

A HETERONORMATIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

Laila Maria Domith Vicente
Universidade Federal Fluminense (UFF) / Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
lailamdv@gmail.com

Victor Oliveira Ribeiro
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
victor.oli.r@gmail.com

O pensamento e o saber social se encontram incompletos, quiçá, essencialmente prejudicados “na medida em que não incorpora uma análise crítica da definição moderna da homo/heterossexualidade” (SEDGWICK, 1998, p.11). Nesta esteira, pode-se incluir o Direito que, sobretudo a partir do século XIX, é construído através de uma matriz heterossexista e heteronormativa – consequentemente, homofóbica -; de modo que não se refletiu criticamente sobre tal dicotomia – pelo contrário, valendo-se da mesma para criminalizar condutas homoeróticas.

A utilização da heterossexualidade como padrão de expressão sexual consiste no heterossexismo, “que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior” (BORRILLO, 2010, p.31). Paralelo ao heterossexismo, encontra-se a heteronormatividade, que é a expressão das "expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade" (MISKOLCI, 2009, p. 332). Por meio da articulação do heterossexismo e da heteronormatividade dentro da sociedade, origina-se a homofobia, caracterizada pelo desdém e pela segregação das sexualidades que fogem da heterossexualidade e de sua normatização. (BORRILLO, 2010, p. 23).

Não obstante ao já cediço preconceito de cunho homofóbico, lesbofóbico, bifóbico, transfóbico e todos os outros de mesma natureza pelos quais indivíduos pertencentes às minorias sexuais são obrigados a passar diariamente, no âmbito jurídico – que, pelo que é propugnado no texto legal, deve tratar todos os indivíduos de maneira igualitária –, a situação não é outra, uma vez que inúmeros direitos são negados aos homossexuais, desde direitos civis, até nas relações de trabalho ou na tutela penal. Tal discriminação ocorre em decorrência à matriz heteronormativa que baliza a construção do Direito. A fim de discutir a heteronormatividade das instituições jurídicas, realizar-se-á aqui uma seleção e análise

qualitativa dos institutos, isto é, ao invés de catalogar todos os institutos do Direito a fim de perquirir cada qual sua heteronormatividade, selecionar-se-á aqueles que atentam mais diretamente à dignidade de alguém que fuja do padrão heterossexual.

Inicialmente, importa salientar que, face à inércia do Poder Legislativo¹, o Poder Judiciário possui um papel fundamental na declaração de direitos às minorias sexuais, pois, quando provocado sobre tais temas, a jurisprudência se manifesta de maneira bastante positiva e que deve ser aplaudida, por exemplo, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo² e o casamento – a despeito do Código Civil não ter expressa previsão permitindo –; bem como possibilitando a adoção, etc. Entretanto, a jurisprudência é sempre instável e maleável, possuindo avanços e retrocessos, isto porque elas são dotadas de uma dinâmica própria dentro de um universo heterogêneo de julgadores, fato este que podem levar decisões louváveis, e outras deploráveis (PANDJIARJIAN, 2002, p.8), característica inerente de sua dinâmica democrática.

A despeito do reconhecimento da união estável de casais homossexuais, percebe-se que ainda no Direito de Família, muitos outros direitos são negados na lei, dentre os quais, o casamento – frisa-se que em lei, pois jurisprudencialmente a situação muda. *Prima facie*, seria requisito de existência deste contrato que os nubentes sejam dos sexos opostos. Desta forma, na letra fria do Código, o matrimônio estaria previsto para homem e mulher, no entanto, a doutrina civilista mais moderna, afirma que o artigo 1.511, Código Civil³, permitira o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁴, a despeito da doutrina mais tradicionalista que não aponta neste sentido⁵. Orientada a partir de uma leitura constitucionalizada do Direito Civil, os Tribunais paulatinamente⁶ vêm reconhecendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo, ao arrepio das bancadas fundamentalistas que emperram o casamento igualitário no Congresso Nacional.

¹ De fato, alguns parlamentares são, sem dúvida, árdios defensores da causa *gay* (Marta Suplicy, Jean Willys, Iara Bernardi etc.), porém, bancadas fundamentalistas e conservadores emperram a promulgação de leis que beneficiam direta ou indiretamente indivíduos homossexuais.

