

# A TEORIA QUEER DE JUDITH BUTLER E OS ARGUMENTOS JURÍDICOS SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA

THE QUEER THEORY OF JUDITH BUTLER AND THE LEGAL ARGUMENTS ABOUT  
HOMO-AFFECTIVE UNION

*Angela Couto Machado Fonseca<sup>1</sup>*

*Wanda Karine da Silva Santana<sup>2</sup>*

## RESUMO

O estudo apresentado tem como ponto de partida a análise dos estudos de Michel Foucault sobre a sexualidade humana e o biopoder, para pensar a desconstrução da heteronormatividade, de acordo com as perspectivas da Teoria Queer de Judith Butler. Se Foucault desconstruiu a noção de sujeito, a Teoria Queer continua esta jornada desconstrutivista na seara da identidade de gênero. Objetiva-se, portanto, uma breve análise da noção de sexualidade pelo viés Foucaultiano e a rejeição da naturalidade de gênero da Teoria Queer, pela teórica norte-americana Judith Butler, para ao final mostrar que a importante decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, apesar de denotar um avanço em termos de direitos, acabou por fundamentar a decisão exclusivamente na remodelação dos velhos valores modernos de igualdade e liberdade. Usar Foucault e a Teoria Queer pode apresentar para o próprio debate jurídico o acréscimo de debates específicos sobre gênero.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria Queer; heteronormatividade; união homoafetiva; Michel Foucault; Judith Butler.

## ABSTRACT

The present study has as starting point the analysis of Michel Foucault's studies on human sexuality and biopower, to think about the deconstruction of heteronormativity, according to the perspectives of Judith Butler's Queer Theory. If Foucault has deconstructs the notion of subject, Queer Theory continues this deconstructive journey on gender identity. The purpose is, therefore, a brief analysis of the concept of sexuality by Foucault and the rejection of the naturalness of gender by Queer Theory in the understanding of the American theoretical Judith Butler, to show at the end that the important decision of the Supreme Court of recognition stable between same-sex marriage, although denote a breakthrough in terms of rights, eventually base the decision solely on the remodeling of the old modern values of equality and freedom. Using Foucault and Queer Theory, may value to the legal debate itself adding specific debates about gender.

**KEYWORDS:** Queer Theory; heteronormativity; homo-affective union; Michel Foucault, Judith Butler.

---

<sup>1</sup> Professora Orientadora da Universidade Positivo. Doutoranda em Filosofia do Direito pelo PPGD/UFPR, Mestre em Filosofia pela UFPR, Bacharel em Direito/UFPR e Bacharel em Filosofia/UFPR.

<sup>2</sup> Aluna do segundo ano de Direito da Universidade Positivo. wanda.karine.direito@hotmail.com

## Introdução

O Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo no país, causando uma aparente ruptura da heteronormatividade e dos padrões de gênero vigentes. Antes de mostrar os fundamentos que serviram de suporte para esta decisão jurídica, queremos investigar como a sexualidade e o gênero foram alvo de investimento e fabricação por relações de saber-poder.

O autor que vai defender esta posição de que a sexualidade é um dispositivo de poder cujos mecanismos de atuação atuam sobre o corpo, moldando a sexualidade e seus padrões, é Michel Foucault. De acordo com a inovadora leitura de Foucault, desde meados do século XVIII a sexualidade, longe de ser reprimida, passa a ser pronunciada, provocada e anunciada. Nesta interpretação contracorrente, Foucault rejeita o pensamento do poder como uma força inibidora e repressiva. Aliás esta não é uma fórmula nova de Foucault. Desde o início da década de 1970 sua genealogia do poder já desenhava relações de poder independentes e não enquadráveis na figura do poder soberano. O poder soberano, que é para Foucault o poder da lei e da proibição não resume todas as formas de poder que percorrem o corpo social. Nisto Foucault desenha o poder disciplinar. Mas em 1976, com o curso do Em defesa da sociedade e especificamente com o lançamento da História da sexualidade I – a vontade de saber, Foucault vai ampliar sua composição de poderes outros que não o soberano pela colocação do biopoder.

