

Paradoxos e convergências em torno da igualdade: decisões dos tribunais superiores brasileiros sobre união estável e casamento civil LGBT¹

Rosa Maria Rodrigues de Oliveira²

J. Scott (2005), num texto já bem conhecido entre as estudiosas feministas, cujo título foi traduzido no Brasil como “O enigma da igualdade” argumentava ainda no final dos anos 1990 que “*a questão da igualdade precisa ser entendida em termos de paradoxo*”.

De certa forma, meus paradoxos compartilham de todos esses significados, porque desafiam o que, para mim, parece ser uma tendência generalizada de polarizar o debate pela insistência de optar por isso ou aquilo. Argumentarei, ao contrário, que indivíduos e grupos, que igualdade e diferença não são opostos, mas conceitos interdependentes que estão necessariamente em tensão. As tensões se resolvem de formas historicamente específicas e necessitam ser analisadas nas suas incorporações políticas particulares e não como escolhas morais e éticas intemporais. (Scott, 2005:14)

Joan Scott lança três argumentos para “sustentar seus paradoxos” neste contexto. No primeiro, a igualdade é vista como “um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente”. Em seguida, “identidades de grupo definem indivíduos e renegam a expressão ou percepção plena de sua individualidade”. E por último, “reivindicações de igualdade envolvem a aceitação e a rejeição da identidade de grupo atribuída pela discriminação”. E sintetiza: “os termos de exclusão sobre os quais essa discriminação está amparada são ao mesmo tempo negados e reproduzidos nas demandas pela inclusão”. (Scott, 2005:15)

Ao dizer isso a historiadora recorda que as “identidades de grupo compõem um aspecto inescapável da vida social e da vida política”, e sua interconexão torna-se possível pois “as diferenças de grupo se tornam visíveis, salientes e problemáticas em contextos políticos específicos”, fazendo mais sentido então indagar de que modo “os processos de diferenciação social operam” para desenvolver análises de igualdade e discriminação que tratem as identidades não como entidades eternas, mas como efeitos de processos políticos e sociais. (Scott, 2005: 18, *passim*)

Nancy Fraser (2000), por sua vez, examinando o contexto das lutas por reconhecimento de direitos das “minorias” sociais, as contextualiza no estágio atual do capitalismo avançado, perante a uma “nova constelação no que se refere a uma gramática segundo a qual se articulam as reivindicações políticas”, fator que resulta ser inquietante em dois aspectos: em primeiro lugar, pela produção de um

¹Texto elaborado a partir de comunicação realizada na 35ª Reunião da ANPOCS (2011). Agradeço a Sérgio Carrara, Camilo Braz e Regina Facchini pela oportunidade de participação nos debates deste evento.

²Bacharel em Direito (UFRGS), Mestre em Filosofia, Teoria e Sociologia do Direito (UFSC), Doutora em Ciências Humanas (UFSC), pós-doutoranda em Ciência Política (UNICAMP).

“deslocamento’ a partir da política de redistribuição em relação ao reconhecimento produzido a pesar ou em razão da aceleração da globalização econômica, que vem exacerbando profundamente as desigualdades sociais”. Com isso as reivindicações a favor do reconhecimento se prestariam mais “para marginalizar, eclipsar e deslocar as lutas” por redistribuição de direitos e dos “bens da vida” do que para “complementá-las, complexificá-las e enriquecê-las”. Para Fraser este seria o que denomina “*problema do deslocamento*”. (Fraser, 2000: 108)

Em segundo lugar, a autora pontua que

(...)today’s recognition struggles are occurring at a moment of hugely increasing transcultural interaction and communication, when accelerated migration and global media flows are hybridizing and pluralizing cultural forms. Yet the routes such struggles take often serve not to promote respectful interaction within increasingly multicultural contexts, but to drastically simplify and reify group identities. They tend, rather, to encourage separatism, intolerance and chauvinism, patriarchalism and authoritarianism (Fraser, 2000: 108)³

Ela se refere a esta questão como o “*problema da reificação*” – outra questão, que ao lado dos paradoxos que Scott (2005) apresenta pode ser bem adequada à compreensão das dinâmicas do “movimento LGBT” brasileiro na atualidade, com seus processos de identificação e sua articulação com o Estado (aqui tomando o ente estatal que abrange poder judiciário, legislativo e executivo) em torno de demandas em relação ao reconhecimento e distribuição de direitos.

