WILLIAM GLAUBER TEODORO CASTANHO

NEM SEMPRE FOI ASSIM

*Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e
à autorização do casamento lésbico no STJ*

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – 2013

WILLIAM GLAUBER TEODORO CASTANHO

NEM SEMPRE FOI ASSIM

*Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e
à autorização do casamento lésbico no STJ*

Dissertação apresentada ao
programa de pós-graduação em
Direito da Faculdade de Direito, da
Universidade de São Paulo, como
exigência para a obtenção do título
de mestre em Direitos Humanos, sob
a orientação do professor associado
Marcus Orione Gonçalves Correia.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – 2013

Autorizo a reprodução e a divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CASTANHO, W. G. T.

Nem Sempre Foi Assim: Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e à autorização do casamento lésbico no STJ / William Glauber Teodoro Castanho; orientador: Marcus Orione Gonçalves Correia – São Paulo, 2013. 122 fls.

Dissertação (Mestrado) - - Universidade de São Paulo, 2013.

1. Direitos Humanos. 2. Homossexualidade. 3. Crítica Marxista.

Nome: CASTANHO, William Glauber Teodoro.

Título: Nem Sempre Foi Assim: Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e à autorização do casamento lésbico no STJ.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao Lucas, que, ao amar, seja livre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço

Ao meu orientador, Marcus Orione Gonçalves Correia, pela confiança. Pelas angústias consoladas e, sobretudo, pelas alegrias partilhadas. Pela dedicação acadêmica, pelo rigor científico, pela empolgação constante e por todos os sonhos e ideais em comum.

Aos meus pais, Nelci Teodoro da Silva Castanho e Adelino Castanho. À minha mãe pelo amor, pela paciência e pelo apoio incondicional e ao meu pai pelos valores éticos mais nobres que formaram e ainda formam meu caráter e que me despertaram para a luta e a defesa da igualdade e da liberdade.

Às amigas que tenho por família: Letícia Koga, Priscilla Koga, Nathalia Koga e Genesil da Silva. Pelo carinho e pelo entusiasmo. Por Lucas e Rafael, o que tenho de mais precioso.

À Ana Sacoman, pela amizade incontestável.

Ao grupo de estudos e de pesquisa composto por Aton Fon Filho, Danilo Uler, Flávio Batista, Isadora Araujo, Jonas Vasconcelos, Luciano Palhano, Pablo Biondi, Pedro Vasconcellos, Rafael de Sá Menezes e Thiago Barison. Em especial ao Pablo, pela grande amizade, pelos generosos diálogos e pelos valiosos aprendizados.

À Luciele Velluto, pela compreensão e pela ajuda no começo desta jornada. À Roberta Cardoso, pela compreensão, pelo doce carinho e pela ajuda no fim desta jornada.

Ao amigo Marcos Todeschini, pelo exemplo, perto ou longe.

Aos grandes amigos que a pós-graduação em Direitos Humanos colocou em meu caminho, Ingrid Leão e Bruno Martins Soares, e que na vida continuarão.

À Mariana Faraco e ao Paulo Henrique, pelo firme incentivo na construção da vida acadêmica.

Ao Daniel Trielli, pela colaboração certa.

A todos que, em menor ou maior grau, ajudaram na realização deste projeto de vida e que injustamente não foram citados nestas poucas linhas, mas que sem eles não haveria sentido este trabalho.

A todos, meu muito obrigado.

“A natureza do casamento normal não é menos sufocante para um heterossexual viril – dadas as preferências sexuais de um heterossexual viril – do que para um gay ou uma lésbica. Se bem que agora até mesmo os gays querem se casar. Casar na igreja. Diante de duzentas, trezentas testemunhas. Espere só para ver o que vai acontecer com o desejo que os levou a se tornarem gays. Eu esperava mais dessa gente, mas pelo visto também eles não têm senso de realidade.” – David Kepesh, em O Animal Agonizante, de Philip Roth.

RESUMO

CASTANHO, W. G. T. *Nem Sempre Foi Assim: Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e à autorização do casamento lésbico no STJ*. 122 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Esta pesquisa elege o materialismo histórico-dialético como método de análise de questões contemporâneas da homossexualidade e sua relação com o Judiciário brasileiro. Articula paradigmas marxianos, marxistas e feministas, por meio da interdisciplinaridade do direito, da sociologia, da antropologia, da filosofia e das ciências da linguagem, para compreender o fenômeno LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros) que mobiliza indivíduos na reivindicação por promoção, efetivação e proteção de direitos humanos. Recorre aos conceitos de fetichismo da mercadoria, fetichismo jurídico, forma jurídica, contrato e gênero, na perspectiva da História, para compreender e promover a desnaturalização de processos sociais e situá-los na base econômica da sociedade em face da luta de classes. Posiciona o direito na superestrutura, onde localiza também o direito civil, o direito de família e os direitos humanos, para desnudar seus processos discursivos – ideológicos e, logo, práticos. Empreende uma crítica marxista dos direitos humanos ao tomar como objeto decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente, sobre o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a autorização de conversão em casamento de união estável entre duas lésbicas.

Palavras-chaves: Direitos humanos – Homossexualidade – Crítica Marxista.

ABSTRACT

CASTANHO, W. G. T. *It hasn't always been this way: A Marxist contribution to the recognition of homoaffective union in the Brazilian Federal Supreme Court and the authorization of lesbian marriage in the Brazilian Superior Court of Justice*. 122 p. Dissertation (Master). Law School. University of São Paulo, São Paulo, 2013.

This research chooses historic-dialectic materialism as a method of analyzing contemporary issues concerning homosexuality and its relation to the Brazilian Judiciary System. It formulates Marxian, Marxist and feminist paradigms, through the interdisciplinarity of law, sociology, anthropology, philosophy and language sciences, to comprehend the LGBT (lesbian, gay, bisexual, transsexual and transgender) phenomenon that mobilizes individuals in the claim for promotion, effectuation and protection of human rights. It resorts to the concepts of commodity fetishism, legal fetishism, judicial form, contract and gender, in the historical perspective, to comprehend and promote the denaturalization of social processes and place them in the economical base of society in light of class struggle. It positions the law in the superstructure, where it also finds civil law, family law and human rights, to unveil its discursive – ideological and, therefore, practical processes. It undertakes a Marxist critique of human rights by taking as object Brazil's Federal Supreme Court (STF) and Superior Court of Justice (STJ) decisions, respectively, regarding the recognition of same-sex unions and the authorization of civil union conversion into marriage between two lesbians.

Key words: Human rights – Homosexuality – Marxist critique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	
MÉTODO E FENÔMENO LGBT	17
<i>Materialismo histórico-dialético e homossexualidade</i>	17
<i>O fetichismo</i>	26
<i>A opressão de gênero</i>	35
CAPÍTULO 2	
DIREITOS HUMANOS E HOMOSSEXUALIDADE	47
<i>A mobilização de meninas e de meninos: o movimento LGBT</i>	47
<i>A diversidade sexual como direito humano e seus limites</i>	57
CAPÍTULO 3	
UNIÃO HOMOSSEXUAL NO STF, CASAMENTO LÉSBICO NO STJ E	
CRÍTICA MARXISTA	73
<i>Os julgados e seus limites ideológicos</i>	73
<i>O direito e a moral</i>	82
<i>O contrato e o fetichismo jurídico</i>	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

– *Os noivos aqui comparecem de livre e espontânea vontade?*

– *Sim!*

– *Sim!*

– *De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.*¹

Duas pessoas, dois sins, duas vontades, um só pacto, e o amor é prometido para sempre, e sempre foi assim. Ninguém sabe ao certo quando começou, qual casal primeiro se apaixonou nem como os sentimentos ali brotaram. Transbordaram, porém, efusivos entre o homem e a mulher, incontroláveis, e o certo é que hoje é dito que sempre foi assim. O afeto foi selado, firmou-se uma aliança e, para corroborar a certeza, assinaram o contrato. Como foram feitos um para o outro, por óbvio, viveram felizes para sempre. Formaram família, partilharam sonhos, realizaram projetos, tiveram filhos, constituíram patrimônio e, por ele, juntos zelaram. Entre tantas certezas e tão poucas dúvidas, diz-se que sempre foi assim e assim sempre será.

Só que aí um dia que ninguém também sabe ao certo dizer quando nem como, duas pessoas, dois sins, duas vontades desejaram revelar sua promessa de amor e, como sempre foi assim, decidiram selar um pacto. Duas mulheres e dois homens, cada um feito para o outro, só queriam, como todos os outros, viver felizes para sempre: prometer o afeto, firmar uma aliança e, para afastar qualquer incerteza, assinar o contrato. Elas e eles almejavam tão-somente formar família, partilhar sonhos, realizar projetos, ter filhos, constituir patrimônio e, por ele, como os outros, juntos zelar. Entre tantas certezas, tão poucas dúvidas e tamanhas novidades, soube-se, enfim, que, para além do casal de homem e de mulher, os sentimentos também transbordam efusivos, esfuziantes. Nem sempre, então, é assim: o homem e a mulher. Todos souberam, então, que mulher ama mulher, homem ama homem, gente ama gente e, na verdade, cada um ama quem quiser.

¹BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406. Legislação Federal. Sítio eletrônico: www.planalto.gov.br, 2002, Art. 1.535.

Como nem sempre foi assim, estava resoluto – em nome da tradição, da moral e, sobretudo, da lei – que o juiz declarava que os noivos, perante ele como representante do Estado, e das testemunhas, para esgotar qualquer margem de dúvida, recebiam-se como “marido” e “mulher”. Até que um dia noivas quiseram, por meio da lei, se receber como “mulher” e “mulher” e noivos quiseram se receber como “marido” e “marido”. Esbarram-se, porém, nessa mesma lei. Também na tradição, e também na moral. Não foi nada fácil.

O homem e a mulher que querem se receber como marido e mulher de livre e espontânea vontade encontram guarida jurídica em dois textos normativos. No topo da conceitual pirâmide kelseniana de força vinculante das normas situa-se a Constituição Federal de 1988, com seus princípios idealistas consagrados na perspectiva de promoção, efetivação e proteção dos direitos humanos. O artigo 226 do texto constitucional estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e elenca três modelos de entidades familiares nos parágrafos 1.º, 3.º e 4.º: casamento civil, união estável entre o homem e a mulher e monoparental. No livro *Do Direito de Família*, do Código Civil² brasileiro, de 2002, há o disciplinamento do casamento civil³ entre os artigos 1.511 e 1.582 e da união estável entre os artigos 1.723 e 1.727.

Aqueles amores incontroláveis que ninguém sabe ao certo quando nem como surgiram na história da humanidade são paradoxalmente regulados, no direito brasileiro, por essas normas. As paixões esfuziantes do homem e da mulher que dizem “sim” de livre e espontânea vontade para a assinatura do contrato (expresso) do casamento ou (tácito) da união estável encontram nelas tutela jurídica para formar família, partilhar sonhos, realizar projetos, ter filhos, constituir patrimônio e por ele, evidente está, juntos zelar. No entanto, contraditoriamente, aquelas mulheres que amam e se atraem por

²Ibidem.

³O direito civil brasileiro, por meio da doutrina, enquadra a natureza jurídica do casamento em linhas dogmáticas: contratual, institucional, contratual especial e negócio jurídico. Independentemente das concepções jurídicas acerca desse conceito jurídico, vale lembrar e frisar sua natureza contratual, uma vez que esse negócio jurídico se baseia na livre manifestação de vontades de dois sujeitos de direito que se habilitam, diante do Estado Democrático de Direito, à celebração de um pacto de vida conjugal, do qual decorrem todos os deveres e os direitos (patrimoniais) de Família e das Sucessões. Não cabe a esta dissertação de mestrado, porém, o aprofundamento sobre as questões relativas ao direito civil, mas, de fato, se ater às críticas ao contrato, como fundamento do direito, e sua relação com a união estável e o casamento homossexual na perspectiva dos direitos humanos.

mulheres e aqueles homens que amam e se atraem por homens ousaram tentar se legitimar nessas normas para nelas se enquadrar.

Diante das demandas das mulheres que amam mulheres e dos homens que amam homens – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT) –, o ordenamento jurídico tratou de apresentar uma solução estruturada na sua lógica interna, em 5 de maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/4.277), proposta pela Procuradoria-Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF/132), proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro⁴.