O biopoder, que para Foucault será no século XIX a maior tecnologia de poder sobre a vida, seja no plano do corpo individual, seja no plano das populações, inclui duas diferentes técnicas de poder normalizador: o poder disciplinar (atuante em instituições de sequestro do corpo individual) e a biopolítica (atuante sobre massas e populações, com o auxílio de instrumentos estatísticos). Desta forma, tratar de sexualidade é tratar de investimentos do poder sobre a vida, a sexualidade é efeito do biopoder, que agencia o corpo e a população.

O sexo, dentro desta perspectiva, não é, segundo a leitura de Foucault, um elemento de realidade oposto à abstração da sexualidade, de modo que esta última se aplicaria sobre a dinâmica natural e originária do sexo. Precisamente, o sexo não é realidade, mas uma ideia complexa fabricada pelo dispositivo da sexualidade, vindo a operar como causa que dá sentido e finalidade ao corpo em suas funções biológicas. Um exemplo paradigmático nos é ofertado no último capítulo da História da sexualidade I – a vontade de saber. Neste exemplo o autor mostra como a partir da noção de sexo, que para a mulher existe tanto quanto para o

homem, mas que existe de forma mais “real” ao homem, sendo também carência ao corpo feminino, a mulher seria pelo sexo constantemente perturbada e isso explicaria a histeria feminina<sup>3</sup>.

Este saber-poder alocado na verdade sobre o sexo e sua capacidade de explicar as perturbações dos corpos e dos comportamentos, desenhando a normalidade e a anormalidade, também serviu para a construção de um padrão heteronormativo. O padrão heteronormativo está fortemente fundado na crença de uma natureza do sexo. Em outros termos, o estabelecimento do sexo como elemento de realidade concreto e com ele a possibilidade de decodificar as funções biológicas e comportamentais, foi um instrumento forte o suficiente para unir biologia e psiquiatria no plano das ciências cuja finalidade era assentar a verdade sobre o corpo e os sujeitos.

O saber científico sobre o corpo e sobre o sexo, no interior do dispositivo da sexualidade, define como padrão e verdade o binarismo característico da heteronormatividade, classificando o que estivesse fora desta ordem como sendo ilícito ou imoral. A sexualidade é capturada por uma mecânica de normalização cuja norma parte da crença da materialidade irreduzível e primeira do sexo. Através desta leitura de Foucault podemos colocar que as identidades de gênero são efeitos da atuação do saber que é também, na leitura de Foucault, instrumento de poder.

Com Foucault percebemos a introdução da problemática acerca da naturalidade da sexualidade. Isto quer dizer que a sexualidade é proposta na leitura de Foucault como alvo de produção/construção, o que indica que não é a natureza o fator a definir a sexualidade e sim os discursos de saber e as técnicas de poder que amansam o corpo a moldar os padrões aceitos de sexualidade. A partir daí Judith Butler, acatando este argumento de fundo, qual seja, o da não naturalidade como definidora dos padrões de sexualidade, vem a pensar especificamente a identidade de gênero para pensá-la em termos de performatividade. A proliferação de novas identidades sexuais é resultado das reivindicações de identidade contrárias à ordem heteronormativa. O fio condutor neste trabalho é a Teoria Queer, trabalhada pela teórica norte-americana Judith Butler, representando as demais identidades de gênero, como oponente em relação à heteronormatividade.