² Deve ser ressaltada a importante decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em 04 de maio de 2011, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, e reconhecerem a união estável para casais do mesmo sexo. Essa decisão faz com que os demais juízes sigam tal parâmetro e com efeito vinculante (deve obrigatoriamente ser observado pelas demais instâncias) que não permite qualquer interpretação que use o artigo 1.723 do Código Civil para impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como núcleo familiar.

³ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁴ Assim, DIAS, 2010, FARIAS; ROSENVALD, 2012, e FACHIN, 2003.

⁵ Envergados para uma interpretação de cunho tradicional, cf. GONÇALVES, 2007, e DINIZ, 2008.

⁶ Os Tribunais Regionais do Rio Grande do Sul e de Alagoas vêm, recentemente, admitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De forma inédita, também se posicionou neste sentido o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.183.378/RS, rel. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

Entretanto, faz-se imperioso refletir sobre este instituto que vem sendo alargado pelos tribunais. De fato, há de expandir o matrimônio para além dos casais heterossexuais, atingindo, assim, outras formas de conjugalidade. Contudo, da maneira que ele está contemplado na legislação e na forma que veio historicamente se construindo, visa o instituto do casamento a assegurar e proteger a família mononuclear burguesa (pai, mãe e filhos). A partir daí, emergem questões de natureza heteronormativas a serem abordadas.

Como corolário da união civil – a partir de uma visão burguesa de família, diz o adágio “após o casamento, ‘vem os filhos’” –, exsurge a questão do procedimento adotivo. Este, por si só, já é dotado de entraves sociais de cunho conservador e preconceituoso, por exemplo, crianças negras são menos adotadas, bem como aquelas mais velhas. Ao inserir ou discutir a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes à família homoparentais, o conservadorismo se faz mais presente ainda. Argumentos que beiram ao esdrúxulo são colocados para impedir tal procedimento adotivo, como, por exemplo, a afirmação que casais homossexuais masculinos seriam pedófilos em potencial⁷, ou que os filhos criados por tais famílias, necessariamente, também seriam homossexuais.

No que tange ao texto legal, não há proibição da adoção de crianças e adolescentes pelos casais *gays*, desta forma, o que não está proibido pelo Direito, está permitido, por isso, é possível famílias homoparentais ingressarem com o procedimento adotivo. Felizmente, indo ao encontro de tal posicionamento, os Tribunais vêm reconhecendo este direito aos casais de pessoas do mesmo sexo.

Reconhecida a adoção, vem a questão da certidão de nascimento: estas hoje constam os termos pai e mãe. Por muitas vezes, inserem-se dois pais ou duas mães, deixando o termo do sexo oposto vazio. O efeito que tal fato causa é a impressão de que aquela filiação é incompleta, uma vez que faltará sempre um campo a ser preenchido, o da pessoa do sexo oposto, postulação do padrão familiar mononuclear burguês. Portanto, a presença e a permanência obrigatória das figuras da mãe e do pai na certidão de nascimento nada mais são do que a manifestação da heteronormatividade, isto é, afirma-se, ainda que insidiosamente, que apenas uma família constituída por um homem e por uma mulher adotará uma criança. Além disso, dentro da dinâmica de um casal *gay*, não, necessariamente, haverá aquele membro que cumpre papel de gênero masculino (logo, de homem) e outro que cumpre o papel de gênero feminino (logo, de mulher), isto trata-se de um mito das concepções

⁷ Minorias sociais sempre são vistas como perigos às crianças, basta se lembrar que, antigamente, falava-se que comunistas “comiam”criancinhas ou que ciganos as roubavam, como modo de denotar o quão perigosos eram estes grupos segregados (MISKOLCI, 2007, p 103)

heteronormativas de vida, e, desta forma, é impossível pensar que membro do casal será o pai e o outro a mãe do adotante, isso nada mais é do que a materialização da heteronormatividade, ao vislumbrar as outras famílias como um rearranjo da heterossexual. Como solução ética, propõe-se que se deveria retirar os termos pai e mãe das certidões de nascimentos e inserir apenas “filiação”.

