

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro
Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-086-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de família. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos aos leitores o livro, resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, selecionados no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Fumec e Escola Superior Dom Helder Câmara com apoio da CAPES e CNPq, com o tema A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Temos o prazer e o orgulho de prefaciar essa obra que reúne o primoroso e instigante conjunto de trabalhos resultantes de pesquisas e estudos elaborados por pesquisadores de diversas instituições de ensino superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho.

Foram abordados uma pluralidade de temas, cuja acurada análise mostra-se extremamente relevante para a consolidação de respostas eficazes aos problemas atinentes ao direito de família, suscitados pela complexidade da vida social contemporânea, pelo rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia e ainda na busca da sistematização das decisões dos tribunais.

Como o arguto leitor poderá observar, os artigos reunidos traduzem uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos do direito de família, aliados a uma visão crítica e reflexiva da atual da jurisprudência de nossos tribunais. Os textos são enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira, a possibilitar um intercâmbio essencial na busca de soluções para a incompletude e as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

A obra reflete o cuidado dos autores em investigar os contornos principiológicos do direito de família e das sucessões conformando-os aos ditames do Código Civil e da Constituição da República de 1988. São enfrentadas questões intrincadas como adoção por casais homoafetivos, indenização por dano moral no direito de família, dentre tantos outros.

O conjunto de textos ora publicado não tem a pretensão de trazer respostas definitivas às tormentosas questões jurídicas que envolvem o direito de família contemporâneo, mas é inegável que constitui expressivo contributo para levar adiante o trabalho sistemático e desafiador que a comunidade acadêmica brasileira vem empreendendo para dinamizar a compreensão e aplicação do direito de família e de sucessões

As discussões travadas traduziram a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

Na oportunidade, os Organizadores prestam suas homenagens e agradecimentos a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram essa obra coletiva de excelência.

O livro é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família, apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família e de Sucessões como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

Há que se reconhecer que a realidade jurídica deve ser socialmente construída, abarcando perspectivas multidimensionais, pluralísticas e de maior sensibilidade, a posicionar a objetividade e a racionalidade em um plano periférico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo labor dos pesquisadores do direito de família e de sucessões, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Mafra

Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Valéria Galdino

Cesumar

AFETIVIDADE ENQUANTO PERFORMATIVIDADE: PROBLEMATIZAÇÃO CONCEITUAL E DESAFIOS PARA O RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS DO BRASIL

AFFECTIVITY AS PERFORMATIVITY: CONCEPTUAL QUESTIONING AND CHALLENGES TO THE RECOGNITION OF FAMILIES IN BRAZIL

Luísa Cristina de Carvalho Moraes

Resumo

O artigo propõe uma melhor compreensão da noção de afetividade desenvolvida por João Baptista Villela, que é apresentada a partir de uma aproximação com o conceito de performatividade em Judith Butler. O entendimento do performativo é inicialmente exposto dentro da sua temática original da identidade de gênero, para que seja possível uma compreensão independente do termo. Após, é feita uma análise comparativa com a afetividade desenvolvida por Villela, que foi absorvida pela doutrina nacional e sofreu mudanças conceituais relevantes. Com a verificação da similaridade entre os termos, e considerando a afetividade enquanto performatividade, ocorre o desenvolvimento de um estudo acerca das famílias contemporâneas, especificamente homoafetivas, e as questões relacionadas ao reconhecimento dos seus direitos no Brasil.

Palavras-chave: Afetividade, Família, Performatividade, Reconhecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The paper proposes a better understanding of the notion of affectivity developed by João Baptista Villela, which is presented from an approach to the concept of performativity of Judith Butler. The comprehension of the performative is initially exposed in its original theme of gender identity, so that an independent insight of the term is made possible. After that, there is a comparative analysis with the affectivity developed by Villela, which was absorbed by the national doctrine and suffered significant conceptual changes. With the verification of the similarity between the terms, and considering the affectivity as performativity, there is the development of a study about contemporary families, specifically homoaffectives, and the issues related to the recognition of their rights in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affectivity, Family, Performativity, Recognition

1 Introdução

O presente artigo traz uma reflexão que parte da *performatividade* de gênero em Judith Butler, isolando-se daí as características da *performatividade* para compará-las ao conceito de *afetividade* derivado da paternidade *socioafetiva* desenvolvida por João Baptista Villela¹, elemento essencial nas discussões do direito de família contemporâneo. A integração de ambos os conceitos é proveitosa para que a compreensão da afetividade se torne mais clara, visto que, na sua origem, ela se aproxima bastante do conceito exposto por Butler, ainda que ambos sejam utilizados para desenvolvimentos teóricos diversos.