Ambas as ações, pode-se assim dizer, referem-se àquelas mulheres e àqueles homens que desejam revelar sua promessa de amor e, como sempre foi assim, decidem (e querem) selar um pacto entre duas pessoas, dizer dois sins, expressar duas vontades. Em sessão plenária, os ministros do STF reconheceram, por dez votos favoráveis e nenhum contrário, a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, à qual se asseguram todos os direitos fundamentais individuais e sociais (coletivos) decorrentes dessa instituição social protegida pela Constituição Federal. A decisão estendeu, por analogia e interpretação conforme a Constituição, a homossexuais os mesmos direitos humanos assegurados aos casais heterossexuais brasileiros, em respeito aos idealistas princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, dentre tantos outros.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 25 de outubro de 2011, também pronunciou decisão em consonância com o novo regramento estabelecido pelo STF⁵. O tribunal responsável por analisar matéria de direito infraconstitucional autorizou a conversão em casamento civil de uma união estável de três anos entre duas lésbicas do Rio Grande do Sul durante julgamento na Quarta Turma (Recurso Especial N.º 1.183.378/RS).

Na mesma toada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou e editou a resolução 175, de 14 de maio de 2013, que veda todos os cartórios do País e o Ministério Público de recusar habilitação, celebração ou conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento.

⁴Vide seção Anexos.

⁵Ibidem.

Agora, mulheres que amam e se atraem por mulheres e homens que amam e se atraem por homens e que, por livre e espontânea vontade, decidiram revelar sua promessa de amor já podem, como sempre assim podiam os heterossexuais, assinar seus contratos. Questionar, porém, essa captura do direito é um imperativo daqueles que se põem em confronto às condutas exclusivistas previstas nas regras. Por que são toleradas as condutas contratadas? Por que agora essas são as práticas aceitadas, legitimadas e legalizadas? Por que esses desejos e livres e espontâneas vontades não são mais reprimidos? Por que esses são os comportamentos reiterados pelo ordenamento jurídico brasileiro? O próprio direito, por meio de sua lógica positivista, já deu suas respostas: o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a regulamentação do casamento LGBT.

Diante dessas questões e das soluções estruturadas pelo direito é que se apresenta a crítica marxista. O direito, como que em um ato voluntarioso, passou a tutelar juridicamente as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e a autorizar casamentos de homossexuais a partir de 2011. Coroou seu entendimento, em 2013, com resolução normativa que veda recusa de casamento LGBT em todo o País. Defendeu um instrumento – o contrato – e encapsulou práticas amorosas, afetivas, sexuais, sociais, culturais, políticas e econômicas antes rejeitadas, reprimidas e silenciadas. Entender esse arranjo jurídico faz-se necessário sob a perspectiva materialista histórico-dialética. Nesse sentido, os julgados são postos à luz de uma crítica radical que busca na história as condições determinadas para sua realização, desconstrói as concepções ideológicas, e, portanto, práticas, de suas argumentações, desbarata as estruturas da forma jurídica e escancara o fetichismo da mercadoria e o fetichismo jurídico.

De fato, nem sempre foi assim.

CAPÍTULO 1

MÉTODO E FENÔMENO LGBT

Materialismo histórico-dialético e homossexualidade

Meninas e meninos brincam de “casinha”. Dizem que sempre foi assim. Meninos são papais, e meninas, mães. É, dizem que sempre foi assim. Meninos “dirigem” carrinhos, “trabalham” fora de casa, jogam futebol. Meninas “educam” as bonecas – os filhinhos e as filhinhas –, ganham uma cozinha “para comandar”, são as tão zelosas e carinhosas professoras da “escolinha”. Desde logo cedo, meninos são ensinados (e até aprendem) que nasceram para as meninas, e as meninas, por sua vez, são ensinadas (e até mesmo aprendem) que nasceram para “viver felizes para sempre” com (e para) os meninos. “Nasceram um para o outro”, e nada aparentemente mais natural do que nascer, seja para o que for, seja para quem for, seja para ser quem for. Dizem que sempre foi assim.

Na infância, tanto meninos como meninas já vivenciam, mesmo que ingênua, jocosa e inofensivamente, o jogo lúdico do matrimônio – a “casinha”, a união (estável), o fictício contrato, no qual cada um assume um personagem no tabuleiro da vida e, a partir dali, começa a tecer sua história – social, econômica, cultural, política. Meninas e meninos vivem, então, no presente experiências realizáveis apenas no futuro, lá da fase adulta, quando, enfim, tornar-se-ão sujeitos de direito plenamente capazes para a tomada de decisões e a celebração de pactos na sociedade capitalista sob a égide do Estado Democrático de Direito. Revela-se, antes, porém, a garotas e a garotos uma ordem *natural*, carregada de verdades, preestabelecida, pré-produzida e à espera de reprodução. Pois é, dizem que sempre foi assim.

O que ocorre, entretanto, quando “elas” e “eles” não aprendem essa lição? E quando plenamente capazes, de acordo com a definição do Direito Civil, meninas e meninos revelam-se indispostos a reiterar essa lição? E quando meninas e meninos decidem romper com essa prática naturalizada e preestabelecida? E quando meninas e

menino assumem a consciência sobre seus desejos, corpos, práticas e sexos? O que ocorre quando uma menina, já mulher, quer “viver feliz para sempre” com outra menina? O que ocorre quando um menino, já homem, deseja partilhar planos, “feliz para sempre”, com outro menino? O que seria do “sempre foi assim” se outras múltiplas possibilidades fossem permitidas e apresentadas aos seres humanos? Pois é, talvez nem sempre tenha sido assim. Talvez nem sempre assim será. Por isso, nem nascer nem morrer, “felizes para sempre” em “feitos um para o outro”, seja tão natural como sentenciam as práticas sociais ao dizer e ao fazer “o sempre foi assim”.

Meninas e meninos podem romper, e rompem, com os padrões morais toleráveis do “sempre foi assim”, porque, no movimento dialético das relações sociais e históricas, a superação é um processo fundamental para a sublimação de falsas verdades, verdades eternas ou dogmas incontestáveis. A sexualidade e a afetividade, nesse sentido, colocam-se passíveis de questionamento. Torna-se imperativo o enfrentamento de verdades absolutas impostas por práticas e por discursos reiterados e cristalizados de condutas e de valores. Diante de uma realidade determinada, e não determinista, meninas e meninos têm a capacidade, sim, de escrever uma nova história e vivenciar novos desejos e novas práticas.

Supera-se, desse modo, o discurso do “sempre foi assim”, numa perspectiva dialética, conforme explicita Konder: “A *superação dialética* é simultaneamente a negação de uma determinada realidade, a conservação de algo de essencial que existe nessa realidade negada e a elevação dela a um nível superior”.⁶ Meninas e meninos, já adultos, rejeitam, então, uma realidade heterossexista, conservam algo de essencial dessa realidade – a sexualidade e a afetividade – e dão um passo à frente ao anunciar novos desejos e também novas práticas tanto sexuais como afetivas.

Há, sim, portanto, menina que quer se casar com menina. Menino também quer se casar com menino. Pode haver menino que queira se casar com menino e também goste de menina, e menina que queira se casar com menino e também goste de menina. Há aquele menino que se sente menina, e é, e também menina que é (ou está) menino. A multiplicidade de relações, práticas e desejos não se esgota facilmente. Há menino que se sente menina, e não é, e vice-versa. Há menino que quer se casar com menino e menina, e há menina que quer se casar com menina e também menino. Pode haver

⁶KONDER, L. *O Que é Dialética*. 28.^a Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008, P. 25.

também menino que queira se casar com meninas, e menina que deseje viver com meninos. E menino e menina que simplesmente não queiram viver com ninguém. A multiplicidade individual e coletiva dos desejos e dos comportamentos, vale ressaltar, apresenta-se, desse modo, em espiral dialética e em infinita expansão na arena social e cultural (e também histórica) das relações humanas.

Se a potencialidade de ampliação das relações humanas, como se pode afirmar, revela-se praticamente inesgotável, por que não são vivenciadas em plenitude? Se os desejos são tão diversificados, por que meninas e meninos não vivenciam ou são impedidos de vivenciar as inúmeras práticas possíveis? Se a multiplicidade, de fato, existe na arena social (e histórica) das relações humanas, por que se apresenta às meninas e aos meninos o casamento, pela forma jurídica, como a única instituição autorizada, legitimada e legalizada para a realização e a satisfação de comportamentos e de experiências? Se existem tantas possibilidades de expressão das vontades para meninas e para meninos, por que apenas uma emerge como social e historicamente aceita, reafirmada e reiterada? Por que desejos, tesões, paixões, amores e afetos ainda são silenciados? Por que, na celebração da união estável e do casamento, desejos, tesões, paixões, amores e afetos são contratados (forma jurídica) e reprimidos? Por que práticas, desejos e condutas tornam meninas e meninos seres abjetos, marginalizados e estranhados quando em confronto e em resistência a práticas, desejos e condutas social e juridicamente tolerados? Para tantas questões, múltiplas também são as respostas.

Práticas, desejos, corpos e sexos tendem a expandir as possibilidades de expressão do ser humano, enquanto, por outro lado, tradições, costumes, instituições e normas (sociais e jurídicas) cerceiam a realização do prazer e da felicidade. A formalização de uma conduta – a heterossexual –, em anuência com o ordenamento jurídico, e a inclusão, por meio de um processo jurídico, de práticas diversas – a homossexual, por exemplo –, por mais expansivas que possam se enunciar, restringem, por meio de um processo positivista, um fenômeno, que individual e coletivo, constitui-se dialético: a sexualidade, da qual decorre sexo, tesão, paixão, amor, afeto, entre outros sentimentos e tantas outras sensações.

Todas essas, portanto, são experiências provenientes da sexualidade subjetivadas e objetivadas que somente atingem sua plenitude de realização num contexto no qual a

totalidade é observada, uma vez que somente se tornam possíveis e concretas no intercâmbio coletivo e social, entre dois ou mais indivíduos.

Respostas surgem, desse modo, rascunhadas, ensaiadas, ainda rabiscadas sobre a relevância da sexualidade para o direito, sendo, desde já, apresentada a sexualidade, sim, como um direito humano. Por isso, novos questionamentos, carentes de soluções, fazem-se presentes. Por que cabe aos direitos humanos declarar comportamentos de meninas e de meninos? Por que é necessário que os direitos humanos estabeleçam aquelas práticas, desejos, corpos e sexos que devam e mereçam ser tolerados? Por que os direitos humanos assumem, no atual contexto social e histórico, a missão também de efetivar e de proteger sujeitos de direito que buscam apenas a expressão e a realização de seus desejos e de suas práticas sexuais e afetivas?

O fato é que qualquer conduta que extrapole os limites social e juridicamente estabelecidos desperta os mecanismos de opressão e repressão das instituições legitimadas e legalizadas histórica e socialmente para a manutenção do *status quo*. Tanto o texto constitucional quanto o texto infraconstitucional, do direito civil, diante de pressões potenciais de práticas, desejos, corpos e sexos, apresentam-se insuficientes para captar as demandas dos fenômenos da realidade social e insuficientes para satisfazê-las. No entanto, por meio da superestrutura jurídica, tanto o direito constitucional como o direito civil conseguem operar capturas. Esse processo torna-se possível por o Judiciário, segundo Marx, fundar-se no conjunto das relações de produção, no qual surge “a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral”.⁷

À superestrutura jurídica foi apresentado um dilema: a união estável entre pessoas do mesmo sexo e sua consequente conversão em casamento civil. Aparatos da Justiça, como elementos da superestrutura da sociedade, agem a fim de garantir o princípio da segurança jurídica. Parte de comportamentos não tolerados, mas socialmente em disputa por aceitação na perspectiva dos direitos humanos, como a homossexualidade, passa estrategicamente a ser legitimada e a ser regulada (legalizada) pelo direito. No direito brasileiro, despontaram dois exemplos de capturas de práticas

⁷MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução: Maria Helena Barreiro Alves. Revisão da tradução: Carlos Roberto F. Nogueira. 3.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P. 5.

anteriormente não tuteladas: o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF e a autorização de conversão de união estável entre duas lésbicas em casamento pelo STJ⁸. Um problema, um litígio, uma disputa, então, foi apresentada.

“A humanidade só levanta os problemas que é capaz de resolver e, assim, numa observação atenta, descobrir-se-á que o próprio problema só surgiu quando as condições materiais para resolvê-lo já existiam ou estavam, pelo menos, em via de aparecer”, afirma Marx⁹. As práticas homossexuais, apesar das decisões judiciais, ainda são socialmente recriminadas e moralmente condenadas. Ora, algo de novo, então, mantém-se velho nos acórdãos do STF e do STJ e é sobre esse paradoxo que se empreende uma crítica imanente à pacificação proposta pelos direitos humanos. Diante da sentença de Marx, até se poderia inferir, aparentemente, que a superestrutura jurídica trata de dissolver, no plano de suas decisões judiciais, impasses que envolvem fenômenos que cobram respostas no plano social, econômico, político e cultural. No atual contexto, o Judiciário consegue, no máximo, encapsular e formatar práticas, desejos, corpos e sexos a fim de perpetuar, na lógica da sociedade capitalista, o princípio da segurança jurídica. Dessa forma, com base numa perspectiva dialética, vê-se que as condições materiais preconizadas por Marx ainda estão certamente em via de aparecer.

