mas também afetou a relação entre as diferentes instâncias do judiciário.

Este capítulo discutiu, portanto, alguns aspectos da relação entre o direito e sociedade. Apontamos de que forma o Poder Judiciário pode se caracterizar tanto como um instrumento de mudança, quanto de conservação social. No capítulo seguinte, passamos a nossa proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso como horizonte de compreensão do discurso jurídico. Neste terceiro capítulo, procuramos retomar e articular com a Teoria do Discurso algumas questões trabalhadas no primeiro capítulo, como a questão identitária, por exemplo.

---

<sup>19</sup> Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria - Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO DISCURSO E DEFINIÇÃO DE ALGUNS CONCEITOS

#### 3.1 Discurso

A Teoria do Discurso foi proposta por Ernesto Laclau a partir da publicação da obra *Hegemony and socialist strategy*, em 1985, e pode ser considerado um aporte teórico e metodológico orientados para a investigação social. Ernesto Laclau utiliza-se de diversos conceitos de áreas como a psicanálise, a filosofia, a lingüística, entre outras, para construir esta perspectiva teórica, através de uma reflexão pós-marxista<sup>20</sup>, e com base no campo teórico pós-estruturalista<sup>21</sup>.

A Teoria do Discurso parte de uma crítica à teoria marxista como fonte de explicação social, pois considera que o determinismo e a visão essencialista da sociedade pelo marxismo são insuficientes para compreender a complexidade do social. A teoria também critica abordagens racionalistas, em especial o modelo de democracia deliberativa proposto por Jurgen Habermas e John Rawls, privilegiando uma perspectiva que sustenta “o político” como constitutivo do social, propondo, assim, um “projeto de democracia radical e plural”. Para Laclau, não há possibilidade de existência de uma comunidade política plenamente unida e reconciliada, e através da noção de antagonismo como constitutivo do social e de outras noções

---

<sup>20</sup> Para Laclau (2004), a partir dos anos setenta, a tradição marxista perde força, assim, o mesmo autor entendeu que se tornava necessária uma releitura contemporânea do marxismo, e a desconstrução de algumas de suas categorias, propondo, portanto, uma nova perspectiva (pós-marxista) de análise social.

<sup>21</sup> O pós-estruturalismo pode ser entendido como uma corrente teórica que se formou a partir da crítica e superação de alguns conceitos do estruturalismo. Laclau se apóia neste campo teórico, em especial na teoria da desconstrução, utilizando-se de autores como Jacques Lacan, Jacques Derrida, Michel Foucault, entre outros, para construir a sua reflexão teórica.

que serão adiante abordadas, o autor entende que qualquer consenso na política é resultado de uma articulação hegemônica contingente.

Com base no pensamento de Ludwig Wittgenstein (2005), Laclau desenvolve algumas das noções de sua teoria, dentre elas a concepção de espaço social como discursivo, considerando que o termo discurso diz respeito a uma totalidade que abrange elementos linguísticos e extralinguísticos, cujos significados se constituem dentro de um contexto de uma ação. Por isso, segundo o mesmo autor, é que a característica constitutiva do discursivo é condição de toda prática, porque para Laclau (2004) discurso é uma perspectiva de constituição, e não um conceito essencialista. Desta maneira, a teoria entende que a sociedade não é uma totalidade fechada, e sim que há uma abertura do social que é constitutiva. Nas palavras do autor: “Não existe um espaço suturado que podemos conceber como uma “sociedade”, já que o social careceria de essência” (LACLAU, 2004, p. 132).<sup>22</sup> Isto significa dizer que esta concepção rechaça um conceito essencialista das relações sociais, sustentado o caráter precário e contingente de toda e qualquer identidade e a impossibilidade de fixação de sentidos *a priori*. Esta impossibilidade de fixação de sentidos *a priori* está ligada à perspectiva pós-fundacionalista da teoria de Laclau, de acordo com Mendonça (2011):

Neste sentido, quaisquer esforços normativos que busquem *a priori* estabelecer cenários futuros de emancipação ou de prescrição acerca de melhor forma de tomada de decisões públicas, tais como a tradição marxista e as teorias deliberativas, são alvos constantes de crítica do teórico argentino (MENDONÇA, 2011, p. 4).

Não existe um fechamento absoluto, por isso falamos em caráter contingente das identidades e dos sentidos. Sobre o pressuposto de que toda formação discursiva está marcada por uma contingência radical, Mendonça (2003) entende que a impossibilidade de constituição plena de qualquer formação discursiva se trata de uma dupla impossibilidade: “pela falta” e “pela abundância”. A primeira é dada pela presença do discurso antagônico, sendo a condição de possibilidade e de impossibilidade entre discursos antagônicos o que impede a constituição da objetividade como tal. A segunda diz respeito à própria lógica da articulação discursiva, a partir das estruturas e dos elementos constitutivos de uma formação discursiva.

---

<sup>22</sup> Todas as traduções foram realizadas por nós, especificamente para esta dissertação.

Uma formação discursiva não se trata de simples grupos de discursos, mas de um conjunto de discursos articulados, de práticas. A partir destas considerações, podemos compreender de que maneira a teoria afirma que nenhuma formação discursiva é uma totalidade fechada, e como a fixação de elementos em momentos não é completa. Laclau defende o caráter material do discurso, ao contrário de outras perspectivas que sustentam o caráter mental do mesmo, trabalhando com dicotomias como pensamento/realidade, discursivo/extradiscursivo (LACLAU e MOUFFE, 2004). Nas palavras do autor: “O que se nega não é a existência, externa ao pensamento, desses objetos, mas sim a afirmação de que eles possam se constituir como objetos à margem de toda condição discursiva de emergência” (Laclau, 2004, p.146). O discurso tem, portanto, uma existência material, objetiva.

A Teoria do Discurso de Laclau e Mouffe considera o discurso como a base de constituição da objetividade, ou seja, não é possível apreender a realidade sem passar pelo discurso. E esta apreensão da realidade se dá sempre através da visão sobredeterminada<sup>23</sup> dos sujeitos. Nesse contexto, a realidade não está estruturada em sequências que obrigatoriamente possuem um sentido, porque a produção de sentidos ocorre no interior das chamadas práticas articulatórias, sendo um discurso o resultado de uma prática articulatória. O conceito de prática articulatória pode ser entendido através da seguinte passagem:

A prática da articulação consiste, portanto, na construção de pontos nodais que fixam parcialmente o sentido; e o caráter parcial dessa fixação procede da abertura do social, resultante por sua vez do constante transbordamento de todo o discurso pela infinitude do campo da discursividade (LACLAU e MOUFFE, 2004, p. 154).

Assim, conforme pode ser observado na citação anterior, a prática articulatória ocorre quando elementos diferentes num determinado momento se unem construindo pontos nodais que expressam um sentido comum. Em outras palavras, através da articulação, com a união de várias demandas, esses elementos têm sua identidade modificada pela prática articulatória, e se tornam, de forma contingente, em momentos em um discurso.

---

<sup>23</sup> De acordo com Laclau (2004) o conceito de sobredeterminação, que advém da psicanálise de Sigmund Freud, e que foi introduzido por Althusser no discurso marxista, não tem um caráter superficialmente metafórico, mas diz respeito ao caráter simbólico das relações sociais, significando que estas relações não possuem uma essência ou literalidade última.

Sobre a multiplicidade de sentidos sociais e o caráter contingente e precário das relações, Mendonça (2009) explica:

Desta forma, os sentidos sociais estão constantemente permeados pelas inconstâncias que carregam as noções de contingência e precariedade. A contingência é inimiga da concepção teleológica da história, presente em metarrelatos e/ou tentativas universalizantes de predição social. Pensar a partir da contingência nos impede-nos de tomarmos as relações sociais para além de injunções contextualizadas. Somente a partir daí, da análise *stricto sensu* de discursos em disputa, é que podemos produzir inferências, mas mesmo assim, a infinitude do real pode nos pregar peças, tendo em vista que o sujeito, ou a classe universal, não são inexorabilidades, mas tão-somente resultados de contingências históricas. Precariedade, por sua vez, revela que mesmo que um discurso consiga fazer-se contingentemente hegemônico, esse não o será para todo o sempre, como um “fim da história” (MENDONÇA, 2009, pg. 156).

Laclau, desde a publicação de “Hegemonia e Estratégia Socialista”, em 1985, e ao longo de seus trabalhos, tem sempre retomado o conceito de discurso. No livro “Novas reflexões sobre a revolução de nosso tempo”, publicado originalmente em 1990, o autor responde a críticas feitas ao conceito, esclarecendo novamente a sua concepção de espaço social como discursivo, como significativo. Laclau também reafirma o entendimento de que discurso abrange elementos linguísticos e extralinguísticos. Sobre o caráter discursivo/significativo dos objetos, o autor afirma:

É por esta mesma razão que é o discurso que constitui a posição de sujeito, e não, ao contrário, o agente social que é a origem do discurso – o mesmo sistema de regras que faz de um objeto esférico uma bola de futebol, faz de mim um jogador. A existência dos objetos é tão independente de sua articulação discursiva, que podemos fazer desta mera existência – a saber, de uma existência estranha a todo o significado – o ponto de partida da análise social (LACLAU, 2000, p.114).

No livro “A razão populista”, publicado em 2005, Laclau novamente retoma a ideia de discurso como constitutivo do social e da objetividade, destacando também a importância da categoria “relação”. Nas suas palavras:

Por discurso não entendemos algo essencialmente restringido às áreas da fala e da escrita, como temos esclarecido várias vezes, mas sim um complexo de elementos no qual as relações jogam um rol constitutivo. Isso significa que esses elementos não são preexistentes ao complexo relacional, mas que se constituem através dele. Portanto, “relação” e “objetividade” são sinônimos (LACLAU, 2005, p. 92).

Esta passagem expressa claramente a visão não essencialista da teoria, no sentido de entender o discurso como primário e constitutivo das relações sociais. O conceito de discurso que foi trabalhado é, portanto, o ponto de partida e o horizonte teórico que fornece uma nova perspectiva para a análise social. Tal conceito se

irradia pelos demais conceitos da Teoria do Discurso, alguns dos quais serão a seguir trabalhados.

### 3.2 Antagonismo

O já mencionado caráter aberto e incompleto do social e da formação discursiva concede um papel fundante ao chamado antagonismo. Uma primeira noção, mais estrita de antagonismo, entende que este constitui o limite da objetividade, o limite do social, e não pode ser fixado pela linguagem, pois esta só existe como tentativa de fixar o que o antagonismo subverte (LACLAU, 2004). Antagonismo trata-se de uma noção filosófica que Laclau se utiliza para propor a idéia de “impossibilidade da sociedade”, ou seja, a impossibilidade da experiência da objetividade. Para a construção deste conceito, Laclau apropriou-se também da noção de “real”<sup>24</sup> de Lacan. A perspectiva de Laclau se opõe à tese de que a objetividade do real seja apenas um problema de (re) conhecimento acerca do “ser” dos objetos, pois para o autor este “ser” é uma construção histórica e social (LACLAU, 2000). Da mesma forma, a análise do antagonismo de Laclau vai além de outras perspectivas que se utilizam da idéia de “contradição” ou “oposição real” para explicar este conceito. O autor rechaça estas duas fontes explicativas justificando que ambas são relações objetivas que se formam sobre identidades plenamente constituídas. Nesse sentido, Laclau esclarece a sua visão:

Na medida em que há antagonismo eu não posso ser uma presença plena para mim mesmo. Mas tão pouco o é a força que me antagoniza: seu ser objetivo é um símbolo de eu não ser outro, deste modo, é transbordado por uma pluralidade de sentidos que impede de fixá-lo como positividade plena. A oposição real é uma relação objetiva – ou seja, precisável, definível, entre coisas -; a contradição é uma relação igualmente definível entre conceitos; o antagonismo constitui os limites de toda a objetividade – que se revela como objetivação, parcial e precária -. Se a língua é um sistema de diferenças, o antagonismo é o fracasso da diferença e, em tal sentido, se localiza nos limites da linguagem e só pode existir como interrupção do mesmo – ou seja, como metáfora - (LACLAU, 2004, p. 168).

No livro “Debates e Combates” (2008) Laclau, pensando esta questão dos antagonismos sociais com base no enfoque de Slavoj Žižek (2006) sobre a classe trabalhadora, retoma este seu argumento de que os antagonismos não são relações objetivas, e que fica bem claro na seguinte reflexão:

<sup>24</sup> Trata-se de uma noção complexa de Lacan, mas que para fins de entendimento do texto podemos sintetizar aqui como a idéia da “impossibilidade do real”, que escapa ao Simbólico.

Para que a posição do trabalhador dentro das relações de produção pudesse ser puramente objetiva, o trabalhador teria que ser reduzido à categoria de vendedor da força de trabalho, e o capitalista a comprador da força de trabalho como mercadoria. Em tal caso, sem dúvida, não estamos defendendo nenhum antagonismo, por que o fato de que o capitalista extraia a mais valia do trabalhador não implica nenhum antagonismo, ao menos que o trabalhador *resista* esta extração, mas uma resistência como esta não pode ser logicamente derivada da mera análise da categoria e vendedor da força de trabalho (LACLAU, 2008, p. 45).

Além da visão deste conceito como impossibilidade da experiência da objetividade, Simon Critchley e Oliver Marchart (2008) explicam que Laclau e Mouffe radicalizam a noção de antagonismo no livro “Novas reflexões sobre a revolução de nosso tempo” (2000), ao incorporarem e conferirem um caráter primário à categoria deslocamento. Sobre esta categoria os autores afirmam:

Esta deve agora dar conta do fato de que o social, ou a sociedade enquanto totalidade pressuposta, já está sempre “deslocado” por um exterior que, sem dúvida, nem sempre nem necessariamente deve ser construído discursivamente na forma de antagonismo (CRITCHLEY; MARCHART, 2008, p. 22).

Se o social já está deslocado, a categoria deslocamento antecede ao antagonismo, e este “deslocado” significa que já há uma construção discursiva prévia ao se estabelecer um antagonismo. Laclau (2000) transfere para a análise social o conceito psicanalítico de “sutura” de Lacan, que entende o sujeito como “falta de ser”, para sustentar que em virtude desta “falta” é que o antagonismo é possível. O antagonismo requer, portanto, esta “fratura”. Assim, a objetividade social nunca pode se constituir plenamente, sendo impossível um fechamento completo de sentidos sociais. Nas palavras do autor: “Mas como o social nunca consegue constituir-se a si mesmo como ordem objetiva e o “simbólico” é sempre interrompido pelo “real”, a dimensão de sutura não pode ser erradicada” (LACLAU, 2000, p. 221).

Uma outra utilização da noção de antagonismo diz respeito ao surgimento de “novos antagonismos” no contexto dos movimentos sociais. Para Mendonça (2003), este tipo de utilização não diz respeito à noção de antagonismo, mas à outra categoria que foi inserida por Chantal Mouffe na Teoria do Discurso, o agonismo:

O ponto fundamental da noção filosófica de agonismo — que a diferencia radicalmente da de antagonismo — não é a competição, ou a disputa (que o antagonismo apropriado pela Teoria Política também supõe), mas a existência de regras que fazem com que os adversários partam para sua luta de um ponto comum, de modo que a disputa não ocorra com o fim de destruir o oponente, mas pela legitimidade de um discurso em detrimento de outro. O “debate judiciário”, a “competição oratória”, diante de um público

espectador, representam a competição agônica diante de regras previamente ajustadas e na presença de testemunhas que lhe dão legitimidade (MENDONÇA, 2003, p.139).

Para uma melhor compreensão da diferença entre antagonismo e agonismo, tomemos as palavras de Mendonça:

Diante do exposto, duas diferenciações importantes devem ser realizadas entre antagonismo e agonismo. No primeiro, como já vimos, não há medida comum entre interior e exterior e os discursos antagônicos promovem uma luta entre inimigos. Já no caso do agonismo, apesar da disputa entre diferentes formações discursivas, existe uma medida comum entre elas, um universal mínimo, que é o reconhecimento da legitimidade da existência do discurso concorrente. Além disso, em termos políticos, na relação agônica a categoria de inimigo é substituída pela de adversário, uma vez que o espaço comum entre adversários reside justamente na aceitação da disputa política em um espaço discursivo democrático pluralista (MENDONÇA, 2003, p. 139).

Em nosso trabalho, especificamente no capítulo quatro, vamos realizar uma análise sobre decisões judiciais e que pode se enquadrar como este “debate judiciário”. Nesse sentido, a noção de antagonismo que trabalhamos aqui será pensada e utilizada como esta distinção política, como a luta de sentido político dos discursos entre duas Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Retomando o conceito de antagonismo, temos que este se trata, nesse sentido, de uma construção política que estabelece uma fronteira entre um interior e um exterior, com a luta entre discursos que disputam a hegemonia. A fronteira que se estabelece é ambígua e instável, está constantemente se deslocando, assim, Laclau (2004) ressalta que a produção de “efeitos de fronteira” se apresenta como sendo, do seu ponto de vista, o primeiro dos problemas políticos.

Dessa forma, falar sobre os diversos sentidos de um determinado discurso nos remete ao antagonismo, pois a produção de sentidos será sempre limitada pelo corte antagônico, sendo, da mesma forma, contingente e precária. Para que haja articulação, o sujeito deve ser parcialmente exterior ao que articula, e para que haja uma articulação hegemônica é necessária a existência de forças antagônicas e a instabilidade das fronteiras. Nesse sentido, não há um fechamento entre articulante e articulado, pois não é possível uma total interiorização e nem uma total compreensão do todo social. A relação que se estabelece entre um interior e um exterior é antagônica, na medida em que nenhum pode constituir-se plenamente em

função da presença do outro (LACLAU,2004). Nesse sentido, Mendonça (2003) afirma:

Isso quer dizer que a produção de sentidos pelo interior discursivo está limitada pelo exterior antagônico, supondo-se assim que o primeiro nunca poderá articular elementos do segundo sem que isso altere radicalmente suas estruturas. Articular o que se nega significa, no limite, negar o que se é e isso representaria a completa desestruturação do interior. Assim, numa relação antagônica, uma diferença constitui-se na medida idêntica de ser radicalmente exterior a outra, sendo, ao mesmo tempo de modo paradoxal, o antagonismo a condição de possibilidade e de impossibilidade de uma formação discursiva (MENDONÇA, 2003, p. 138).

Devemos agora trabalhar o processo pelo qual as diferenças sociais se homogeneízam numa cadeia de equivalências em oposição a um exterior negativo, introduzindo os conceitos de significantes flutuantes e significantes vazios. As chamadas demandas insatisfeitas são equivalentes em sua posição de oposição, entretanto, uma demanda quando intervém e se converte no significante de toda a cadeia, forma um significante que tende a ser vazio. E o que leva essas diferenças a esta relação de equivalência é justamente o antagonismo com este exterior negativo, e não a partilha de algum conteúdo positivo comum entre elas. Assim, podemos dizer que significantes flutuantes são aqueles cujo sentido está suspenso, e a maneira como se define um determinado sentido depende do resultado de uma luta hegemônica. Para Laclau (2005), significantes flutuantes e vazios são estruturalmente diferentes. Significantes flutuantes dizem respeito à apreensão conceitual da lógica dos deslocamentos da fronteira antagônica, já significantes vazios tem a ver com a construção de uma identidade popular uma vez estabelecida a fronteira estável. O mesmo autor considera que as duas são operações hegemônicas, e que os referentes em grande parte se superpõem. Segundo Laclau (2005), a exclusão do momento flutuante torna a fronteira imóvel, assim, ambas devem ser entendidas como dimensões parciais e delimitáveis. Considerando essas noções, podemos entender de que maneira diversos temas podem estar presentes em diferentes articulações, como significantes flutuantes no sentido estrito da definição de Laclau.