A afetividade, termo muito utilizado nas argumentações que buscam ampliar a tutela da família para além do conteúdo legal, tende a ser reduzida a sentimentos ao ser definida. Ainda que presentes, o *afeto*, *amor*, não conseguem, sozinhos, proporcionar reconhecimento efetivo aos laços familiares. Leituras iniciais ou mesmo interpretações que não consideram a análise cuidadosa do termo na sua origem podem induzir à vinculação errônea da afetividade com o afeto, sentimento que, de fato, normalmente nutre a maioria das relações familiares, mas que é desprovido de valor jurídico.

Daí a necessidade de se buscar o início do desenvolvimento do termo, sua construção teórica, para buscar a sua complementaridade, a ser relacionada com o conceito exposto por Butler. A integração entre performatividade e a afetividade pretende evidenciar que a compreensão mais acertada desta é, na verdade, a aplicação daquela ao âmbito do direito de família. É a identificação das relações familiares a partir de uma ótica baseada na *afetividade enquanto performatividade* que permite o reconhecimento de vínculos que vão além da configuração tradicional de família, com base em um critério passível de observação, e, portanto, menos abstrato.

A partir do parâmetro discutido, iniciam-se considerações acerca da importância e dos desafios da identificação de famílias para indivíduos que não se enquadram dentro do padrão de constituição familiar, avaliando a atual situação brasileira. Considerando a amplitude das configurações familiares incluídas nessa situação, bem como a impossibilidade de se dar atenção a todas na extensão do presente trabalho, o foco será nas famílias homoafetivas e nos direitos vinculados ao seu reconhecimento.

¹ Neste trabalho, considera-se *socioafetividade* e *afetividade* como sinônimos, inclusive devido à definição do termo aqui defendida.

2 Judith Butler e a Performatividade

Judith Butler desenvolve o conceito de performatividade dentro dos estudos de identidade de gênero². Em *Gender Trouble*, Butler parte da afirmação de Simone de Beauvoir em *The Second Sex*, segundo a qual ninguém nasceria mulher, mas se tornaria uma (BEAUVOIR, 1956, p. 273), para refletir acerca da possibilidade de se considerar o gênero para além da mera fisiologia, investigando como se daria a construção do gênero, e como ela atingiria a cena cultural (BUTLER, 1993, p. 111). Butler defende que há diferença entre ser *fêmea* e ser *mulher*, reflexão que se aplica à discussão de identidade de gênero. O gênero seria, segundo ela, “a interpretação cultura variável do sexo” (1986, p. 36).

Butler não concorda em ver o sexo como posto, como inquestionável, do qual deriva o gênero. O sexo natural seria prévio à cultura, e o gênero um meio discursivo/cultural. Nesse sentido, sexo natural (ou fisiológico) e gênero não são vinculados e tampouco dependentes. São os gestos, movimentos, estilos corporais que constituem o gênero, dentro de uma noção mais complexa, chamada de *performatividade*.

A identidade de gênero é construída mediante atos performativos, identificados como atos de repetição estilizada³. Eles não se confundem com as atuações teatrais. Ainda que exista certa similaridade entre os atos que constituem o gênero e os atos teatrais, na medida em que atos corporais são elementos do gênero, esta relação não passa de mera semelhança, visto que não é possível considerar as ações performativas do gênero como sendo temporárias, passíveis de escolha, meras representações.

Assim, performance e performatividade não se confundem (SALIH, 2006, p. 56). Há uma historicidade identificável na performatividade que está ausente na performance teatral.