A consequência da adoção no direito do trabalho é o direito à licença paternidade e maternidade. Atualmente, a jurisprudência trabalhista aceita que os adotantes (heterossexuais) tirem licença paternidade e maternidade igual a de uma mãe ou pai que tiverem filhos biológicos. Contudo, quando são casais homossexuais, a questão torna-se mais delicada (e heteronormativa). Como afirmado no parágrafo anterior, nas famílias homoparentais, não existe, necessariamente, alguém que assuma um papel masculino e outro feminino – logo, não há um pai e uma mãe – há, pois, duas pessoas do mesmo sexo cuja dinâmica especial não se enquadra naqueles estereótipos impostos aos homens e mulheres dentro da família tradicional. Aplicando este aspecto na questão da adoção por casais homoafetivos, dentro de um casal de homens, por exemplo, conceder uma licença de quatro meses (prazo equivalente à licença maternidade - de acordo com art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho) e ao outro a licença de cinco dias⁸ (prazo igual à licença paternidade – à luz da interpretação conjugada do art. 7º, XIX da Constituição da República com o art. 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) significa dizer, implicitamente, que um possui um aspecto de materno (e feminino), e ao outro um aspecto paternal (logo, masculino). A concessão a partir deste binômio pai-mãe consubstancia uma visão heteronormativizada de um casal homossexual, que não corresponde à existente. Na realidade, trata-se de uma interpretação heteronormativa dos institutos que, necessariamente, tratam casais homossexuais na dinâmica de casais heterossexuais.

Outra questão que emerge do próprio casamento é o divórcio. Caso se reconheça casamento a casais *gays*, isto implica que o vínculo conjugal também pode ser dissolvido. No tocante à competência para ação de divórcio, o art. 100, I, Código de Processo Civil⁹, afirma que o foro será o do domicílio da mulher. Desde já, percebe-se uma afirmação de um preconceito de gênero, vez que apenas podemos vislumbrar a justificativa desta regra em algo como uma hipossuficiência da mulher. Aliado a este preconceito, exsurge o sexual: quando o

⁸ O INSS, recentemente, concedeu a licença “maternidade” para um casal homoafetivo de dois homens. Fonte: <<http://blogs.estadao.com.br/jt-cidades/casal-gay-ganha-licenca-maternidade/>>. Acesso em: 04 set. 2012)

⁹ Art. 100. É competente o foro:

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento.

casal são duas mulheres, qual será o foro competente? E se forem dois homens? Mais uma vez, incide aqui a heteronormatividade: reconhece-se que uma das pessoas do casal representa o papel da mulher e o outro o do homem? Ou simplesmente não se reconhece a existência de casais alheios ao padrão heteronormativo?

Por fim, ressalta-se que não existe nenhuma proteção específica contra discriminação no ambiente no trabalho, muito menos no direito penal¹⁰ – atinente a esta última seara, percebe-se que existem proteções específicas às mulheres, aos negros, aos indígenas e aos idosos, porém, esta mesma proteção não é expressamente conferida a quem pertença a alguma minoria sexual.

Sem sombra de dúvidas, a declaração de direitos a homossexuais deve ocorrer, porém a que modo? Atinente aos casais *gays*, para exemplificar, deve-se reconhecê-lo como, propriamente, um casal *gay*, isto é, um casal em que não existe um homem e uma mulher, muito menos com alguém que cumpra respectivamente estes papéis. Dentro de famílias homoparentais existe uma dinâmica específica que deve ser observada e respeitada. A expansão de institutos tipicamente heterossexuais aos homossexuais tem o risco de heteronormativizá-los, tratando-os como se fossem um casal heterossexual adaptado.

Pelo que fora até então exposto, a maioria dos institutos do Direito, em especial o de Família, foram construídos para indivíduos heterossexuais, no entanto, devem o Poder Judiciário e o Poder Legislativo expandir estes institutos para as diversas minorias sexuais, ainda que haja o risco da heteronormativização, uma vez que não se deve criar institutos jurídicos para indivíduos heterossexuais e outros para indivíduos homoafetivos, transexuais etc. Portanto, o pleito reivindicatório do movimento *gay* não deve se extinguir na união estável, deve-se buscar os mesmos direitos que são garantidos aos heterossexuais. Ademais, caso não haja esta expansão, é possível se resvalar para uma forma de homofobia mais sutil, porém, tão insidiosa quanto a existente: em vez de se negar deliberadamente direitos aos homossexuais, declara-os, entretanto, não no mesmo regime que um heterossexual, mas sim em um regime paralelo e excepcional – aquilo que é chamado por Borrillo de heterossexismo diferencialista (2010, p.31-32).