As decisões do STF e do STJ definem, portanto, os (novos e também tão velhos) limites do direito brasileiro e reverberam pela sociedade. Desejos de meninas e de meninos importam, sim, para a Justiça brasileira e também para a sociedade. Por que esses desejos de meninas e de meninos têm relevância para o ordenamento jurídico? Por que expressões e práticas de sexo, tesão, paixão, amor e afeto chegam aos tribunais à espera de uma sentença (normativa e legal)? Por que resta ao direito, na atual sociedade, regular relações e sentimentos que se constroem por meio da liberdade de se desejar algo ou alguém? O direito trata de operar na superestrutura, mesmo que tardiamente, a captura de fenômenos sociais contemporâneos para inclui-los e mantê-los nos mais diversos princípios de direito norteadores deste modelo de sociedade – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade, legalidade, não-discriminação, segurança jurídica. Problematizar essa captura, sem a pretensão de esgotá-la, faz-se urgente.

⁸Vide Seção Anexos.

⁹MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução: Maria Helena Barreiro Alves. Revisão da tradução: Carlos Roberto F. Nogueira. 3.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P. 6.

Ao parafrasear Marx, pode-se afirmar que um problema social – preconceito e discriminação contra os LGBTs, a homofobia – não desaparece antes que surja o contexto social capaz de superá-lo. O movimento é simplesmente dialético. Marx afirma que “nunca relações de produção novas e superiores se lhe substituem antes que as condições materiais de existência destas relações se produzam no próprio seio da velha sociedade”¹⁰. Logo, o preconceito não foi dissipado e, apesar do discurso da pacificação dos direitos humanos, nem todos foram tolerados, muito menos aceitos. A mudança ainda carece de emergir do seio da velha sociedade.

No contexto dessa superestrutura jurídica, uma primeira resposta para esse processo de captura de práticas, desejos, corpos e sexos encontra-se em Pasukanis. Outros autores marxistas, porém, ajudam, e serão evocados, a desvelar essa construção histórica do encapsulamento de contingências humanas que deveriam se manter livres – as vontades. A princípio, ao se tratar da forma jurídica do casamento (contrato de tradição heterossexual) estendida às multiplicidades dos indivíduos e dos coletivos LGBTs, mostra-se pertinente debater essa instituição (tanto casamento civil como união estável) sob a conceituação de um contrato (mercantil, uma forma mercadoria), por expressar a celebração de vontades de sujeitos de direito, e entendê-la em sua magnitude para a realização de negócios jurídicos.

“Para que esse desejo (*troca de mercadorias*) se realize é necessário que os desejos dos proprietários de mercadorias concordem reciprocamente. Juridicamente esta relação exprime-se como contrato, ou como acordo entre vontades independentes. É por isso que o contrato é um conceito central no direito. Dito de maneira mais enfática: o contrato representa o elemento constitutivo da ideia de direito.”¹¹

Sendo o contrato o elemento constitutivo da ideia de direito nessa perspectiva marxista de Pasukanis, o casamento também se apresenta como um dos elementos constitutivos do direito, uma vez que as partes, com vontades livres, espontâneas e independentes, firmam o acordo de união conjugal, selam, portanto, um pacto com

¹⁰Ibidem.

¹¹PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 94.

regramento jurídico para viver “felizes para sempre”. Nesse contexto, o casamento civil é o contrato (mercantil) expresso e a união estável é o contrato (mercantil) tácito, existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tanto para os casais heterossexuais quanto, agora, para os chamados casais homoafetivos, os homossexuais. É desse ângulo pasukaniano que se sustenta o debate materialista histórico-dialético e a crítica marxista sobre as decisões do STF e do STJ erigidas com base nos princípios dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito.

Do contrato parte-se, enquanto forma jurídica, para debater as trocas voluntárias de corpos (a forma mercantil). Não se consideram práticas, desejos, corpos e sexos substanciais, genuínos e espontaneamente livres como elementos fadados ao economicismo e ao determinismo econômico, conjecturas que são atribuídas ao marxismo vulgar. Coloque-se essa posição a distância. As relações afetivas genuínas, de verdadeira entrega e de autêntico sentimento, de maneira alguma, são postas em questão na perspectiva de análise da forma jurídica. Tem-se em debate a forma jurídica do contrato, na sociedade capitalista, para a regulação e a legitimação das relações de troca da forma mercantil – ou seja, apresentam-se em discussão, com base no referencial marxista, os discursos e as práticas sociais legitimados a partir da celebração do casamento civil e da união estável como instrumento de acordo de vontades. Essa regulação e essa legitimação, por sua vez, enquanto toleram algumas formas de expressão sexual e afetiva, repudiam outras. Aqui está o ponto central de embate.

Com base na conceituação pasukaniana de contrato como elemento constitutivo do direito, deve-se almejar a desconstrução da união estável (STF) e do casamento civil (STJ) de LGBTs com o auxílio do instrumental teórico marxista a fim de se estabelecer o correto entendimento das limitações, das regulações e das capturas dessa celebração de vontades no contexto do direito. Por isso, afirmar que limitações, regulações e capturas heterossexistas da união estável e do casamento, estendidas aos indivíduos LGBTs, diferem de fenômenos naturais e são construtos históricos, sociais e culturais é passo primordial desta empreitada.

Conforme conceituam Marx e Engels, o referencial materialista histórico-dialético, nesta abordagem acerca da celebração de contrato ou atos jurídicos entre meninas ou entre meninos que transgredem as práticas lúdicas da “brincadeira de casinha” da infância, distingue-se “de todos os movimentos anteriores por transformar

radicalmente o fundamento de todas as relações de produção e de intercâmbio anteriores e por tratar conscientemente todos os pressupostos naturais como criações dos homens anteriores”¹². Significa afirmar categoricamente que as relações de intercâmbio, legitimadas pelo direito na celebração de contratos ou negócios jurídicos – neste caso, a união estável (tácita) e o casamento civil (expresso) –, são, na verdade, relações de intercâmbio sociais e históricas, que, por isso, devem ser esvaziadas de qualquer pressuposto de naturalização.

Contrato firmado entre meninas e meninas e também entre meninos e meninos, ou por qualquer outro sujeito de identidade de gênero diversa ou orientação homossexual, para a constituição de família, não admite, portanto, na perspectiva materialista histórico-dialética, a reprodução do “sempre foi assim”.

Do ponto de vista da totalidade, de acordo com Konder, a superação dialética deve ocorrer de forma aberta, e nunca fechada, uma vez que os fenômenos sociais são dialéticos¹³. Não são naturais. Se for uma superação aberta, nunca haverá a reiteração do “sempre foi assim” e se assumirá a perspectiva histórica. A sexualidade enquadra-se na concepção, obviamente, do dinamismo histórico dos conceitos por, ao romper com o “sempre foi assim”, permitir aos indivíduos transitar e se deslocar por campos da vida passíveis de ampla exploração e experimentação (sexual e social). Konder afirma que a visão de conjunto é sempre provisória e inesgotável¹⁴, e isso reafirma ainda mais o caráter expansivo e múltiplo da sexualidade. “A síntese é a visão de conjunto que permite ao homem descobrir a estrutura significativa da realidade com que se defronta, numa situação dada. E é essa estrutura significativa – que a visão de conjunto proporciona – que é chamada de *totalidade*.”¹⁵ Na totalidade, ocorrem, portanto, os avanços, as superações e os rompimentos com o “sempre foi assim”, efetiva-se nela o fenômeno dialético da transformação da quantidade em qualidade, e vice-versa.

Como nem “sempre foi assim”, o rompimento com a reiteração de práticas naturalizadas demanda também outras investidas analíticas. Para além do contrato, faz-se necessário, sem previsão de exaurimento, o enfrentamento da atual realidade, na qual se impõe, por forças políticas e na esfera jurídica, a construção de mecanismos para a

¹²MARX, K; ENGELS, F. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, P. 99.

¹³KONDER, L. *O Que é Dialética*. 28.^a Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008, P. 50.

¹⁴Ibidem, P. 36.

¹⁵Ibidem.

compreensão do movimento social por reivindicação de direitos humanos individuais e coletivos da comunidade LGBT. Para além do direito, deve-se preservar esse olhar de totalidade a fim de se discutir a emancipação efetiva e a transformação irreversível da sociedade, que ainda está por aparecer, uma vez que, como escreve Marx, “o ponto de vista do novo (*materialismo*) é a sociedade humana, ou a humanidade socializada”¹⁶, enquanto que “o ponto de vista do velho materialismo é a sociedade burguesa”¹⁷. Nesse ponto de vista velho, enquadram-se o direito e a forma jurídica, conceituados por Pasukanis. Adotar como ponto de vista o materialismo histórico-dialético implica, primeiramente, esmiuçar o direito (a união estável e o casamento civil) e seu impacto na vida social e, posteriormente, propugnar e refletir múltiplas formas de relações de sexualidade e de afetividade livres.

São provocações que põem à prova a potencialidade humana e a liberdade. Para se chegar às respostas, suscitam-se reflexões que tangenciem os campos sociais de domínio (ou de dominação) do direito, enquanto ciência e também como ordenamento jurídico (normativo e vinculante) da lógica capitalista vigente. Além de abordar os conceitos de contrato, de desnaturalização e de emancipação, devem-se apresentar demais acepções marxianas e marxistas que lancem luz à disputa de meninas e de meninos no Judiciário, que se mantêm dispostos a questionar a prática e o discurso do “sempre foi assim”, mesmo já garantida a “autorização” da celebração de contrato ou pacto ou negócio jurídico (de união estável ou de casamento civil).

Meninas e meninos podem estar dispostos a romper a barreira do novo “sempre foi assim”: a união estável e o casamento civil. Talvez, sim; talvez, não. E talvez estejam dispostos a provocar ruptura, na continuidade, de práticas e de discursos (jurídicos). Dessa forma, a problematização do reconhecimento da união homoafetiva no STF e da autorização do casamento lésbico no STJ, reverberados na sociedade, posta a partir da perspectiva do direito (forma jurídica – contrato/pacto/ato/negócio), invoca, e também se sustenta sobre, o debate dos conceitos de mais-valia, fetichismo, família, gênero, sexualidade, tolerância, ancorados no materialismo histórico-dialético.

Ao se articular todos esses conceitos, traça-se a empreitada rumo à emancipação de meninas e de meninos, na individualidade e na coletividade, para a transformação

¹⁶MARX, K. *Teses sobre Feuerbach*. In: MARX, K; ENGELS, F. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, P. 121.

¹⁷Ibidem.

autêntica da realidade social. Para tanto, exige um diálogo entre esses conceitos, na perspectiva dialética, a partir dos elementos da história, para situar, desse modo, o movimento LGBT na engrenagem da base econômica com suas mudanças impactadas na superestrutura da sociedade.

O fetichismo

A questão do fetichismo é o ponto de partida da problematização marxista acerca do rompimento das práticas reiteradas do “sempre foi assim”. Esse debate despoja à reflexão a nova velha forma jurídica que reconhece ou autoriza, a partir das decisões do STF e do STJ, a união estável ou o casamento civil das meninas e dos meninos homossexuais – os LGBTs. Antes dessas decisões, contudo, vale lembrar que tais direitos eram silenciados, negligenciados e negados pelo ordenamento jurídico brasileiro em razão da ausência de lei – omissão do Poder Legislativo –, feitas as devidas ressalvas em relação a julgados pontuais e favoráveis, mas sem força vinculante, de primeira e de segunda instâncias do Poder Judiciário.

Apenas com uma visão de totalidade e com base nas estruturas materiais da sociedade podem ser entendidas as relações entre o direito e as reivindicações da comunidade LGBT e suas implicações reais na organização dos indivíduos e das coletividades, visíveis na esfera pública e na opinião pública. Dentro de um contexto social abrangente, uma vez mais, destaca-se a importância da totalidade para a compreensão da sociedade, porque, de acordo com Pasukanis, o elemento constitutivo do direito é o contrato, como já apresentado, agindo o direito com base na declaração de vontades dos sujeitos de direito. O direito e sua edificação no contrato e, principalmente, nas relações de direito privado representam uma parte da totalidade. O desvelamento total desse engendramento social e histórico parcial exige uma imersão no objeto em tela para se chegar à profunda raiz do problema.