## **1. A sexualidade humana, o discurso e o poder, por Michel Foucault**

---

<sup>3</sup> “Assim, no processo de histerização da mulher, o ‘sexo’ foi definido de três maneiras: como algo que pertence em comum ao homem e à mulher; ou como o que pertence também ao homem por excelência e, portanto, faz falta à mulher; mas, ainda, como o que constitui, por si só, o corpo da mulher, ordenando-o inteiramente para as funções de reprodução e perturbando-o continuamente pelos efeitos destas mesmas funções: a histeria é interpretada nessa estratégia, como o jogo do sexo enquanto ‘um’ e ‘outro’, tudo e parte, princípio e falta” (FOUCAULT, 1988, 143).

A sexualidade humana, de acordo com o pensamento foucaultiano, foi objeto de análise, buscando-se compreender a genealogia de sua formação na modernidade. Com isto percebemos que a sexualidade se tornou objeto de estudo e passou a ser objeto do saber a partir da segunda metade do século XVIII e mais precisamente no séc. XIX, estabelecendo uma relação de poder ascendente em relação aos detentores deste saber.

Mas o foco principal de Foucault ao analisar a sexualidade e o sexo, foi a de apresentar a sua noção de biopoder e dentro dele da biopolítica. O biopoder na leitura de Foucault trata do investimento da vida pelo poder. Aparece uma preocupação analítica sobre o poder, investigando suas práticas e seu objeto. O novo objeto do poder, sendo a vida seu campo de incursão, é a população. A menção foucaultiana de que o clássico poder soberano era o poder de morte, quer dizer, o poder de definir quem poderia ser descartado, muda sensivelmente no curso do século XVIII e no século XIX. Nestes momentos o que se vê ocorrer são práticas de poder voltadas para aumentar, fortalecer e melhorar a vida. Um poder pensado não pelo viés da proibição, mas pela sua força produtiva. Quer dizer que vemos surgir nestes momentos, como técnicas de atuação do poder sobre seu objeto população, mecanismos voltados para a proteção da saúde, o tratamento das doenças, assistência aos inválidos, etc. Também ocorrerão análises estatísticas sobre nascimentos e mortes, índices de contaminação e mortalidade das doenças e, ainda, pesquisas sobre a influência do meio, sua salubridade ou insalubridade, sobre a saúde da população.

A medicina social é um dos exemplos destas práticas que ocorreu de modo diverso na Alemanha, na França e na Inglaterra. Na França, por exemplo, é uma medicina urbana, ocupada de pensar as condições da cidade no adoecimento das pessoas (casas sem condições de higiene, má circulação do ar e da água, mortos não devidamente sepultados, etc.). Mas, aquilo que há de mais relevante no pensamento de Foucault sobre a medicina social e suas incursões sobre a saúde e a doença, se deve à percepção de que as técnicas de poder, aliadas aos saberes médicos, veio a atuar sobre a vida das massas e populações, intervindo nas variáveis (eliminação de dejetos, arejamento das casas, vacinação...) que intervinham na vida da população.

Nisto há uma rejeição de Foucault em compreender que nas sociedades capitalistas o cuidado com a vida seja direcionado aos indivíduos, ao contrário, é uma prática sobre os ciclos da vida de uma população o que está em jogo. O que interessa para o horizonte da biopolítica não é o corpo individual e sim a mecânica do vivente. Em suas palavras:

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um

primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica. (FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1997).

Do ponto de vista da sexualidade, que é para ele o primeiro dispositivo biopolítico (depois ele trata de outro que será o dispositivo da segurança), ela entrecruza tanto o corpo individual (normal e anormal) quanto o coletivo (corpo hereditário, reprodução). A sexualidade representa a mecânica da vida e seus processos.

Por meio do dispositivo da sexualidade e sua produção de saber acerca do sexo, os especialistas passam a classificar os comportamentos sexuais como apropriados ou impraticáveis, incentivando os indivíduos a externarem seus sentimentos e condutas sexuais, a fim de conhecer e estabelecer a verdade, que faz com que o sexo seja uma conduta produzida pelo discurso. Em outras palavras, os padrões de comportamento sexual, suas conotações de normalidade ou anormalidade são delineados nas enunciações discursivas dos saberes que estipulam a "verdade" sobre o sexo. A verdade sobre o sexo é o que acaba por determinar as formas adequadas de suas práticas. .