De modo que a performatividade não é pois um “ato” singular, porque sempre é a reiteração de uma norma ou um conjunto de normas e, na medida em que adquire a condição de ato no presente, oculta ou dissimula as convenções das quais é uma repetição. Além disso, este ato não é primariamente teatral; na realidade, sua aparente teatralidade se produz na medida em que permaneça dissimulada sua historicidade (e,

² Como bem sintetiza Piia Korpi, para construir sua noção de performatividade de gênero, Butler utiliza da teoria do discurso de J. L. Austin, derivando dela o conceito básico de performatividade, retrabalhado por Jacques Derrida com a integração do conceito de reiteração. Além dessas duas influências, a autora também utiliza de uma ampla gama de outras fontes teóricas, que vão de Hegel à psicanálise. (2009, p. 31).

³ Tradução livre da expressão *stylized repetition acts*. (BUTLER, 1988, p. 519).

inversamente, sua teatralidade adquire certo caráter inevitável pela impossibilidade de revelar plenamente sua historicidade)⁴.

Ao desenvolver a identidade de gênero como performatividade, Butler destaca a ação como elemento formativo do gênero. “A ideia principal desta visão teórica do gênero é que gênero, ao invés de referir-se a quem ou o que alguém é, refere-se ao tipo de prática social na qual alguém está envolvido. Em outras palavras, gênero é uma questão de fazer, não de ser”⁵.

Contudo, não é qualquer tipo de ação que o define. Como já foi afirmado acima, são atos de repetição estilizada. Diz-se, de outra forma, que “a performatividade deve ser entendida não como um ‘ato’ singular e deliberado, senão antes como a prática reiterativa e referencial mediante a qual o discurso produz os efeitos que nomeia”⁶. De maneira simplificada, o gênero “é real somente na medida em que é atuado”⁷, sendo tal atuação considerada dentro da performatividade, e não da performance.

Uma leitura desatenta da obra de Butler pode levar à conclusão de que o gênero, a partir da performatividade, pode ser escolhido, que é uma forma de voluntarismo, facilmente reduzido a um estilo expresso em formas de vestir e de se portar. Tal posicionamento não está correto, visto que, para a autora, “a própria formação dos sujeitos, a própria formação das pessoas, *pressopõe* o gênero, de uma certa maneira”⁸, sendo que a “performatividade está ligada à repetição, muitas vezes a repetição de normas de gênero opressoras e dolorosas, para forçá-las à ressignificação”⁹. Não se trata de liberdade, de escolhas deliberadas, mas sim de saber lidar com “a armadilha na qual alguém está inevitavelmente inserido”¹⁰.

Numa tentativa de facilitar a compreensão, tem-se, dessa forma, a apresentação da performatividade como compreendida por Butler como atos de repetição estilizada não

⁴ Tradução livre do trecho: “De modo que la performatividad no es pues un “acto” singular, porque siempre es la reiteración de una norma o un conjunto de normas y, en la medida en que adquiera la condición de acto en el presente, oculta o disimula las convenciones de las que es una repetición. Además, este acto no es primariamente teatral; en realidad, su aparente teatralidad se produce en la medida en que permanezca disimulada su historicidad (e, inversamente, su teatralidad adquire cierto carácter inevitable por la imposibilidad de revelar plenamente su historicidad)”. (BUTLER, 2002, p. 34).

⁵ Tradução livre do trecho: The core idea in this theoretical view of gender is that gender, rather than referring to who or what one is, refers to the kind of social practising one is involved in. In other words, gender is a matter of doing, not being”. (KORPI, 2009, p. 3).

⁶ Tradução livre do trecho: “la performatividad debe entenderse, no como un ‘acto’ singular y deliberado, sino, antes bien, como la práctica reiterativa y referencial mediante la cual el discurso produce los efectos que nombra” (BUTLER, 2002, p. 18).

⁷ Tradução livre do trecho: “Gender reality is performative which means, quite simply, that it is real only to the extent that it is performed.” (BUTLER, 1988, p. 527).

⁸ Tradução livre do trecho: “the very formation of subjects, the very formation of persons, *presupposes* gender in a certain way” (ARTFORUM, 1992, p. 84).

⁹ Tradução livre do trecho: “Performativity has to do with repetition, very often the repetition of oppressive and painful gender norms to force them to resignify” (ARTFORUM, 1992, p. 84).