No âmbito do estabelecimento (livre) de acordos, pontuam-se também os contratos de união estável e de casamento civil de meninas e de meninos LGBTs, e Pasukanis deve ser invocado novamente porque, “efetivamente, o homem, enquanto

sujeito moral, quer dizer, enquanto pessoa igual às outras pessoas, nada mais é do que a condição prévia da troca com base na lei do valor.”¹⁸ Qualquer troca, na sociedade capitalista, efetiva-se basicamente quando se atribui ao ser humano uma condição, como diz Pasukanis, de coisa, de mercadoria. “O sujeito egoísta, o sujeito de direito e a pessoa moral são as três principais máscaras sob as quais surge o homem na sociedade mercantil.”¹⁹ Nessa sociedade mercantil, meninas e meninos que buscam celebrar contrato (união estável ou casamento) são os sujeitos de direito, as pessoas morais ou os sujeitos egoístas. Para se chegar à raiz da constituição do sujeito de direito é imprescindível que seja traçada uma reflexão sobre os elementos que “elevam” o ser humano ao patamar de sujeito de direito – por isso, parte-se do fetichismo e desloca-se para a centralidade do trabalho.

A observação da sociedade, onde se situam meninas e meninos em interação e em exercício dos mais variados intercâmbios, assume, portanto, a ótica da centralidade do trabalho, da qual decorre uma discussão na órbita do conceito de fetichismo da mercadoria em Marx para se estabelecer uma linha argumentativa que posicione as questões da diversidade sexual e de gênero na corrente filosófica e científica do marxismo. Atente-se, porém, para evitar, como já citado, qualquer visão economicista ou determinista da temática por se valorizar, nesta empreitada, os pressupostos do materialismo histórico-dialético.

As conceituações de Pasukanis sobre o contrato como elemento constitutivo do direito e os rastros metodológicos de Konder sobre a dialética já mostraram que novas verdades (a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o casamento lésbico), cabe lembrar, foram legitimadas e legalizadas, uma vez que sofreram a captura pelo ordenamento jurídico. A compreensão dos processos sociais permite desvelar, desvendar e até mesmo destruir as engrenagens do capitalismo com toda sua força impactante nas condições atuais de vida do ser humano em todas as esferas sociais. A superação de mecanismos de espoliação do ser humano constitui-se, diante de novas velhas verdades e instituições, um desafio inconcluso, mas, sobretudo, irremediável à espera de contribuições drásticas, radicais e transformadoras.

¹⁸PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 127.

¹⁹Ibidem, P. 128-129.

Os contratos, dessa forma, estabelecidos por sujeitos egoístas, pessoas morais ou sujeitos de direito, descritos por Pasukanis, tentam mascarar, por meio da forma jurídica, o fetichismo. O mascaramento é arbitrário porque “não se pode contestar o fato de que grande parte das construções jurídicas é, com efeito, bastante discutível e arbitrária”²⁰. E, apesar de toda essa arbitrariedade do direito, “no mercado, cada comprador e cada vendedor é sujeito de direito por excelência”²¹. Opera-se em favor da lógica dos meios de produção e de circulação de mercadorias, sendo as pessoas, assim, também mercadorias em produção e em circulação.

Na era do capitalismo, mesmo transformações após transformações no sistema econômico e político vigente e dominante para, na verdade, apenas renová-lo e cristalizar o *status quo*, a lógica de exploração do trabalhador, do ser humano enquanto agente de produção de seu meio e de sua história, mantém-se inviolada a serviço do acúmulo de riquezas para uma classe (industrial, financeira e tecnológica). Marx explica que toda a lógica de produção do capital se fortalece por elevar o direito de propriedade privada ao patamar de direito humano, logo universal, inviolável, indisponível, imprescritível e complementar no ordenamento jurídico – revela-se aqui uma das características do direito para o fortalecimento do capitalismo, tem-se mais uma arbitrariedade.

Diante disso, recorre-se a Marx²² que inicia sua análise do sistema capitalista de forma visionária ao eleger a mercadoria como primeiro elemento para enfrentamento econômico da sociedade. É relevante e pertinente buscar em Marx o entendimento do conceito de mercadoria e, ao se apoderar dele, estender seus efeitos, em exercício materialista histórico-dialético, para toda a ordem social a fim de tornar possível uma interpretação dos efeitos do capitalismo sobre os questionamentos apresentados em relação às inquietações jurídicas – ou seja, superestruturais – referentes à diversidade sexual, ao gênero e à população LGBT brasileira. Significa colocar diante do direito, responsável pela regulação das relações entre os sujeitos, os sujeitos egoístas ou as pessoas morais, a demanda de meninas e meninos que veem seguidamente reivindicações e práticas sexuais, afetivas e sociais cerceadas por repressão moral à conduta que vivenciam e expressam.

²⁰Ibidem, P. 25.

²¹Ibidem, P. 118.

²²MARX, K. *O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I, Volume I*. 27ª Edição. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, P. 57.

Desde já, apresentam-se algumas provocações. Se o direito regula a troca de mercadorias por meio de contratos e sendo o contrato o elemento constitutivo do direito, conforme já explicitado por Pasukanis, o reconhecimento (do contrato) da união estável homossexual e a autorização de casamento de duas mulheres regulam, assim, mercadorias? Meninas e meninos que acreditavam estar em atitude questionadora, subversiva, de resistência à ordem preestabelecida, ao firmar acordo de vontades (livres) de convivência mútua legal, estão reiterando práticas que antes somente os excluía de um ordenamento jurídico e os relegavam à condenação moral? Ao ter concedido esse direito humano à parcela da população LGBT, a Justiça brasileira celebra novos (ou velhos) contratos e alberga sujeitos marginalizados à proteção efetiva do Estado de Direito? Dentro dessa lógica estrutural de mercadorias, decisões judiciais asseguram a estabilidade do sistema ou promovem a liberdade *humana*? A depuração do conceito de mercadoria apresenta o caminho das possíveis respostas às questões elencadas.

Primeiramente, cabe destacar que, nas palavras de Marx, “a mercadoria é, antes de mais nada, um objeto externo, uma coisa que, por suas propriedades, satisfaz necessidades humanas, seja qual for a natureza, a origem delas, provenham do estômago ou da fantasia”²³. Desse excerto, observa-se uma concepção de naturalização e também de desnaturalização do conceito do homem, uma vez que a mercadoria – o objeto resultante da manipulação e da dominação da natureza pelo ser humano – permite ao próprio ser humano (ou deveria permitir numa sociedade livre) satisfazer suas necessidades ou carências naturais e também suas fantasias, que resultam de sua individualidade e de sua relação com a coletividade.

O ato de produzir mercadorias, ou coisas, materiais ou não, como as fantasias, para sua satisfação própria, uma vez que o homem é o detentor único de suas potencialidades para transformação da natureza e das ideias, é capaz de satisfazer, portanto, desejos naturais e também aqueles individual ou socialmente construídos. Esse processo ocorre apenas em liberdade, uma vez que na lógica capitalista o homem se encontra aprisionado para a produção de mais-valia e acúmulo de capital para os proprietários, a classe dominante. Entre essas fantasias, existem várias concepções de satisfação, que nada mais são do que prazer, ou seja, nada mais são do que felicidade: física, intelectual, lúdica, artística e também sexual, entre tantas outras.

²³Ibidem.

Antes de se estabelecer o elo entre mercadoria e sexualidade, em virtude das relações jurídicas, cabe um mergulho no conceito *stricto sensu* de mercadoria. Segundo Marx, o trabalho materializado na mercadoria tem duplo caráter. No mundo da mercadoria, do consumo, do capitalismo, há uma dualidade do objeto refletido em dois conceitos: o valor-de-uso e o valor-de-troca. A mercadoria, explica Marx, constitui-se em valor-de-uso quando satisfaz a uma necessidade particular, específica do homem. Ela está isenta dos significados atribuídos por um sistema de produção e de circulação de mercadorias, no qual o consumo é um imperativo – nesse contexto, a mercadoria, de fato, é apenas um objeto, material ou fantástico, para a satisfação de contingências humanas. “Chamamos simplesmente de trabalho útil aquele cuja utilidade se patenteia no valor-de-uso do seu produto ou cujo produto é um valor-de-uso. Desse ponto de vista será considerado sempre associado a seu efeito útil.”²⁴ Esse efeito consiste em atender a uma necessidade particular para qual o objeto, nesse caso a mercadoria, foi criado. Isenta-se de seu valor mercantil. O autor conceitua, no entanto, que, além do valor-de-uso, a mercadoria tem também um valor-de-troca.

A primeira acepção apresenta-se na utilidade do objeto e a segunda revela-se na mercadoria enquanto veículo de valor²⁵. Para serem trocadas, as mercadorias exigem um elemento equivalente: a mercadoria-dinheiro – o elemento de mercantilização dos objetos, da força de trabalho e, em consequência, dos próprios seres humanos, desvalorizados e diminuídos a coisas, no reino das coisas. “Desempenhar o papel de equivalente universal torna-se sua função social específica (*do dinheiro*), seu monopólio social, no mundo das mercadorias.”²⁶ Sua função social, assim, consiste em tornar possível comprar, sejam os objetos (mercadorias produzidas por trabalhadores) ou os homens (quando da “negociação” de sua força de trabalho num mercado – o mercado “livre” de trabalho, por exemplo, entre outras relações humanas legitimadas pelo direito por meio da forma jurídica.

O sexo e a sexualidade podem, assim como a força de trabalho, e principalmente em virtude do ímpeto regulador do direito, ser rebaixados à condição de mercadorias, sobrevalorizando nas relações de intercâmbio afetivo-sexual o valor-de-troca em detrimento do valor-de-uso – retira-se da palavra uso qualquer interpretação vulgar e

²⁴Ibidem, P. 63.

²⁵Ibidem, P. 69.

²⁶Ibidem, P. 91.

destaca-se sua característica de satisfação para ambos ou todos os indivíduos envolvidos na relação. Meninas e meninos, sejam heterossexuais ou homossexuais, não devem ser determinados como coisas, condicionados e concebidos naturalmente como mercadorias tachadas no valor- de-troca.

Nas relações de sexualidade e de gênero, entretanto, depende dos indivíduos envolvidos na relação sexual-afetiva o caráter que será atribuído ao relacionamento: valor-de-uso ou valor-de-troca. No direito, porém, a possibilidade de classificação, quando da captura das relações múltiplas dos indivíduos LGBTs pelo contrato, na forma jurídica, torna-se limitada a uma única alternativa, da qual não há escapatória: contratos e negócios jurídicos, na visão pasukaniana de direito, implicam um intercâmbio de mercadorias de valor-de-troca. Evidentemente, esse intercâmbio dos sujeitos homossexuais ou heterossexuais como mercadorias de valor-de-troca está circunscrito no campo do direito. Nas formas jurídicas, na arena dos elementos superestruturais, ocorre a afirmação dos indivíduos, pessoas morais, dos sujeitos de direito, em virtude da expressão de (livres) vontades por meio do contrato – ou seja, como mercadorias de valor-de-troca. O direito, no fundo, como elemento da superestrutura, vai tratar de dirimir conflitos de natureza patrimonial. Não há ilusões: neste litígio, nada mais adequado à perspectiva liberal dos direitos humanos que a captura, ou a adesão ao contrato (união estável ou casamento civil), implique direitos e deveres recíprocos, como adoção, previdência e seguridade social, sucessão, entre outros. A demanda social bate à porta do Judiciário e virar-lhe as costas somente se torna impossível em virtude das pressões sociais do movimento LGBT.