O interesse de Michel Foucault, como ele mesmo pontuou em diversas entrevistas e nos seus escritos, era o de compreender como se dá os processos de formação da verdade e como tais processos implicam em subjetivação. Isto quer dizer que Foucault sempre manifestou sua preocupação em compreender a relação verdade e subjetividade (FOUCAULT, Michel: *L'Herméneutique du sujet*. Paris: Gallimard, 2001). A este respeito, a sexualidade tornou-se um campo privilegiado de análise na medida em que a produção dos discursos verdadeiros acerca do que é normal (e aceito como natural) sobre o sexo, também gerava a produção de subjetividades. Exemplo disto está nos desvios das condutas sexuais aceitáveis. Aqueles que não se adequam às normas do comportamento sexual "natural" são os "anormais". Falar dos anormais é falar das subjetividades levantadas pelo discurso de verdade sobre o sexo. A figura do "onanista infantil" estudada por Foucault é uma mostra disso<sup>4</sup>.

Foucault se esmerou por estudar como os indivíduos se reconhecem como sujeitos sexuais, e raciocinou o desejo e o sujeito desejante. O seu projeto, portanto, não é

---

<sup>4</sup> No último capítulo da História da sexualidade I – a vontade de saber, Foucault registra que o dispositivo da sexualidade em suas estratégias faz aparecer a ideia do sexo "e o faz aparecer, sob as quatro grandes formas – da histeria, do onanismo, do fetichismo e do coito interrompido" (FOUCAULT, 1988, 144).

escrever a história das ideias que representaram o comportamento sexual. É a investigação da maneira como se constitui a experiência em que os indivíduos se reconhecem como sujeitos de uma sexualidade que abre para conhecimentos diversos e se articula num sistema de regras e coerções. (FOUCAULT, 1984, p.10).

A meta de Foucault foi estudar um campo de historicidade complexa e rica na maneira pela qual o indivíduo é chamado a se reconhecer como sujeito moral da conduta sexual. Assim, interrogou de que maneira, do pensamento grego à doutrina cristã da carne, essa subjetividade se definiu e se transformou.

Sobre este novo sujeito, caracterizado por Foucault, pairam redes de poder que não foram confiscados e absorvidos pelo Estado; não são necessariamente criados pelo Estado. Esses depositários de micropoderes podem ser exercidos por indivíduos, grupos, empresas, cientistas, comunicadores, entre outros, em vários níveis e em pontos diferentes desta rede social e neste complexo de micro-poderes.

O poder deve ser analisado como algo que circula, que funciona em cadeia. Este poder funciona e se exerce em rede. Os indivíduos, em suas malhas, exercem o poder e sofrem sua ação. Cada indivíduo é titular de um certo poder e, por isso, veicula o poder. (FOUCAULT, 1997).

## **2. Construção do gênero: de Foucault a Butler**

A construção do gênero se dá pelo estabelecimento de discursos que naturalizam a divisão sexual e binária das composições biológicas dos corpos. A partir deste legado de Foucault, e tendo como precursora a filósofa norte-americana Judith Butler, constituiu-se uma nova abordagem da construção de gênero pós-estruturalista, denominada Teoria Queer, utilizando-se do "discurso inverso", o qual preconiza a defesa de seus interesses pelos homossexuais por meio do uso das categorias e terminologias usadas para marginalizá-los (FOUCAULT, 1979). Queer é todo corpo anormal, todo corpo esquisito e que escapa da norma padronizante acerca da sexualidade.