¹⁰ Tradução livre do trecho: “the trap that one is inevitably in” (ARTFORUM, 1992, p. 84).

deliberados marcados por uma historicidade, efetuados perante a sociedade. Resultado interessante é alcançado mediante a comparação deste termo com a afetividade no âmbito do Direito de Família.

3 A afetividade a partir de João Baptista Villela

O termo *afetividade* tem sido muito utilizado na atualidade para fundamentar as mais diversas teorias e decisões jurisprudenciais referentes ao direito de família. Ramo preenhe em situações ainda não reguladas pela lei¹¹, o direito de família necessita da argumentação e da interpretação ampliativa pela doutrina e jurisprudência para que a tutela das famílias seja mais inclusiva, reconhecendo-se vínculos, relações patrimoniais, obrigações decorrentes de variadas configurações familiares, independentemente de se enquadrarem dentro das fronteiras estritamente legais.

Ainda que seja inegável a relevância da afetividade, a forma como ela, por vezes, tem sido compreendida é incompleta, pela importância que se dá aos sentimentos enquanto fatores determinantes. O termo *socioafetividade*, que introduziu a afetividade nos debates acerca das relações familiares, ganhou visibilidade em uma conferência do professor João Baptista Villela em maio de 1979, durante um curso de extensão sobre Direito do Menor na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. A palestra, preservada em formato de artigo, recebeu o nome de *Desbiologização da paternidade*.

O tema discutido foi a paternidade, mas a amplitude do argumento apresentado foi bem maior. O autor afirma, já no resumo, seu argumento principal: a “paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural” (VILLELA, 1979, p. 400), residindo “antes no serviço e no amor que na procriação” (VILLELA, 1979, p. 400). O critério biológico, utilizado para a determinação de paternidade durante a maior parte do desenvolvimento do direito de família, inclusive por tempo considerável após a publicação do artigo em questão, é criticado por Villela¹².

¹¹ Ex: casamento homoafetivo, adoção por casais homoafetivos, famílias poliafetivas.

¹² Villela também ressalta em seu estudo as diferenças no tratamento da paternidade por legislações estrangeiras. Menciona, por exemplo, o direito alemão, que “desenvolveu, talvez como nenhum outro, o conceito de uma paternidade exclusivamente patrimonial”, que se opõe a outra modalidade que não se limita aos fins econômicos de sustento. Considerando, porém, o aprofundamento aqui proposto, e levando-se em conta que o foco do presente trabalho ao buscar as obras de Villela não é discutir a fundo a paternidade, mas sim retirar delas o que se entende por afetividade, ressalta-se que as nuances de seus textos não relacionadas ao assunto serão analisadas em outra oportunidade. (VILLELA, 1979, P. 405).

Fica claro na obra do jurista que há paternidade independentemente do fator biológico. O que, nos dias atuais, já é aceito, visto que o entendimento corrente é que as diversas vinculações familiares não precisam da correspondência biológica para existirem. O que mais importa é o afeto, ainda que o fator biológico não tenha desaparecido por completo. Entretanto, questiona-se a noção de afeto, à qual corresponde a afetividade. O surpreendente dentro da obra vanguardista aqui analisada é que um dos pilares para a caracterização da paternidade em Villela é cultural, social, consubstanciado no *servir*.

Diz-se *um dos* pois o autor não descarta o sentimento como característica formativa dos laços, mas vincula o amor ao serviço, ou seja, à ação. Nas suas próprias palavras: “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e *servir*” (VILLELA, 1979, p. 408). A paternidade é, portanto, entendida como unicamente socioafetiva, cultural.

Num esforço para esclarecer interpretações que se desviaram de sua proposta original, subdividindo a paternidade em biológica e socioafetiva, Villela, em outro trabalho, esclarece que “não subdivide a paternidade cultural, apenas considera que esta é a efetiva paternidade” (MORAIS, 2011). “Falar de uma paternidade sócio-afetiva em paralelismo de propriedade com outra ou com outras é ler mal a fenomenologia das interações entre natureza e cultura” (VILLELA, 2005, p. 135).