O mesmo autor trabalha com o que ele chama de suposto simplificador, no modelo de significantes vazios, ao supor que toda demanda insatisfeita pode se incorporar à cadeia equivalencial. A relação equivalencial não elimina este particularismo. As demandas, em sua individualidade, ao se oporem ao mesmo

regime são a razão da possibilidade do estabelecimento de uma comunicação equivalencial entre elas. Oposição num campo antagônico é representada como o inverso negativo de uma identidade que não existiria sem essa referência negativa. Já no caso de uma externalidade, que se opõe ao interior porque não tem acesso ao espaço de representação, oposição significa deixar a parte, não dando forma nem sentido a identidade. Este tipo de exterioridade é denominado heterogeneidade social, e não significa diferença, mas pressupõe a ausência desse espaço comum. A construção de qualquer “interior” só vai ser uma tentativa parcial de dominar um “exterior” que sempre vai excedê-lo. Deixar à parte seria apenas uma das formas do heterogêneo, e, estritamente falando, sem heterogeneidade não haveria nenhum antagonismo. O antagonismo pressupõe a heterogeneidade porque a resistência da força antagonizada não pode derivar-se logicamente da forma da força antagonizante. Isto só pode significar que os pontos de resistência à força antagonizante sempre vão ser externos a ela. Os pontos antagônicos só podem ser estabelecidos contextualmente. A oposição entre dois elementos nunca vai tornar-se completa. Da mesma maneira, a heterogeneidade também está presente no particularismo das demandas equivalenciais, este particularismo (a heterogeneidade) é também o que impede algumas demandas de incorporarem-se à cadeia equivalencial. Tendo em vista estas noções, podemos perceber que a distinção entre interior e exterior deve ser repensada como algo mais complexo, no qual nada é completamente interior ou exterior. Toda a interioridade vai estar sempre amenizada por uma heterogeneidade que nunca é uma exterioridade pura, porque habita na própria lógica da constituição interna. Nesse sentido, uma simples oposição interior/exterior pressuporia uma fronteira imóvel, hipótese rechaçada por Laclau como descrição de qualquer processo social real. As fronteiras são instáveis e estão em processo de deslocamento constante, por isso falamos de significantes flutuantes. A heterogeneidade é constitutiva do social, assim, sempre vamos ter uma dimensão política pela qual o social é constantemente modificado (LACLAU, 2005).

A concepção de antagonismo de Laclau embasa a sua perspectiva de que os sentidos e as identidades sociais são sempre contingentes e precários, e que, portanto, não há uma “essência” social, mas uma falha que lhe é constitutiva.

### 3.3 Hegemonia

Hegemonia é um conceito central na teoria de Laclau, e que propõe uma perspectiva ontológica diferente acerca da noção de universalidade, ao considerar que esta não possui uma expressão direta e que não pode constituir-se plenamente. Assim, a partir da idéia de incompletude e de abertura do social é que emerge o conceito de hegemonia, como produto de práticas articulatórias. Da mesma forma, a perspectiva laclauiana desconstrói e radicaliza o conceito de hegemonia do marxismo clássico que sustentava a existência de um sujeito articulante específico, que seria a classe trabalhadora. Nesse sentido, o desenvolvimento do conceito de hegemonia, principalmente pelo trabalho de Antonio Gramsci (2002), promoveu avanços na concepção tradicional deste conceito, como a idéia de hegemonia como um processo político que pode operar em todos os espaços sociais. Entretanto, a noção ainda considerava o aspecto de que uma determinada classe social é que poderia tornar-se uma liderança hegemônica na sociedade, através de um processo ideológico e do consentimento das demais classes. Laclau se utiliza da noção de hegemonia de Gramsci, mas redefine o conceito, propondo a lógica da contingência no lugar da lógica da necessidade, no lugar da perspectiva marxista de que existe uma sociedade transparente que pode ser apreendida de forma objetiva.

Assim, de acordo com Laclau (2004) o sujeito articulante deve ser parcialmente exterior ao que articula, e esta articulação não ocorre entre duas formações discursivas completas. Em suas palavras:

Se trata, portanto, da exterioridade existente entre posições de sujeitos situadas no interior de certas formações discursivas, e “elementos” que carecem de uma articulação discursiva precisa. E esta ambigüidade que torna possível a articulação como instituição de pontos nodais que fixam parcialmente o sentido do social em um sistema organizado de diferenças (LACLAU, 2004, p. 179).

No campo social, diversos discursos estão constantemente disputando a hegemonia de seus conteúdos, cujos resultados são sempre precários e contingentes. Por isso uma articulação hegemônica está constantemente ameaçada por forças antagônicas e pela instabilidade das fronteiras entre elas. E esta ambigüidade a que a citação anterior se refere é que impossibilita a total fixação de significados, e, portanto, um total fechamento do social. Enquanto articulação contingente, a noção de hegemonia de Laclau revela o caráter discursivo dos sentidos sociais e de toda e qualquer identidade. Considerando a pluralidade do

social e a impossibilidade, portanto, de sua redução a algum princípio unitário é que Laclau afirma:

Hegemonia é, simplesmente, *um tipo de relação política*; uma *forma*, se se quer, da política; mas não uma localização precisável no campo de uma topografia social. Em uma formação social determinada pode haver uma variedade de pontos nodais hegemônicos (LACLAU, 2004, p. 183).

O conceito de hegemonia diz respeito a uma articulação contingente, quando um elemento particular assume um significado que o excede, ou seja, continua sendo uma demanda particular, mas passa a representar uma universalidade mais ampla. Em outras palavras, quando uma demanda particular consegue conjugar outras demandas, sob a forma de um significante vazio, passando a simbolizá-las e a representá-las, estamos falando de hegemonia. A particularidade não é eliminada, as identidades populares formam o ponto de tensão entre o universal e o particular, e operam como um significante vazio. Há uma negatividade na relação equivalencial entre as demandas, pois estas se mantêm insatisfeitas. Assim, quando um discurso amplia os seus conteúdos e se torna um sentido maior, no qual inúmeras identidades que inicialmente não estavam articuladas passam a se unificar, ele se torna um significante vazio. Os pontos nodais asseguram uma configuração discursiva, fixando de forma precária e parcial o sentido da articulação (LACLAU, 2005). É através desta passagem de demandas individuais, que pela lógica da equivalência se tornam demandas populares, que a hegemonia ocorre. Nesse sentido, Laclau afirma: “não há hegemonia sem a construção de uma identidade popular a partir de uma pluralidade de demandas democráticas” (LACLAU, 2005, p. 124). O mesmo autor ainda destaca dois aspectos desta constituição, o primeiro diz respeito à divisão interna desta demanda popular, no sentido de que esta também continua sendo uma demanda particular; e o segundo diz respeito à produção de significantes vazios, no sentido de que quanto mais a identidade popular amplia seus conteúdos, mais ela se perde seus conteúdos particulares (LACLAU, 2005).

Na sua teoria da hegemonia, Laclau se utiliza de uma perspectiva psicanalítica, mais especificamente da lógica do “objeto” de Lacan, no qual o pleno só pode ser acessado através de seu investimento em um objeto parcial. Em suas palavras:

O ponto relevante para nosso tema é que o pleno – a Coisa freudiana – é inalcançável; é apenas uma ilusão retrospectiva que é substituída por objetos parciais que encarnam essa totalidade impossível. Em palavras de Lacan: a sublimação consiste em elevar um objeto à dignidade de Coisa. Como eu tentei mostrar, a relação hegemônica reproduz todos estes momentos estruturais: uma certa particularidade assume a representação de uma universalidade que sempre se afasta (LACLAU, 2008, p. 20).

Assim, como o pleno é inalcançável, o investimento<sup>25</sup> em um objeto parcial faz com que um conteúdo particular encarne esta plenitude ausente. Nesse sentido, percebemos que a teoria da hegemonia de Laclau se trata de uma visão não-essencialista do social, pois não existe uma plenitude social que possa ser alcançada, e toda universalidade é, portanto, hegemônica. Soma-se a esta perspectiva psicanalítica uma perspectiva lingüística, e que diz respeito à construção do processo de significação. Nesse sentido, homogeneizar um conteúdo significa a fixação precária e contingente de sentidos em torno de um ponto nodal. Não há, portanto, um fechamento absoluto dos sentidos, mas uma construção que é sempre parcial. Sobre esta significação, Laclau explica:

Tenho mostrado em outros escritos que a totalização de um sistema de diferenças é impossível sem uma exclusão constitutiva. Sem dúvida, esta última tem, como um efeito lógico primário, a divisão de todo o elemento significativo em uma dimensão equivalencial e uma dimensão diferencial. Como estas duas dimensões não podem ser logicamente suturadas, a consequência é que toda sutura será retórica; uma certa particularidade, sem deixar de ser particularidade, assumirá um certo rol de significação universal (LACLAU, 2008, p. 21).

Considerando esta impossibilidade de sutura, a hegemonia pode ser entendida como um esforço de construção desta totalização impossível. Um total fechamento do social implicaria, portanto, uma nova sutura, e o conceito de hegemonia se autoeliminaria. Por isso dizemos que pela lógica da contingência proposta por Laclau as decisões são tomadas em terrenos indecidíveis (2004).

Mendonça (2007), num artigo intitulado “A teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira”, apresenta a sistematização feita por Laclau do seu conceito de hegemonia. As chamadas “quatro dimensões da hegemonia” são desenvolvidas pelo autor e se dividem em: a desigualdade de poder está constituída, a hegemonia suprime a dicotomia universal/particular, a hegemonia requer tendencialmente à produção de significantes vazios, e, por fim, o terreno no qual a

---

<sup>25</sup> Este investimento está ligado a uma dimensão afetiva, e diz respeito a este ato de fazer de um objeto a encarnação de uma plenitude ausente. O componente afetivo constitui, portanto, uma formação discursiva hegemônica (Laclau, 2005).

hegemonia se expande é o da generalização das relações de representação como condição de constituição da ordem social. Na primeira dimensão, a hegemonia representa a própria relação política. Nas palavras de Mendonça: “Hegemonia, tomada nesta primeira dimensão, representa a própria condição da relação política, baseada na disputa por recursos escassos, tendo por pressuposto a desigualdade de poder” (Mendonça, 2007, p. 251). Na segunda dimensão da hegemonia, a relação universal/particular é entendida de maneira recíproca e não dicotômica. Quando um determinado discurso amplia seus conteúdos ele passa a representar algo mais. Nesse sentido, Mendonça afirma:

Esta dimensão tem como característica principal a ideia de que qualquer discurso, para se constituir como hegemônico, deve necessariamente deixar a sua mera condição inicial particularizada para tornar-se o *locus* de efeitos universalizantes. Isso não quer dizer, contudo, que um discurso que se torna hegemônico tenha de negar seus conteúdos particulares (MENDONÇA, 2007, p.252).

A terceira dimensão, a hegemonia requer tendencialmente a produção de significantes vazios, significa que um discurso quando se homogeneiza produz significantes vazios, ou seja, significantes que não possuem um significado específico, e que são limitados pelo corte antagônico. De acordo com Mendonça:

Ao mesmo tempo em que os limites de um significante vazio impedem sua expansão significativa e ameaçam sua existência, esses existem também para afirmar a própria existência dessa cadeia discursiva, e, ainda, para unir ainda mais as diferenças por ela agregadas, tendo em vistas que o limite antagônico é idêntico a todas as identidades constituidoras do significante vazio, gerando, pois, a união dessas diferenças em torno de uma luta comum: contra algo que, de uma forma ou outra, impede a constituição de todos os elementos dessa cadeia de equivalências (MENDONÇA, 2007, p. 253).

A última dimensão referida é que o terreno no qual a hegemonia se expande é o da generalização das relações de representação como condição de constituição da ordem social. Um discurso hegemônico representa outros discursos, mas esta representação política, apesar de necessária, nunca é perfeita, mas contingente e precária. Assim, quando um discurso universaliza seus conteúdos, passando a representar algo que o excede, estamos falando de hegemonia (MENDONÇA, 2007).

Após todas estas considerações acerca da noção de hegemonia, temos que esta se trata, portanto, de um conceito fundamental na teoria de Laclau. Na teoria laclauiana a sociedade é dividida, e o conflito nunca pode ser eliminado, assim, qualquer forma de consenso é decorrente de práticas articulatórias antagônicas, e,

portanto, de uma articulação hegemônica que é sempre contingente e precária. Nesse sentido, o momento da articulação política é central neste contexto de disputa pela hegemonia. O projeto de democracia radical e plural de Laclau, através desta visão de abertura do social, é uma proposta de luta para a construção de uma nova hegemonia.

### 3.4 Pontos Nodais/Significantes Vazios

Estes dois conceitos que serão trabalhados agora estão intimamente ligados ao conceito de hegemonia, pois hegemônizar um discurso significa fixar, de forma parcial, precária e contingente a sua significação em torno de um ponto nodal. Nas palavras de Laclau:

O discurso se constitui como tentativa de dominar o campo da discursividade, por deter o fluxo das diferenças, por constituir um centro. Os pontos discursivos privilegiados desta fixação parcial denominaremos de pontos nodais (LACLAU, 2004, p.152).

Pontos nodais são, portanto, pontos discursivos privilegiados que unificam o campo da discursividade, através da identificação equivalencial de diferentes elementos que se articulam e se tornam momentos de um discurso, estabelecendo uma fronteira entre um interior e um exterior constitutivo. Laclau se utiliza da teoria de Lacan dos “point de capiton”<sup>26</sup> para desenvolver e explicar este processo de fixação de elementos numa configuração discursiva.

O conceito ponto nodal significa, assim, que um elemento particular passa a assumir uma função universal estruturante dentro de um campo discursivo, não havendo nenhum tipo de predeterminação entre as particularidades dos elementos e o campo discursivo. Os pontos nodais fixam, de forma precária e parcial, o sentido da própria articulação. Esta relação hegemônica, do ponto de vista de Laclau, tem uma dimensão universal muito particular, resultante do que o autor chama de lógica da diferença e lógica da equivalência (LACLAU; MOUFFE 2004). No nível da lógica da diferença os elementos possuem uma diferença positiva, e quando através da operação hegemônica se articulam numa cadeia de equivalência, criam uma fronteira antagônica entre eles e outros discursos (lógica da equivalência).

---

<sup>26</sup> A historiadora Elisabeth Roudinesco explica este conceito da seguinte forma: Lacan chamava então ponto de basta (point de capiton) o momento pelo qual, na cadeia, um significante se ata ao significado para dar origem a uma significação ( Roudinesco, 2008, p. 372).

Para entendermos estas duas lógicas vamos explicar a questão das demandas sociais. A falta de concretização de diversas demandas gera uma ruptura ou instabilidade social, que acarreta a passagem de demandas democráticas isoladas a demandas populares equivalenciais. Laclau trabalha com duas categorias de demandas, conceituando-as como: “A uma demanda que, satisfeita ou não, permanece isolada, a denominaremos demanda democrática. À pluralidade de demandas que, através de sua articulação equivalencial, constituem uma subjetividade social mais ampla, as denominaremos demandas populares”. (LACLAU, 2005, p. 99). Devemos considerar, entretanto, que o significado dos conteúdos particulares não é pré-concebido, e vai depender das articulações diferenciais e equivalenciais na formação discursiva. De um lado, há uma afirmação de uma particularidade que compartilha com outras particularidades uma natureza diferencial, a lógica da diferença. Por outro lado, a lógica da equivalência implica o traçado de uma fronteira antagônica, na qual a diferença ainda opera como fundamento e como tensão (LACLAU, 2005). Neste contexto, os pontos nodais asseguram a identificação equivalencial e, portanto, a passagem de demandas democráticas a demandas populares. E nesta relação, o elemento que assume a função de representação de uma universalidade que o excede deve constituir-se num significante vazio. A idéia de significantes vazios diz respeito, portanto, a um ponto do processo de significação que não pode ser representado. Laclau desenvolve esta noção a partir de uma perspectiva que privilegia a autonomia da nomenclatura, e a autonomia do significante (do nome) sobre o significado<sup>27</sup>.

Também com base na psicanálise lacaniana do “sujeito como falta”, Laclau desenvolve a noção de significante vazio, que está ligada à idéia de falta constitutiva no sentido de que a impossibilidade de representação faz com que qualquer nome possa se converter em um significante vazio, que cumprirá a função de representar esta falta constitutiva da sociedade, de nomear uma plenitude ausente. Para assumir esta função de representação este elemento deve esvaziar seus conteúdos particulares e expandi-los para se converter no significante da cadeia equivalente. Assim, uma demanda quando se converte no significante desta cadeia, forma um

---

<sup>27</sup> Sobre esta visão, Laclau afirma: É só a partir do enfoque lacaniano que enfrentamos uma verdadeira inovação: a identidade e unidade do objeto são resultado da própria operação de nomenclatura. Sem dúvida, isso só é possível se a nomenclatura não está subordinada a nenhuma descrição e a nenhuma designação precedente. Com o fim de desempenhar este rol, o significante deve se tornar não só contingente, mas também vazio (Laclau, 2005, p. 135).

significante que tende a ser vazio. Todas as diferenças se unem nesta relação de equivalência não em função de compartilharem conteúdos positivos comuns, mas em oposição a um exterior negativo, a um mesmo opressor. Entretanto, esta expansão equivalencial possui limites, e o limite é justamente esta oposição antagônica, pois de acordo com Laclau (2000), determinadas novas relações seriam incompatíveis com as particularidades da cadeia de equivalência. Nesse sentido, os limites são tanto a condição de possibilidade quanto de impossibilidade do sistema. Não há, portanto, uma positividade plena do sistema de significação, mas uma relação antagônica a partir de um exterior constitutivo. Sobre esta exclusão, Mirta Giacarla, afirma:

Isto marca a possibilidade de um significante vazio: um significante do puro cancelamento de toda diferença. Somente se o que está além do sistema passa a ser o significante da pura ameaça, da pura negatividade, pode haver limites e sistema, isto é, uma ordem objetiva. A sistematicidade do sistema ou a pura negatividade do excluído necessitam de significantes vazios para significarem a si mesmos, porque só podem fazê-lo através da subversão do processo de significação. Somente privilegiando a dimensão de equivalência, ao ponto em que os significantes se esvaziem de todo o vínculo com significados particulares é que o sistema pode significar a si mesmo como totalidade (GIACARLA, 2008, p. 78).

Mendonça, num artigo intitulado “como olhar ‘o político’ a partir da teoria do discurso, ressalta ainda duas conseqüências dos significantes vazios:

A primeira diz respeito à função dos significantes vazios – esses renunciam suas identidades diferenciais (evidentemente que não de forma completa) para serem pontos nodais para onde convergem diversas identidades que anteriormente não estavam articuladas entre si. Outra conseqüência diz respeito à conclusão lógica de que quanto mais estendida for a cadeia de equivalências de um determinado significante vazio, menor será a capacidade de cada luta concreta permanecer fechada em sua demanda particular (MENDONÇA, 2008, p.163).

Em outras palavras, esta última conseqüência diz respeito ao fato de que quanto mais a cadeia de equivalência se expande, mais os significantes vão se afastando dos significados particulares originais.

Nesse sentido, Laclau, no livro “A razão populista” (2005), respondendo à questão se a função de fixação nodal está associada a uma universalidade que expressa plenitude ou vazio, explica:

A noção de um “significante sem significado” é, para começar, inadequada: só poderia significar “ruído”, e como tal, estaria fora do sistema de significação. Sem dúvida, quando falamos de “significantes vazios” queremos dizer algo inteiramente diferente: que existe um ponto, dentro do sistema de significação, que é constitutivamente irrepresentável; que, nesse sentido, permanece vazio, mas é um vazio que pode ser significado porque é um vazio *dentro da* significação (LACLAU, 2005, p.136).

Assim, não há um esvaziamento total do significante, e é considerando que o vazio pode ser significado por estar dentro da significação que o mesmo autor fala de significantes tendencialmente vazios.

A idéia de significante vazio é, portanto, fundamental na teoria de Laclau e se articula, como visto, com todos os conceitos trabalhados anteriormente. A própria proposta da teoria do discurso da impossibilidade de um fechamento total dos sentidos revela esta perspectiva de que não há uma relação estrita entre significante e significado, sendo o significante vazio a expressão deste desvinculamento.

### **3.5 Uma proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do Discurso Jurídico**

Após termos trabalhado alguns conceitos centrais da Teoria do Discurso, vamos tentar construir neste item uma proposta de aplicabilidade desta teoria como horizonte de compreensão do discurso jurídico. Acreditamos que seja possível a utilização da teoria do discurso na medida em que Laclau a propõe como uma ferramenta teórica que tem aplicação prática. De acordo com Mendonça (2011) o trabalho de Laclau não é abstrato, e o mesmo se apresenta como um “teórico político” e não como um “filósofo político”, em suas palavras:

O autor é absolutamente consciente de que o seu projeto teórico o é no sentido mais estrito do termo, ou seja, toda a estrutura do seu pensamento visa à aplicação, no mínimo, no plano da análise política (MENDONÇA, 2011, p.4).

Nesse sentido é que entendemos que, apesar de Laclau não tratar em sua obra sobre a questão do direito ou do discurso jurídico, seja viável a aplicação da sua teoria no plano da análise de discursos jurídicos específicos. Para tanto, pensamos em tomar como referência três conceitos centrais da Teoria do Discurso, o conceito de discurso, antagonismo e hegemonia. Da mesma forma, também iremos nos utilizar de algumas perspectivas do pensamento de Michel Foucault acerca do direito.

Antes de iniciarmos a nossa proposta, devemos conceituar o que seja discurso jurídico. Para tanto, nos utilizamos do entendimento de Eros Roberto Grau (2005), que apresenta uma distinção entre discurso do direito e discurso jurídico. De acordo com o autor:

Discurso do direito é o discurso prescritivo produzido pelos juízes e tribunais autorizados a dizê-lo. Discurso jurídico é o conjunto dos discursos que usam ou falam do discurso do direito. O discurso do direito é, na verdade, um conjunto de discursos que provêm de distintos emissores ou órgãos. Mas também o discurso jurídico é um conjunto de discursos: o dos advogados; o dos professores de direito; o dos cidadãos (e também os juízes o usam, quando fundamentam e explicam o direito – isto é, o discurso do direito) (GRAU, 2005, p. 96).