Sendo os institutos heteronormativos do Direito e se não se deve recair a um regime jurídico de exceção, torna-se imperioso reavaliar os institutos como um todo, para que, assim, retire a heteronormatividade dos mesmos, sendo possível pensar em um casamento em cuja relação conjugal não possua obrigatoriamente um homem e uma mulher, mas também dois

¹⁰ Não se advoga aqui, em princípio, a favor da criminalização da homofobia. Sobre os riscos e possibilidades da mesma, conferir RIBEIRO; VICENTE, 2012.

homens ou duas mulheres, possibilitando, nesta medida, qualquer forma de (re)arranjo familiar. Ao mesmo tempo, deve-se também retirar o caráter diferenciador de gêneros dos institutos. Aliando os dois aspectos, torna-se possível que o Direito realmente atinja um de seus fins, dentre os quais é justamente o de possibilitar e celebrar a igualdade, sem a presença da heteronormatividade e do heterossexismo diferencialista, permitindo-se, destarte, a livre expressão de vida independentemente de gênero e orientação sexual.

Por tudo que fora trazido até aqui, é possível afirmar que a maior parte dos institutos do Direito não inserem indivíduos homossexuais no rol de beneficiados e, quando inserem, é pela jurisprudência e, muitas vezes, heteronormativizando-os. Destarte, há uma homofobia institucionalizada nas instituições jurídicas, em decorrência da própria matriz heteronormativa que permeia Direito.

Como último tópico a ser discutido, é imperioso trazer à tona os riscos e vantagens que a institucionalização – e conseqüente normalização – pode trazer ao movimento LGBTTTI. Para ilustrar esta discussão, valer-se-á do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo – cunhado de casamento igualitário –, uma das postulações mais importantes do movimento e bem aceita pela sociedade, que se põe a favor da diversidade sexual. As considerações que serão realizadas podem ser aplicadas as outras formas de institucionalização, por exemplo, à licença maternidade/paternidade, a adoção, dentre outras.

Vestibularmente, salienta-se que o alvo prioritário do movimento *gay* nos Estados Unidos – que se organiza, inicialmente¹¹, a partir do final dos anos 60 e início dos anos 70 – não era a busca de direito civis, mas tinha como objetivo, dentro do influxo de outros movimentos sociais importantes (*hippie*, *new left*, feminista, negro), questionar os papéis sexuais, tentar reconfigurar a tradicional instituição familiar, buscar novas formas de relacionamentos amorosos-sexuais (até mesmo defendendo sexo livre), dentre outras. Percebe-se, então, que, neste primeiro momento, a luta por direitos civis não prepondera.

Portanto, a luta *gay* se caracterizava como um movimento de contracultura, frente à ordem estabelecida. No entanto, esta feição se altera, sobretudo, em razão da disseminação da AIDS que atinge fortemente a comunidade homossexual na década de 1980, fato este que fez delinear-se novos objetivos de luta, deste modo “a AIDS levou a uma reconfiguração dos grupos, que se pautou pela organização em torno dos direitos civis” em busca do “benefício de objetivos assimilacionistas” (MISKOLCI, 2007, p.108). Neste diapasão, apenas da referida

¹¹ Toma-se, aqui, o Stonewall como marco do movimento *gay* dada a importância do mesmo (BERUTTI, 2010, p.39 segs.) não se negando que organizações políticas em prol dos direitos aos homossexuais já existiam, a título de ilustração, desde 1987 na Alemanha e 1924 nos Estados Unidos da America (RUSSO, 1987, p.5).

década em diante que o alvo do movimento *gay* nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil se torna de sobremaneira os direitos civis, ao invés das postulações de cunho liberatório das décadas anteriores.