Dessa forma, tem-se que a socioafetividade construída por Villela veio para substituir o aspecto biológico da paternidade, determinando que o reconhecimento de vínculo familiar (nesse caso, paternal, mas aplicável aos demais vínculos) deve se basear no *servir*, ou seja, no comportamento de um perante o outro, num fato cultural. Na impossibilidade, porém, de se verificar sentimentos, resta a visualização deles enquanto ação, o que os torna o vínculo de *afetividade*¹³, “elemento fático” (MORAIS, 2011) definidor dos laços familiares.

4 A afetividade enquanto performatividade: reconhecimento das famílias no Brasil

O reconhecimento de novas modalidades familiares se dá, portanto, pela notoriedade do comportamento dos envolvidos. Daí a semelhança da *afetividade* construída por Villela com a *performatividade* em Butler, anteriormente apresentada. A identificação das diversas

¹³ Ressalta-se que reconhecer a relevância do vínculo de *afetividade* não implica a aceitação deste como um princípio. “Isso porque aceitar a existência deste princípio vincularia o afeto à dinâmica direito-dever dos direitos subjetivos fundamentais”. (MORAIS, 2011).

formações familiares ocorre socialmente, culturalmente, mediante atos de repetição estilizada dotados de historicidade, que traduzem em ações o *servir*, expressão dos sentimentos dos envolvidos, e, somente a partir daí, tornam-se apreciáveis pelo Direito. E, assim como a performatividade, a afetividade não é uma escolha, tampouco os sentimentos que a compõem. O laço afetivo não é dotado de vontade.

É essa visão de *afetividade enquanto performatividade* que proporciona o amadurecimento argumentativo na luta pelos direitos igualitários das diversas famílias. Com o foco da análise no Brasil, tem-se que a doutrina brasileira ainda escorrega na noção de afetividade enquanto elemento cultural. O que é habitualmente evidenciado é o sentimento, como elemento identificador e constitutivo das famílias. Já a *afetividade enquanto performatividade*, quando mencionada, não é tão perceptível quanto o que a origina.

A título de exemplo, Maria Berenice Dias reconhece a importância da afetividade, elevando-a a princípio fundamental, mas, ao tratar dela, expõe que a família se modifica “na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família” (2015, p. 53). Contudo, a mesma autora afirma que a união estável foi alçada ao patamar de entidade familiar constitucional a partir do reconhecimento da afetividade, que só é possível através da sua externalização (2015, p. 52).

Rolf Madaleno, por sua vez, diferencia afeto de afetividade, sem firmar sua essência na ação. Para ele, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor” (2011, p. 95), não se confundindo com a afetividade, que “deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na intensidade e nas especificidades do caso concreto” (2011, p. 95).

Já Paulo Lôbo apresenta os elementos essenciais à configuração de uma família, nomeando-os como afetividade, estabilidade e ostensividade, sendo que esta última parece englobar a segunda, e ser a exteriorização da primeira (LÔBO, 2007?), e, em outro momento do mesmo estudo, expressa que a “afetividade é construção cultural, que se dá na convivência” (LÔBO, 2007?), o que parece ser uma semelhança com a noção aqui trabalhada, aditada, pelo autor, da afirmação seguinte, segundo a qual a afetividade seria presumida nas relações paterno-filiais (LÔBO, 2007?). Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues aproximam-se da afetividade enquanto performatividade, ao considerarem o afeto “como uma conduta objetiva, externada na convivência familiar” (2010, p. 179).

Dentro do grupo de entidades familiares que enfrentam o problema do reconhecimento estão as famílias homoafetivas, que, ainda que apresentem a característica essencial da *afetividade enquanto performatividade*, não desfrutam dos direitos que lhe seriam devidos, e enfrentam as incoerências do reconhecimento parcial ou simbólico pelo Direito, como será demonstrado.

Uma vez presente esse requisito essencial, não se diferencia nenhuma família, tampouco se gradua os direitos que cabem a cada variação. Diz-se isto idealmente, pois a realidade mostra que reconhecimento de famílias e igualdade de direitos se diferem, ainda que contraditoriamente.