Tendo em vista esta distinção técnica/conceitual que é feita pelo autor, ressaltamos que quando utilizamos em nosso trabalho a expressão “discurso jurídico” o fazemos num sentido amplo, ou seja, abrangendo as decisões proferidas pelos juízes e tribunais que também se utilizam do discurso jurídico. Ao expor sua análise conceitual a respeito do discurso jurídico, o autor introduz outra distinção, entre ideologia do direito e ideologia jurídica. A ideologia do direito seria aquela contida nos textos legais, enquanto a ideologia jurídica seria aquela produzida por quem usa ou fala do direito. Sobre a questão da ideologia no direito o autor refere que:

Além disso, afirma-se, equivocadamente, que a interpretação produzida pelos juízes (*autêntica*) também inúmeras vezes subverte a *ideologia do direito*. Mas isso não ocorre: se os enunciados, os textos, nada dizem (dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem, ao produzir as normas), a *ideologia do direito* é também produzida pelo intérprete autêntico (GRAU, 2005, p. 97).

Na passagem acima, o autor levanta esta complexa questão da ideologia do direito. Para a Teoria do Discurso, poderíamos dizer que o caráter ideológico do direito diz respeito à sua pretensão de totalidade, através do estabelecimento e fechamento de sentidos. Nas decisões judiciais podemos vislumbrar a ideologia do juiz, que ao operar o fechamento de um sentido, o faz e justifica um determinado posicionamento/interpretação. Mendonça (2011) tomando como referência a noção de Ideologia para Althusser (1985) aponta a necessidade de se distinguir a ideologia no plano ôntico, da Ideologia no plano ontológico. Nas palavras do autor:

Assim, entendemos que a Ideologia não tem propriamente um final. Somos seres ideológicos e simbólicos por natureza, o que nos permite admitir dois fatos: 1) em termos gerais (nível ontológico), sempre haverá Ideologia e; 2) em termos concretos (nível ôntico), as ideologias nascem, sofrem variações e morrem (MENDONÇA, 2011, p. 10).

Assim, frente a essa distinção, podemos perceber o direito como uma ordem hegemônica, e que sempre possuirá uma Ideologia (nível ontológico). Em relação às decisões judiciais proferidas pelos juízes, podemos afirmar que estas refletem a sua

visão de mundo, ou seja, uma ideologia jurídica que se opõe a diversas outras interpretações possíveis.

Considerando que vamos trabalhar no capítulo 4 com textos de decisões judiciais, mais especificamente com acórdãos do TJ/RS, pensamos que também devemos conceituar o que seja norma no sentido jurídico. A norma, do ponto de vista jurídico, pode ser entendida como consequência da interpretação do texto legal. Nesse sentido é que Grau (2005) afirma que a produção da norma (significado) tem um caráter constitutivo, pois gera algo novo, diferente do texto (significante). Em suas palavras: “o direito é alográfico. E alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador (Grau, p. 26).” Este entendimento do autor se baseia numa concepção de hermenêutica que leva em conta a existência de um sujeito no processo de compreensão, de um sujeito concreto e inserido em um contexto histórico. Trata-se, sem dúvida, de uma ideologia de interpretação, e que se opõe a ideologias que concebem o direito como um sistema fechado e estável. Hans Kelsen (2003), na sua Teoria Pura do Direito, elabora um conceito formal de norma, considerando que norma jurídica é aquela que encontra seu fundamento de validade em outra norma fundamental hipotética. Para o positivismo de Kelsen, norma e realidade são planos distintos, o dever-ser e o ser, o direito é, portanto, sinônimo de norma, e não há questionamentos sobre o aspecto de valor. Nesse sentido, considerando o direito como uma ordem coativa, o que caracteriza a norma jurídica é a previsão de uma conduta e a prescrição de uma sanção. Já o jurista Miguel Reale (2001), na sua Teoria da Tridimensionalidade do Direito, entende que a norma jurídica reúne três elementos: fato, valor e norma. Esses três elementos da teoria mantêm uma relação dialética e relacional de implicação, ou seja, fato, valor e norma fazem parte de um processo de complementaridade. A norma jurídica prevê um fato, que pelo seu valor estabelece uma consequência. Assim, a norma não existe dissociada dos fatos e dos valores sociais, e o direito não pode ser pensado como algo imutável, mas como parte do processo histórico, capaz de se adequar às mudanças da sociedade, como um processo aberto que não comporta soluções definitivas.

Quando falamos, portanto, de direito, não estamos falando de normas, mas de um sistema que faz parte de uma determinada realidade social, e que por isso

não pode possuir um conteúdo fechado e permanente, pois também está inserido na dinâmica político-social que é permeada pela contingência.

Feitas estas considerações, passamos à nossa proposta de aplicabilidade da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do discurso jurídico. Inicialmente, tomaremos como referência o conceito de discurso. Desse modo, podemos partir da seguinte pergunta: como e em que medida poderíamos pensar este conceito em relação ao discurso jurídico? Num primeiro aspecto, tomamos a questão do termo discurso abranger elementos linguísticos e extralinguísticos. Neste ponto, considerando que o discurso jurídico não diz respeito exclusivamente a um texto, ou a um conjunto de textos, mas sim a um conjunto de discursos (e que também abrange as práticas) de juízes, advogados, professores e demais sujeitos sociais, podemos afirmar que o discurso jurídico abrange elementos linguísticos e extralinguísticos. O discurso jurídico abrange, portanto, os textos, as falas, os rituais, enfim, diversas práticas. Diferentemente de Laclau, Foucault (1997) faz a distinção entre práticas discursivas e não discursivas, mas de qualquer forma este autor também pensa o discurso como um “acontecimento”, também entende o discurso como prática. Para Foucault, as práticas discursivas estão ligadas a processos de poder, e são constituídas por estes processos. Nesse sentido, decisões judiciais, por exemplo, são, sem dúvida, mecanismos de poder.

Num segundo aspecto, tomamos a questão do discurso como uma perspectiva de constituição. Se o espaço social é um espaço discursivo, e se o direito está inserido neste espaço social, também o direito adquire uma característica e/ou aspecto de constituição. Em outras palavras, considerando a perspectiva não essencialista da Teoria do Discurso, é possível dizer que o direito não possui uma essência, e que até mesmo não exista fora de práticas discursivas. Pensar os diferentes discursos do direito que podem se constituir é pensar o discurso enquanto prática. Por mais que o direito, especificamente os textos jurídicos (as leis) prescrevam e determinem de forma ideal e *a priori* conceitos, comportamentos, condutas, o discurso jurídico, que é mais amplo e que é “atual”, demonstra o quão provisória é esta impossível pretensão do direito. Como conceber um direito que teria a capacidade, por exemplo, de prever as mudanças sociais, se ontologicamente para a Teoria do Discurso o social é marcado pela contingência e precariedade? Como o direito teria a capacidade de representar o irrepresentável? Entretanto,

apesar da impossibilidade desta pretensão do direito, ela é da mesma forma necessária para a manutenção da ordem jurídica. Nesse sentido, Kelsen (2003) afirma a função do direito enquanto meio de conservação social, cujo ordenamento jurídico tem como característica a coerência, unidade e plenitude, no qual os textos jurídicos (as leis) ocultam as contradições e a complexidade do social.

Mesmo considerando este aspecto do direito como instrumento de conservação social, também é possível pensar o discurso jurídico como um espaço “aberto”, no qual diferentes sentidos e identidades podem se constituir. Isso torna o direito mais um espaço/veículo para os sujeitos e para os movimentos sociais lutarem pela hegemonia. O discurso jurídico tem, portanto, a capacidade de constituir identidades, de constituir as posições de sujeito, de incluir ou excluir, de classificar como normal ou anormal, como permitido ou não permitido. É, sob este aspecto, que pensamos ser possível a utilização do discurso como fonte de compreensão de diferentes paradigmas, o que será feito no capítulo 4 deste trabalho na análise de acórdãos do TJ/RS.

Michel Foucault possui em seus trabalhos muitas reflexões sobre o direito, e que pensamos ser possível relacionar com a nossa proposta de discussão. Márcio Alves da Fonseca (2012) apresenta três perspectivas sobre o que ele chama de diferentes “imagens” do direito em Foucault. Tais perspectivas se constituem em relação a dois planos de análise: um plano teórico e um plano prático. No plano teórico, a primeira imagem seria a do direito como “legalidade”, numa perspectiva de oposição entre direito e norma, entre as noções de norma e normalização. No plano das práticas, temos a perspectiva de uma implicação entre normalização e direito, a imagem do “direito normalizado-normalizador”, e, por fim, a imagem do direito como uma prática de resistência aos mecanismos de normalização, a imagem do “direito novo”.

Antes de analisarmos cada uma dessas imagens, vamos resgatar brevemente a noção de norma em Foucault. De acordo com Fonseca (2012), no âmbito dos trabalhos de arqueologia do autor, esta noção está ligada ao caráter normativo de diversos saberes modernos, como por exemplo, a medicina e a psiquiatria. O caráter normativo destes saberes diz respeito ao poder de separar os sujeitos e objetos entre os campos do normal e do anormal/patológico. Outra noção que é estudada no âmbito dos trabalhos de arqueologia é a noção de saber. Tal noção se refere às

condições históricas de emergência de determinados saberes sobre o homem, a *épistémè*. Nesse sentido, nos trabalhos de arqueologia, a norma opera na idéia da divisão do normal/patológico. No âmbito dos trabalhos de genealogia, a forma da norma está ligada aos mecanismos e tecnologias de poder, de constituição dos sujeitos e objetos (normalização). Fonseca, tomando como referência os cursos *O poder psiquiátrico* e *Os anormais* de Foucault, afirma que:

A partir das análises presentes nesses dois cursos, percebe-se que a noção de norma, para Foucault, não remete à idéia de uma regra que restringe, não remete às noções de repressão ou exclusão. Normalizar não significa, portanto, impor limites a determinadas condutas. A noção de norma que se esboça nesses cursos remete, ao contrário, à idéia de estados ou situações a partir dos quais, e por meio dos quais, uma tecnologia positiva de poder é possível, de tal forma que normalizar significa agenciar a produção de condutas esperadas (FONSECA, 2012, p. 87).

O autor apresenta, portanto, a distinção entre a noção de norma como repressão e norma como mecanismo produtivo de poder. Dessa forma, o resgate desta noção será importante para a compreensão das “imagens” do direito.

Retomando a questão das imagens do direito em Foucault, no plano teórico, a primeira imagem apresentada por Fonseca seria a do direito como “legalidade”, como enunciado da lei, em oposição (conceitual) à normalização. Na construção da sua analítica do poder, Foucault diferencia o modelo do direito do poder e o modelo estratégico (normalização), e afirma que para uma analítica do poder é necessário se afastar da representação do modelo negativo do direito. Nas palavras de Fonseca: o poder exclui, sujeita, recusa, interdita, e o faz pronunciando a lei, a regra. Daí a designação “jurídico-discursiva” com referência a tal representação (Fonseca, 2012, p. 97). O autor refere que, de acordo com Foucault, a aceitação do modelo do direito se deu por razões táticas, pois esta representação ocultaria e dissimularia o seu funcionamento de maneira que seja facilmente aceita; e por razões históricas, ligadas à estruturação das monarquias ocidentais e dos Estados. De acordo com o autor:

Para Foucault, permanecemos atados a essa representação, à imagem do poder-lei e do poder-soberania. E tal vínculo nos impede de percebermos o funcionamento concreto e histórico de novos mecanismos de poder, irreduzíveis à representação do direito. Esses novos mecanismos, formados ao longo dos séculos XVII e XVIII, funcionam pela técnica, pela normalização e pelo controle, mais do que pelo direito, pela lei e pelo castigo, extrapolando a esfera dos Estados e de seus aparelhos, não sendo

possível, portanto, sua descrição e análise segundo aquela representação jurídico-discursiva do poder (FONSECA, 2012, p. 98).

Foucault, nos trabalhos da genealogia, analisa, portanto, esses mecanismos de poder. Na sua analítica do poder, o modelo estratégico se opõe à imagem do modelo jurídico (baseado na lei e no qual o poder é pensado como um sistema de exclusão ou sujeição), e é pensado como uma relação de forças, de lutas constantes (Fonseca, 2012). Achemos importante destacar aqui que este momento da análise do poder de Foucault vai ao encontro da perspectiva da Teoria do Discurso, no sentido de pensar o poder como uma luta constante. Como já referido, esta imagem de oposição entre o direito e a normalização é conceitual e teórica, pois no plano das práticas os dois modelos se complementam.

No plano prático, a segunda imagem do direito que se apresenta é a do direito “normalizado-normalizador”. Para a perspectiva desta imagem, a normalização e o direito são complementares e inseparáveis, ou seja, o direito se apresenta como um vetor dos mecanismos de normalização. Fonseca (2012) apresenta a abordagem histórica sobre as práticas judiciárias realizada por Foucault, na qual este autor analisa as relações entre verdade, poder e saber. Sobre as práticas jurídicas e sua relação com a questão da verdade analisados por Foucault, o autor afirma:

Elas estariam entre as práticas sociais mais importantes nas quais se poderia localizar a emergência de novas formas de subjetividade, definidas pelas sociedades em função das relações que estabelecem entre o homem e a verdade. Todas as práticas jurídicas seriam práticas sociais que fariam nascer novas formas de sujeitos, em função de diferentes regimes de verdade que fariam circular, sendo tais regimes de verdade, por sua vez, o resultado da interação entre relações de poder e formações de saber (FONSECA, 2012, p. 161).

Pela passagem acima, podemos verificar que, de acordo com Foucault, poder e saber não são dois elementos separados, mas uma relação poder-saber. A concepção de poder de Foucault se opõe tanto ao modelo jurídico-discursivo do poder como repressão (marxistas), quanto ao modelo do poder como Ordem, como Lei (contratualistas). Para Foucault, o poder não deve ser pensado como algo que reprime, mas que, ao contrário, produz. Da mesma forma, o poder não deve ser pensado como sinônimo de Ordem, decorrente do contrato social, mas como uma batalha perpétua (FONSECA, 2012).

No que diz respeito às práticas jurídicas, estas são uma forma de disputa em dizer/estabelecer a verdade, e não uma verdade a priori, mas uma verdade que é resultado e que é construída pelo próprio discurso. Saber e poder estão ligados, pois não há a formação de um saber sem o exercício de um poder e vice-versa.

O estudo de Foucault sobre as práticas judiciárias se insere na abordagem histórica feita pelo autor sobre as chamadas sociedades disciplinares. Sociedade disciplinar diz respeito à designação de um tipo de sociedade (sociedades ocidentais a partir do início do século XIX e XX) na qual diversas instituições disciplinares como a escola, o trabalho, a prisão, entre outras, realizam um sistema de controle sobre a vida dos indivíduos. As instituições disciplinares teriam como função a fixação dos indivíduos. No que diz respeito às práticas jurídicas, a prisão é a instituição de análise de Foucault. De acordo com Fonseca (2012):

Efetivamente, o aprisionamento, a reclusão, que aparecem no início do século XIX, terão por função fixar os indivíduos. Enquanto forma punitiva maior das sociedades contemporâneas, a prisão tem a mesma finalidade que diversas outras instituições modernas: fixar os indivíduos em um aparelho de normalização das condutas. Todas essas instituições não têm por finalidade primeira “excluir”, mas fixar os indivíduos (FONSECA, 2012, p. 165).

Para Fonseca, esta abordagem de Foucault se relaciona com a imagem do direito “normalizado-normalizador”, pois nessas instituições disciplinares opera um sistema de sanção normalizadora, um tipo de “infrapenalidade”. Neste contexto, o instrumento da sanção normalizadora não teria como objetivo punir, mas normalizar as condutas dos indivíduos. Assim, a disciplina, enquanto mecanismo de poder, seria uma forma de normalização e hierarquização. Este aspecto de normalização disciplinar que o autor se refere como “continuidade” entre os mecanismos disciplinares, é que se relaciona com esta segunda imagem do direito, ou seja, a continuidade entre normas do direito e normas disciplinares. Nas palavras do autor:

Considerando-se que esses dois “tipos” de regras e procedimentos não se constituem em domínios independentes, considerando-se que, ao invés disso, fazem parte de um único processo, estão inseridos num mesmo fluxo de poder, num único agenciamento de poder, então é a imagem de um direito normalizado-normalizador que se tem diante dos olhos, a imagem de um direito em que se nota uma “colonização” recíproca entre as normas disciplinares e as práticas e os saberes do direito formalizado (FONSECA, 2012, p. 187).

Na abordagem histórica das sociedades disciplinares, a noção de poder em Foucault diz respeito, portanto, ao estudo de um mecanismo geral de poder sobre a

vida (mecanismos disciplinares e mecanismos de regulação). Sobre o conceito de biopoder de Foucault, Fonseca (2012) afirma:

O biopoder não se constitui numa forma de poder independente do poder disciplinar, mas é integrado por este último. Em torno das disciplinas do corpo e das regulações das populações é que teria se organizado um mecanismo geral de poder sobre a vida. Mecanismo que não agiria pela despesa, pela interdição, pela imposição da morte, mas que se concretiza pelo investimento sobre a vida e seus fenômenos, mecanismo que teria no “corpo vivo” e na “vida enquanto processo” seus dois vetores principais. Desde o século XVIII, teríamos ingressado assim na “era do biopoder”, pois a partir daí, seguindo-se à disseminação de técnicas que visavam obter a sujeição dos corpos, desenvolveram-se também diversas formas de intervenção sobre os fenômenos próprios da vida biológica (FONSECA, 2012, p. 196).

Nesse sentido é que Fonseca (2102) situa a imagem do direito “normalizado-normalizador” em Foucault, como a relação entre o direito e os mecanismos de normalização, pelas diversas formas de atuação do direito sobre a vida. Assim, para esta imagem, o direito aparece como um vetor da normalização, ou seja, o direito também está inserido nos mecanismos de normalização. Considerando, portanto, as implicações entre o direito e esses mecanismos é que Fonseca afirma:

Esta imagem não cria um “mundo” independente do “mundo da lei”, apenas relembra que o mundo da lei não constitui um mundo independente. Mas além disso, a imagem do direito normalizado-normalizador que encontramos em seu pensamento mostra que, nas sociedades modernas, a “lei funciona cada vez mais como norma”. A lei funciona cada vez mais como “norma” e a “instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras” (FONSECA, 2012, p.235).

Por fim, no plano prático, a terceira imagem do direito em Foucault que Fonseca apresenta é a do chamado direito novo. Esta imagem seria uma nova oposição entre direito e normalização, e diz respeito à possibilidade de se conceber práticas do direito que fujam à normalização/disciplina. Fonseca reconhece esta imagem a partir do que ele chama de posturas “positiva” e negativa” das análises de Foucault. A postura “negativa” está ligada a uma atitude de desconfiança de Foucault em relação às formas do direito, e decorre da implicação deste com os mecanismos de normalização, e com a as estruturas formais do Estado. Já a postura “positiva” identificada no pensamento de Foucault diz respeito à possibilidade de se pensar formas de resistência à normalização, a partir da noção de governamentalidade trabalhada pelo autor. Fonseca (2012) explica:

Ora, com a noção de governamentalidade, há uma segundo deslocamento realizado pela genealogia do poder de Foucault, deslocamento que irá agora do eixo “saber-poder” para a noção de “governo dos homens”. Com

esta noção, a relação entre os três domínios (saber, poder e subjetividade) será pensada de modo diferente. Não se trata mais de mostrar de que maneira as diversas formas de subjetividade são produzidas pelos mecanismos de poder, mas, sim, pensá-los como três domínios que se *articulam* no interior de uma arte de governar. Saber, poder e subjetividade são pontos de articulação de processos de governamentalidade (FONSECA, 2012, p. 257).

A partir deste modo de se conceber a relação entre os domínios saber, poder e subjetividade como articulação no interior de uma arte de governar é que se abre a possibilidade de se pensar em formas de resistência. Para Foucault são as formas de “não ser governado”, o que ele designa de atitude crítica. Esta atitude crítica seria, portanto, uma forma de se pensar práticas do direito que se oponham aos mecanismos de normalização. Fonseca encontra o que ele chama de atitude crítica nos denominados trabalhos da ética de Foucault, mais especificamente nos estudos voltados ao processo de subjetivação. Sobre este campo da ética em Foucault, Fonseca explica:

Esta ética está longe de ser um tipo de “individualismo” contemporâneo, entendido como uma forma de existência “narcísica” e descomprometida com o outro. Ela tem, sem dúvida, a forma de uma adesão pessoal e livre. Mas essa adesão pessoal e livre se distancia de duas coisas: de um lado, da vinculação a um modelo de existência universal e predeterminado e, de outro, da construção de um estilo de existência para si que seja desvinculado do campo das relações com o outro (FONSECA, 2012, p. 271).