A Teoria Queer concorda com Foucault no que concerne à sexualidade não fundada na natureza mas por relações produtivas de poder, e pensa o surgimento de novas identidades sexuais e suas reivindicações, oponentes ao binarismo hegemônico. A partir desta desnaturalização do sexo biológico, permite-se a discussão e o questionamento da divisão

sexual binária, utilizada pela sociedade heteronormativa. A identidade de gênero não nasce com o aparelho sexual biológico, mas se consolida como produto de um discurso que o qualifica e enuncia como sexuado.

Nesse aspecto, o feminismo dialoga com Foucault, quando da discussão política sobre o corpo assujeitado, objeto de prazer e de uso alheio, submetido às políticas morais ou demográficas de Estado, prisioneiro de uma sexualidade normativa e heterossexual. Em outros termos, há uma politização da sexualidade e com isso a regulação dos corpos em sua manifestação sexual. Os corpos que fogem ao padrão são submetidos a mecanismos de desqualificação potente, assim como aqueles corpos que não se comportam dentro do desenho estabelecido como o normal e próprio de cada gênero também acabam por sofrer discriminação. Esse é um dos emblemas de uma das linhas feministas que questionam o papel desenhado para a mulher dentro de uma cultura heteronormativa. Não existe apenas um binarismo biológico como também outro atrelado às imagens de cada gênero, basta pensar nas propagandas veiculadas para perceber que a mulher é ligada à sensibilidade e o homem à força e competitividade.

As tecnologias do gênero compõem os corpos humanos na conformação binária. Desta forma, Judith Butler (1990) diz que não há gêneros fora da expressão de gênero, ou seja, é o social, com seus sentidos, valores e escolhas que define o sexo como prioritário nas expressões do humano. Desta forma, ela conclui que o gênero é que constrói o sexo, invertendo a proposição sexo/gênero, não questionando a naturalização da diferença.

### **3. O sujeito, o gênero, o sexo e a performatividade**

A filósofa norte-americana Judith Butler, considerada a grande teórica do *Queer*, é professora de retórica e literatura comparada da Universidade da Califórnia. Estudou Filosofia em 1980, e seu primeiro livro *Subjects of Desire*, e versava sobre o impacto da obra *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel, sobre duas gerações de filósofos franceses do séc. XX.

O Espírito (*Geist*) de Hegel segue em direção ao saber absoluto por meio da negação de tudo que intervém em seu caminho, superando os diversos obstáculos, para assim seguir até o estágio seguinte no seu desenvolvimento. Apesar dos inúmeros reveses que este encontra, ele é motivado a continuar, tendo como por desejo o reconhecimento e a autoconsciência. Este fim último ocorre após a superação da diferença, esta que implica na aniquilação do Outro.

Os filósofos franceses que recepcionaram e interpretaram *Fenomenologia* compreendem duas gerações: Alexandre Kojève, Jean Hyppolite, Jean-Paul Sarte e Jacques Lacan, na primeira geração, e Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Michel Foucault e Julia Kristeva, compondo a segunda geração.

Estas duas gerações que leram a *Fenomenologia do Espírito* tendem a supor que o Espírito de Hegel é coerente e idêntico a si mesmo, ao que Butler argumenta que estes filósofos constroem uma versão do Espírito de Hegel para dela se afastar e substituí-la por suas próprias formulações. O intento desses filósofos de romper com Hegel, num movimento discursivo no interior da estrutura dialética, sendo observada na estrutura clássica de *tese-antítese-síntese*.

Kojève faz uma leitura marxista ao romper com Hegel, prevendo o fim da história e o fim de Deus. Já Hyppolite caracteriza o Absoluto de Hegel como um processo inacabado e aberto. Sartre diz que o desejo pela vida tal como é formulado na *Fenomenologia do Espírito* dá lugar ao desejo de escrever o eu. Ele diz: é possível conhecer outro ser humano? E em que medida esse ser humano é criado no ato do conhecimento? Sartre ainda diz que o desejo pela vida, tal como é formulado na *Fenomenologia* dá lugar ao desejo de escrever o EU, onde este é o produto deste desejo. Na leitura de Lacan, somente enquanto bebê o sujeito chega a experimentar, de alguma forma, a completude, sem a interferência de uma imposição que refreie seus desejos incestuosos. Segundo Butler, em *Subjects of Desire*, o sujeito do desejo é o produto de uma interdição, sendo esta ideia crucial para as teorizações de gênero, sexo e sexualidade na sua obra seguinte, *Gender Trouble*.