No Brasil, não há previsão legal que identifique as famílias homoafetivas, apesar dos inúmeros projetos de lei já propostos. A Constituição Federal, ainda que apresente uma cláusula geral de inclusão no art. 226, que, de acordo com o entendimento corrente da doutrina e jurisprudência, permite a consideração das famílias para além do texto legal, ainda traz os termos limitadores *homem e mulher* nos parágrafos 3º - que dispõe sobre a união estável – e 5º - que prevê a igualdade de direitos e deveres na união conjugal – do referido dispositivo. O Código Civil também menciona expressamente a diferenciação binária de gêneros ao falar, por exemplo, do casamento, no art. 1.514. Certo avanço pode ser verificado na Lei Maria da Penha, que se desprende da definição tradicional ao tratar da família no art. 5º, II, limitando-se a identifica-la como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

A jurisprudência brasileira tem trilhado um caminho promissor, ainda que gradual, no que diz respeito ao reconhecimento de famílias homoafetivas e os direitos a elas vinculados. Inicialmente, o reconhecimento parcial de direitos das famílias homoafetivas se deu no âmbito do Direito Civil, sendo tratadas como sociedades de fato.

Foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [...] o primeiro a considerar as uniões homossexuais como assunto de competência do Direito de Família, julgando-as, primeiramente, como uniões semelhantes às ocorridas entre heterossexuais e, logo após, como uniões estáveis propriamente ditas¹⁴ (MORAIS, 2014, p. 160).

Aos poucos, a jurisprudência evoluiu, gradativamente reconhecendo mais direitos às uniões homoafetivas. Porém, os julgados mais relevantes foram proferidos em 2011 e 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais foram reconhecidas, respectivamente, a união estável

¹⁴ Julgados mencionados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1999; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2000.

entre casais homoafetivos, e sua configuração como entidade familiar, ou simplesmente família, e a possibilidade de adoção por esses casais, sem a limitação de sexo e idade do adotando¹⁵. Neste último julgado, a relatora Min. Carmem Lúcia utilizou do primeiro julgado, no qual afirma que as “uniões homoafetivas são dado da realidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011, p. 698), para fundamentar sua decisão, de modo que se expõe, a seguir, ainda que de forma breve, o conteúdo do acórdão no que tange ao reconhecimento das famílias.

O Min. Ayres Britto aproxima-se, em certos momentos, da noção de *afetividade enquanto performatividade*, afirmando que a família consiste no “núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011, p. 644).

Em outro trecho, o ministro menciona características da família que derivam da noção de identificação familiar a partir do *servir*, quais sejam: visibilidade, continuidade e durabilidade. Ao mesmo tempo, firma, também, a importância da igualdade de direitos a partir do reconhecimento das famílias, na medida em que:

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011, p. 649).

Infelizmente, como já foi exposto acima, o reconhecimento completo, a igualdade de direitos, inclusive legal, ainda não ocorreu, mas sem dúvida o conteúdo de julgados como este abre portas para a inserção dessas minorias na sociedade. O preconceito enfrentado por estas famílias certamente não é extinto por decisões do Judiciário, contudo, como afirma o Min. Luiz Fux em seu voto:

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011, p. 668).

De acordo com o ministro, o reconhecimento retira as minorias da incerteza e insegurança jurídica:

¹⁵ São as decisões, respectivamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 05 mai. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2011, p. 678).

Contudo, a plena identificação dos efeitos jurídicos não ocorreu como uma consequência lógica. Pouco dias depois da publicação do acórdão da ADI 4277/DF, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.183.378/RS, que tratou acerca do casamento homoafetivo. Segundo a ementa do acórdão, “as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011). Reconheceu-se, então a possibilidade do casamento, considerando ser este “a forma pela qual o Estado melhor protege a família” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

Na esteira dos julgamentos dos tribunais superiores, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 175/2013, vedou que as autoridades competentes (cartorárias) se negassem a habilitar e celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ou converter uniões estáveis em casamento. Ainda que a regulamentação seja vantajosa, nota-se a já mencionada contradição, expressa num reconhecimento simbólico e gradual de direitos que acaba por segregar e diferenciar as famílias homoafetivas.