A atitude crítica de resistência aos mecanismos de normalização é, portanto, uma atitude ética para Foucault, e seria uma possibilidade de se pensar uma forma nova do direito, a imagem do direito novo. Esta imagem considera que o direito, inserido no contexto social, também deve ser constantemente questionado, e que os meios de sua aplicação não são apenas de responsabilidade de um único órgão, mas de todos os indivíduos. Esta imagem do direito esboça a concepção filosófica de Foucault da necessidade de se afastar a forma de pretensão ao universal dos direitos do homem. Nas palavras de Fonseca:

E ao deixar de recorrer ao universal, o filósofo se volta para a pluralidade. Cabe ao homem histórico, concreto, plural, inquietar-se continuamente a cerca de seus valores e se preocupar com as diferentes maneiras de torná-los concretizáveis por meio das práticas, inclusive práticas do direito (FONSECA, 2012, p. 283).

Esta imagem do direito novo é a imagem do direito enquanto prática, e vai ao encontro da perspectiva da Teoria do Discurso, de se pensar os discursos/práticas como constitutivos do social. Da mesma forma, está em sintonia

com a concepção da Teoria do Discurso das noções de contingência e precariedade de tais práticas. Do ponto de vista filosófico, Laclau também rechaça em sua teoria a concepção de homem universal, nesse sentido, nessa formulação das diversas imagens do direito no pensamento de Foucault, notamos a presença de algumas reflexões da Teoria do Discurso.

As outras noções da Teoria do Discurso que queremos relacionar com a nossa proposta de trabalho são a noção de antagonismo e hegemonia. A noção de antagonismo pode ser utilizada no sentido de distinção política, como a luta de sentido político de diferentes discursos. Ao trabalharmos o antagonismo, entendido como uma construção política que estabelece uma fronteira entre um interior e um exterior, queremos situá-lo como esta luta entre os diferentes discursos que disputam a hegemonia no TJ/RS em relação a questões que envolvem gênero e sexualidade. A percepção do antagonismo entre discursos tidos como “conservadores” e “avançados” no Tribunal nos leva a visualizar que um discurso se constrói em relação ao outro, de forma que podemos pensar o antagonismo como constitutivo do direito. O antagonismo, sob este aspecto, pode ser entendido como distinção política de diferentes sentidos, de discursos que lutam para se consolidar. Na análise que será feita no capítulo 4 poderemos verificar como se constrói a retórica dos discursos, os tipos de argumentos que são utilizados, os diferentes discursos disputando o estabelecimento da “verdade”. Esses discursos jurídicos estão sempre buscando hegemonizar seus conteúdos, o que ocorre sempre de forma precária e contingente. A articulação hegemônica está permanentemente ameaçada por forças antagônicas, nesse sentido, é que se trata de uma articulação contingente, o que denota o caráter discursivo dos sentidos que estabelece. Neste contexto, o poder se apresenta como um “lugar” de permanente conflito e de luta pela hegemonia. Ao homogeneizar um conteúdo, uma articulação discursiva fixa, de forma precária e contingente, sentidos em torno de um ponto nodal. Por exemplo, podemos tomar as palavras “justiça”, “família”, “natural” como pontos nodais. Tais palavras podem adquirir diferentes sentidos quando utilizadas, mas qualquer construção é sempre parcial e provisória, e não há um total fechamento dos sentidos. Nesse sentido, em relação aos discursos jurídicos, a noção de hegemonia pode demonstrar o caráter discursivo dos sentidos e das identidades que tais discursos constroem.

No próximo capítulo, analisaremos os trechos dos acórdãos selecionados, e poderemos observar algumas das considerações feitas neste capítulo. É possível percebermos o “mundo do direito” interligado com o social, e, sobretudo, as diferentes possibilidades da lei: podendo funcionar como “norma”, mas também a existência de práticas do direito que fogem à normalização.

## **4. ASPECTOS METODOLÓGICOS E DE ANÁLISE DE DADOS DA PESQUISA**

### **4.1. Introdução**

Neste capítulo apresentamos os aspectos metodológicos da pesquisa. Num primeiro momento, expomos os métodos e técnicas utilizados, bem como as etapas do trabalho. Apontamos também o âmbito espacial da pesquisa, e retomamos os objetivos e a hipótese da dissertação. Por fim, analisamos os dados jurisprudenciais pesquisados. Este capítulo expõe, portanto, a pesquisa feita junto ao site do TJ/RS, bem como os resultados obtidos. Através das categorias de análise que construímos, passamos à análise dos trechos dos acórdãos selecionados a fim de verificar os argumentos utilizados nestas decisões que convençionamos chamar de “avançadas” e “conservadoras”.

### **4.2. Métodos e técnicas utilizados**

O trabalho foi realizado por meio da abordagem metodológica qualitativa de dados jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e através do método da análise de conteúdo. Este método nos possibilitou trabalhar a pluralidade de sentidos dos textos pesquisados. Os dados do trabalho foram submetidos à análise de conteúdo com o intuito de interpretar as características dos textos. Assim, buscamos melhor compreender os discursos, aprofundando suas características e extraíndo seus aspectos mais relevantes. Com a utilização da análise de conteúdo pudemos explorar a diversidade dos discursos, na busca de um conhecimento

efetivamente científico, evitando um mero subjetivismo na interpretação dos textos das decisões judiciais.

A primeira etapa desta pesquisa consistiu no levantamento bibliográfico e aprofundamento dos conceitos teóricos. Posteriormente foi feita a pesquisa jurisprudencial através da ferramenta de busca avançada de jurisprudência do site do TJ/RS, delimitando como órgão julgador o 4º Grupo Cível; 7º e 8º Câmaras Cíveis, e como período entre 01/01/2003 à 28/11/2011. A partir desses resultados, fizemos uma seleção de 10 acórdãos. Primeiramente separamos os acórdãos por ano, e depois fizemos a seleção aleatória dos mesmos. Esta escolha teve como objetivo analisar pelo menos 1 acórdão por ano do período delimitado, ou seja, que pudesse representar este período. Por fim, propusemos algumas categorias de análise e trabalhamos com as informações, tendo por base conceitos que compõem a estrutura teórica da nossa proposta de utilização da Teoria do Discurso como fonte de compreensão do discurso jurídico.

O trabalho de análise de acórdãos do TJ/RS situa o âmbito espacial da pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul. Diferentemente do resto do país, o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul estrutura-se de maneira especializada não só no chamado primeiro grau de jurisdição (juízes das varas), mas também no chamado segundo grau de jurisdição (Tribunal de Justiça). Nesse sentido, às Câmaras Cíveis são distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização. No TJ/RS o chamado 4º Grupo Cível, formado pelas 7º e 8º Câmaras Cíveis é o que detém competência em relação a matérias que envolvam família, sucessão, união estável, Estatuto da criança e do adolescente e registro civil das pessoas naturais. Nesse sentido, o regimento do TJ/RS, resolução 01/08, define a competência do 4º Grupo Cível:

Art. 10. Compete aos Grupos Cíveis, além do que está fixado no Regimento Interno: I - uniformizar a jurisprudência, na área de sua especialização exclusiva, editando súmulas; II – processar e julgar as ações rescisórias dos julgados das Câmaras Separadas, dos seus próprios julgados e os respectivos embargos infringentes.

Das decisões do TJ/RS cabem recursos, em casos específicos previstos em lei, para o STJ ou STF. Atualmente a composição do 4º Grupo Cível está disposta da seguinte maneira: 7ª Câmara Cível – Des. Vasco Della Giustina – Presidente, Des. Jorge Luís Dall’Agnol, Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Des. André Luiz Planella Villarino, Dr. Roberto Carvalho Fraga; 8ª Câmara Cível - Des. Rui

Portanova – Presidente, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Des. Alzir Felipe Schmitz, Des. Ricardo Moreira Lins Pastl.

Como já referido, foram analisados 10 (dez) acórdãos, no período compreendido entre o ano de 2003 e 2011. Delimitamos esse período em função de no ano de 2003 ter entrado em vigor o Novo Código Civil Brasileiro. Com este Código, diversas transformações foram inseridas no âmbito do direito de família, como a previsão de plena igualdade entre os cônjuges e o reconhecimento de novas formas de constituição familiar. Assim, expressões como “pátrio poder” foram substituída por “poder familiar”. Da mesma forma, o reconhecimento da plena igualdade entre os filhos (havidos ou não do casamento e adotados) também acarretou o fim de antigas expressões como filhos “ilegítimos”.

O objetivo geral da pesquisa foi analisar o conteúdo discursivo das 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis do TJ/RS no que diz respeito às novas configurações familiares, aos papéis de gênero e sexualidade. Identificar e conhecer se estes discursos têm sofrido influência de discursos de outras esferas do social e quais têm sido as consequências disso.

A hipótese de trabalho é a de que, ainda que o discurso jurídico do TJ/RS seja considerado um dos mais avançados do País, existe um discurso conservador antagônico a estes discursos mais avançados, e, assim, parte das decisões no âmbito do direito de família que dizem respeito às novas configurações familiares ainda são permeadas de distinções preconceituosas e discriminatórias. O discurso jurídico de uma parcela do TJ/RS não está acompanhando a realidade das atuais práticas sociais, utilizando-se ainda de argumentos de cunho religioso, argumentos biologicistas ou naturalistas, ou de argumentos que simplesmente reproduzem o senso comum.

Na nossa pesquisa no site do TJ/RS, utilizamos a ferramenta de busca avançada de jurisprudência, tendo como filtros: Tribunal, TJ/RS; Órgão Julgador, o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis; Inteiro Teor; Seção Cível; Tipo de decisão, Acórdão; período entre 01/01/2003 à 28/11/2011. Propomos na busca as seguintes palavras-chave: Família, União Estável, União Estável homossexual, Entidade Familiar, Casamento, Adoção e Adoção homossexual. Desta busca, obtivemos o seguinte resultado:

Quadro 1- Resultado da busca das palavras-chave

<b>4º Grupo Cível:</b>	<b>7º Câmara Cível</b>	<b>8º Câmara Cível</b>
Família- 268 acórdãos	Família- 8.690 acórdãos	Família- 8.040 acórdãos
União Estável- 143 acórdãos	União Estável- 4.560 acórdãos	União Estável- 4.730 acórdãos
União Estável homossexual- 13 acórdãos	União Estável homossexual- 46 acórdãos	União Estável homossexual- 35 acórdãos
Entidade Familiar- 70 acórdãos	Entidade Familiar- 3.000 acórdãos	Entidade Familiar- 2.000 acórdãos
Casamento- 151 acórdãos	Casamento- 3.550 acórdãos	Casamento- 3.370 acórdãos
Adoção – 263 acórdãos	Adoção – 3.510 acórdãos	Adoção – 9.220 acórdãos
Adoção homossexual- 10 acórdãos	Adoção homossexual- 31 acórdãos	Adoção homossexual- 44 acórdãos

Fonte: site doTJ/RS

A busca por todas estas expressões teve como objetivo obter um panorama sobre o número de acórdãos sobre estas matérias. Através da ferramenta de pesquisa livre na busca avançada do site do TJ/RS, estes resultados encontrados são documentos que possuíam todos os termos pesquisados. Ao repetirmos esta mesma procura com a opção de pesquisa exata, ou seja, equivalente ao campo “com a expressão” na busca avançada, os resultados foram os mesmos, com exceção da palavra “Família” no 4º Grupos Cível, que obteve 273 documentos na

pesquisa livre e 268 na pesquisa exata. Conforme a explicação disponibilizada na ferramenta de ajuda do site, podemos afirmar que os resultados da nossa pesquisa livre feita na busca avançada do site do TJ/RS representam, portanto, os documentos que possuíam todos os termos pesquisados.

A partir de uma análise específica sobre os acórdãos referentes à busca “união estável homossexual” e “adoção homossexual”, identificamos que: do 4º Grupo Cível, dos 13 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “união estável homossexual”, 4 dizem respeito efetivamente a questão do reconhecimento destas uniões, sendo 3 favoráveis e 1 contra. Dos 10 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “adoção homossexual”, apenas 1 diz respeito a este tema, e a decisão foi favorável.

Da 7ª Câmara Cível, dos 46 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “união estável homossexual”, 21 dizem respeito efetivamente a questão do reconhecimento destas uniões, sendo 9 favoráveis e 12 contra. Dos 31 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “adoção homossexual”, apenas 2 dizem respeito a este tema, e as duas decisões foram favorável.

Da 8º Câmara Cível, dos 35 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “união estável homossexual”, 18 dizem respeito efetivamente a questão do reconhecimento destas uniões, sendo 2 favoráveis e 6 contra. Dos 44 acórdãos que obtivemos como resultado da pesquisa “adoção homossexual”, nenhum dizia respeito a este tema.

Nesse sentido, os demais resultados diziam respeito a outras questões como honorários advocatícios, questões processuais, ou mesmo eventual falta de prova fática no processo sobre a união, o que faz com que não seja possível classificar a decisão nem como favorável, nem como contra o reconhecimento.

A partir da leitura dos acórdãos encontrados, passamos a observar um padrão de fundamentação que se repetia nas decisões, tanto nas chamadas “conservadoras”, quanto nas “avançadas”. Pudemos verificar também que uma mesma motivação é utilizada anos depois em acórdãos posteriores, ou seja, os desembargadores fundamentam uma decisão de 2011 com os mesmo argumentos usados em uma decisão de 2003, por exemplo. Identificamos que estas repetições ocorriam com tanta frequência que, em diversas vezes, revelavam praticamente o chamado em informática “recortar e colar”. Com isto, decidimos selecionar 10

acórdãos para a nossa análise, representando 1 acórdão por ano (2003-2011), e dos quais 2 acórdãos são do ano de 2010. Assim, construímos categorias de análise “a priori” que nortearam à discussão de trechos desses acórdãos.

Considerando a hipótese de que uma parcela do TJ/RS se utiliza de argumentos conservadores, argumentos biologicistas, argumentos de cunho religioso, entre outros para embasar suas decisões, construímos as seguintes categorias de análise constantes nos quadros nº 2 e 3, a seguir:

Quadro 2 - Categorias de análise

CONSERVADOR	
Naturalização	por naturalização referimo-nos ao processo de utilização dos elementos naturais, da biologia, para o estabelecimento da “verdade” sobre as noções de gênero e sexualidade.
Normalização	tomamos esta categoria no sentido Foucaultiano, ou seja, um mecanismo de poder que disciplina a sociedade.
Costumes	entendido como as normas de conduta sociais obrigatórias dentro de um determinado grupo.
Estrutura Formal	nos referimos à estrutura formal familiar: homem, mulher e prole.
Procriação/Prole	sinônimos de filhos.

Quadro 3 - Categorias de análise

AVANÇADO	
Afetividade	é entendida aqui como a relação de afeto existente nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.
Igualdade	princípio jurídico, direito e garantia fundamental previsto no artigo 5º da CF/88.
Princípios democráticos	princípios consagrados na CF/88, como o princípio da isonomia, entre outros.
Liberdade	direito e garantia fundamental previsto no artigo 5º da CF/88.
Dignidade da Pessoa Humana	princípio jurídico fundamental que reconhece a dignidade inerente a todas as pessoas, e que serve de fundamento para qualquer interpretação judicial. Previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88.

Antes de analisarmos os trechos dos acórdãos selecionados achamos importante explicar de que forma se estrutura uma sentença ou um acórdão judicial. De uma maneira geral, uma sentença é composta por uma primeira parte chamada de Relatório, na qual é feita a identificação das partes e a narração do histórico dos fatos ocorridos no processo. A segunda parte da sentença é chamada de Fundamentação, nela o juiz explicita os argumentos e os motivos que o levam a sua decisão. Esta decisão cria tanto uma norma individual/concreta, quanto à possibilidade de se extrair uma norma geral. Por fim, o chamado Dispositivo é a parte final na qual o juiz decide e prolata a sentença. Toda a sentença tem que ser motivada, ou seja, fundamentada. O juiz deve se manifestar sobre as questões suscitadas pelas partes no processo. Uma sentença judicial sem motivação é tida como nula. Trata-se de uma garantia constitucional, conforme o artigo 93 da CF/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Da mesma forma, o juiz deve fundamentar a sentença em razão do chamado princípio do contraditório, ou seja, as partes têm o direito de exigir que o juiz se pronuncie sobre o que foi alegado por elas no processo. Feitas estas considerações, apontamos que os trechos dos acórdãos analisados dizem respeito, portanto, à parte da fundamentação do acórdão.

#### **4.3. Análise dos dados**

Considerando as diferentes posições de desembargadores do TJ/RS acerca do reconhecimento das uniões estáveis homossexuais, convencionamos chamar de decisões “avançadas” as decisões que reconhecem este tipo de união, e de “conservadoras” as decisões que não reconhecem estas uniões. Trata-se de um tema polêmico e divergente, mas que encontra hoje no Tribunal uma maioria de decisões favoráveis. Tendo em vista que o nosso trabalho não se trata de uma

análise quantitativa, mas qualitativa de decisões, ressaltamos que o nosso objetivo foi identificar os principais argumentos utilizados nesse tipo de decisão.

## DECISÕES “CONSERVADORAS”

### TRECHOS DOS ACÓRDÃOS

#### ACÓRDÃO Nº. 1:

**Embargos Infringentes n. 70037917184**

**Data de julgamento: 10/09/2010**

**4º Grupo Cível, Comarca de Porto Alegre.**

Ora, **a família é um fenômeno natural** e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que **foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais**, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. **Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole**, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico. [grifos nosso]

**Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole** e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo. Assim, a idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um **ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura**. [grifos nosso]

E, como base da sociedade, **não pode a família se apartar da estrutura formal** concebida pelo legislador constituinte, **como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole**, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, **como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva**. Utilizo, propositalmente, a expressão **estrutura formal**, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: **a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole (grifo nosso)**. [grifos nosso]

Portanto, **não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família**. Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de

70 anos... E, data venia, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

**Diante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar**, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato. **E entendo que constitui até uma heresia, data maxima venia, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...** [grifos nosso]

É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, **não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...** [grifos nosso]

Ora, **os costumes** vigentes no país ainda apresentam reservas ao relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, por vezes até com desrespeito, visto não raro como uma situação de imoralidade... [grifos nosso]

Não deixa de causar perplexidade e até constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz **o costume** vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é ainda aceita pela sociedade como um fato **normal**, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como **natural**, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação. [grifos nosso]

**Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar** e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável. [grifos nosso]

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Isso, data venia, é meia verdade, pois a outra parte diz com a sua função social, que continua a ser a mesma, enquanto geradora da família.

Este julgamento versa sobre os embargos infringentes opostos por “A” contra o acórdão que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto por “B” contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de união estável, cumulada com pedido de arrolamento e partilha de

bens, com pedido liminar de bloqueio cautelar de recursos financeiros e de imóveis e de separação de corpos, movida por “A”. Em suma, o que estava em discussão era a possibilidade ou não do reconhecimento de união estável entre duas mulheres que conviveram por 12 anos. Como resultado, foi reconhecida apenas uma parceria civil<sup>28</sup> entre as partes, e não uma união estável<sup>29</sup>. Assim, foi determinada a partilha do patrimônio adquirido durante o período da parceria.

Em seu voto o relator não reconhece a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em função do seu entendimento jurídico de que não é possível a equiparação deste tipo de relação com as relações estáveis heterossexuais em razão da inexistência de expressa previsão legislativa. De acordo com o relator, a CF/88 e o Código Civil reconhecem apenas as uniões estáveis heterossexuais. Pudemos observar que, além desta motivação, o relator fundamenta a sua decisão basicamente com argumentos que remetem às noções de natureza/natural; à exigência da diversidade de sexo (homem/mulher); à exigência de prole e aos costumes. Para o relator, a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui casamento nem união estável, conforme a sua definição de família expressa nos trechos selecionados.

Sobre esta questão da utilização de argumentos baseados no que é “natural” e sobre as “finalidades da natureza”, José Reinaldo de Lima Lopes (2003) contesta duas linhas destes argumentos, sustentando que há um equívoco destes argumentos ao se utilizarem de tais noções. Em suas palavras:

Na primeira linha, o argumento afirma que é antinatural a convivência de pessoas do mesmo sexo, e que não existem ligações entre animais do mesmo sexo na natureza. Neste sentido, o fundamento alegado para a legislação é simplesmente errado: falar que as uniões erótico-afetivas entre seres humanos do mesmo sexo são “antinaturais” porque não existem na natureza demonstra apenas a ignorância de fatos. Logo, havendo fatos na “natureza” o argumento simplesmente não se sustenta. Bem, as evidências empíricas desmentem esta afirmação: já se constataram em vários mamíferos o estabelecimento de relações entre indivíduos do mesmo sexo (Lopes, 2003, p. 25).