A partir do estudo de dois ensaios importantes, “Nietzsche, a genealogia e a história”, de Foucault, e “Ó poço e a pirâmide: introdução à semiologia de Hegel”, por Derrida, Butler verifica o legado hegeliano nestes dois filósofos. Para Derrida, a diferença é crucial para o sujeito hegeliano, que deve confrontar e superar a ‘Outridade’ do Outro pra que reconheça a si mesmo, caracterizando, portanto, este sujeito como deslocado. O sujeito é construído na linguagem e esta linguagem é incompleta e aberta, fazendo com que o próprio sujeito seja caracterizado por sua incompletude. No seu ensaio, Foucault se apropria das estratégias dialéticas hegelianas, e ao mesmo tempo, as rejeita<sup>5</sup>. A teorização das formas de poder e a sua ação são grande são objeto de estudo de grande parte de sua obra, e especialmente neste ensaio, o poder é vinculado à história e a modos de historicização. Deste modo, a unidade

---

<sup>5</sup> Conhecidamente este texto de Foucault questiona o lugar da negação e da violência na lógica dialética, que conduz o momento negativo a uma síntese.



dialética sempre será superada, e o modo de análise histórica, a “genealogia”, busca explicitamente a diferença e a heterogeneidade para destruir aquilo que Foucault chama de “grande querer-saber”.

Deleuze vê o desejo como gerador e produtivo em vez de meramente sujeito à proibição, contrapondo a interpretação de Lacan. Assim como Foucault, Deleuze se volta para Nietzsche na sua rejeição da “moralidade do escravo”, implícita no hegelianismo, rejeitando também a ideia de confronto entre senhor e escravo. O poder como jogo de forças múltiplo, em vez de unificado, que não pode ser contido por nenhuma unidade dialética, é percebido por Deleuze. Para Butler, a interpretação da *Fenomenologia* por Deleuze é errônea, uma vez que ele desconsidera a “folia báquica” [sic] e a “conclusão festiva”, com a qual ela termina (SALIH, 2012, p. 57). Ainda afirma que o filósofo, na sua rejeição da dialética hegeliana como antívida, caracteriza o desejo como uma força vigorosa à espera de ser recuperada e libertada.

Butler sugere, quase ao final de *Subjects of Desire*, que através de Foucault e Kristeva o discurso hegeliano sobre o desejo deve dar lugar a uma descrição histórica e específica do corpo, embora alegue que Foucault não fez a análise de “corpos concretos em situações históricas complexas”. Neste momento, a afirmação de que a existência é uma sequência de “atos” pode abalar a ideia de que as identidades são essências preexistentes, hipótese a ser desenvolvida em *Gender Trouble e Bodies That Matter*.

Possivelmente o ponto crucial da análise de Butler está na sua leitura construtivista de corpo e conseqüentemente da sexualidade e da identidade de gênero. Neste aspecto do construtivismo Butler inclusive questiona o alcance do construtivismo foucaultiano. Para ela, exceto no *Vigiar e Punir*, o construtivismo foucaultiano, que trata dos poderes que investem o corpo e constituem as subjetividades pressupõe um corpo prévio aos investimentos do poder. Para ela não há uma materialidade irreduzível sobre a qual atuem os poderes e se erija a construção. Este tipo de construtivismo seria limitado a um construtivismo histórico e cultural. Para Butler a própria materialidade ganha seus sentidos e portanto visibilidade e inteligibilidade no interior dos *schemas* que a fazem aparecer.