Vale lembrar que Marx explica a força de trabalho como uma mercadoria pela qual o homem, ao se desvalorizar, mantém-se vivo. Ou seja, ao se desvalorizar, meninas e meninos “mantêm-se vivos”, paradoxalmente, na perspectiva do contrato – é uma vida agora regulada, não é a liberdade. A mercadoria é também, em mais um paradoxo, necessária por manter o ser humano vivo e, ao mesmo tempo, matá-lo, ao deformar seu corpo, sua mente, sua integridade física, intelectual, humana. Essa caracterização subsiste com o fetichismo da mercadoria. O fetichismo, segundo Marx, é um caráter misterioso que compõe a mercadoria, carregada de “sutilezas metafísicas e argúcias teológicas”²⁷. Devemos, entretanto, ponderar que essa caracterização misteriosa da

²⁷Ibidem, P. 92.

mercadoria não é proveniente, segundo Marx, do valor-de-uso nem dos fatores determinantes do valor. Nas palavras de Marx, o fetichismo se elucida assim:

“A mercadoria é misteriosa simplesmente por encobrir as características sociais do próprio trabalho dos homens, apresentando-as como características materiais e propriedades sociais inerentes aos produtos do trabalho; por ocultar, portanto, a relação social entre os trabalhos individuais dos produtores e o trabalho total, ao refleti-la como relação social existente, à margem deles, entre os produtos do seu próprio trabalho. Através dessa dissimulação, os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas sociais, com propriedades perceptíveis e imperceptíveis. (...) Uma relação social definida, estabelecida entre os homens, assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. Para encontrar uma símile, temos de recorrer à região nebulosa da crença. Aí, os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, figuras autônomas que mantêm relações entre si e com os seres humanos. É o que ocorre com os produtos da mão humana, no mundo das mercadorias. Chamo a isso de fetichismo, que está sempre grudado aos produtos do trabalho, quando são gerados como mercadorias. É inseparável da produção de mercadorias.”²⁸

Marx chama de fetichismo, portanto, aquele mistério que acompanha os produtos do trabalho quando intercambiados como mercadorias, aquele mistério que reveste a mercadoria de todas as características próprias do trabalho humano e transfere-lhe um caráter (falsamente) autônomo. O fetichismo esconde as relações sociais de produção e aprisiona essas relações numa coisa, a mercadoria – é o fetichismo da mercadoria. Esse caráter misterioso atribuído por Marx não pode ser confundido com o místico ou o transcendental no entendimento de Pasukanis:

“Sabemos muito bem que a categoria mercadoria, por exemplo, apesar de seu evidente caráter ideológico, reflete uma relação social objetiva. Sabemos que os diferentes estágios de desenvolvimento desta relação,

²⁸Ibidem, P. 94.

sua maior ou menor universalidade, são realidades de fatos materiais que devem ser tomados em consideração como tal e não apenas enquanto processos ideológicos e psicológicos.”²⁹

O caráter fetichista, na visão de Pasukanis, revela-se como uma expressão de elementos materiais, que não podem ser confundidos com processos unicamente ideológicos ou psicológicos.

Nesse processo com base nas relações e nas trocas materiais, Pasukanis afirma que o fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico. “A esfera de domínio que envolve a forma do direito subjetivo é um fenômeno social que é atribuído ao indivíduo da mesma forma que o valor, outro fenômeno social, é atribuído à coisa enquanto produto do trabalho.”³⁰ Ou seja, o direito subjetivo, do qual decorre a faculdade da tomada de decisões (livres) na perspectiva do direito, atribui um certo fetichismo ao sujeito de direito quando do exercício dos direitos humanos. Tem-se um novo enigma assim descrito por Pasukanis:

“As relações entre os homens no processo de produção possuem, num determinado estágio de desenvolvimento, uma forma duplamente enigmática. Elas aparecem, por um lado, como relações entre coisas (mercadorias) e, por outro lado, como relações de vontade entre unidades independentes umas das outras, porém iguais: como relações entre sujeitos de direito. Ao lado da propriedade mística do valor surge um fenômeno não menos enigmático: o direito”³¹.

Mercadorias estabelecem relações entre si por que, como revela Marx, no sistema capitalista, por meio de equivalente – o dinheiro –, elas são resultantes da produção do trabalho humano revestidas de valor-de-troca. É um trabalho estranhado, ao qual o homem não tem alternativa senão se tornar outra mercadoria ao oferecer sua força de trabalho no mercado para sobreviver com o equivalente – o dinheiro. Pasukanis

²⁹PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 25.

³⁰Ibidem, P. 90.

³¹Ibidem.

observa, por outro lado, que as relações entre sujeitos apresentam o direito tão enigmático quanto o fetichismo da mercadoria. Pois bem, é o fetichismo que impregna a mercadoria, misteriosamente, das relações sociais de trabalho, que extrai do homem durante o processo produtivo sua subjetividade.

Como o fetichismo jurídico, assim como o fetichismo da mercadoria, consolida um fenômeno enigmático entre sujeitos quando da manifestação de suas vontades, faz-se necessário afirmar que esse atributo institui toda forma jurídica como um mecanismo de regulação de (troca de) mercadorias no valor-de-troca. Nesse ponto, as decisões do STF e do STJ trazem uma problematização em relação ao fetichismo que qualquer ato jurídico carrega consigo.

Meninas e meninos que rompem com o “sempre foi assim” e que decidem dizer “não” a uma realidade heterossexista das relações afetivo-sexuais, não importando aqui as motivações da homossexualidade (naturais, comportamentais, culturais, sociais ou políticas) e apenas importando a manifestação de suas práticas e de seus desejos eróticos, acham-se numa encruzilhada diante das contradições do direito. Por um lado, o direito já mostrou que é capaz de capturar as demandas da comunidade LGBT, e o materialismo histórico-dialético, por outro lado, mostra que o direito também é capaz, nessa captura, de fetichizar os seres humanos na celebração de contratos (trocas de mercadorias ou de coisas – no caso sexual, nas trocas de desejos) fetichizados. Já se sabe que o fetichismo da mercadoria e também o fetichismo jurídico se apoderam da autenticidade das relações humanas por substituir seu caráter de uso (prazer e satisfação) pela essência capitalista da troca.

“A vida social, ao mesmo tempo, se desloca, por um lado, para uma totalidade de relações reificadas, nascendo espontaneamente (como o são todas as relações econômicas: nível de preços, taxa de mais-valia, taxa de lucro, etc.), isto é, relações nas quais os homens não têm outra significação senão que a de coisa e, por outro lado, para uma totalidade de relações nas quais o homem somente é determinado na medida em que se oponha a uma coisa, quer dizer, é definido como sujeito. Esta é precisamente a relação jurídica.”³²

³²PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Renovar, Rio de Janeiro, 1989, P. 85.

Nas relações econômicas, de acordo com Pasukanis, o homem apresenta-se senão de outra forma que não uma coisa. Escreve o autor que resta apenas esse atributo que o faz objeto e que se reflete na totalidade das relações sociais, até mesmo aquelas em que o direito tenta distanciar o homem da condição de coisa e “elevá-lo” à condição de sujeito de direito.

A realização da sexualidade humana necessita de uma revolução, empenhada num projeto político socialista, capaz de superar as armadilhas do fetichismo da mercadoria e do fetichismo jurídico. Marx oferece todo o instrumental eficiente para a superação do capitalismo ao desconstruir, com sua análise, esse sistema e ao escancarar o caráter misterioso atribuído à mercadoria de valor-de-troca – o fetichismo. A união estável e o casamento civil, na ordem jurídica, portanto, não escapam dos arranjos sociais engendrados para a proteção da propriedade. No entanto, meninas que amam e se atraem por meninas e meninos que amam e se atraem por meninos insistem em casar, e até conseguem na conformidade jurídica – como exemplos têm-se as decisões do STF e do STJ, além da repercussão social. O que esse fenômeno social de reconhecimento pode representar a um projeto que tenta efetivamente empreender a liberdade? Uma fissura, mas não representa a superação – esse diagnóstico não se pode perder de vista. Com o casamento ou a união estável surge um novo “sempre foi assim”? Surge um novo em oposição ao velho, que encapsulado vai se tornar, cedo ou tarde, o novo velho. Como desviar das capturas que apenas mantêm inabaladas as estruturas econômicas dominantes? A partir da mobilização pela efetivação de um novo projeto político e econômico alicerçado nos conceitos marxistas, logo, sob a perspectiva do materialismo histórico-dialético.

A opressão de gênero

Engels³³, ao tratar da origem da família, da propriedade privada e do Estado, traça as primeiras linhas-mestras para a desconstrução do fatalismo do “sempre foi

³³ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 1ª Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

assim” referente à questão de gênero. Na verdade, Engels dá os passos iniciais, para o marxismo e para a teoria feminista, na direção de revelar às meninas e aos meninos LGBTs as raízes da opressão que fundamentam a divisão sexual do trabalho e sustentam as repressões sexuais limitadoras de desejos, práticas, corpos e sexos das mulheres e dos homens, sejam elas e eles homossexuais ou heterossexuais. Seus passos são iniciais e sua obra inconclusa. Engels, no entanto, deixa pistas, para as meninas e para os meninos, de que a concepção de família ou de casamento, como legitimadores das relações sexuais ou de afeto, nem “sempre foi assim”, embora os arranjos sociais ainda hoje insistam em naturalizar essa concepção. Apesar de suas limitações em seu tempo histórico, Engels esforça-se em estruturar uma teoria da opressão sexual, uma teoria específica, mas deixa inacabada esta tarefa.

“Em *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, a condição social da mulher ganha um relevo especial, pois a instauração da propriedade privada e a subordinação das mulheres aos homens são dois fatos simultâneos, marco inicial das lutas de classes”, escreve Moraes³⁴, com base nas reflexões de Engels. Autores e autoras marxistas e feministas dedicam-se até os dias atuais a esta empreitada. No entanto, as contribuições incipientes de Engels sobre as relações de gênero fornecem elementos conceituais para o entendimento da família como célula originária da propriedade privada e do Estado, na qual a heterossexualidade obrigatória se constitui como condição imperativa. A transposição dessa condição, entretanto, torna-se possível, como já mostrado até aqui e comungado com o pensamento de Engels, por meio do rompimento com o fetichismo da mercadoria e com o fetichismo jurídico para a efetividade de um novo projeto político.

Nesse sentido, Engels diferencia os conceitos de família e de parentesco porque, enquanto “a família prossegue vivendo, o sistema de parentesco se fossiliza; e, enquanto este continua de pé pela força do costume, a família o ultrapassa”³⁵. Ou seja, nem sempre foi assim.

A primeira crítica de Engels se faz em relação à monogamia. A monogamia é um pressuposto das relações familiares, das relações de afeto e das relações sexuais e presume uma ordem na qual a heterossexualidade é regra na sociedade contemporânea,

³⁴MORAES, M. L. Q. *Marxismo e Feminismo: afinidades e diferenças*. In: *Crítica Marxista*. Volume 11. Campinas, 2000. P. 89.

³⁵ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 1ª Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2010, P. 47.

porque a instituição do casamento fora legitimada e legalizada para a união entre o homem e a mulher para a preservação da propriedade protegida aos herdeiros, assegurado esse direito por um Estado como direito humano. As relações sexuais não reguladas, assim, expressam uma ameaça a essa estrutura preestabelecida. São relações livres que já existiram no curso da história da humanidade, mas que foram silenciadas e reprimidas com o progresso da civilização. “Que significam”, então, “relações sexuais sem entraves?”, pergunta Engels. “Significa que não existiam os limites proibitivos vigentes hoje ou numa época anterior para essas relações.”³⁶ Logo, a opressão feminina e a repressão aos desejos de meninas e de meninos homossexuais, como elementos de uma construção histórica de valores moralizantes, desconstrói a lógica do discurso e das práticas do “sempre foi assim”.

Engels afirma que o acúmulo de riquezas ocasionou uma revolução na lógica do poder do matriarcado e a transferência do poder para o patriarcado. É uma explicação alegórica, evidentemente, mas historicamente é inegável que as riquezas se converteram em propriedade particular das famílias, como gado e escravos. As famílias passaram a necessitar de escravos para administrar suas riquezas, pois havia limitação em seu número de membros que tornava incapaz o gerenciamento de bens sem o uso do trabalho de outrem. O homem ganhou, aos poucos, uma posição de maior destaque dentro da família e, com isso, surgiu a ideia de alterar a lógica de herança, transmitindo-a apenas a herdeiros legítimos. Surgiu, esboça Engels, a opressão de gênero:

“O desmoronamento do direito materno foi *a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo*. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de procriação.”³⁷

Instaura-se a família monogâmica, a família do “sempre foi assim”, que define os papéis autorizados de meninas e de meninos. Essa família opressora da condição da mulher e daquelas meninas ou daqueles meninos que ousam ameaçar a estrutura patriarcal de poder já foi retocada, e ainda é – basta se observar as decisões do STF e do

³⁶Ibidem, P. 53.

³⁷Ibidem, P. 77.

STJ pela legitimação e legalização das relações homossexuais capturadas pelo direito –, mas jamais foi suprimida, como escreve Engels³⁸.

A família monogâmica, reivindicadora da fidelidade feminina, “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”³⁹. Esse processo de procriação e de formação da família estabelece a dominação de um sexo pelo outro. Engels, ao tratar dessa dominação, traz à tona uma ideia construída com Marx de que “a primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos”⁴⁰ e, após citar a afirmação escrita com Marx, Engels vai além:

“Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros.”⁴¹

Com essa afirmação, Engels abre precedente para o surgimento de uma teoria feminista marxista. “A ênfase na historicidade das instituições humanas”, explica Moraes, “permitiu a compreensão da família como fenômeno social em que a divisão social do trabalho é também uma divisão sexual entre funções femininas e masculinas”⁴². Engels, portanto, revela que a relação entre homens e mulheres se fortalece na opressão e repressão de uma “classe” que silencia aquelas e aqueles

³⁸Ibidem, P. 78.