---

<sup>28</sup> Na Parceria civil não há o reconhecimento de uma entidade familiar, mas apenas uma sociedade de fato entre o par que tem o direito de partilhar o patrimônio adquirido durante a parceria para evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

<sup>29</sup> A União Estável é um tipo de entidade familiar prevista pelo artigo 226 da CF, e que se constitui faticamente pelo transcurso de tempo de convivência entre o casal. O seu reconhecimento gera direitos como: herança, pensão alimentícia, pensão previdenciária, inclusão em plano de saúde, entre outros.

Sobre os argumentos que invocam as “finalidades da natureza” o mesmo autor explica:

Na segunda linha de raciocínio, antinatural quer dizer contra as finalidades da natureza, e neste sentido dois problemas existem no argumento. O primeiro é sobre a finalidade da natureza. A ciência propriamente dita é incapaz de determinar finalidades da natureza, já que para isso seria preciso supor a existência de um sujeito, e a ciência moderna caracteriza-se justamente por suspender a investigação sobre finalidades, que suporia um *sujeito* ou uma *consciência* por trás das regularidades naturais, equivaleria a *personificar* a natureza. Por isso mesmo, na ciência moderna a *funcionalidade* dos eventos não se confunde com a *finalidade* das coisas. Transformar as funções naturais em fins é um erro da ordem das categorias, que invalida o raciocínio. Embora os contatos sexuais sejam funcionais para a reprodução das espécies, não se pode derivar daí que o fim dos seres humanos seja ou deva ser a reprodução da espécie (Lopes, 2003, p. 25).

Podemos perceber, portanto, que os argumentos utilizados pelo relator em seu voto refletem muito destes equívocos apontados por Lopes. Argumentos como as “exigências da própria natureza” e a noção de família ligada necessariamente à idéia de prole são exemplos disto. Os dados utilizados no trabalho do censo do IBGE sobre a atual composição da família brasileira demonstram um aumento de casais sem filho, um exemplo de configuração familiar que parece dissociar da concepção de família expressa pelo relator.

Tomando como horizonte de compreensão a Teoria do Discurso, temos que o discurso é primário e constitutivo das relações sociais, e a produção de sentidos ocorre na prática de articulação. Nos trechos acima, podemos observar o sentido que o autor atribui à noção de família como sendo um fenômeno natural. Os diversos elementos que o autor articula, como natural, natureza, prole, constituem a sua idéia de família. Lopes (2003) discutindo sobre a questão da utilização equivocada de argumentos de direito natural e de natureza, afirma:

Como deveriam saber os juristas, o direito natural não é um conjunto de comandos ou ordens – nem mesmo divinas – mas uma condição de possibilidade de organização social da vida. E a natureza, por seu lado, o que é? É o conjunto de necessidades e regularidades cósmicas? Bem, então neste caso, andar de avião e fazer transfusões de sangue são coisas contra a natureza. É um conjunto fixo de funções e finalidades? Então neste caso é preciso “subjetivizar” a natureza e dizer que ela “quer” algo, o que a rigor ninguém aceitaria dizer, a não ser de forma metafórica. Mas do uso metafórico das palavras não se fazem argumentos convincentes” (Lopes, 2003, p.13).

Além desses argumentos ligados à natureza, outra questão suscitada pelo relator é que o feto não é um fato juridicamente relevante, não cria um direito. Este argumento se contrapõe ao entendimento que reconhece a união estável entre

peças do mesmo sexo considerando o afeto como elemento essencial e caracterizador de uma união.

Considerando a Teoria do Discurso como fonte de compreensão do discurso jurídico, podemos examinar que no debate judiciário os discursos estão disputando a hegemonia de diversos sentidos. Entendemos que a noção de antagonismo pode ser pensada como esta distinção política, como a luta de sentido político desses discursos. Percebemos no TJ/RS um discurso “avançado” em oposição a um discurso “conservador” na luta por estabelecer os sentidos que entendem como corretos. A produção de sentido do que seja uma família ou uma união estável se constitui, de um lado, através de argumentos como natural, natureza, estrutura formal, costumes, procriação, prole, e é limitada, de outro lado, por uma força antagônica, através de argumentos como igualdade, liberdade, afeto, amor, dignidade da pessoa humana. Resultam desta disputa sentidos contingentes e precários. A relação é antagônica, como refere Laclau (2004), pois nenhum pode constituir-se plenamente em função da presença do outro.

Tendo em vista ainda a noção de significantes flutuantes como aqueles cujo sentido está suspenso, temos que a forma como se define um determinado sentido jurídico depende do resultado de uma luta hegemônica. A hegemonia, também no direito, é o resultado de práticas articulatórias. Os discursos jurídicos estão permanentemente disputando a hegemonia de seus conteúdos, e uma articulação hegemônica está constantemente ameaçada por forças antagônicas.

A hegemonização de um conteúdo de um determinado discurso jurídico se trata, portanto, de uma articulação contingente, e o consenso que pode ser articulado em uma decisão é fruto de práticas articulatórias antagônicas.

Mesmo havendo uma previsão legislativa que estabeleça o conceito de família ou de união estável, o discurso jurídico demonstra que esses sentidos são constituídos em cada caso concreto. São, da mesma forma, contingentes e precários, ou seja, nada garante que um posicionamento será adotado, e o entendimento de hoje não será necessariamente o mesmo de amanhã. Nesse sentido, podemos observar que estes dois conceitos são interpretados de maneira distinta pelas duas posições que convencionamos chamar de “avançadas” e “conservadoras”.

Nos trechos selecionados, o relator sustenta a tese de que a interpretação da norma deve ocorrer levando em consideração critérios históricos, sociológicos, e considerando os costumes. Defende também o papel da família heterossexual como base moral das relações. O relator afirma, assim, o papel social do casamento ou da união estável heterossexual como geradores de família. A questão que se apresenta é o que é a família, qual a sua função. Se verifica que o entendimento do relator é no sentido de que o casamento ou a união estável deve gerar uma família (que parece constar como sinônimo de finalidade reprodutiva).

Em suma, identificamos através dos trechos selecionados que os argumentos utilizados são baseados em um conceito tradicional de família, e por isso enquadramos esta decisão como uma posição “conservadora”.

## ACÓRDÃO Nº. 2

Apelação Cível n. 70007336019

Data de julgamento: 01/07/2004

8º Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre

**O relacionamento homossexual de dois homens não se constitui em união estável**, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, **pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher**, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. [grifos nosso]

Assim também dispõe o Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, que assim dispõe em seu *caput*: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com objetivo de constituição de família.*” [grifos nosso]

O artigo 1º, da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do artigo 226, da Constituição Federal, diz o seguinte: “*É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objeto de constituição de família.*” [grifos nosso]

Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.

Vale a pena começar pela dicção legal a respeito da Sociedade de Fato. O antigo Código Civil disciplinava a sociedade de fato em seu artigo 1363. E dizia: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.*”

Hoje, no Código Civil Brasileiro de 2002 disciplina o tema de forma diversa. A sociedade de fato está prevista no artigo 981 e diz o seguinte: “*Celebram*

*contrato de sociedade as pessoas que, reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”*

Ora, se Código Civil anterior havia alguma possibilidade de alguma similitude entre a união por afeto e a sociedade de fato, hoje "data vênia", **tal analogia é totalmente inadequada.** Induvidosamente os apelados não “celebraram contrato”, apenas se uniram. Nessa união, eles não se “obrigaram a contribuir, com bens ou serviços”, apenas passaram a ter uma convivência. Por fim, essa união não tinha, nem de longe, a finalidade de “atividade econômica” e muito menos o interesse de “partilha entre si dos resultados”. **O motivo de suas uniões é o “amor”, é o “afeto” entre eles.** [grifos nosso]

Este julgamento versa sobre a apelação cível interposta pelo Ministério Público contra a sentença que julgou procedente o pedido de reconhecimento de união estável postulado por dois homens. Como resultado, o acórdão deu provimento em parte ao recurso, reconhecendo apenas uma sociedade de fato entre as partes.

O voto do desembargador “A” entendeu que o relacionamento entre dois homens não pode configurar uma união estável. Para o des., tais relacionamentos não são entidades familiares, mas apenas sociedades de fato. Como justificativa, cita a legislação que prevê o relacionamento estável entre homem e mulher. Sem adentrar em nenhum outro tipo de mérito, o des. sustentou o seu voto com base na observância estrita dos termos da legislação. Cita também doutrina no mesmo sentido, e vota pelo provimento do recurso. Em sentido contrário, o voto vencido do des. “Y” reconhece a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo. Entre seus argumentos estão o reconhecimento de uma lacuna jurídica, tendo em vista a falta de previsão normativa da matéria. Tendo em vista, portanto, a existência de uma lacuna jurídica, o des. refere que a posição do voto vencedor faz uso da analogia com a união de fato, enquanto o seu entendimento é pelo uso da analogia com a união estável. De acordo com o des. não é possível o uso da analogia com uma sociedade de fato, pois neste tipo de sociedade as pessoas se obrigam reciprocamente a contribuir tendo em vista um resultado econômico. Como a relação havida entre as partes diz respeito a uma convivência formada pelo afeto, se trata de uma união que tem características de união estável, pois tem intuito familiar. Tendo em vista o caso concreto, o des. afirma que as próprias partes reconhecem viver em união estável. De qualquer maneira, é interessante observar nesta decisão como a

questão do uso da analogia é utilizada de maneira diversa por dois tipos de entendimento contrários. Nesse sentido, os argumentos conservadores deste acórdão são a exigência da diversidade de sexos para a configuração de uma união estável, e o formalismo jurídico, ou seja, a interpretação literal da lei.

### ACÓRDÃO Nº. 3

Apelação Cível n. 70024885337

Data de julgamento: 17/12/2008.

7º Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre

Trechos do voto vencido:

A lei, de fato, não prevê nenhuma forma expressa às uniões homossexuais, entretanto, da mesma forma, não proíbe que se retire efeitos de uniões afetivas homossexuais. E a ausência de lei, por evidente que não implica em ausência de direito, já que o fato social é incontroverso, sendo perfeitamente possível, na omissão da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, de acordo com o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

Dessa forma, ao desabrigo de lei específica, deve-se utilizar, por analogia, o conceito esposado na lei adjetiva civil acerca de união estável, a se agregar os acima suscitados e o texto constitucional brasileiro, especialmente **o art. 5º da Carta Magna, no sentido de que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...’ (sic). Ainda, o inciso X do mesmo diploma legal, haja vista que a opção e a prática sexuais são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo, e o inciso III, do art. 1º, que revela como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.** [grifos nosso]

O tema em foco, reconhecimento de união estável entre homossexuais, a toda evidência não trata de fato social novo, dada sua existência desde épocas pretéritas, mas então objeto de grande preconceito, mormente em sociedades mais conservadoras como desta região sulista, o que impedia as partes envolvidas de assumirem publicamente o relacionamento, temerosas das conseqüências e represálias que daí poderiam advir, seja no campo profissional, pessoal e até mesmo familiar.

Nessa medida, a escolha, ou melhor dizendo, a assunção pública pela conduta homossexual não poderá acarretar, para os envolvidos perante a família e a sociedade, qualquer tipo de discriminação, o que decorre do próprio **princípio da isonomia**, mostrando-se imperioso o enfrentamento da questão da homossexualidade, sem hipocrisia a uma realidade que sempre existiu, mas que, dependendo da cultura e dos costumes do meio onde vivem, seria mais ou menos assumida pelos próprios e admitida por terceiros, até por não se enquadrar no conceito e definição de uma relação heterossexual, ou seja, entre homem e mulher. [grifos nosso]

Nos autos restou comprovado o relacionamento afetivo mantido entre a apelante e a de cujus, por seis anos consecutivos, corroborado pela prova documental e o depoimento de duas testemunhas, havendo, portanto, necessidade do abrigo da tutela jurisdicional ao direito da recorrente, e, fundamentalmente, o reconhecimento da vontade das conviventes, que deram publicidade ao relacionamento, talvez não tanto quanto ressaltado pela Juíza *a quo*, certamente prevenindo-se de discriminações, mormente junto à família da falecida Renata, filha de militar, certamente pessoa de conceitos morais rígidos, que, pelo que se deduz de suas manifestações, nega-se em reconhecer a opção sexual da filha, mascarando a realidade e o quê as provas dos autos teimam em confirmar.

Trechos do voto vencedor:

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, disciplina que *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (...)”*. [grifos nosso]

Diferente não é a regra insculpida no art. 1.723, *caput*, do Código Civil, *verbis*:

*“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.(...)”* [grifos nosso]

**Portanto, a lei não reconhece, como união estável, o relacionamento amoroso público, contínuo e duradouro existente entre pessoas do mesmo sexo.** [grifos nosso]

Este julgamento versa sobre a apelação cível interposta por “A” contra sentença que julgou improcedente a ação declaratória de união estável cumulada com habilitação em inventário. Como resultado, esta decisão não reconheceu a possibilidade de ter existido uma união estável entre duas mulheres que se relacionaram por mais de 6 anos.

O primeiro voto, do des. e relator “X”, deu provimento à apelação reconhecendo a união estável havida entre as partes.

Na esteira das demais decisões que reconhecem a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo, os argumentos utilizados pelo des. são no sentido de preencher a lacuna legislativa existente nestes casos com a aplicação dos princípios jurídicos fundamentais. Segundo o des., o direito à igualdade, à intimidade e a dignidade da pessoa humana devem ser os elementos balizadores da interpretação jurídica para estes casos não disciplinados por lei. Considerando o caso concreto, no qual foi suscitada a falta de comprovação da publicidade da

relação, o des. afirma que ficou comprovada a união estável havida entre as partes. Também entende que a publicidade de tais relações deve ser examinada considerando cada contexto social em que se insere, pois não é possível desconsiderar-se o preconceito social que permeia tais relações. O des. também cita precedentes jurisprudenciais sobre a matéria, e, com base nestas considerações fáticas, reconhece a existência de uma união estável entre a recorrente e a *de cuius*.

Em sentido oposto, o voto vencedor do des. “Y” entendeu pela impossibilidade de reconhecimento de união estável. O des. entende que a lei não contempla a união estável entre pessoas do mesmo sexo, nos termos dos artigos da Constituição Federal e do Código Civil. O des. também cita a fundamentação de um colega proferida em outra decisão sobre esta matéria, e que é no sentido da impossibilidade jurídica deste pedido, pois não seria possível o uso da analogia nestes casos. Assim como a juíza de primeiro grau, o des. entendeu que pelas provas dos autos houve entre as partes um relacionamento amoroso, e não uma união estável. Nesse sentido, negou provimento ao recurso, entendendo pelo descabimento da possibilidade de união estável entre as partes, e não reconhecendo como entidade familiar as relações homossexuais. Como visto, os argumentos utilizados são no sentido da defesa da estrutura formal, através de uma interpretação restritiva da legislação.

#### **ACÓRDÃO Nº.4:**

**Apelação Cível n. 70028838308**

**Data de julgamento: 24/06/2009**

**7º Câmara Cível, Comarca de Porto Alegre.**

Trechos do voto vencedor

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, estabelece que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (...)*”.[grifos nosso]

No mesmo sentido o disposto no art. 1.723, *caput*, do Código Civil, *verbis*:

“*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.(...)*”  
[grifos nosso]

**Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro,** ao contrário de outros países, tais como, por exemplo, o alemão, francês, sueco e dinamarquês, ou mesmo o holandês, que prevê o casamento civil, **não reconhece como união estável o relacionamento amoroso público, contínuo e duradouro existente entre pessoas do mesmo sexo.** [grifos nosso]

Nada impede que as pessoas tenham suas relações erótico-afetivas na forma que melhor lhes aprouver, não se reclama monogamia e nada impede que se relacionem dois homens ou duas mulheres, ou que as relações se estendam a mais de duas pessoas. E nada impede, também, que cada pessoa disponha dos seus bens como quiser, podendo fazer doações ou testamentos... **Mas nem toda a relação amorosa constitui família e, no caso de homossexuais, a lei não permite a adoção de filhos, nem existe qualquer razão para que se estabeleça a priori um regime de bens para reger tais relações.** [grifos nosso]

**Se o que preside a união é o afeto, que o afeto seja, então, o próprio balizador da relação.** O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) a família é merecedora da especial proteção do Estado, (b) que ela resulta, basicamente, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a diversidade de sexos, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento, e (e) que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher.

#### Trechos do voto vencido

**Rogo vênia ao eminente Relator, mas confesso que vejo a questão da união estável homoafetiva por outro viés.** [grifos nosso]

**A união homoafetiva é fato social que se perpetua no tempo, não se podendo admitir a exclusão desta do amparo legal, impondo-se fazer prevalecer a relação de afeto exteriorizada ao efeito de efetiva constituição de família, sob pena de afronta ao direito pessoal individual à vida, com violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.** [grifos nosso]

À vista do exposto, **não me restam dúvidas de que a união homoafetiva deve receber tratamento análogo à união entre um homem e uma mulher,** sendo nesse sentido a orientação diversas vezes esposada por esta Corte, como se vê das seguintes ementas: [grifos nosso]

Este julgamento versa sobre a apelação cível interposta por “A” contra sentença que julgou improcedente ação de reconhecimento e dissolução de união estável proposta contra “B”. Como resultado, foi negada a apelação e mantida a sentença.

O voto do desembargador e relator “X” foi no sentido de negar a apelação e manter-se a sentença de improcedência do pedido de reconhecimento de união estável. O des. sustenta a impossibilidade jurídica do pedido, e adota como

motivação o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a união estável entre homossexuais. Para o des. não é possível se aplicar a analogia nestes casos, tendo em vista que o texto constitucional e infraconstitucional se referem apenas à união entre “homem” e “mulher”. O des. transcreve o acórdão de outro colega proferido em decisão sobre a mesma matéria e que vai ao encontro do seu entendimento. Os argumentos já foram aqui expostos em acórdão analisado, as em síntese, apontam que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser consideradas como união estável, mas apenas como sociedade de fato. Nesse contexto, o entendimento sobre o que é a família específica que esta se trata de um fenômeno natural, focalizada no núcleo homem, mulher e prole. O trecho abaixo diz respeito à parte do acórdão de outro processo que foi transcrito pelo des. “X” como fundamentação da sua decisão. De acordo com o voto colacionado do des. “Y”, não há razão para se regular estes casos, e o afeto entre o casal poderia ser o “regulamento” da união. Finalizando o seu voto, o des. “X” reconhece que houve um relacionamento amoroso de 7 anos entre as partes, mas que isto configura uma união de fato e não uma união estável. Assim, negou provimento à apelação.

O segundo voto, do des. “H”, presidente e revisor também foi no sentido de negar provimento à apelação. Entretanto, nos chamou a atenção o fato de que, ao contrário da utilização dos mesmos argumentos sempre sustentados por este des. ao longo do período analisado neste trabalho, neste acórdão percebemos o emprego de um outro tipo de discurso. O des. reconhece neste voto a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, e afirma:

O des. cita doutrina e jurisprudência no sentido do reconhecimento das uniões estáveis homossexuais pela aplicação dos princípios fundamentais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, entre outros. Reconhece, da mesma forma, a possibilidade da aplicação analógica do instituto da união estável. Em suas palavras: Neste voto, o des. apenas não reconhece a união estável entre o casal por ter entendido que faticamente, de acordo com as provas do processo, não é possível afirmar que se constituiu uma união estável entre as partes. Assim, ao contrário do primeiro des. que entende que não há possibilidade de se estabelecer uma união estável entre homossexuais, neste voto, o des. “H” sustentou esta possibilidade, apenas não reconhecendo, no caso concreto, os requisitos necessários para a sua configuração.

Tendo em vista o resultado unânime de não reconhecimento da união estável havida entre as partes, e mesmo considerando que também foi ventilada uma questão de prova fática, enquadrámos esta decisão como “conservadora”.

## DECISÕES “AVANÇADAS”

### ACÓRDÃO Nº. 5

Apelação Cível nº. 70021085691

Data de julgamento: 04/10/2007

8º Câmara Cível, Comarca de Porto Alegre

#### Trechos do voto vencido

Com efeito, se o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido, como aceitar a chamada “*homoafetividade*” como formadora da união estável? Vale dizer, atribuindo à união estável os efeitos do casamento, em situação quando o casamento não pode ser concebido.

Nenhuma dúvida há na interpretação do texto constitucional (art. 226, § 3º), ao prever a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (conversão penas possível entre homem e mulher).

Da mesma sorte, outra interpretação não se recolhe do Código Civil vigente (art. 1.723), conceituando “*a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”. Aliás, dizendo o mesmo Código, logo adiante, que essa união, com tais características, não se constituirá nos casos de impedimento para o casamento (art. 1.723, § 3º). Como então concebê-la – pergunta-se -, em hipótese quando o casamento não é permitido.