Podemos lembrar que no *Bodies that Matter* ela recupera a noção de matéria (hyle) aristotélica como potência que somente é atualizada por uma forma. Quer dizer que a matéria somente é tornada unidade existente e concreta dentro de um *schema* que atualiza a sua potência. Este seria o sentido profundo e radical de construtivismo presente no pensamento de

Judith Butler. Corpo e sexualidade não são naturais, e isso Foucault já havia mostrado. Mas, além disso, a própria materialidade não é um dado a partir do qual se constrói, mas aquilo que existe e se dá por uma relação construtivista desde sempre em funcionamento.

#### **4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) realizou, no dia 5 de maio de 2011, o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que se discute a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, preconizada pelo artigo 1.723 do Código Civil (CC), desde que preenchidos requisitos semelhantes, dando interpretação a este conforme a Constituição Federal (CF).

Dispõe esse artigo 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”.

A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

A PGR sustenta que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal – CF; da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF); da vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF); da liberdade (artigo 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, *caput*), todos da Constituição Federal (CF).

Com igual objetivo, considerando a omissão do Legislativo Federal sobre o assunto, o governo do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF 132. Também ele alega que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

Em seu voto, o relator ministro Ayres Britto lembrou que foi dito na tribuna que o artigo 1.723 do Código Civil é quase uma cópia do parágrafo 3º do artigo 226 da CF. Mas

ressaltou que “há uma diferença fundamental”. Isto porque, segundo ele, “enquanto a CF nos fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista, o Código Civil não nos dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista”.

O Min. Ayres Britto foi enfático ao asseverar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, sendo descabíveis distinções de qualquer natureza: "Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

Ao analisar os diversos dispositivos constitucionais que tratam da família, o Ministro Relator chegou à conclusão de que a Constituição Federal não procedeu a nenhuma diferenciação entre a família fática e a formalmente constituída. Também entendeu não haver distinção entre a família heterossexual e a família homoafetiva. Afirmou ainda que, "sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa", a Constituição brasileira não outorgou ao substantivo "família" nenhuma acepção ortodoxa ou da própria técnica jurídica.

Na sustentação do seu voto, o ministro Ayres Britto disse que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da família – objeto de uma série de artigos da CF – está contida a proibição de sua formação a partir de uma relação homoafetiva. Também ao contrário do que dispunha a Constituição de 1967, segundo a qual a família se constituía somente pelo casamento, a CF de 1988 evoluiu para dar ênfase à instituição da família, independentemente da preferência sexual de seus integrantes.

Ele argumentou, também, 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.

Por fim, o ministro disse que o artigo 1723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, para dele excluir "qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.

No tocante aos argumentos que validam e legitimam o pedido dos autores, podemos justificar a decisão favorável ao reconhecimento da união homoafetiva acrescentando os pressupostos da Teoria Queer de Butler, que afirmam o caráter construtivista na identidade de gênero, refutando o caráter “natural” do binômio heteronormativo, pois postula que não há um sujeito por trás do feito, mas uma sequência de atos, influenciados por práticas e discursos. Estas práticas e discursos constituem o que Foucault nominou como dispositivo, termo este que abarca proposições filosóficas, científicas, que neste momento específico respondeu a

uma urgência, no caso, a posição do Judiciário quanto ao reconhecimento da união homoafetiva no Brasil (FOUCAULT, 1997, p.138).

Queremos pontuar que neste caso a decisão jurídica marca uma atuação do judiciário como agente biopolítico, quer dizer, como aplicador de poder que tem como alvo o investimento da própria vida, já que tange nos arranjos familiares, na opção da sexualidade, na escolha da identidade de gênero e suas consequências hereditárias. Esta relação entre Estado e biopolítica já foi largamente analisada e tem-se claro que, embora o Estado esteja no plano conceitual dentro do horizonte do clássico poder soberano, em suas práticas ele também veicula disciplina e biopolítica.