Estas são questões teóricas que gostaria de lembrar em relação a duas decisões judiciais importantíssimas e recentes providas de tribunais superiores no campo da disputa em torno do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo (ou uniões homossexuais, uniões homoafetivas, conjugalidades homoeróticas, entre tantas denominações existentes) no Brasil atualmente.

O tema do reconhecimento de direitos LGBT tem sido muito galvanizado pela maior ou menor adesão à velha tecla da “defesa da família” de um lado, facilmente assimilada por um discurso mais tradicional, e da reafirmação deste mesmo modelo, de outro, para paradoxalmente nos encaminhar ao reconhecimento de direitos no campo civil aos homossexuais. Isso fica claro, por exemplo, no enquadramento dentro da concepção doutrinária sobre *união estável*, à qual os casais de heterossexuais (e agora

³(...) hoje as lutas a favor do reconhecimento atuais são produzidas num momento de uma tremenda e crescente interação transcultural, no qual a migração acentuada e os fluxos midiáticos globais vão tornando suas expressões culturais cada vez mais e mais híbridas e plurais. Ainda assim, os rumos que tomam certas lutas muitas vezes não contribuem para promover uma interação respeitosa no seio de contextos cada vez mais multiculturais, mas simplificam e reificam de maneira drástica as identidades de grupo. Tendem, ao contrário, a promover o separatismo, a intolerância, o chauvinismo, o patriarcado, e o autoritarismo. (tradução livre)

os homossexuais) sempre estiveram adstritos e atentos para ver algum direito - patrimonial ou em relação à guarda e adoção de suas crianças - garantido.

Ajustando melhor o foco sobre a decisão tomada em maio deste ano pelo Supremo Tribunal Federal e que aborda a consideração dos arts. 3º, 5º e 226 da CF e suas repercussões sobre a interpretação do art. 1723 do Código Civil, vemos como estas concepções paradoxais seguem em questão, mesmo num quadro potencialmente mais favorável do que nunca ao reconhecimento de direitos LGBT em nosso país. Vou abordar a decisão do STF, atendo-me inicialmente ao voto do relator, Ministro Ayres Britto, um constitucionalista, pode-se considerar “liberal” de um ponto de vista de suas posições doutrinárias em relação ao que chama de “constitucionalismo fraternal” e “pluralismo político-cultural”. Vejamos.

A decisão do STF partiu basicamente da reunião de duas ações (ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF) em função de questões processuais como a identidade de objeto. A primeira foi proposta em 2008 e teve origem no governo do Rio de Janeiro (RJ), que pretendia ver um decreto-lei carioca (relacionado entre outras coisas a benefícios previdenciários dirigidos a servidores públicos) interpretado a partir da Constituição Federal para inclusão de parceiros homossexuais – demanda que refletia também uma forte repercussão da articulação do movimento social no RJ. A ADI 4277 foi de autoria do Ministério Público Federal (MPF), também muito sensível às reivindicações sociais por reconhecimento de direitos LGBT, seja por sua atribuição constitucional quanto pelo trabalho engajado de diversos procuradores da república ligados ao grupo de trabalho que envolve estas questões.