#### Trechos do voto vencedor

Assim, estamos diante de uma lacuna no direito. E a lacuna deve ser preenchida. Como se sabe, mesmo não havendo previsão expressa no ordenamento jurídico o juiz deve buscar uma solução para decidir a respeito dos efeitos jurídicos dessa relação. Isto porque, como diz o artigo 126 do CPC *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei*. No mesmo sentido é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas conseqüências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração.

O processo analógico obedece a requisitos de aplicação, tal como alinhados por Maria Helena Diniz (p.162).

O primeiro requisito é o vazio legislativo. Ou seja, que o caso não tenha previsão na norma jurídica. Este requisito está plenamente preenchido. Não parece haver dúvida, apesar de muitas tentativas, o legislador brasileiro, ainda não se encorajou a colocar no repertório legislativo brasileiro, a disciplina legal para as uniões homossexuais.

O segundo requisito exige que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de semelhança.

As semelhanças são evidentes. Ao primeiro, ambos os institutos são **relações de afeto não formalizadas por celebrações oficiais**, tais como ocorrem com o casamento. Em um e outro caso, as pessoas se unem pelo **afeto** e pela comunhão, pouco e pouco vão num crescendo de harmonia, a ponto de viverem como se casados fossem. [grifos nosso]

Por fim, o terceiro elemento analógico exige que haja identidade essencial ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada.

Ora, indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos é o **afeto informal**. Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de **amor** comum entre os parceiros. [grifos nosso]

Não se desconhece a importância deste sentimento, tanto para a elevação da **solidariedade humana** em geral como para a felicidade das pessoas em particular. [grifos nosso]

Pouco importa se hetero ou homo afetiva é a relação. Importa que seja a troca ou o compartilhamento de **afeto**, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas. Importa que siga os elementos da união estável, mas que seus sujeitos sejam não somente o homem e a mulher, como também o homem e o homem e a mulher e a mulher. Negar-lhes esse direito é desprezar sua natureza humana e limitar a pessoa que são. [grifos nosso]

Os amantes que hoje vivem em união estável, também sofreram as agruras e as discriminações que hoje sofrem as famílias homossexuais. Esta é uma semelhança histórica relevante, que, por igual, faz aproximar algo que hoje está regulado (a união estável) com algo que ainda aguarda regulamentação legislativa.

A CF, no artigo 3º, IV, reza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse passo, a discriminação por orientação sexual é uma forma de tratar sem **igualdade**. Tratar desigualmente, com preconceito. [grifos nosso]

Outro princípio que deve ser invocado para preencher a lacuna jurídica é o previsto no artigo 1º, III da CF, o da **dignidade da pessoa humana**, o qual é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. [grifos nosso]

As relações de índole emotiva, sentimental e **afetiva** entre pessoas do mesmo sexo gera conseqüências que devem ser tuteladas por uma ordem jurídica que se diz **democrática e pluralista**. De nada adianta a proteção genérica e ampla da lei se sua aplicação ficar presa às amarras da intolerância. [grifos nosso]

Muito tem se dito que a inaplicabilidade da lei da união estável às relações homoafetivas decorre da expressão constante em seu texto quanto a restrição aos sujeitos da relação de terem diversidade de sexo. Da mesma forma, o texto constitucional do § 3º, do artigo 226, faz a restrição aos sujeitos: homem e mulher.

Mas o próprio texto constitucional põe como princípio norteador e balizador do sistema o respeito à **dignidade humana**. [grifos nosso]

Acho que é preciso dizer: o homossexual é pessoa. E como tal merece a proteção que a ordem jurídica confere aos heterossexuais em situações análogas.

As decisões que têm entendido pela aplicação das regras da união estável às relações homoafetivas impedem a segregação da homossexualidade baseada no primado da **dignidade da pessoa humana** e no direito de cada um ser aquilo que deseja ser. [grifos nosso]

Este julgamento diz respeito a um recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra uma sentença que julgou procedente a ação declaratória de união estável proposta por “A” em face de “B” reconhecendo a união estável de 6 anos entre dois homens. O MP sustentava a incompetência da Vara de Família para examinar a matéria e a impossibilidade jurídica do pedido com base na inexistência de previsão legislativa sobre a matéria. O que estava em discussão era a manutenção ou não do reconhecimento de união estável entre dois homens, sendo que uma das partes da ação era a sucessão de um dos companheiros (falecido). Interessante neste julgamento foi que a sucessão era representada pelo filho de um dos companheiros, e que não apelou da decisão de reconhecimento da união estável havida entre seu pai e o apelado. Apenas o MP que se insurgiu contra tal decisão. Como resultado, foi negado provimento à apelação do MP, e reconhecida a união estável havida entre as partes no período de 1999 à 2005.

Em seu voto, que foi vencido pela maioria, o desembargador “X”, presidente e relator, sinaliza o seu entendimento de que as normas constitucionais e infraconstitucionais obstam o reconhecimento deste tipo de relação. Assim, através de uma interpretação literal do texto legal, o des. afirma o não reconhecimento destas uniões

Entretanto, o voto divergente e vencedor do desembargador “Y” aponta para o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais. De acordo com o desembargador a lacuna legislativa, ou seja, a falta de previsão normativa sobre a matéria não impede o reconhecimento das uniões, e o juiz tem o dever de decidir o

caso. Nos trechos selecionados, podemos perceber a argumentação do des. no sentido do reconhecimento do afeto como elemento caracterizador e constituidor da união estável. Na esteira das novas abordagens sobre direito de família, e da ampliação deste ramo do direito a partir da CF/88 e com o Código Civil, o voto do desembargador valoriza o afeto como elemento central das novas configurações familiares. A família não decorre mais apenas do casamento, mas também das uniões estáveis (incluindo as uniões estáveis homossexuais) e as famílias monoparentais. O afeto é, portanto, um dos elementos de semelhança entre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais. Como visto, trata-se de entendimento oposto àquele que não reconhece a possibilidade de conferir às uniões estáveis homossexuais o mesmo *status* das uniões estáveis heterossexuais. O des. na fundamentação também se refere ao histórico do reconhecimento do instituto da união estável entre homens e mulheres. Da mesma forma que as uniões homossexuais, este tipo de relação não encontrava amparo na legislação existente. Foi a partir de casos concretos levados ao Poder Judiciário que se formou uma jurisprudência sobre o assunto, abrindo caminho para o posterior reconhecimento de outras espécies de comunidade familiar com a CF/88. Sobre esta questão Roger Raupp Rios (2003) afirma:

Como visto, o direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se uma plena comunhão de vida. Aí a marcha histórica e dogmática que indiscutivelmente fez adentrar no texto constitucional a enumeração das comunidades familiares acima mencionadas. Neste rumo, foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas destas comunidades, antes apresentadas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar; também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil ou religioso (Rios, 2003, p. 185).

Além da questão do afeto, e do entendimento do dever do juiz de solucionar o caso concreto, outra fundamentação da decisão diz respeito à utilização dos princípios jurídicos, dentre eles o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Podemos afirmar que todos os acórdãos que reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo fazem referência aos princípios jurídicos da igualdade e da dignidade da pessoa humana como motivação das decisões. Assim, a fundamentação consiste na valorização da pessoa e na aplicação do princípio da igualdade. De acordo com Ingo Sarlet (2001), tais princípios não se tratam apenas

de um reconhecimento formal, mas demandam do Estado ações efetivas para assegurar o seu exercício. No mesmo sentido, Rios afirma:

A compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais ; ela reclama a promoção positiva da liberdade, destinada a criar as condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade (Rios, 2003, p. 187).

Pudemos ilustrar que o entendimento deste acórdão é no sentido do reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. Com base nos trechos selecionados, visualizamos que os argumentos utilizados são baseados na aplicação dos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Da mesma forma, identificamos o emprego da analogia como solução para estes casos não disciplinados por lei, nos quais o afeto aparece como o elemento central e de semelhança entre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais. Tendo em vista a relação deste acórdão com o discurso do direito de família contemporâneo, enquadrámos esta decisão como uma posição “avançada”.

## ACÓRDÃO Nº. 6

**Embargos Infringentes 70034811810**

**Data de julgamento: 13/08/2010**

**4º Grupo Cível – Comarca de Santa Cruz do Sul**

Trechos do voto vencido

A homossexualidade sempre existiu desde os primórdios e sempre foi vista como um fato não-normal, por essa razão sendo tratado com reservas, tendo sido alvo até de tipificação criminal em algumas sociedades. **E, aliás, no Brasil, está tipificado no Código Penal Militar o crime de pederastia (art. 235).** [grifos nosso]

Tenho a convicção de que não existe opção sexual e cada qual exercita a sexualidade da forma como a natureza lhe oferece, pois a orientação a ser seguida decorre de um **impulso natural.** [grifos nosso]

Portanto, trata-se de uma forma de **comportamento natural**, isto é, decorre de causas biológicas ou psíquicas e, ainda, de circunstâncias pessoais ou sociais. É, pois, **um fato natural.** E dada a frequência com que se verificam as manifestações homossexuais, não podem mais ser consideradas como fato excepcional na sociedade e, daí, a busca da afirmação social dessa forma de comportamento, razão pela qual até existe o dia internacional do chamado “orgulho gay”. Esse fenômeno, em maior ou menor escala, vem se verificando em todo o mundo. [grifos nosso]

**A própria Igreja**, que inspirou as relações de família no mundo ocidental, a partir de normas do **Direito Canônico**, estabeleceu até punições severas para as violações contra o modelo de família estruturado em função da

monogamia, a fim de manter-se a ordem e a estabilidade dos organismos familiares, com vistas à definição de uma sociedade organizada. É que a família era, também para a Igreja, a célula básica e a paternidade irresponsável sempre foi uma chaga social. [grifos nosso]

**Como se infere, as disposições religiosas, sociais e jurídicas acerca das relações de família, tinham e tem por finalidade, tutelar esse grupamento** de tamanha significação para a própria vida humana, buscando com ela a constituição de um tecido social capaz de permitir uma convivência cada vez melhor, **mais civilizada** e harmônica. [grifos nosso]

Então, vê-se que a idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um **ambiente ético** por excelência, onde a **função procriativa** pudesse se exercitar e a **prole** encontrar espaço para o desenvolvimento pleno de suas potencialidades, de **forma natural** e segura, com afetividade. Ou seja, a família é a porta de acesso do indivíduo para a vida social. [grifos nosso]

Essa noção de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, em função da busca de uma vida social saudável. Mas hoje, sob o império da família monogâmica, as estruturas sociais continuam sendo questionadas e a família estruturada vem sendo tratada até com algum desprezo, **tantos são os apelos para a retomada da promiscuidade sexual, já tendo também aceitação comportamentos menos ortodoxos...** [grifos nosso]

Tais relações certamente são diferentes de uma mera amizade, e não raro se aproxima da relação homem-mulher, enquanto amantes ou namorados, mas que não se confunde com uma entidade familiar. Pelo menos, não pode ser erigida à categoria de base da própria sociedade, a menos que se ignore por completo os **fins naturais** de uma família... [grifos nosso]

Finalmente, quero lembrar que o princípio constitucional de igualdade entre as pessoas, vedando discriminações, e, por extensão, também as decorrentes da orientação sexual, deve ser focalizado em consonância com os demais preceitos constitucionais.

Não se pode ignorar os valores e as instituições que a própria Carta Magna cuidou em preservar **para que se possa ter uma sociedade mais equilibrada e saudável.** [grifos nosso]

Dessa forma, a adoção gera, por uma ficção legal, vínculo jurídico de filiação **similar** àquele natural ou biológico, **motivo pelo qual é uma afronta à natureza imaginar que uma pessoa possa ter dois pais ou duas mães. E admitir dois pais e duas mães é também uma afronta ao instituto da adoção...** E foi essa a razão, aliás, que o legislador estabeleceu, textualmente, que duas pessoas somente poderão adotar conjuntamente se forem casados entre si ou mantiverem uma união estável. [grifos nosso]

## Trechos do voto vencedor

Com isso, está-se, ao mesmo tempo cumprindo um dever jurídico (**não discriminar**) e ético (ser tolerantes com a diferença do próximo). [grifos nosso]

Só existem, assim, dois caminhos: ou se reconhece o direito às relações homossexuais e lhes imprime proteção ou se segrega, se marginaliza.

A primeira hipótese coaduna-se com a tolerância que deve permear as relações sociais.

A segunda, traz o preconceito, o sectarismo, o *apartheid* pela opção sexual. Implica em reconhecer como menor uma relação entre duas pessoas de mesmo sexo, sob o paradigma das relações heterossexuais. Ainda que corrente seja a heterossexualidade, o paradigma é outro: é o do gênero humano.

Vale a pena ressaltar que as decisões que têm entendido pela aplicação das regras da união estável às relações homossexuais, utilizam o primado da **dignidade da pessoa humana** e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Com isso, cumprem, à risca, o comando constitucional da **não discriminação** por sexo, impedindo a segregação da pessoa homossexual. [grifos nosso]

**Para além do texto da legal, importa o princípio** que ilumina o texto. Por isso é preciso dizer alto e bom som: a pessoa homossexual é pessoa. E como tal merece a proteção que a ordem jurídica confere aos as pessoas heterossexuais em situações análogas. [grifos nosso]

Superada essa questão, não vejo razão para deixar de reconhecer os mesmo direitos aos autores como **núcleo familiar** que são. E nesses direitos está o de poder adotar, tal qual postulam. [grifos nosso]

Esta decisão se refere ao julgamento de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público contra o acórdão que, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação para deferir o pedido de habilitação para adoção conjunta postulado por duas mulheres. Como resultado, foi reconhecido o direito das autoras de comporem a lista de adotantes e a possibilidade de adoção conjunta.

O primeiro voto, do desembargador “X”, foi no sentido de negar o direito de adoção conjunta. Sobre a questão da homossexualidade o des. expõe o seu entendimento de que não existe opção sexual, pois esta se trata de um impulso natural, e que todos têm o direito à livre expressão sexual. Feitas estas considerações, o des. traça um brevíssimo histórico sobre o desenvolvimento da humanidade, relatando a evolução da noção de família (homem, mulher e prole) ao longo dos tempos até chegar à monogamia. Afirma que a estruturação familiar não se trata, portanto, de uma invenção ou convenção, mas de um longo processo social. Com base nestes argumentos o des. justifica o seu entendimento de que a família é formada por homem, mulher e prole. Tendo em vista a exigência legal para a adoção conjunta de que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, o des. entende que não é possível a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, pois tais uniões não podem ser consideradas como uniões estáveis. Conforme verificamos, também na questão da adoção os argumentos remetem à

“questões da natureza”. Da mesma forma, observamos que nesse tipo de julgamento é feito, eventualmente, alguma menção à Igreja ou religião. Também podemos perceber algumas contradições nos argumentos utilizados, quando, por exemplo, o des. refere que a homossexualidade se trata de uma forma de comportamento natural, um fato natural. Entretanto, ao longo do voto, enquadra por diversas vezes tal comportamento como “contrário aos fins naturais”, como “uma afronta à natureza”, etc.

Em sentido oposto, o voto vencedor, agora analisado, reconheceu o direito das autoras comporem a lista de adoção e a possibilidade de adoção conjunta. Tendo em vista a falta de previsão legal, o des. entende pela possibilidade da aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e do uso da analogia para estes casos. De acordo com o des. as uniões estáveis homossexuais constituem uma família, fazendo jus, portanto, à proteção jurídica adequada da mesma forma que as uniões estáveis heterossexuais. Como podemos verificar, novamente neste acórdão a motivação está ligada à utilização de princípios jurídicos.

Em oposição a decisões contrárias que sustentam como argumento para o não reconhecimento das uniões homossexuais a falta de previsão legislativa, o des. entende que o direito não deve, nestes casos, se ater a um rigor formal. Para ele, a diversidade de sexo não é um elemento indispensável. Podemos avaliar neste acórdão que o discurso vencedor foi no sentido da possibilidade da habilitação conjunta de duas mulheres no cadastro de adoção. Com base nos excertos selecionados, observamos que os argumentos utilizados são baseados na aplicação dos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Da mesma maneira, identificamos o uso da analogia como o instrumento jurídico para a solução do caso concreto, tendo em vista o reconhecimento da semelhança entre as uniões estáveis homossexuais e heterossexuais. Também podemos examinar que este entendimento é contrário ao formalismo jurídico, podendo ser situado como uma posição “avançada”.

**ACÓRDÃO Nº. 7****Apelação Cível n. 70013801592****Data de julgamento: 05/04/2006****7º Câmara Cível – Comarca de Bagé**

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o **amor**. São relações de **amor**, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher. [grifos nosso]

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação **prepondera**, acima do mero fato biológico, **a convenção social**. [grifos nosso]

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social.

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do **afeto** que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores. [grifos nosso]

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode deixar de enxergar.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo **afetivo**. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo **critério afetivo**. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a **igualdade de direitos**, também faz uma escolha pela **filiação afetiva**. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma **dignidade** da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, *caput*). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230). Assim, tem assento constitucional a **priorização da filiação afetiva ou socioafetiva**, como alguns preferem dizer. [grifos nosso]

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

Este julgamento trata sobre a apelação cível interposta pelo Ministério Público contra a sentença que deferiu o pedido de adoção postulado pela companheira da mãe adotiva de dois menores. Como resultado, foi reconhecido por unanimidade o direito da companheira de figurar como adotante.

O primeiro voto, do des. “X”, é no sentido de reconhecer às relações homossexuais os mesmo direitos conferidos às relações estáveis. Considerando a inexistência de legislação específica, o des. entende ser possível o emprego da analogia destas para equiparar estas uniões com as uniões estáveis. A união entre pessoas do mesmo sexo pode preencher os requisitos exigidos para o reconhecimento de uma união estável, quais sejam, uma relação pública, duradoura e com o intuito de constituição de família.

O des. utiliza como base para a sua argumentação os estudos do médico psiquiatra infantil sobre homoparentalidade, Stéphane Nadaud. A citação abaixo foi traduzida livremente pelo des., e diz respeito a uma passagem da obra de Nadaud:

*Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma “dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação”. Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.*

Abaixo, uma transcrição feita pelo des. da tese de doutorado de Nadaud e que consistiu num estudo sobre uma população de crianças criadas em lares de homossexuais:

*(...) globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos*

*de pais homossexuais “estão bem”, mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade.*

No mesmo sentido, o des. também cita um trecho do estudo de Fiona Tasker e Susan Golombok, ambas professoras P.H.D. em Psicologia, sobre crianças educadas por mães lésbicas:

*O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança.*

Da mesma forma, o des. cita mais dois estudos de especialistas na área. Do primeiro estudo, de Charlotte J. Patterson, Professora PHD da Universidade de Virgínia (USA), o autor cita a passagem abaixo, livremente traduzida por ele:

*Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.*

O segundo estudo citado é o da Academia Americana de Pediatria, em trabalho coordenado pela médica pediátrica Ellen C. Perrin. O trecho abaixo é uma tradução livre do des. de parte deste estudo e que aponta:

*Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui.*

Além de outros estudos referidos pelo des., o mesmo também se reporta à obra da antropóloga francesa Françoise Héritier. Sobre a questão dos papéis maternos e paternos, o des. refere que as evidências de estudos desta autora sobre organizações sociais tidas por primitivas, apontam que o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino.

Como podemos observar o des. se apóia em estudos médicos, psicológicos e antropológicos sobre a matéria para embasar o seu posicionamento. Trata-se,

como visto, de uma decisão que procura justificar um determinado posicionamento com base em critérios científicos, e não como uma opinião pessoal. O voto da desembargadora “Y” também foi no sentido de reconhecer o pedido de adoção postulado pela companheira da mãe adotiva. A visão da des. é a de que o direito deve se ater à realidade social, e, como em outras decisões, o entendimento é no sentido de que o afeto é o elemento central nas relações familiares. Ao contrário de decisões que sustentam um conceito mais conservador de família, esta decisão reconhece as mudanças ocorridas nas estruturas familiares e que introduziram mudanças na legislação com a ampliação das novas formas de constituição familiar para além do casamento. Neste contexto, o afeto aparece como a característica fundamental das entidades familiares. Por todas estas razões, a des. afirma que a negativa de direitos com base no argumento da inexistência de lei sobre a matéria se trata, na verdade, de preconceito sobre o tema. Para ela, deve prevalecer a realidade da filiação afetiva.

Nesta decisão, que foi pioneira no Brasil, foi possível verificarmos que os argumentos utilizados vão ao encontro de uma perspectiva mais realista do direito. Pudemos observar que o papel do judiciário frente à ausência legislativa é ressaltado. A partir de uma situação fática apresentada que não encontrava e ainda não encontra amparo legal, esta decisão assumiu o encargo de reconhecer a possibilidade de um direito que se mostrou digno de proteção. A partir dos trechos selecionados, identificamos que os argumentos utilizados são embasados em estudos científicos sobre a matéria, não se tratando, portanto, de uma mera opinião pessoal ou de um juízo moral. Da mesma forma, são utilizados na decisão princípios jurídicos, como por exemplo, o princípio da igualdade. Nesse sentido, podemos afirmar que esta decisão se consolidou como uma posição “avançada”.