### **Considerações finais**

O que interessa neste entrecruzamento da decisão sobre as uniões homoafetivas e a leitura de Foucault e Butler, não está simplesmente em mostrar como a sexualidade é penetrada por relações de poder e absorvida pelo exercício da política. Em nosso entendimento o mais essencial é apontar uma fratura entre o plano conceitual e prático da decisão jurídica analisada.

O que as leituras de Foucault e da teoria Queer nos levam a considerar e debater em termos da identidade de gênero e do agenciamento desta esfera pelo exercício de poder não deveria ser indiferente às decisões jurídicas e políticas acerca da sexualidade.

A fratura mencionada está na atividade do judiciário enquanto um poder produtivo acerca da norma da sexualidade e, ao mesmo tempo, insensível na observação deste papel que desempenha nas relações de poder. Embora seja na esfera do biopoder que este posicionamento venha a influir, no plano conceitual não somente o biopoder e a biopolítica, mas também toda a contribuição da leitura construtivista acerca do corpo e da sexualidade são ausentes.

No plano conceitual, como vimos, a decisão busca seus fundamentos nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da vedação de discriminação odiosa, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Reconhecemos a validade de tais princípios, mas entendemos que eles precisam ser pensados à luz de seu pertencimento de uma lógica moderna universalista e abstrata, relacionada a uma leitura do Estado soberano e legitimado pela teoria do contrato na razão e vontade livre dos sujeitos. Contexto este já profundamente modificado pelo cenário político contemporâneo. Acreditamos que uma séria consideração da atuação

biopolítica do Estado bem como a consideração dos argumentos sobre a identidade de gênero e corpo produzidas na filosofia contemporânea poderiam alimentar as discussões e decisões jurídicas sobre identidade de gênero e formação da família.

A séria percepção de que exatamente dentro do discurso da igualdade e da liberdade, percebemos no universo jurídico a circulação da norma, do critério de normalidade sobre as subjetividades. Neste sentido, a igualdade e a liberdade são incapazes de obstaculizar os assujeitamentos em termos de normal e anormal, de desviantes ou não desviantes.

Os corpos não heteronormativos podem ser pensados à luz dos princípios jurídicos clássicos, mas é somente no nível da consideração que eles são corpos desviantes e que escapam dos padrões de normalidade, que a igualdade e liberdade almejadas podem sair do plano formal e ingressar em outro material.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUTLER, J. **Gender trouble: feminism and the Subversion of Identity**. New York: Routledge, 1990.

\_\_\_\_\_. **Eccentric subjects: feminism theory and historical consciousness**. *Feminist Studies*. Maryland: v.16, n.1, Spring 1990, p. 115-50.

BUTLER, Judith. **Bodies that Matter: on the discursive limits of “sex”**. London and New York: Routledge, 2011.

\_\_\_\_\_. **Foucault and the paradox of bodily inscriptions**. In: *The Journal of Philosophy*, vol. 86, no. 11, nov. 1989.

Constituição Federal: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.**

Código Civil: BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal** – Tradicional. 65ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade volume 1 – A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade volume 2 – O uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Hermenêutica do Sujeito**. Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros; tradução Márcio Alves da Fonseca, Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAGO, Margareth. **Gênero e história**. Compostela: CNT, 2012.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277** Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em 18/06/2014.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132** Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em 18/06/2014.

SALIH, S. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

SCAVONE, L.; ALVAREZ, M.C. & MISKOLCI, R. (orgs.). **O legado de Foucault**. São Paulo, Editora Unesp, 2006.

SOUZA, A. C. B. **“Se ele é artilheiro, eu também quero sair do banco”**: um estudo sobre a co-parentalidade homossexual / Alberto Carneiro Barbosa de Souza ; orientadora: Terezinha Féres Carneiro. – 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SOUZA L. A. F., SABATINE T. T., MAGALHÃES B. **Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito**. Marília: Cultura Acadêmica, 2011.