Isso porque, a partir do reconhecimento da união estável pelo STF, o casamento deveria ser um efeito jurídico consequencial, tendo em vista a previsão constitucional de facilitação da conversão daquela neste, conforme § 3º do art. 226 da Constituição. O que se nota é que, a cada direito que se busca realizar deriva uma ação judicial, uma luta por igualdade para que ele seja exercido, ainda que seu reconhecimento seja decorrência do anterior conforme o próprio ordenamento jurídico brasileiro. Evidentemente, a falta de efetiva previsão legal é um dos principais fatores para essa insegurança.

Assim, o reconhecimento das famílias homoafetivas tem ocorrido no Brasil especialmente por meio do Judiciário, cujas decisões suprem, na medida do possível, a demora do Legislativo em enfrentar a questão, mas não asseguram um reconhecimento completo, e sim gradativo dos direitos, que existem como uma unidade para as famílias heterossexuais. Ainda que exista o entendimento teórico segundo o qual o reconhecimento de um grupo social como família importa no exercício pleno de todos os direitos a ela vinculados, na prática as famílias

recebem tratamentos diferentes e contraditórios, visto que algumas precisam lutar pelos direitos que lhes seriam naturalmente derivados.

Tais incoerências são, inclusive, expostas por Butler em um de seus escritos, ao questionar se o parentesco seria sempre heterossexual, utilizando de exemplos de outros países. A filósofa expõe que matrimônio é considerado separado do parentesco, e que propostas a favor do matrimônio homossexual contraditoriamente não incluem a adoção ou permissão de uso de técnicas reprodutivas como direitos vinculados ao matrimônio (2006, p. 149). O direito ao matrimônio é uma luta dos homossexuais pois força o reconhecimento universal da relação homoafetiva e implica no reconhecimento de diversos direitos vinculados à conjugalidade (2006, p. 162). A luta pelo matrimônio igualitário é pensada, assim, como a compra de legitimidade dessas famílias (2006, p. 154).

Diante dessa situação, o que mais impressiona é que, tendo em vista que o parâmetro para identificação de famílias é a *afetividade enquanto performatividade*, tem-se que o reconhecimento de famílias perante o Direito não é constitutivo, mas sim, declaratório. Assim, a negação dos direitos, ou, em outras palavras, o reconhecimento parcial deles, que configura um reconhecimento simbólico é incoerente visto que não é possível negar que as famílias existem, então o que ocorre é que “o ‘reconhecimento’ se converte num esforço para negar o que existe e, assim, se converte no instrumento para negar o reconhecimento”¹⁶. A consideração das famílias homoafetivas não pode diferenciá-las da família tradicional. Caso contrário, ocorre apenas a criação de uma segregação institucionalizada (2006, p. 151), uma distribuição do direito de forma discriminatória. Institucionaliza-se aquilo que se quer rechaçar.

Além disso, vale destacar que não se pode esquecer que o reconhecimento de determinadas configurações familiares pelo Estado (seja por legislação ou através do Judiciário) acaba por reafirmar a exclusão das famílias não abarcadas, como é o caso das polêmicas famílias poliafetivas, nas quais inexistente o padrão monogâmico. As famílias homoafetivas não são as únicas que, ainda que não presentes na literalidade da Constituição, merecem atenção do Direito Brasileiro. Como bem diz Lôbo (2007?):

A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.

[...]

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado

¹⁶ Tradução livre do trecho: “El ‘reconocimiento’ se convierte em um esfuerzo por negar lo que existe y, así, se convierte em el instrumento para negar el reconocimiento”. (BUTLER, 2006, p. 164).

tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

Há diversas configurações familiares presentes na sociedade e omitidas pela lei, mas, como exposto acima, merecedoras de proteção estatal. Porém, muitas vezes a interpretação não implica na obtenção de direitos sem que as incoerências e contradições acima expostas ocorram. Daí que o reconhecimento completo das famílias homoafetivas infelizmente não significará a extinção dessa problemática, ao contrário, de certa forma fragilizará o poder de impacto e influência das entidades familiares minoritárias remanescentes.