## **ACÓRDÃO Nº. 8**

**Apelação Cível: 70006542377**

**Data de julgamento: 11/09/2003**

**8º Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre.**

Não pode haver dúvida: as partes, durante quatro anos, **viveram uma união homossexual como se casadas fossem.** [grifos nosso]

A inicial pediu o reconhecimento de sociedade de fato e a divisão do patrimônio adquirido durante a união. Apesar disso, a prova dos autos deixou claro que as **viveram em união estável**. [grifos nosso]

Do ponto de vista patrimonial, a distinção entre um e outro instituto difere na questão a respeito da prova de cada parte na construção patrimonial. Na união estável a contribuição se presume; na sociedade de fato a contribuição deve ser provada.

Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar consequências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais.

Assim, tomando-se do espírito kelseniano, não se pode negar efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é de rigor reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Para Bobbio, na mesma obra (p.139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna “a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”.

Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas consequências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração.

Segundo Roger Raupp Rios em “A Homossexualidade no Direito” (p.67) a concretização do **princípio da igualdade** se dá com a existência de um **princípio geral de não discriminação por orientação sexual**. [grifos nosso]

O princípio jurídico da proteção da **dignidade da pessoa humana** tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. (Roger Raupp Rios, ob. Cit. p.89) [grifos nosso]

As semelhanças são evidentes. Ao primeiro, ambos os institutos são relações de **afeto** não formalizadas por celebrações oficiais, tais como ocorrem com o casamento. Em um e outro caso, as pessoas se unem pelo **afeto** e pela comunhão, pouco e pouco vão num crescendo de harmonia, a ponto de viverem como se casados fossem. [grifos nosso]

Ora, indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos é o **afeto** informal. Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de **amor** comum entre os parceiros. Não se desconhece a importância deste sentimento, tanto para a elevação da solidariedade humana em geral como para a felicidade das pessoas em particular. [grifos nosso]

A partilha será igual em razão do grau de **afeto** que cada uma tributou a outra durante a relação. **A igualdade** se dá porque elas igualmente se **amaram** e se relacionaram numa confusão afetiva tão legítima quanto geradora de iguais efeitos familiares. [grifos nosso]

Assim como não se pode dizer quem amou mais, não se pode distinguir quem contribuiu mais. Neste campo (o do afeto), o amor e o patrimônio se confundem de tal forma, se conjugam de tal maneira que há um condomínio completo, a ponto de fazer surgir verdadeira sentimento de posse afetiva entre cada qual das companheiras e companheiros.

Entretanto, esta mesma constituição, consagra **princípios** que pelo significado, importância e enorme repercussão na vida dos cidadãos e se sobrepõem àquele esculpido no parágrafo e artigo antes mencionado. [grifos nosso]

É certo que a Constituição Federal, consagrando **princípios** democráticos de direito, proíbe qualquer espécie de discriminação, principalmente quanto a sexo, sendo incabível, pois, discriminação quanto à união homossexual. [grifos nosso]

Com efeito, a Carta Magna traz como princípio **fundamental** da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (art. 3.º, IV). [grifos nosso]

Como direito e garantia fundamental, dispõe a Constituição Federal que **todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza** (art. 5.º, *caput*). [grifos nosso]

Conforme ensinamento mais básico do Direito Constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive àquela insculpida no art. 226, § 3.º, CF/88, que prevê o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher.

Esta decisão se refere ao julgamento de apelação cível oposta por “A” em razão de ter entendido que ficou prejudicada pela sentença proferida numa ação de dissolução de sociedade de fato, e que foi procedente para reconhecer a união de 4 anos havida entre ela e sua companheira e dissolver a relação. Como resultado, o relacionamento não foi considerado como união de fato, mas reconhecida a união estável entre as partes com a divisão igualitária dos bens adquiridos durante a união.

O voto do relator foi no sentido de reconhecer a união estável havida entre as partes. Interessante analisar neste julgamento que foi uma das partes que propôs

o reconhecimento da “sociedade de fato”. Considerando que se trata de um julgamento proferido em 2003, quando estava no início a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável entre homossexuais, podemos identificar que quando se tratava de dissolução da união, uma das partes não ventilava a questão do reconhecimento da união como união estável, mas como sociedade de fato. Em relação aos argumentos utilizados neste julgamento, o des. defende que a ausência de previsão legal sobre a matéria não obsta o reconhecimento de tais uniões como uniões estáveis. O autor explica a questão das lacunas no Direito sob duas posições centrais da doutrina: a doutrina de Hans Kelsen e a doutrina de Norberto Bobbio. Kelsen entende que não há lacunas no ordenamento jurídico. Já a teoria de Bobbio afirma que o ordenamento jurídico é incompleto e possui lacunas, sendo este o entendimento majoritário entre os juristas. Assim, com base neste entendimento de que o juiz deve suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico, da forma como estabelecem o Código Civil e o Código de Processo Civil, o des. sustenta a aplicação da analogia e dos princípios jurídicos como solução para estes casos não previstos em lei. Da mesma forma, o des. sustenta o afeto como o elemento que caracteriza as uniões estáveis homossexuais da mesma forma que caracteriza as uniões heterossexuais. A analogia é, portanto, perfeitamente cabível, pois há semelhança entre esses dois tipos de relações.

O outro voto deste acórdão, do desembargador “Y” também foi no sentido de que, apesar da falta de previsão normativa sobre as uniões homossexuais, é possível, através dos princípios jurídicos consagrados pela Constituição Federal, o reconhecimento do *status* de união estável a estes relacionamentos. Apesar do artigo 226, parágrafo terceiro da CF estabelecer a união estável entre homem e mulher, o des. afirma que os princípios constitucionais se sobrepõem a este artigo. Assim, o entendimento do des. é pela aplicação dos princípios, direitos e garantias fundamentais como base de tutela jurídica às uniões homossexuais. A partir dessa argumentação é que o des. justifica o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis, conferindo-lhes o caráter de entidade familiar.

Por fim, o voto da des. “Z”, apenas se limitou a acompanhar os votos dos demais desembargadores. A des. apenas fez a ressalva de que, para ela, não é possível se empregar o nome jurídico de união estável às relações homossexuais.

Entendendo que se tratam de uniões *sui generis*, a des. prefere utilizar a expressão uniões homoafetivas.

Neste acórdão, a partir dos trechos selecionados, observamos que os argumentos utilizados são embasados pela utilização dos princípios jurídicos, como por exemplo, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, podemos afirmar que esta decisão se apresenta como uma posição “avançada”.

## ACÓRDÃO Nº. 9

Embargos Infringentes n. 70011120573

Data de julgamento: 10/06/2005

4º Grupo Cível

Trechos do voto vencedor

*É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela. [grifos nosso]*

*A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o **princípio da dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), **a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza** (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária (Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, em *A nova família: problemas e perspectivas*, Editora Renovar, Rio, 1997, p. 114). [grifos nosso]*

*O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º, III, etc.). [grifos nosso]*

*Reputa-se que o **princípio da dignidade** não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente à toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais. [grifos nosso]*

*Assim, não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.*

*É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a **dignidade** não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.* [grifos nosso]

*Assim, a idéia de **dignidade humana** não é algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.* [grifos nosso]

*A contribuição da Igreja na afirmação da **dignidade da pessoa humana** como princípio elementar sobre os fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, efetivou-se em declaração denominada Por uma Nova Ordem Constitucional, onde os cristãos foram instados a acompanhar e posicionar-se, quando se tentasse introduzir na nova carta elementos incompatíveis com a **dignidade e a liberdade da pessoa**.* [grifos nosso]

*Ali constou que “todo o ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social, econômica, política, cultural, é portador de uma **dignidade** inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros como irmão e com a natureza como Senhor.*

*Por isso, **todos os seres humanos são fundamentalmente iguais em direitos e dignidade, livres para pensar e decidir de acordo com sua consciência**; para expressar-se, organizar-se em associações e buscar sua plena realização, **mas em profundo respeito à liberdade e à dignidade dos outros seres humanos**, tendo sempre em vista o bem comum. Mas não é suficiente o reconhecimento formal dessa dignidade e igualdade fundamentais. É preciso que este reconhecimento seja traduzido na promoção de condições concretas para realizar e reivindicar os direitos fundamentais de todos os homens e de todas as mulheres, tais como: direito à vida e a um padrão digno de existência, direito à saúde e ao lazer; direito à educação, inclusive religiosa, e a escolher o tipo de educação desejada para os filhos; direito à liberdade religiosa; direito ao trabalho e à remuneração suficiente para o sustento pessoal e da própria família; direito de todos à propriedade, submetida à sua função social, direito de ir e vir; direito de entrar no país e dele sair; direito à segurança, à preservação da própria imagem e participação na vida política.” (Cleber Francisco Alves, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja, Editora Renovar, Rio, 2001, p. 157/159).* [grifos nosso]

*Atualmente a família, além da sua função de reprodução biológica, produz também sua própria reprodução social, através da função ideológica que exerce ao vincular a introjeção, por seus membros, de valores, papéis, padrões de comportamento que serão repetidos pelas sucessivas gerações, deixando a família nuclear de se constituir em modelo prevalente.*

*A progressão do número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstruídas por novos casamentos, aconchegam os novos arranjos cada vez mais freqüentes na sociedade, não comportando mais a simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de mães e pais, experiência que vai além do fato biológico natural, mas adquire o estatuto de uma experiência psicológica, social, que pode ou não acontecer, independentemente a fecundação,*

gestação e do dar à luz e amamentar.

## Trechos do voto vencido

Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelos litigantes como entidade familiar e **não vejo como aplicar a analogia quando as situações não guardam identidade, nem semelhança com o casamento ou a união estável.** [grifos nosso]

É que o processo interpretativo deve se desenvolver de forma a buscar uma atuação efetiva da lei, visando o escopo de justiça e de utilidade social, consistindo nisso a afirmação da ordem jurídica.

No caso, não se cuida apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para concluir pela proteção da Carta Magna.

Não há que se buscar a analogia da lei, mas também a do direito e **é preciso compreender bem o fenômeno social da família** e as razões pelas quais a Carta Magna disse que ela é merecedora da especial proteção, **bem como as razões pelas quais ela se estrutura a partir do casamento civil** e a motivação pela qual o legislador admitiu que a união estável constitui também entidade familiar. [grifos nosso]

**É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...** [grifos nosso]

A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas, tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexistente nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.

O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) **a família é merecedora da especial proteção do Estado**, (b) que ela resulta, **basicamente**, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a **diversidade de sexos**, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar **por ser assemelhada ao casamento**, e (e) que o legislador reconheceu como tal **apenas a união entre homem e mulher.** [grifos nosso]

Finalmente, quero lembrar que o princípio constitucional de igualdade entre as pessoas, vedando discriminações, e, por extensão, também as decorrentes da orientação sexual, deve ser focalizado em consonância com os demais preceitos constitucionais.

Não se pode ignorar os valores e as instituições que a própria Carta Magna cuidou em preservar para que se possa ter uma sociedade mais equilibrada e saudável.

A família é protegida pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o Estado para que nela se efetive o **fenômeno natural da**

**procriação**, sendo nela que as pessoas devem receber as primeiras e mais importantes noções de vida social, e dela devem emanar também os **preceitos morais** que devem nortear a vida das pessoas. [grifos nosso]

Este julgamento trata sobre os embargos infringentes opostos por “A” contra o acórdão que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de união estável proposta por dois homens. Como resultado, esta decisão reconheceu a união estável havida entre as partes.

O primeiro voto, do desembargador e relator “X”, foi no sentido de reconhecimento da união estável. Como fundamentação para o voto, o des. transcreveu a posição adotada por ele no ano de 2001, quando pela primeira vez no país, uma decisão reconheceu que a união entre pessoas do mesmo sexo configurava uma união estável. De acordo com o des., é preciso se atribuir às uniões homossexuais os mesmos efeitos das uniões estáveis. O des. apresenta algumas concepções e teorias sobre a homossexualidade, e traça um breve histórico sobre o reconhecimento destas uniões em outros países. Sobre a postura do Judiciário brasileiro frente a estas questões, o autor defende o papel dos princípios jurídicos constitucionais como fonte de interpretação, assim, aponta que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser entendido apenas como uma previsão normativa ou como um apelo ético, mas como algo que realmente deva ser assegurado e promovido pelo Estado. Interessante observarmos neste voto que o des. cita, além de fontes doutrinárias, a posição manifestada pela Igreja, antes da Constituinte de 1988, sobre a questão da dignidade da pessoa humana. Esta constatação exemplifica como as argumentações nas decisões sobre este tema das uniões homossexuais podem se construir e operar de diversas maneiras. Podemos verificar a utilização de argumentos que remetem à Igreja ou a religião seja em posições contrárias ao reconhecimento destas uniões, seja em posições favoráveis ao reconhecimento.

Assim, os principais argumentos do des. foram no sentido da aplicação dos princípios jurídicos, principalmente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Fazendo uso da analogia, o des. reconhece a união homossexual como uma espécie de entidade familiar, tendo as modificações no conceito de família ocorrida nas últimas décadas. Por estas razões o voto do des. e relator foi favorável ao reconhecimento da união estável havida entre as partes.

Em sentido oposto, o voto do des. “Y” foi no sentido de negar este reconhecimento. A fim de não repetirmos os argumentos lançados pelo autor, tendo em vista serem os mesmos utilizados em acórdão já analisado, vamos apenas ressaltar alguns pontos acrescentados nesta decisão. Todo o restante do voto trata-se de um “recortar e colar” de decisões anteriores, e que se repetem em outros acórdãos que pesquisamos, inclusive nos de 2011. Ao contrário dos votos que são favoráveis ao reconhecimento das uniões estáveis homossexuais, o des. entende que não é possível fazer uso da analogia nestes casos, afirmando que não há semelhanças entre as uniões homossexuais e heterossexuais. Conhecendo os argumentos utilizados pelos que reconhecem a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, o des. refere o seu entendimento sobre o uso da analogia no direito. De acordo com o autor, e ao contrário do que é sustentado pelas posições favoráveis ao reconhecimento das uniões estáveis homossexuais, o afeto não é o fator a ser considerado na analogia. Nesse sentido, para ele, as uniões homossexuais não podem ser tratadas como família. Da mesma forma que os que reconhecem a união estável entre homossexuais com base nos princípios jurídicos fundamentais, dentre eles o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o des. também utiliza como argumento o uso de princípios jurídicos. Entretanto, o entendimento do des. é no sentido de que é a família e o casamento que são o centro da proteção estatal. De acordo com os trechos selecionados, percebemos que o casamento parece ser a sua referência protetiva. Assim, o voto de des. foi no sentido da impossibilidade de se reconhecer como união estável uma relação entre dois homens.

Outro voto do des. “H”, que também foi pelo não reconhecimento da união estável, se limitou a acompanhar o voto anterior entendendo que a relação estável é, de acordo com a legislação, apenas entre homem e mulher.

Por fim, o voto da des. “I” limitou-se a acompanhar o relator para reconhecer a união estável havida entre as partes.

O entendimento deste acórdão foi, portanto, no sentido do reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. Com base nos excertos selecionados, observamos como a questão do uso da analogia e dos princípios jurídicos podem ser articuladas de diferentes maneiras tanto pelos votos favoráveis quanto pelos votos contrários ao reconhecimento.

Tendo em vista o fato deste acórdão ser favorável a ampliação do conceito de família, entendemos que esta decisão diz respeito a uma posição “avançada”.

## ACÓRDÃO Nº. 10:

**Apelação Cível n. 70038506176**

**Data de julgamento: 19/10/2011**

**7º Câmara Cível, Comarca de Porto Alegre.**

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, **não reconheço união estável entre homossexuais, embora entenda possível reconhecer sociedade de fato**, e daí extrair seqüelas patrimoniais, para evitar enriquecimento de uma pessoa em detrimento do direito da outra **ou, se a relação for estabelecida nos moldes de uma união estável, pode ser reconhecida a parceria civil, que pode ser denominada também como “união estável homossexual”, assim chamada pelo Supremo Tribunal de Federal, ou “união homoafetiva”, caso em que tem aplicação por analogia as regras que balizam a união estável, devem ser aplicadas, então, a disposições do regime legal de bens, que é o da comunhão parcial.** [grifos nosso]

**As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do Estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato ou mesmo um arranjo familiar, caso em que deve receber tratamento análogo ao da união estável (que tem como pressuposto a diversidade de sexos), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.** [grifos nosso]

No caso sub judice, o pedido formulado foi o de reconhecimento de união estável homoafetiva e **parece incontroverso que as partes efetivamente convivem maritalmente, em autêntica parceria civil, configurando uma “união estável homossexual” ou uma “união homoafetiva”.** Entendo, como tenho dito sempre, que as uniões homossexuais não constituem entidade familiar, mas parceria civil, que constitui um arranjo familiar, que o Estado não pode ignorar. [grifos nosso]

E faço breve digressão, para deixar claro, **o meu pensamento. Lembro, pois, a família é um fenômeno natural** e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que **foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais**, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. **Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole**, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade.

Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no **mundo moderno** e, particularmente, no mundo ocidental. **Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole** e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo. Assim, a idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, **onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.** [grifos nosso]

A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica. Portanto, a família é muito mais do que uma mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.

E, como base da sociedade, **não pode a família se apartar da estrutura formal** concebida pelo legislador constituinte, **como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole**, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, **de um homem ou uma mulher com a sua prole**, natural ou adotiva. Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: **a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole**, natural ou adotiva, considerando-se também a **estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.** [grifos nosso]

**Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar**, como também não constitui núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto. [grifos nosso]

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

**Portanto, não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.** Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de

70 anos. E, data venia, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante. [grifos nosso]

Diante disso, **reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar**, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora deva merecer a proteção do Estado, como já examinei no início da exposição, **devendo ser tratada como parceria civil ou arranjo familiar**. Mas penso que constitui até uma heresia, data maxima venia, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade. [grifos nosso]

Caso o legislador constituinte admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável também a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a união estável enquanto entidade familiar àquela união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens ou duas mulheres constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou duas mulheres homossexuais. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto matrimonial para o casamento.

**Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida por dois homens ou duas mulheres como sendo uma família. No entanto, sendo reconhecida, na relação homossexual posta em exame, semelhança com uma união estável**, constituindo parceria civil ou 'união estável homossexual', então devem ser aplicadas por analogia as disposições que regem a união estável, **consoante orientação do Supremo Tribunal de Federal**. [grifos nosso]

No entanto, sendo reconhecida, na relação homossexual posta em exame, semelhança com uma união estável, constituindo parceria civil ou 'união estável homossexual', então devem ser aplicadas por analogia as disposições que regem a união estável, **consoante orientação do Supremo Tribunal de Federal**. [grifos nosso]

E, não existindo lei a regular os efeitos jurídicos do relacionamento homossexual, **tratou a Suprema Corte de balizar** o tratamento que deve ser dado às parcerias civis, ou seja, que **devem ser aplicadas, por analogia, as disposições que regem a união estável. E não cabe mais questionar a adequação ou não de tal solução**. [grifos nosso]

No caso, **segundo o Supremo Tribunal Federal**, cuida-se apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para incluir a proteção da Carta Magna. Assim, não resta outra solução, senão **cumprir a determinação emanada da mais alta Corte**. [grifos nosso]

E, agora, **mercê do entendimento do Supremo Tribunal Federal**, é inequívoco que a união estável homossexual passou a ser amparada pelas regras que tutelam as uniões estáveis. [grifos nosso]

Feitas tais considerações, estou emprestando à união estável homossexual o amparo legal dado às uniões estáveis, nos seus efeitos patrimoniais, **acatando a orientação do Supremo Tribunal Federal**. [grifos nosso]

**Vou aplicar a analogia**, mas, por coerência com os argumentos que sempre defendi, penso necessário fazer algumas considerações jurídicas acerca dessa interpretação dada pelo Pretório Excelso. [grifos nosso]

**E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora da vida e também dos princípios e da moral que devem nortear as relações interpessoais.** [grifos nosso]

Não obstante o respeito que tenho pelas pessoas e reconhecendo o direito de cada um ser feliz da forma como lhe aprouver, **penso que constitui uma afronta aos costumes impor que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar** e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a **'especial proteção do Estado'**, tal como ocorre com o casamento e com a união estável. [grifos nosso]

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Mas isso, **data venia**, é meia verdade, pois a outra parte diz com a **função social da família**, que continua a ser a mesma, **enquanto geradora da família, ensejando o nascimento de prole, atendendo a necessidade de perpetuação da espécie.** A família é base da sociedade pois é a partir dela que a sociedade se renova, se molda e se aperfeiçoa! [grifos nosso]

**O Direito encontra sua origem nas relações humanas, nos fatos sociais e costumes que evoluem e se modificam com o passar do tempo. Daí a necessidade de o Direito adaptar-se aos fatos que a ele se impõem, passando a considerar a realidade social, e suas formas de manifestação**, no que se inclui a recente construção pretoriana pela qual se tem reconhecido, como entidade familiar, a união homoafetiva, em que pese a divergência na jurisprudência, inclusive nesta Câmara. [grifos nosso]

*Assim, é tradição consolidada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o exame sereno e prudente, contudo sempre justo, das questões que envolvem o congreamento entre pessoas do mesmo sexo. Sabe-se, por evidência, que o tema não está fechado ainda, quer a nível social, quer, ainda mais, a nível jurídico. Mas, o caminhar está firme para o norte acima delimitado."*

Este julgamento versa sobre a apelação cível interposta pelo Ministério Público contra sentença que julgou procedente a ação de reconhecimento de união estável homossexual proposta por dois homens. Como resultado, foi negada a apelação e mantida a sentença. Ressaltamos que este julgamento ocorreu depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, que reconheceu, com efeito vinculante a todas as instâncias do Poder Judiciário, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, podemos vislumbrar que, apesar da decisão de primeiro grau ter reconhecido a união estável entre as partes, o MP apelou da sentença, sustentando que o pedido é juridicamente impossível, tendo em vista que

o ordenamento jurídico brasileiro exige a diversidade de sexo para o reconhecimento da união estável.