³⁹Ibidem, P. 83.

⁴⁰Ibidem, P. 87.

⁴¹Ibidem.

⁴²MORAES, M. L. Q. *Marxismo e Feminismo: afinidades e diferenças*. In: Crítica Marxista. Volume 11. Campinas, 2000. P. 90.

indivíduos cujos desejos, práticas, corpos e sexos se chocam com a instituição matrimonial monogâmica.

A partir da relação de opressão e repressão de uma “classe” contra outra (masculino *versus* feminino), como esboçou Engels, emergem as teses de Scholz⁴³ na perspectiva do marxismo. A autora propõe uma crítica baseada na teoria do valor, na qual afirma que o “trabalho abstrato constitui um princípio masculino fundamental que anda de mãos dadas com as relações sexuais assimétricas, ou melhor, com a dominação masculina”⁴⁴. De pronto, ela afirma que o patriarcado deve ser caracterizado pelas diferenças sociais entre os sexos como produtos da cultura, não decorrendo essas diferenças de dados biológicos⁴⁵. A dominação masculina, desse modo, resulta de um emaranhado de relações econômicas, políticas e sociais que condicionaram e condicionam à subjugação mulheres e aquelas meninas e aqueles meninos (homossexuais) que se contrapõem ao padrão cultural, histórico e socialmente construído, tido como hegemônico e dominador – o paradigma masculino.

“A contradição básica da socialização da forma-valor, de matéria (conteúdo, natureza) e forma (valor abstrato), é determinada com especificação sexual. Todo conteúdo sensível que não é absorvido na forma abstrata do valor, a despeito de permanecer como pressuposto da reprodução social, é delegado à mulher (dimensão sensível, emotividade etc.).”⁴⁶

Ora, Scholz argumenta que essa assimetria e esse desempenho de papéis coloca o homem como o valor. Na sociedade burguesa, esse fenômeno ocorre em virtude da distinção da esfera pública da esfera privada. “A esfera privada é ocupada pelo tipo ideal ‘feminino’ (família, sexualidade etc.), ao passo que a esfera pública (trabalho abstrato, Estado, política, ciência, arte etc.) é ‘masculina’.”⁴⁷ De acordo com Scholz, na Modernidade, surge a imagem da mulher burguesa, retida à esfera privada, que conjuga

⁴³SCHOLZ, R. *O Valor é o Homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos*. Revista Krisis. In: www.antivalor.vilabol.uol.com.br/textos/krisis/roswitha/tx_roswi_002.htm, 1992.

⁴⁴Ibidem, P. 2.

⁴⁵Ibidem, P. 3.

⁴⁶Ibidem, P. 3.

⁴⁷Ibidem, P. 3.

duas características da mulher medieval: a imagem da bruxa e da virgem. Cabia a essa mulher burguesa sua condição domesticada, “que representava, por um lado, a humildade, a amabilidade e a obediência e, por outro, também uma versão domesticamente comedida da paixão e do erotismo”⁴⁸. A autora explica que, no século XIX, a domesticação da mulher atinge seu ápice, uma vez que o casamento e a maternidade tornaram-se o local genuíno reservado aos sujeitos do sexo feminino – espaço que hoje é reivindicado por meninas e meninos homossexuais que, espera-se, ousam romper com o “sempre foi assim”.

Scholz afirma que na segunda metade do século XX há um processo de individualização que rompe com padrões tradicionais de organização da família, por exemplo, mas que não alteram o fundamento do homem como valor⁴⁹, o masculino “como depositário histórico da objetivação valorativa. Foram quase exclusivamente os homens que se comportaram como autores e executores da socialização pelo valor. Eles puseram em movimento, embora sem o saber, mecanismos fetichistas”.⁵⁰ Scholz trata de evidenciar que esses mecanismos fetichistas passaram “a levar vida própria”, tendo como base o homem e também a mulher. Nesse sentido, a luta é conjunta: “Tanto homens quanto mulheres têm de compreender que ‘nossa’ sociedade é determinada pelo patriarcado e pelo valor”⁵¹.

“Nós mesmos, homens e mulheres, somos o patriarcado, e o confronto direto entre os sexos é um dos aspectos centrais de sua crise. Mas, além disso, é urgente a luta feminista de ambos os sexos contra as formas de existência sociais, objetivadas e reificadas das cisões patriarcais produzidas pelo valor. A superação do patriarcado é ao mesmo tempo a superação da forma fetichista da mercadoria, pois esta é o fundamento da cisão patriarcal. O objetivo revolucionário seria, portanto, um grau mais elevado de civilização, no qual homens e mulheres sejam capazes de fazer pelas próprias mãos suas histórias, para além do fetichismo e de suas atribuições sexuais.”⁵²

⁴⁸Ibidem, P. 8.

⁴⁹Ibidem, P. 10.

⁵⁰Ibidem, P. 15.

⁵¹Ibidem, P. 17.

⁵²Ibidem, P. 17-18.

Esse ponto que impinge ao homem e à mulher, independentemente de suas atribuições sexuais, a capacidade de dominar suas histórias encontra-se com as proposituras conceituais de Rubin⁵³ – filósofa que resgata o projeto inacabado de Engels e propõe uma “economia política” do sexo e, em substituição ao conceito de patriarcado, debatido por Scholz, cunha o “sistema de sexo/gênero”. Ela estabelece um avanço teórico significativo na teoria feminista ao relacionar a antropologia, a psicanálise e o marxismo para conceituar o sistema de sexo/gênero. Rubin funde conceitos de Marx, Engels, Freud e Lévi-Strauss para mostrar como se opera a opressão contra a mulher. Rubin consegue ampliar a questão da opressão da mulher para questões de gênero e, assim, localiza os homossexuais – as meninas e os meninos – no mapa da opressão sexual. Ao relacionar esses conceitos, Rubin busca construir um sistema de sexo/gênero que possibilite uma análise da opressão sexual tão acurada quanto àquela proposta pela crítica do capitalismo feita por Marx ao tratar da exploração da classe trabalhadora.

“Adoto a definição preliminar de um ‘sistema de sexo/gênero’: um conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e na qual estas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas.”⁵⁴ Rubin afirma ser a sexualidade um construto histórico-social no qual se assentam necessidades edificadas com base na transformação de aparatos biológicos. Para Rubin, além de desnaturalizar o sexo, o marxismo faz outras contribuições à teoria feminista. Ela explica que “Engels visualiza a opressão sexual como parte daquilo que o capitalismo herda de formas sociais anteriores”⁵⁵. Nesse sentido, Rubin afirma que toda sociedade se organiza economicamente para atribuir significado cultural ao sexo. Essa “matéria-prima biológica” é regulada pela intervenção humana e convencionada. A sociedade cria convenções, portanto, sobre o prazer e a procriação, porque “sexo como o conhecemos – identidade de gênero, desejos e fantasias sexuais, conceitos de infância – é, sim, em si mesmo, um produto social”⁵⁶.

Engels apresenta um projeto de extrair do parentesco uma teoria da opressão da mulher. Lévi-Strauss, segundo Rubin, consegue mostrar que a troca de mulheres, por

⁵³RUBIN, G. *O Tráfico de Mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo*. Tradução: Christiane Rufino Dabat; Edileusa Oliveira da Rocha; Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.

⁵⁴Ibidem, P. 2.

⁵⁵Ibidem, P. 5.

⁵⁶Ibidem.

meio das relações de parentesco, oferece suporte para a formulação da teoria da opressão da mulher e da sexualidade, uma vez que o tabu do incesto define aqueles parceiros sexuais que são permitidos e proibidos⁵⁷. A mulher é subjugada à condição de coisa, portanto, quando posta como matéria-prima em circulação entre os homens. “Sistemas de parentesco”, explica Rubin, “não trocam meramente mulheres. Eles trocam acesso sexual, estatutos genealógicos, ancestrais e nomes de linhagem, direitos e pessoas – homens, mulheres e crianças”⁵⁸.

Ao analisar a divisão sexual do trabalho, Rubin apresenta a raiz da heterossexualidade obrigatória e explica a base material da repulsa às práticas homossexuais. De acordo com as observações de Lévi-Strauss, ela afirma que a divisão sexual do trabalho não encontra fundamentação na biologia, mas em arranjos sociais que visam garantir a união dos homens e das mulheres e, assim, assegurar a viabilidade de unidades econômicas menores – a família. “A divisão do trabalho pode também ser vista como um tabu contra arranjos sexuais diferentes daqueles que envolvem pelo menos um homem e uma mulher, impondo assim um casamento heterossexual.”⁵⁹

Logo, desejos, tesões, paixões, amores e afetos de meninas e de meninos que ousam romper com o “sempre foi assim” significam uma ameaça à ordem social, econômica e política cristalizada da heterossexualidade. “No nível mais geral, a organização social do sexo”, conceitua Rubin, “repousa sobre o gênero, a heterossexualidade obrigatória e a coerção da sexualidade feminina”⁶⁰. Obviamente, essa heterossexualidade obrigatória imprime marcas profundas na homossexualidade. Essa obrigação da heterossexualidade estabelece padrões rígidos de personalidade e comportamento que negam qualquer característica feminina nos homens e qualquer característica masculina nas mulheres – são opressões e repressões que agem sobre o sistema de sexo/gênero.

Rubin afirma que os indivíduos são condicionados ao casamento e que Lévi-Strauss quase afirma que a heterossexualidade é um processo instituído⁶¹. Sim, a heterossexualidade é um processo social, econômico, político, cultural e histórico

⁵⁷Ibidem, P. 9.

⁵⁸Ibidem, P. 10.

⁵⁹Ibidem, P. 11.

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Ibidem, P. 12.

instituído. O tabu do incesto, apontado por Engels, é um tabu prévio contra a homossexualidade, enfatiza Rubin.

“A proibição de algumas uniões heterossexuais implica um tabu contra uniões não-heterossexuais. Gênero não é apenas uma identificação com um sexo; ele também supõe que o desejo sexual seja direcionado ao outro sexo. A divisão sexual do trabalho está implicada nos dois aspectos do gênero – ela os cria homem e mulher, e os cria heterossexuais. A supressão do componente homossexual da sexualidade humana e, como corolário, a opressão dos homossexuais é, portanto, um produto do mesmo sistema cujas regras e relações oprimem as mulheres.”⁶²

Rubin recorre a Freud para que se possa entender o desejo heterossexual, enquanto Lévi-Strauss apresenta, por meio da estrutura do parentesco, a heterossexualidade obrigatória. Com base nas alegorias psicanalíticas, é na fase edipiana, explica a autora, que os indivíduos definem seus desejos sexuais. As meninas não podem desejar e amar a mãe porque não podem satisfazê-la, uma vez que não são detentoras do falo masculino, enquanto os meninos carregam a culpa pela atração pela mãe e o temor pelo pai, que a detém como mulher, coisa, mercadoria trocada⁶³. É um recurso mítico para explicar um fenômeno social, material, concreto. “O parentesco baseia-se numa diferença radical entre os direitos dos homens e das mulheres. O complexo edipiano confere direitos masculinos ao menino, e obriga a menina a contentar-se com seus direitos diminuídos.”⁶⁴ Freud e suas categorias teóricas, vale lembrar, são evocados também alegoricamente para explicar, por meio da psicanálise, fenômenos e complexos sociais, para além do psicologismo e do biologicismo.

A proposta de Rubin, contra essa ordem de diminuição da mulher, de superioridade do homem e de marginalização da homossexualidade, vai ao encontro de uma sociedade livre das amarras moralizantes em torno da sexualidade. Assim como Marx almeja o estabelecimento de uma sociedade sem classes, Rubin vislumbra uma

⁶²Ibidem.

⁶³Ibidem, P. 19.

⁶⁴Ibidem, P. 20.

sociedade sem gênero⁶⁵. Essa proposta, no entanto, deve ser executada evidentemente por meio do surgimento de um novo projeto político que dê cabo e plenitude a essa proposta libertadora. Um sistema político e econômico, o socialismo, capaz de se livrar das capturas e das dissimulações do direito na ordem capitalista. Nesse sentido, o sistema de sexo/gênero serve para entender a opressão e tem objetivos políticos e econômicos para uma superação dialética, de acordo com Rubin. O sistema de sexo/gênero exige, sim, um esforço político:

“Pessoalmente, penso que o movimento feminista deve sonhar com algo mais do que a eliminação da opressão das mulheres. Ele deve sonhar com a eliminação das sexualidades obrigatórias e dos papéis sexuais obrigatórios. O sonho que acho mais fascinante é de uma sociedade andrógina e sem gênero (mas não sem sexo), em que a anatomia de cada um é irrelevante para o que cada um é, faz ou com quem cada um faz amor”⁶⁶.