As principais características e pressupostos jurídicos do voto do relator deste processo no STF, o Min. Ayres Britto (lembrando que esta é uma decisão de 270 páginas e seu volume já é simbólico em relação a sua importância – pois em geral as decisões são simplesmente acompanhadas pelo relator, e são muito curtas – nesta, todos fizeram questão absoluta de votar em separado – por exemplo, os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoswki e César Peluzo declararam divergência em relação à impossibilidade de um enquadramento “ortodoxo” das “uniões homoafetivas” nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, contudo reconhecendo as mesmas como uma espécie de “nova forma de entidade familiar”) são:

a) proibição da discriminação em relação à dicotomia homem-mulher (num plano em que o relator Ayres Britto chama de “gênero”) e no plano do que se denomina “orientação sexual” – no sentido de que discriminar pessoas em função das escolhas relativas ao sexo de seu par é discriminar em razão de sexo – o que esbarra na proibição do inc. IV art. 3º da CF – sem a qual não se garante a existência de um Estado Democrático de Direito, aliada ao silêncio normativo da CF. *Lembrando que esse argumento já havia sido trabalhado pelo juiz Roger Raupp Rios numa sentença pioneira no campo da distribuição de direitos previdenciários ainda dos anos 90 e que*

deu o “start” ao que hoje é norma do INSS em relação à pensão por morte para os casais de homossexuais.

b) a proibição do preconceito como um capítulo do chamado “constitucionalismo fraternal” – que toma a ideia de pluralismo como valor “sócio-político-cultural”, o que implica a liberdade para dispor da própria sexualidade como direito fundamental do indivíduo – intimidade e vida privada – considerando que a categoria “sexo” (usando os termos do ministro Ayres Britto) não se presta como fator de “desigualação jurídica” – argumento aliado ao que se denomina na doutrina do direito como “norma geral negativa” – *o que não é juridicamente proibido, é juridicamente permitido*, utilizando a teoria de Hans Kelsen (2006:273-83). Este foi, aliás, um argumento bastante repetido pelos desembargadores relatores de acórdãos no Estado do Rio Grande do Sul, quando realizei trabalho de campo (OLIVEIRA, 2009) acerca do tema com estes sujeitos. O mesmo fundamento foi também adotado na decisão que o Superior Tribunal de Justiça tomou em outubro de 2011 e que acatou o pedido de duas mulheres para conversão de união estável em casamento civil no mesmo Estado, no julgamento do Recurso Especial 1183378.

c) o direito à “preferência sexual” como emanção da dignidade humana (ainda na lógica do art. 3º da CF), o que implica a garantia na “busca da felicidade, da autoestima e da liberdade sexual.”

d) o tratamento constitucional da categoria de família – como categoria sociocultural e princípio espiritual (art. 226 CF, caput) – família como núcleo doméstico, envolvendo tanto “casais homoafetivos” como “casais heteroafetivos” – família como uma instituição privada voluntariamente constituída entre adultos, numa relação “tricotômica” com o Estado e a sociedade civil. Isonomia de tratamento equivalente a um direito subjetivo, considerando-se a formação de uma família autonomizada, e o avanço da CF em relação aos costumes, daí a noção de pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

Um dado que ainda destacaria nesta leitura é que o art. 226 da CF foi traçado de modo a proteger a mulher em seu estatuto de igualdade com o homem no texto constitucional de 1988 – até esta data, “o homem era o cabeça do casal”. Ayres Britto relembra então esta intencionalidade do dispositivo constitucional como forma de minimizar o debate sobre a necessidade do dualismo sexual do casal de parceiros para garantia de direitos.

Ao mesmo tempo, o relator fala em “segmentos sociais homoafetivos”, referindo a inclusão do termo no dicionário Aurélio e avançando animadamente e de forma até mesmo poética para o tema do afeto como um bem jurídico a ser preservado e para derivações desta categoria, tomando seu antônimo para designar os “casais heteroafetivos”. Para além dos debates e significados que este termo assume ao se