Neste passo, casamento, por sua vez, torna-se um dos objetivos políticos do movimento LGBTTTI. A aprovação deste, aparentemente, configurar-se-ia como uma celebração da diversidade sexual. Entretanto, como destacado anteriormente, o casamento foi e é construído para família mononuclear burguesa. Destarte, a ampliação deste instituto aos indivíduos homossexuais pode significar não necessariamente uma conquista, mas sim um meio de “normalizar” as sexualidades desviantes da matriz heterossexual. Fortalcer-se-ia uma heterossexualidade compulsória de segunda geração: não mais obrigando os homossexuais serem heterossexuais, porém fazê-los agir como se fossem, isto é, “se indivíduos homorientados não podem mesmo se tornar heterossexuais, então, a ordem social encontrou um meio de fazê-los viver como se fossem” (MISKOLCI, 2007, p.123). Sendo assim, na busca pelos direitos civis, deve-se levar em conta que “o flerte da institucionalização se confunde com a sedução da normalidade [...]” (MISKOLCI, 2007, p.123), normalidade esta que, ao incluir os homossexuais na ordem social instituída, exclui diversas outras minorias sexuais.

O Direito deve tratar todos de modo igual, no entanto, os homossexuais não são assim tratados, tendo em vista que o Ordenamento Jurídico pátrio, por diversas vezes, não garante os mesmos direitos dos heterossexuais às minorias sexuais. Portanto, é possível afirmar que existe uma homofobia institucionalizada que segrega todo tipo de orientação sexual que não siga a matriz heteronormativa imposta. Todavia, deve-se tomar cuidado com a forma em que estes direitos serão concedidos aos homossexuais, vez que não se pode criar um regime jurídico de exceção – o que resvalaria a um heterossexismo diferencialista –, desta forma, as mesmas categorias de direito garantidas aos heterossexuais (casamento, adoção, licença paternidade) têm que ser expandidas aos homossexuais – sabendo, desde já, dos riscos e possibilidades que a institucionalização/normalização acarreta. Por fim, dois aspectos merecem ser ressaltados. Em primeiro lugar, a declaração de direitos, apesar de ter, de fato, enorme importância, não pode ser o fim último do movimento, já que a mera promulgação de leis é inapta para erradicar a homofobia da sociedade. Em segundo lugar, não se pode olvidar do risco que a institucionalização traz por meio da normalização das sexualidades, de forma que, apesar de incluir alguns (os homossexuais) na ordem institucionalizada, existem diversas outras sexualidades desviantes que continuaram na penumbra (as travestis, os/as transexuais, os bissexuais, dentre outras inúmeras sexualidades não categorizáveis).

BIBLIOGRAFIA:

BERUTTI, Eliane Borges. **Gays, Lésbicas, Transgenders: o caminho do arco-íris na cultura norte-americana.** Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2010.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um conceito.** Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Famílias.** Bahia: JusPodium, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MISKOLCI, Richard. **Abjeção e desejo: afinidades e tensões entre a Teoria Queer e a obra de Michel Foucault.** In: Para uma vida não-fascista. Org. RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo. Belo Horizonte: Autêntica; 2009.

_____. **Pânicos morais e o controle social – reflexões sobre o casamento gay.** Cadernos Pagu. n°28, Campinas, jan-jun 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332007000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 set. 2012.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação.** 2002. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tjmt.jus.br%2FINTRANET.ARQ%2FCMS%2FGrupoPaginas%2F59%2F459%2Ffile%2Festereo%2Ftipos_Genero_Valeria_Pandjarjian.doc&ei=4CUQUMGDMKHm0QGAw4GYBA&usg=AQjCNFJTX9gxStUjZ64PS-5RDQQZhSyqg>. Acesso em: 23 ago. 2012.

RIBEIRO, Victor Oliveira; VICENTE, Laila Maria Domith. **Apontamentos a respeito da criminalização da homofobia a partir da Criminologia Crítica.** In: Anais do VI Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero: Salvador, 2012.

RUSSO, Vito. **The Celluloid Closet: homosexuality in the movies.** New York: Harper & Bow, 1987.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. **Epistemología del Armario.** Barcelona: Ediciones de La Tempestad, 1998.