Esse novo tempo, para meninas e meninos, homossexuais ou heterossexuais, sonhado por Rubin, só pode se estruturar em uma realidade na qual exista vida em abundância. Uma nova estrutura de economia política do sexo precisa se firmar, no entanto. Rubin afirma ser necessária uma investigação acerca da evolução da troca de mulheres (intercâmbio sexual) de acordo com o que Marx discute em *O Capital* sobre dinheiro e mercadoria. “Parentesco e casamento”, afirma Rubin, “fazem parte de sistemas sociais totais e são sempre costurados em arranjos econômicos e políticos”⁶⁷. Somente por meio de uma economia política do sexo se pode, de fato, desvendar as contradições do casamento, seus arranjos econômicos e políticos e alcançar a superação de uma realidade repressiva, na qual a heterossexualidade obrigatória, instituída econômica e politicamente, cerceia as manifestações de desejos divergentes e dissonantes daquela que se instaura hegemônica, a heterossexual.

A historicidade das instituições humanas, como a família, apontada por Moraes, e a construção do sistema de sexo/gênero, descrita por Rubin, permitem afirmar que as

⁶⁵Ibidem, P. 22.

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷Ibidem, P. 24.

relações de gênero que se operam na sociedade são construídas histórica e socialmente. Nesse sentido, Haraway⁶⁸, ao compor uma definição de gênero para um dicionário marxista, apresenta algumas pistas sobre o que é ser homem e o que é ser mulher. Primeiramente, de acordo com a autora, todas as conceituações modernas de gênero sustentam-se na afirmação de Beauvoir de que “não se nasce mulher”. Logo, há uma desnaturalização do gênero. Marx e Engels, porém, propuseram instrumentos importantes para as teorizações sobre gênero⁶⁹. “Gênero é um conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplas arenas de luta.”⁷⁰ A mulher, no entendimento de Haraway, faz-se e é feita, produzida, a partir de tramas econômicas e políticas que legitimam o seu lugar e o lugar do homem na arena social das relações humanas.

A conceituação de gênero, nesse sentido, é uma criação social, assim como a de raça, mas que, apesar de sua imaterialidade biológica relevante, produz uma realidade. As feministas e os feministas, portanto, segundo Haraway, devem se opor radicalmente a esses processos fictícios que produzem uma realidade capaz de privilegiar os homens em detrimento das mulheres e também de meninas e meninos que ousam ter desejos diferentes daqueles legitimados pela heterossexualidade obrigatória. “Uma feminista”, diz Haraway, “é alguém que luta pelas mulheres enquanto classe e pela desaparecimento de tal classe. A luta principal é pela destruição do sistema social da heterossexualidade, porque ‘sexo’ é a categoria política naturalizada que funda a sociedade como heterossexual”⁷¹.

A recusa de se situar em um ou em outro gênero, no feminino ou no masculino, é um posicionamento político, de acordo com Haraway. Ela afirma que o entendimento da categoria social do gênero exige uma “historicização das categorias de sexo, carne, corpo, biologia, raça e natureza, de tal modo que as oposições binárias, universalizantes, que geraram o conceito de sistema de sexo/gênero num momento e num lugar particular na teoria feminista sejam implodidas”⁷². A implosão do conceito de sistema de sexo/gênero, portanto, consiste na superação dialética do gênero e a permanência do sexo, conforme a propositura de Rubin.

⁶⁸HARAWAY, D. “*Gênero*” para um Dicionário Marxista: a política sexual de uma palavra. In: Cadernos Pagu, Campinas, 2004.

⁶⁹Ibidem, P. 211.

⁷⁰Ibidem.

⁷¹Ibidem, P. 225.

⁷²Ibidem, P. 246.

O sistema de sexo/gênero de Rubin a ser implodido com o desaparecimento do gênero proposto por Haraway mostra como se constitui a opressão sexual na sociedade cuja regra geral é a heterossexualidade. Desnuda a conceituação social e histórica de gênero, situa a heterossexualidade obrigatória nos arranjos econômicos e políticos da sociedade e denuncia a opressão feminina e a marginalização da homossexualidade. Engels apresenta uma crítica ao casamento monogâmico. Marx e Pasukanis empreendem uma crítica ao fetichismo da mercadoria e ao fetichismo jurídico. Nesses embates conceituais, emergem os direitos humanos com suas possibilidades e suas limitações ao ofertar suas respostas e também suas soluções.

CAPÍTULO 2

DIREITOS HUMANOS E HOMOSSEXUALIDADE

A mobilização de meninas e de meninos: o movimento LGBT

Na luta contra velhos valores, práticas e poderes surgem, então, organizados aquelas meninas e aqueles meninos que negam a fixidez imposta pelo “sempre foi assim”. Embora o movimento LGBT seja recente no Brasil, a homossexualidade não o é. A articulação dos homossexuais vem, dia a dia, com acertos e erros, tropeços e vitórias, garantindo a conquista de direitos humanos. No entanto, a força desse processo histórico-dialético encontra-se na luta, no movimento e na articulação dos sujeitos, e não apenas nas concessões de direitos e do direito. Muito além de conquistar direitos humanos, que conquistados ou cedidos podem na mesma lógica relativista da sociedade democrática ser retirados, confiscados, novamente negados, a importância da reivindicação por direitos humanos LGBTs sustenta-se na luta, no embate entre sujeitos antagônicos que chegam à porta da Justiça e denunciam contradições.

Essa movimentação estruturada emerge no País a partir da década de 1970, em virtude da efervescência política da abertura e da redemocratização. Somente essa constituição política dos indivíduos LGBTs é capaz de confrontar, com força, instituições, práticas e discursos que impõem a lógica desse “sempre foi assim” às meninas e aos meninos homossexuais. Como já evidenciado nesta trajetória, o fetichismo jurídico somente será transposto por meio de superações dialéticas, e a constituição de uma sociedade intransigentemente livre e radicalmente igualitária exige um movimento coeso e forte, com intenções econômicas e políticas, capazes de implodir de vez o gênero e todas as opressões do capitalismo.

Apesar de o movimento homossexual ter pouco mais de 30 anos no Brasil, a sociabilidade homossexual, sobretudo a masculina, ganha vigor a partir da primeira metade do século XX, após a abolição da escravatura, no fim do século anterior, e com a eminente expansão da indústria e a urbanização do País. Todos esses fenômenos

econômicos foram fundamentais para a realização de práticas, desejos, sexos e corpos homossexuais no transcorrer da história recente. Furtado, por exemplo, explica que a principal transformação do Brasil, ainda no fim do século XIX, foi o surgimento da classe trabalhadora assalariada em oposição ao quadro anterior de crescimento econômico induzido pelo setor escravista ou pelos núcleos de subsistência⁷³.

Essa configuração sistêmica do capitalismo impôs novo dinamismo à sociedade brasileira em sua estruturação econômica, com reflexos inevitáveis nas relações sociais e políticas, e nessas relações sociais obviamente se localizavam também as relações sexuais, homossexuais e também heterossexuais.

Segundo Furtado, esse dinamismo vai de encontro ao antigo sistema econômico estático, cujos reflexos também atingiam a vida cotidiana e a política de forma a deixá-las estanques e imutáveis. Surge, em contraposição a uma economia voltada para o mercado externo e para a satisfação de demandas da metrópole, um mercado (consumidor) interno e uma nova conjuntura social e política:

“O mecanismo desse novo sistema, cuja importância relativa cresce rapidamente, apresenta diferenças profundas com respeito à antiga economia exclusivamente de subsistência. Esta última, como vimos, caracteriza-se por um elevado grau de estabilidade (...) Convém analisá-la devidamente, se pretendemos compreender as transformações estruturais que levariam, na primeira metade do século XX, à formação no Brasil de uma economia de mercado interno. (...) Os assalariados transformam a totalidade ou quase totalidade de sua renda em gastos de consumo. A classe proprietária, cujo nível de consumo é muito superior, retém parte de sua renda para aumentar seu capital, fonte dessa mesma renda”⁷⁴.

Esse rearranjo da base econômica, baseado no trabalho assalariado e na reconfiguração dos meios de produção – a transposição da base dos meios de produção do campo para a cidade – impacta, portanto, fortemente o cotidiano das relações sociais

⁷³FURTADO, C. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, P. 218.

⁷⁴Ibidem, P. 218-219.

dos brasileiros, e também dos brasileiros homossexuais. De acordo com Green⁷⁵, é impossível pensar a homossexualidade brasileira recente sem a realização de um exercício reflexivo sobre as condições materiais do País desde seus tempos remotos. Por isso, a revisitação da história para o autor é o ponto de partida para a compreensão da manifestação da sexualidade no Brasil, devendo se mostrar a influência dos meios de produção na formatação do cotidiano da população LGBT, com foco, no entanto, na população homossexual masculina do século passado.

Green, ao observar a história da construção da identidade gay, apresenta uma análise estruturada nas transformações da base econômica colonial e no desenrolar da industrialização e da urbanização do País no fim do século XIX e no início do século XX, em consonância com as reflexões de Furtado. A primeira evidência da marca histórica do deslocamento dos modos de produção sobre o comportamento homossexual, apresentada por Green e que determinou modos e costumes, data do período da abolição da escravidão. Essa base econômica, diz Green, defronta-se com o desafio de reformular seus mecanismos de manutenção do *status quo*.

As transformações sociais provocadas pela abolição da escravidão eram gritantes na sociedade brasileira por abalar justamente estruturas e reposicionar instituições sociais, como governo, família, escola, Igreja. Um novo cenário surgia na época, velhas e novas estruturas azeitavam seu poder. Nas palavras de Green, a vida (gay também) florescia:

“Enquanto a elite urbana almejava a estabilidade social e política, afro-brasileiros empobrecidos continuavam a inundar a cidade, vindos das áreas rurais circundantes e de outros Estados em busca de emprego. Do mesmo modo, como parte da onda de imigração europeia para as Américas do fim do século XIX, imigrantes estrangeiros, especialmente portugueses, contribuíram para o dramático crescimento da cidade. (...) Em meio ao alvoroço diário, milhares de jovens solteiros perambulavam pelas ruas do maior centro urbano do Brasil (Rio de Janeiro) em busca de trabalho, diversão, companhia e sexo”.⁷⁶

⁷⁵GREEN, J. N. *Além do Carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do Século XX*. Tradução: Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

⁷⁶Ibidem, P. 52.

O reposicionamento dos meios de produção nas cidades, para além do campo, com a movimentação dos sujeitos pelos espaços urbanos, forçada pela transformação da base econômica, proporcionou uma radical alteração da vida cotidiana da sociedade brasileira. A busca por trabalho, diversão, companhia, sexo, entre outros elementos da vida social, culminou no redesenho das cidades e na reconfiguração de suas atividades sociais impulsionadas pelo rearranjo econômico. A urbanização do País e a industrialização, intensificadas após a Primeira Guerra Mundial, resultaram em mudanças comportamentais.

A realidade então reconfigurada permitiu o desenvolvimento de uma subcultura homossexual no Brasil. A apropriação do espaço urbano propiciou novas relações, de acordo com Green, cujo

“Aspecto importante dessa questão diz respeito à conexão entre a ocupação de áreas públicas e das supostas esferas tradicionais da vida social brasileira, ou seja, a casa e a rua. Uma acessibilidade maior dos homens ao espaço público, a rua, facilitou os encontros eróticos homossexuais entre eles. Entretanto, a estigmatização cultural dessa atividade às vezes incentivou a criação de uma ‘contracasa’, um espaço privado onde os homens podiam interagir livremente e que servia como uma alternativa à família tradicional”⁷⁷.

A apropriação dos espaços públicos despertou também a resistência da sociedade. Não é diferente do que ocorre hoje: decisões judiciais favoráveis ao movimento LGBT, assim como políticas públicas e articulações gerais dos homossexuais, também enfrentam a resistência da sociedade.

Lá nos anos 1920 e 1930, deve-se lembrar, impulsionadas pelo positivismo, as ciências sociais buscavam responder a questões estruturais da sociedade. Impasses econômicos, políticos e sociais também eram objetos de pesquisa de ciências como medicina e criminologia, que, nesse contexto, almejavam também responder a problemas eminentemente sociais. A exposição dos homossexuais em ambientes

⁷⁷Ibidem, P. 33.

socialmente marginalizados, associados a atos ilícitos e à pobreza, deu margem a interpretações eugenistas de ligação da homossexualidade à violência, à criminalidade e à degeneração humana – em síntese, causa de miséria para esse grupo estigmatizado e desconforto para toda a sociedade brasileira.