tornar tão popular no meio jurídico, a ponto de ser assumido através das “comissões da diversidade sexual” criadas ao longo dos últimos dois anos em diversas OAB e também atravessando o Conselho Federal da OAB, que acaba de lançar o “estatuto da diversidade sexual”, é importante ressaltar o quanto o discurso jurídico sempre tão hermético, tem impacto social quando é agenciado através das decisões tomadas no campo judiciário, lembrando a já clássica elaboração do jusfilósofo argentino Luís Alberto Warat (1982) e sua crítica ao hermetismo e às “falácias de autoridade” do discurso jurídico tradicional. Na atual fase do capitalismo tardio, em que as redes sociais são um motor de interesses políticos bem específicos, vejo o quanto tem se produzido uma “abertura” neste discurso de modo muito direcionada à produção de um campo denominado “direito homoafetivo”, cuja disseminação por determinados sujeitos que desta discussão se apropriaram no campo jurídico, é sempre bom lembrar, também aproveita o momento de tensão política e aparições sensacionalista na mídia para satisfazer parte de suas necessidades de demarcação de forças no campo do mercado da advocacia.

Um emblema da galvanização de interesses e do frisson que o tema das uniões *homo* (deixo o sufixo sem ausência de complemento propositalmente aqui) vem causando é o número de instituições que se habilitou como “amicus curiae” no processo julgado pelo STF – 14 instituições ao todo, entre elas a ABGLT e a CNBB. O argumento que Ayres Britto levanta é a ideia de que a discriminação gera o ódio – o que remete de imediato ao enfrentamento da homofobia. Outro dado, que venho observando preliminarmente numa pesquisa acerca de “direitos LGBT” nos cinco tribunais superiores nacionais (STJ, STF, STM, TST e TSE) e que localizou cerca de 300 decisões até o momento, é que a grande maioria destas trata do tema das uniões estáveis e seu reconhecimento para casais de homossexuais, seguida de casos de discriminação em termos de gênero nos locais de trabalho (aqui entendida como assédio moral em relação não somente a homossexuais, mas a homens heterossexuais que não cumprem com suas metas de venda em certas empresas por exemplo) seguida do enquadramento de militares no crime de pederastia (art. 235 do CPM), e em seguida de crimes de ódio (nazismo nas redes) e homicídios – a maioria contra travestis e envolvendo gays que utilizam o mercado do sexo.

Penso que para além dos avanços que sem dúvida são enormes, é preciso acentuar a grande riqueza paradoxal dos fatos da vida, pois o mundo do direito é apenas uma representação sempre parcial da mesma e é saudável que assim permaneça sendo. Concordo com Eric Fassin (2006), para quem é importante, sobretudo que o Estado “se arme do gênero” em busca do atingimento do que chama de “democracia aplicada ao gênero e à sexualidade”. Podemos estar distantes deste ideal, pois a violência ainda é uma ameaça recrudescente, mas a decisão da suprema corte brasileira pelo menos empurrou o Estado um passo à frente neste sentido.

Lista Bibliográfica

Fassin, Éric. “Les frontières sexuelles de l’État”. Vacarme, Paris, 2006 disponível em: <http://www.vacarme.org/article552.html> acesso em 02.03.2008

Fraser, Nancy. “Rethinking Recognition” New Left Review, 3 may jun. 2000: p. 107-120 disponível em <http://www.newleftreview.org/?getpdf=NLR23707>, acesso em 05.10.2011

Kelsen, Hans. “Teoria Pura do Direito”. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

OLIVEIRA, Rosa Maria R. de. “Isto é contra a natureza? Decisões e discursos sobre conjugalidades homoeróticas em tribunais brasileiros” [tese] orientadora, Miriam Pillar Grossi; co-orientadora, Luzinete S. Minella.- Florianópolis, SC, 2009. 256 f.

SCOTT, Joan W. “O enigma da igualdade”. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 13(1): 216, janeiro-abril/2005 - p. 11-29

WARAT, Luís Alberto. “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”. Revista Sequência – CPGD/UFSC, V. 03, n.5, 1982- P. 48-57. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692> Acesso em 30/10/2011