O voto do desembargador e relator “X” foi no sentido de negar provimento à apelação. Trata-se de um voto muito interessante de ser analisado, pois este mesmo des. sempre defendeu a impossibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. Observamos neste voto que o des. mantém os mesmos argumentos de sempre, ou seja, não reconhecendo a união homossexual como união estável, mas como sociedade de fato. Entretanto, o des. passou a acrescentar à sua motivação a decisão do STF, o que fez com que seja possível visualizar contrastes e contradições da decisão. Devemos esclarecer que o des. procura associar ou chamar de sinônimo de “parceria civil” a união estável homossexual. Entretanto, o entendimento do STF foi no sentido de equiparar, de reconhecer que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são também uniões estáveis. Na continuação do voto, o des. sustenta o seu entendimento de sempre sobre a matéria, não reconhecendo a união estável homossexual, mas agora acrescenta que o “par” pode constituir uma “sociedade de fato” ou “arranjo familiar”. Caso seja constituído um “arranjo familiar” deve receber tratamento equiparado às uniões estáveis. Podemos perceber que o des. continua argumentando, mesmo após a decisão do STF, que a união estável tem como pressuposto a diversidade de sexo. Este conflito entre a sua posição subjetiva e o entendimento firmado pelo STF sobre a matéria, parece ter resultado numa decisão contraditória, pois a posição do STF foi no sentido de que não se exige a diversidade de sexo para se configurar uma união estável.

O trecho abaixo é parte de uma notícia<sup>30</sup> do site do STF e que resume bem o que significou a decisão do Tribunal:

O julgamento começou na tarde de ontem (4), quando o relator das ações, ministro Ayres Britto, **votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.**

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer

---

<sup>30</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, **acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.** [grifos nosso]

O artigo 1.723 do Código Civil dispõe que: 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. Nesse sentido, a decisão do STF foi no sentido de excluir qualquer interpretação sobre este artigo que impeça o reconhecimento da união estável homossexual, ou seja, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tendo em vista este fato, além da possibilidade de se acessar pela *internet* a íntegra da decisão do STF, quando o des. afirma que o entendimento do Tribunal foi no sentido de que a união estável tem como pressuposto a diversidade de sexo, parece o fazer de forma equivocada. Na sequência do seu voto, podemos vislumbrar um novo tipo de argumento que o des. parece ter construído, ou seja, ainda mantendo o seu entendimento de que as uniões homossexuais não são uniões estáveis, e utilizando como sinônimos “parceria civil” e “união estável homossexual”. Prosseguindo com a sua fundamentação, o des. continua a utilizar os mesmo argumentos que desde o início da discussão jurídica sobre esta matéria, por volta do final dos anos noventa, sustentou: a concepção de família como fenômeno natural, ligada à idéia de prole, à estrutura formal, à monogamia, e, principalmente a diversidade de sexos.

Considerando o fato de que a CF/88 equiparou ao casamento outras formas de famílias, como por exemplo, as formadas pela união estável, percebemos nos trechos selecionados que o des. defende o seu entendimento sobre o privilégio do casamento civil. Assim, o des. continua sustentando que a união de casais do mesmo sexo não se trata de união estável, ou seja, não forma uma entidade familiar, mas passou agora a utilizar na sua fundamentação a expressão “arranjo familiar”. Apesar de o des. continuar afirmando que há impossibilidade jurídica de se reconhecer a união homossexual como família, neste voto ele, diferentemente de todos os outros que prolatava antes da decisão do STF, parece reconhecer a

semelhança existente entre as uniões homossexuais e a união estável. Percebemos que o des. sempre faz alusão à decisão do STF para justificar o seu voto, pois o seu entendimento sobre a matéria parece não ter mudado. Ao contrário do que sempre sustentou sobre a impossibilidade de se utilizar a analogia para estes casos, o des. afirma que irá desta vez aplicá-la ao caso concreto. Ao fazer isto, o des. passa a discorrer sobre as suas convicções sobre a família, segundo ele por coerência ao que sempre defendeu, e para afirmar que diverge do entendimento do STF. O des. também afirma que não há semelhanças entre as relações homossexuais e heterossexuais, não sendo possível se utilizar a analogia nestes casos. Diante da omissão legislativa, entende pelo uso dos costumes e dos princípios gerais de direito. Segundo ele, de acordo com os costumes do país, a união homossexual não é aceita pela maioria da sociedade, sendo, portanto, uma afronta aos costumes o reconhecimento de tais relações. Após estas e outras considerações, o des. afirma o pedido de união estável como juridicamente possível. Entretanto, passa a fazer alegações de ordem processual, que não caberia aqui referir, mas que basicamente giram em torno de uma suposta falta de interesse processual (nome técnico de uma das condições para se propor uma ação judicial). Assim, o des. inova também no seu voto, ao suscitar agora questões processuais, ventilando a falta de interesse processual em uma ação declaratória de união estável homossexual.

Como resultado final, o voto do des. foi no sentido de dar provimento ao recurso para decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O segundo e curtíssimo voto do des. “Y”, foi no sentido de negar provimento à apelação. Para o autor, o Direito deve se ater à realidade e acompanhar as mudanças sociais. Em seu voto o des. sustenta que, na omissão legislativa, deve ser utilizada a analogia, sendo possível reconhecer que as uniões entre pessoas do mesmo sexo configuram uma união estável. O des. colaciona jurisprudência sobre a matéria, e confirma a sentença que julgou procedente a ação declaratória, adotando os seus fundamentos sem acréscimos.

O último voto, do des. “H”, também negou provimento à apelação. Como fundamentação o des. colacionou alguns argumentos por ele utilizados em outro processo, além de citar a jurisprudência favorável do 4 Grupo Cível do Tribunal sobre a matéria. A possibilidade do uso da analogia e dos princípios jurídicos, dentre eles o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, entre outros,

são os fundamentos básicos utilizados pelo magistrado para o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais como entidades familiares. O des. também destaca o pioneirismo da Justiça Gaúcha sobre o tema, e que influenciou, inclusive, a argumentação dos ministros do STF quando da decisão proferida em maio de 2011 sobre o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Pelo exposto, esta decisão ao reconhecer a união estável havida entre as partes foi enquadrada como uma decisão avançada. Como resultado desta análise, destacamos a questão que pudemos observar da hierarquia do judiciário, ou seja, as decisões dos desembargadores TJ/RS tendo que ser conformadas de acordo com o entendimento consolidado pelo STF sobre as uniões estáveis homossexuais. Além disso, vislumbramos a atuação e o posicionamento do Ministério Público sobre esta questão, ainda sustentando a diversidade de sexo para o reconhecimento da união estável, mesmo após a decisão vinculante do STF.

## Considerações Finais

A dissertação teve como objetivo principal conhecer o discurso jurídico das 7<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> Câmaras Cíveis do TJ/RS, através da análise de conteúdo de decisões que tratavam da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Propomos a utilização da Teoria do Discurso como horizonte de compreensão do discurso jurídico com intuito de ressaltar o caráter não-essencialista das categorias envolvidas nesta discussão. Pudemos analisar de que forma se constroem os significados que são atribuídos nas decisões judiciais a noções como família, gênero e sexualidade. Neste contexto, foi possível percebermos como tais noções não possuem um conteúdo fixo ou uma essência, mas sim, de que forma seus conteúdos são significados por meio de diferentes discursos sobre elas.

Ao sinalizarmos este aspecto do não fechamento dos sentidos jurídicos, quisemos apontar para o caráter contingente dessas construções discursivas, ou seja, a abertura que torna possível esta disputa pela definição jurídica de tais noções. Nos discursos jurídicos que convenciamos chamar de “avançados” e “conservadores” pudemos observar como esses não se tratam de uma totalidade fechada (que pressupõem uma noção de “verdade”), mas de uma construção discursiva que está sempre em movimento. Assim, um entendimento jurídico que em determinado momento se consolida como a “verdade” sobre uma questão posta em juízo se trata de um entendimento contingente e precário, o que possibilita a sua reelaboração e a sua subversão no espaço social, político. A proposta, portanto, do uso da Teoria do Discurso foi também no sentido de analisar o discurso jurídico como uma dimensão na qual diversos conteúdos são articulados, ou seja, como através destes discursos também é possível pensarmos em novas constituições. O reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, e o *status* de entidade familiar que tais relações adquiriram através do judiciário, são um exemplo de como os significados atribuídos a noções como família ou entidade familiar se articularam de maneira a passar a englobar esta forma de constituição familiar.

A partir da análise do discurso dos acórdãos, pudemos apontar os diferentes sentidos que são atribuídos à questão das uniões homossexuais. Como demonstrado nos textos pesquisados, identificamos dois tipos de discursos que

convencionamos chamar de “avançado” e “conservador”. Examinamos os tipos de argumentos utilizados por tais discursos, e verificamos que nas decisões favoráveis, tanto ao reconhecimento das uniões estáveis homossexuais quanto da adoção por casais homossexuais, as motivações mais utilizadas são justificadas com base nos princípios jurídicos, dentre eles o da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, e através de uma interpretação jurídica que vai além da literalidade do texto legal. Da mesma forma, tais decisões entendem que o direito deve estar conectado à realidade, podendo ser utilizado como um instrumento de mudanças sociais.

Nas decisões contrárias ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e da possibilidade de adoção por estes casais, percebemos a utilização de outro tipo de argumento. As justificativas utilizadas baseavam-se numa concepção mais tradicional de família, priorizando a estrutura formal, os costumes e a prole, como elementos essenciais. O reconhecimento da família, além desses elementos, tem como pressuposto a diversidade de sexo, ou seja, a família heterossexual, formada pelo homem e pela mulher. Além de argumentos que se reportavam a noções como “natureza”, “natural”, entre outras, também percebemos a utilização de argumentos de cunho religioso e baseados no senso comum. Identificamos também nestas decisões uma valorização do formalismo jurídico diante destes casos ainda não regulados por lei.

Identificou-se também um padrão nos argumentos que se repetiam para justificar as posições adotadas, sejam elas mais “avançadas” ou “conservadoras”. Da mesma maneira, apontamos a existência de argumentos contraditórios dentro de um mesmo discurso.

Assim, foi possível demonstrarmos uma oposição existente entre duas posições que chamamos de “avançada” e “conservadora” dentro do TJ/RS. Identificamos, portanto, um “discurso conservador” antagônico aos “discursos avançados”, e que através dos textos das decisões judiciais, disputam a consolidação dos sentidos que sustentam.

Diante deste quadro, de uma maneira geral, pudemos perceber um avanço cada vez maior nos discursos jurídicos contemporâneos sobre gênero e sexualidade, configurando um judiciário comprometido com as mudanças sociais. Por outro lado, ainda existem discursos que, pretensamente “neutros” e “imparciais”, refletem o

papel do judiciário como instrumento de conservação social, especificamente de conservação do modelo tradicional de família.

Pensamos que a inovação do nosso trabalho diz respeito à proposta de utilização da Teoria do Discurso, de acordo com Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, como fonte de compreensão do discurso jurídico. Através da estrutura conceitual desenvolvida por tal teoria, como discurso, hegemonia, antagonismo, entre outras, buscamos compreender de que forma se articulam os sentidos dos discursos das 7ª e 8ª Câmaras do TJ/RS. Da mesma forma, pensamos que o trabalho contribui para o conhecimento acerca da postura do judiciário frente à questão das novas relações familiares.

Assim, como resultados, demonstramos o tipo de argumento utilizado pelas decisões analisadas, e de que maneira podemos vislumbrar duas construções discursivas antagônicas em relação a esta temática da união homossexual. Pudemos apontar também que tais discursos sofrem influência de diversas esferas do social como a biologia, a medicina, a religião, entre outras. Verificamos que estas influências são articuladas de formas diversas por ambos os discursos, o que faz com que as consequências disto possam ser tanto a construção de argumentos que sustentam as decisões “avançadas” quanto as decisões “conservadoras”.

A hegemonização do entendimento atual majoritário pelo reconhecimento das uniões estáveis homossexuais faz parte do contexto histórico de alterações nas estruturas familiares das últimas décadas. Entretanto, não podemos deixar de sinalizar que em virtude da existência de discursos antagônicos a este entendimento, esta hegemonia é precária, ou seja, é resultado de práticas articulatórias contingentes, e que podem ser modificadas.

Nesse sentido, verificamos a nossa hipótese de que parte das decisões no âmbito do direito de família que dizem respeito às novas configurações familiares ainda são permeadas de distinções preconceituosas e discriminatórias. Da mesma forma, apontamos que o discurso jurídico de uma parcela do TJ/RS não está acompanhando a realidade das atuais práticas sociais, utilizando-se de argumentos conservadores, argumentos de cunho religioso, ou de argumentos que simplesmente reproduzem o senso comum.

Estamos convencidos de que a proposta da pesquisa contribui para posteriores investigações sobre práticas judiciárias ou sobre o discurso jurídico que pensem em tomar a Teoria do Discurso como perspectiva teórica.

## Referências

ALVES, José Eustáquio Diniz; BARROS, Luiz Felipe Walter; CAVENAGHI, Suzana. **Novos Arranjos Domiciliares: condições socioeconômicas dos casais de dupla renda e sem filho (DINC)**. Universidade de Campinas, 2008. Disponível em: <[www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP\\_2008\\_1064.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP_2008_1064.pdf)> Acesso em: 15.fev.2011.

ARANTES, Rogério. **Judiciário: entre Justiça e política**. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio (orgs.) **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Ed. Unesp, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 10 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**; tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. O Parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, 2003, pp.219-260.

\_\_\_\_\_. **Cuerpos que importam: sobre los limites materiales y discursivos del "sexo"**. 1 ed. 1 reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de, Org. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Volume II. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CECCARELLI, Paulo Roberto. A invenção da homossexualidade. **Revista Bagoas**, n. 02, 2008. pp, 71-93. Disponível em: <[www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n02art03\\_ceccarelli.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n02art03_ceccarelli.pdf)> Acesso em: 03. out.2011.

CORRÊA, Mariza. **Repensando a família patriarcal brasileira: notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil**. In: CORRÊA, M. (Org.). *Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil*. 2 ed. Campinas: Unicamp, 1993.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**. v.5. n.9. jul/dez 2004, p.105-113.

CRITCHLEY, Simon; MARCHART, Oliver (comp). **Laclau Aproximaciones críticas a su obra**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2008.

CUCHÊ, DENIS. **A noção de cultura nas Ciências Sociais**. Bauru: Usc, 1999.

DA MATTA, Roberto. **A Família como valor: considerações não-familiares sobre a família à brasileira**. In: ALMEIDA, Ângela (ORG.) *Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade – o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. O direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

\_\_\_\_\_ (org). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. 3ed. São Paulo: Ática, 1997.

\_\_\_\_\_ **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito.** 2ªed. São Paulo:Saraiva,2012.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber,** tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_ **A arqueologia do saber.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997

FREUD, S. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade.** In: \_\_\_\_\_. Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. VII.

FREYRE, GILBERTO. **Casa Grande e Senzala.** 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

GAUER, Ruth M. Chittó. **Da diferença perigosa ao perigo da igualdade.** Relexões em torno do paradoxo moderno. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 5. n. 2, jul.-dez. 2005.

GAGNON, John H; PARKER, Richard G. **Conceiving Sexuality.** London:Routledge,1995.

GIACAGLIA, Mirta. Universalismo e particularismo:emancipação e democracia na teoria do discurso. In: Pós-Estruturalismo e Teoria do Discurso:em torno de Ernesto Laclau. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p-71-86.

GOLDENBERG, Mirian; Toscano Moema. **A revolução das mulheres.** Rio de Janeiro: Renavan, 1992.

GOFFMAN, Erving. **Estigmas: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere.** Vol 5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro. DPeA.2006.

HOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

HOWARTH, David. **Discourse**. New York: Open University Press,2008.

IRIGARAY, LUCE. **Thinking the difference**. 1 ed. New York: Routledge, 1994.

JAGOSE, Annamarie. **Queer Theory: an introduction**.1 ed. New York:NY University, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACAN, Jacques. **O seminário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LACLAU, Ernesto. **Debates y combates. Por um nuevo horizonte de la política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2008.

\_\_\_\_\_ **Nuevas reflexiones sobre la revolucion de nuestro tiempo**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2000.

\_\_\_\_\_ **La razón populista**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

\_\_\_\_\_; MOUFFE, Chantal. **Hegemonía y estrategia socialista:hacia una radicalización de La democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima; FARIA José Eduardo. A função política do Poder Judiciário. In: Direito e Justiça. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1997. p. 123-144.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria *Queer*, uma política pós-identitária para a educação. **Estudos Feministas**, ano 9, 2/2001, p.541-553.

MELLO, Luiz. Outras Famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. **Cadernos pagu** (24), janeiro-junho de 2005, pp.197-225.

MENDONÇA, Daniel de. O Lugar da Normatividade na Ontologia do Político de Ernesto Laclau. In: 35 ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2011. Disponível em: [www.encontroanpocs.org.br](http://www.encontroanpocs.org.br)

\_\_\_\_\_A Teoria da hegemonia de Ernesto Laclau e a análise política brasileira. São Leopoldo: **Ciências Sociais Unisinos**, p. 249-258, setembro/dezembro de 2007.

\_\_\_\_\_ Como olhar “o político” a partir da teoria do discurso. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n1. Brasília, janeiro-junho de 2009, p. 153-169.

\_\_\_\_\_ A noção de antagonismo na Ciência Política contemporânea: uma análise a partir da perspectiva da Teoria do Discurso. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, 20. p.135-145, junho de 2003.

MENEZES, Cynara. A era do pós-gênero? Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-era-do-pos-genero-2>> Acesso em 21.set. 2011

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan./jun. 2009, p. 150-180.

MOUFFE, Chantal. **Feminismo, cidadania e política democrática radical**. Debate Feminista (edição especial “Cidadania e feminismo”), 1999.

\_\_\_\_\_ **For an Agonistic Model of Democracy**. In: *The Democratic Paradox*. London : Verso, 2000.

NANCY, Cott. **The Grounding of Modern Feminism**, New Haven, CT, Yale University Press, 1987.

PILLAR, Miriam. Gênero e Parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil. In: **XXVII REUNIÃO ANUAL DA ANPOCS**, 21 a 25 de outubro de 2003, Caxambu.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Teorias da democracia: diferenças e identidades na contemporaneidade**. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria da Tridimensionalidade do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIOS, Roger Raupp (Orgs). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

RIHA, Rado. La política como lo real de la filosofía. In: Laclau Aproximaciones críticas a su obra. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2008.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do Direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-Estruturalismo e Teoria do Discurso: em torno de Ernesto Laclau**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ROUDINESCO, ELISABETH. **Jacques Lacan: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1ªed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. 1990. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. *Educação e Realidade*, vol.16.n.2, Porto Alegre, p.5-22.

SILVA, Tomaz Tadeu da/Org;Hall, Stuart; Woodward,Katryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis. Vozes, 2000.

WITTGEINTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 5 ed. São Paulo: Vozes, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro:Renavan, 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

ZERILLI, Linda M.G. Esse universalismo que no es Uno. In: Laclau Aproximaciones críticas a su obra. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2008.

ZIZEK, Véase Slavoj. Against the Populist Temptation. **Critical Inquiry**, ano 32, 2006, p. 551-574.