5 Conclusão

A confirmação da *afetividade enquanto performatividade* para a identificação das famílias contribui para excluir dos critérios definidores, ao menos em tese, limitações injustificadas. Do ponto de vista teórico, não se diferencia um tipo de família de outro, então bastaria o reconhecimento como tal para o pleno gozo dos direitos. Além disso, a compreensão da *afetividade enquanto performatividade* proporciona maior segurança jurídica ao estudo do direito de família, visto que trabalha com parâmetros objetivos, ao invés de considerar os sentimentos de amor e afeto como passíveis de verificação. Estes, ainda que presentes e socialmente relevantes, não podem servir de parâmetro ao Direito.

Diante de reflexão acerca da problemática do reconhecimento de direitos plenos às famílias homoafetivas no Brasil, faticamente já existentes, conclui-se que, na prática, o reconhecimento completo, e não apenas simbólico, parcial ou gradual, das famílias homoafetivas ainda não ocorreu, e que existe uma segregação inclusive no próprio reconhecimento, ou na forma como este ocorre, na medida em que os direitos que deveriam estar vinculados a ele como consequência precisam ser gradualmente adquiridos, solicitados ao judiciário como se não fizessem parte de um todo.

Ainda há um longo caminho a ser trilhado para que a teoria seja implementada na prática, e contribua, de alguma forma, para a redução do preconceito e estranhamento que

certamente permeiam esta conjuntura incoerente. Contudo, a realidade não deve desestimular as pesquisas e a luta por direitos, visto que as conquistas já ocorridas, comprovam que é possível provocar mudanças.

6 Referências Bibliográficas

ARTFORUM. *The body you want*. Liz Kotz interviews Judith Butler. Disponível em: <http://faculty.ucr.edu/~ewkotch/texts/Kotz-1992-Artforum-BulterInt.pdf>. Acesso em 21 jun. 2015, p. 82-89.

BEAUVOIR, Simone de. *The Second Sex*. London: Jonathan Cape, 1956.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 157/2013*. Diário de Justiça Eletrônico/CNJ – nº 89/2013 –15/05/2013. Página 2. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União – 05/10/1988. Página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei Ordinária nº 10.406/2002*. Código Civil. Diário Oficial da União – 11/01/2002. Página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei Ordinária nº 11.340/2006*. Diário Oficial da União – 08/08/2006. Página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.183.378/RS*. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Data de Julgamento: 25 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/ DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05 mai. 2011. Data de Publicação: 14 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 846102/PR*. Decisão Monocrática. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Data de Julgamento: 05 mar. 2015. Data de Publicação: 18 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento 599075496*. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Data de Julgamento: 17 jun. 1999.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 598362655*. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. José S. Trindade. Data de Julgamento: 01 mar. 2000.

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

_____. *Dehacer el gênero*. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, 1993.

_____. *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory*. Theatre Journal, Vol. 40, No. 4 (Dec., 1988). Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1650/butler_performative_acts.pdf> Acesso em: 14 jun. 2015, p. 519-531.

_____. *Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex*. Yale French Studies. No. 72. Simone de Beauvoir: Witness to a Century (1986). Yale French Studies. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2930225>> Acesso em: 21 jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KORPI, Piia. *The notion of gender as a norm*. 2009. Disponível em: <<http://tampub.uta.fi/bitstream/handle/10024/81277/gradu04062.pdf?sequence=1>> Acesso em: 14 jun. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. 2007?. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. Minhas mães, meus pais, minha família: Adoção por casais homoafetivos. In: ANAIS DO XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, Florianópolis/SC. *(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 146-175.

_____. O afeto e as famílias: questionamentos acerca do abandono afetivo. In: ANAIS DO XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2011, Vitória/ES. *A ORDEM JURÍDICA JUSTA: UM DIÁLOGO EURO-AMERICANO / 1º ENCONTRO EURO-AMERICANO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO*. FLORIANÓPOLIS: FUNDAÇÃO BOITEAUX, 2011.

SALIH, Sara. *On Judith Butler and Performativity*. 2006. Disponível em: <http://faculty.georgetown.edu/irvinem/theory/Salih-Butler-Performativity-Chapter_3.pdf> Acesso em: 14 jun. 2015, p. 55-68.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. V. 27. N. 21. Maio 1979, p. 400-418.

_____. Procriação, paternidade & alimentos. In: CAHALI, Francisco José; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131-146.