Homens das classes dominantes, pertencentes às velhas ou às novas elites econômicas, eram beneficiados pela discrição dos espaços privados para a realização de seus desejos homoeróticos e estavam livres de abordagens policiais nos espaços públicos quando da prática social de encontros homossexuais, segundo Green. Além disso, “um nome familiar de prestígio e adequadas conexões políticas podiam proteger um filho ou um marido transgressivo contra um escândalo público”⁷⁸. Essas estruturas de dominação, de revelação e de ocultação de modos e de comportamentos permitem, segundo o autor, compreender as relações e os aspectos da estratificação social brasileira e seu impacto até hoje.

Nesse ponto, mais uma vez, a releitura do historiador tangencia-se com Furtado. “A análise das formas pelas quais a raça e a classe afetam os homens que apreciam atividades eróticas com outros homens explica como diferentes posições raciais e de classe estruturaram a sociedade brasileira.”⁷⁹ Sob o aspecto das relações sociais no espaço urbano, Green elucida que

“As relações homoeróticas muitas vezes forneceram a oportunidade para uma interação das classes e das raças, mas situações econômicas e *status* sociais desiguais geraram graves tensões e reforçaram uma relativa segregação social e racial. O nível de intersecção de classes entre homens envolvidos em relacionamentos sexuais com outros homens revela os parâmetros da segregação econômica e racial na sociedade brasileira”⁸⁰.

Os novos meios de produção baseados no trabalho assalariado, apresentado por Furtado, e a reconfiguração da vida cotidiana nas cidades da população homossexual masculina, descrita por Green, permitem compreender a demanda por direitos humanos

⁷⁸Ibidem, P. 37.

⁷⁹Ibidem, P. 34.

⁸⁰Ibidem.

para LGBTs num contexto histórico, econômico e social excludente. O capitalismo industrial alterou a realidade social dessa parcela da população, dessa minoria. Acontecimentos no contexto internacional também devem ser considerados. Eclode um paradoxo. Esse contexto brasileiro, revelam os autores, permite a realização (secreta) de desejos daqueles detentores de poder econômico e político em detrimento da estigmatização dos homens despossuídos, mas também sedentos de prazer. Mostram-se, portanto, indissociáveis as relações entre base econômica e superestrutura, uma vez que as condições materiais afetam o plano do comportamento e impedem (ou não), por questões materiais, a realização do desejo. A realização do desejo, nesses casos, pode ser interpretada com uma atitude subversiva de contestação à opressão, um levante pontual contra toda uma lógica fetichista do homem quando seu desejo sexual é tolhido e silenciado.

A movimentação social desses indivíduos, no entanto, constitui-se instrumento capaz de afetar a ordem econômica e social vigente e formatar novos comportamentos sociais. Há nesse processo um enfrentamento à base econômica e também impacto no comportamento.

A ocupação de espaços públicos e privados, como aponta Green, foi fundamental para o surgimento da sociabilidade homossexual nos grandes centros urbanos brasileiros. Esses espaços, existentes até hoje, podem ser classificados como “guetos”. Embora tenham surgido com força a partir da reabertura política no fim dos anos 1970, em paralelo com as agitações homossexuais em países desenvolvidos do Ocidente, os guetos já brilhavam nas cenas noturnas dos grandes centros urbanos, sobretudo no Rio de Janeiro e em São Paulo, anos antes, conforme narra MacRae⁸¹. “Suas raízes começaram a se formar na confluência das décadas de 1950 e 1960, quando surgiram os primeiros *shows* de travestis, e quando certas casas noturnas, como o João Sebastião Bar, em São Paulo, começaram a ser conhecidos como lugares ‘exóticos’.”⁸² Esses espaços foram fundamentais para a ebulição de práticas e de desejos subversivos, tanto sexuais quanto políticos.

O nascimento do movimento gay atual, a partir desse contexto, data de 1978, com a fundação do jornal *Lampião da Esquina* e do Grupo Somos. “Um dos aspectos

⁸¹MACRAE, E. *Em Defesa do Gueto*. In: GREEN, J. N.; TRINDADE, R. *Homossexualismo em São Paulo e Outros Escritos*. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

⁸²Ibidem, P. 295.

mais interessantes dessa aparição da homossexualidade em público é a vertente que o trata como postura política. Nesse caso, o Lâmpião teve um papel pioneiro, no qual foi acompanhado por um grupo de homens de São Paulo.”⁸³ Foram esses homens que deram origem ao Somos. Segundo MacRae, esses ativistas políticos adotaram uma postura libertária e elegeram o machismo e a sociedade patriarcal como inimigos, atacando-os, assim como os atacam Engels, Scholz e Rubin. O período de calor político colocou lado a lado, como aliados, feministas, negros e trabalhadores, e passeatas, manifestações e atos públicos foram realizados em conjunto naquele íterim.

O movimento LGBT, ainda nomeado de homossexual, começa a ganhar espaço em partidos políticos de esquerda, como PT e PCB, contam Simões e Facchini⁸⁴. A luta contra a homofobia, antes mesmo da reivindicação do reconhecimento da união homossexual ou do casamento civil, desponta na pauta do movimento homossexual. Em abril de 1980, quando o ocorre o 1.º Encontro de Grupos de Homossexuais Organizados (Egho), diretrizes nesse sentido já são apontadas: “As decisões tomadas no final, por consenso, reiteraram as resoluções indicativas pela alteração do Código de Doenças referente aos ‘transtornos sexuais’ e pela introdução da proteção de direitos relacionados à ‘opção sexual’ na Constituição”⁸⁵. Direito até hoje não tutelado.

No início da década de 1980, as cisões dentro do Somos, o principal grupo gay da época, enfraqueceram o movimento homossexual brasileiro. Outros grupos que surgiam no País também foram se tornando ao longo daquela década cada vez mais rarefeitos. Dois episódios, de acordo com Simões e Facchini, foram fatídicos para o fim do grupo: a saída das lésbicas da organização e o rompimento provocado pela participação de parte dos gays do Somos das atividades do 1.º de Maio, nas greves do ABC paulista. Surge, como já era esperado, o Grupo de Ação Lésbica-Feminista (Galf) em “necessidade de sua organização independente em vista da especificidade da sua questão feminista”⁸⁶. A cisão marcante do Somos ocorreu pelo grupo ser “incapaz de chegar a um consenso”, e todas as decisões eram em consenso, sobre o apoio à greve dos metalúrgicos. “Uma parte compareceu ao Estádio da Vila Euclides, em São Bernardo do Campo, enquanto outra parte promoveu um piquenique no Parque do

⁸³Ibidem, P. 295-296.

⁸⁴SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009, P. 106.

⁸⁵Ibidem.

⁸⁶Ibidem, P. 107.

Ibirapuera”⁸⁷. Críticos ao envolvimento político-partidário, esses membros, do piquenique como forma de protesto, formou o Grupo de Ação Homossexualista, chamado mais tarde de Outra Coisa. Enquanto isso,

“Havia uma certa apreensão, por parte dos ativistas, em relação à reação dos operários a essa atuação inédita na história do País, mas quando os 50 homossexuais (homens e mulheres) entraram no Estádio da Vila Euclides, a reação dos cem mil operários ali reunidos foi das mais inesperadas. Aplaudiram vivamente o grupo que portava duas faixas: ‘Contra a intervenção nos sindicatos’ e ‘Contra a discriminação do(a) trabalhador(a) homossexual’.”⁸⁸

Em dezembro de 1980, eram realizados os preparativos para o 2.º Eggho. Previsto para abril de 1981, o evento foi suspenso, contam Simões e Facchini, e foram realizados apenas encontros regionais em São Paulo e no Nordeste. As discussões no ato preparatório foram fraticidas. Dos 16 grupos que participaram da organização preparatória, apenas sete ainda existiam quando o evento foi realizado em Salvador. “São Paulo, que até 1981 concentrava a maioria dos grupos, ia desaparecendo do mapa do ativismo homossexual.”⁸⁹

Simões e Facchini apresentam os anos 1970 como período de agito político no movimento homossexual e apontam os anos 1980 como período de um “tremendo desafio”: a trágica epidemia da aids. “Essa nova geração de ativistas tinha pouco ou nenhum envolvimento com posições ideológicas de esquerda ou anarquista e se mostrava muito menos refratária à ação no campo institucional.”⁹⁰ A partir de projetos de prevenção à aids e de assistência aos contaminados, num período em que a doença foi associada à homossexualidade e intitulada de “câncer” e “praga gay”, o movimento homossexual começou a se profissionalizar e a atuar nas áreas governamentais para reivindicar recursos. Esses ativistas, explicam Simões e Facchini, articulam-se para

⁸⁷Ibidem, P. 108.

⁸⁸OKITA, H. *Homossexualidade: da opressão à libertação*. São Paulo: Editora Sundermann, 2007, P. 93.

⁸⁹; SIMÕES, J. A; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009, P. 113.

⁹⁰Ibidem, P. 117.

promover o *direito à diferença*. “A causa homossexual”, para esses ativistas, como Luiz Mott, “vinha em primeiro lugar”⁹¹.

Em 1987, o Grupo Gay da Bahia (GGB) e o Triângulo Rosa estiveram à frente da mobilização para incluir a proibição de discriminação por “opção sexual” na Constituição que era debatida para ser promulgada no ano seguinte. Apesar da recusa dos constituintes, a discussão foi germinada e segue inconclusa até hoje no País. O GGB, por exemplo, nessa toada, tinha um lema: “É legal ser homossexual”. Nesse período, relatam Simões e Facchini, os homossexuais debatem a substituição de “opção sexual” por “orientação sexual”. Os militantes engajados na inclusão da proibição de discriminação se lançaram também na discussão do termo adequado para definir a sexualidade. Após debates com acadêmicos e militância, houve o consenso de se instituir “orientação sexual” como uma oposição à “anormalidade” e à “essência”, conceitos anteriormente em disputa. Orientação sexual, portanto, é o gay, a lésbica, o bissexual ou o heterossexual. É a prática. A identidade de gênero, delineada somente nos anos 1990 a partir do movimento das pessoas trans, designa travestis, transexuais e transgêneros. É a identidade.

O movimento homossexual ressurgiu no Brasil, com ímpeto, na década de 1990. É nesse período que o movimento se refrata na bandeira do arco-íris e passa abarcar a maior diversidade de indivíduos marginalizados pela ordem sexual hegemônica, a heterossexual obrigatória. Simões e Facchini apresentam algumas características distintivas do movimento LGBT a partir desse período:

“Alguns desses traços continuam válidos para pensar suas características atuais: presença marcante na mídia; ampla participação em movimentos de direitos humanos e de resposta à epidemia da aids; vinculação a redes e associações internacionais de defesa de direitos humanos e direitos de gays e lésbicas; ação junto a parlamentares com proposição de projetos de lei nos níveis federal, estadual e municipal; atuação junto a agências estatais ligadas a prevenção de DST e aids e promoção de direitos humanos; formulação de diversas respostas diante da exclusão das organizações religiosas; criação de redes de grupos ou associações em âmbito nacional e local; e organização de eventos de

⁹¹Ibidem, P. 120.

rua, como as grandes manifestações realizadas por ocasião do Dia do Orgulho LGBT.”⁹²

O movimento LGBT, portanto, nasce em meio à agitação política e social da reabertura democrática do Brasil no fim dos anos 1970, mas já carrega em si o embrião da sociabilidade registrada nas décadas anteriores, como mostram Green e MacRae. Fortalece-se e enfraquece-se no início dos anos 1980, em razão dos desentendimentos ideológicos dos grupos de homossexuais. Sem contar que nesse período o fantasma da aids aterroriza o movimento gay e força à organização profissional de parte dos ativistas na reivindicação por direitos humanos de doentes, na promoção da igualdade e na luta pela não-discriminação dos homossexuais. Organizam-se as lutas contra a patologização da homossexualidade e somam-se as investidas sobre a Assembleia Constituinte para a inclusão de “opção sexual” entre os direitos de não-discriminação no texto da nova Constituição do Brasil. Como consenso nos debates do período, troca-se “opção sexual” por, enfim, “orientação sexual”.

Simões e Facchini apontam algumas características marcantes do movimento LGBT nos tempos atuais. Destacam-se a visibilidade midiática e a mobilização por direitos humanos. Com base nesses apontamentos, emergem aqui uma série de questionamentos sobre a importância dessa articulação na sociedade e na Justiça na luta pela promoção, efetivação e proteção de direitos humanos. Coloca-se aqui urgente o entendimento sobre a concepção crítica de direitos humanos da população LGBT, de meninas e meninos, que unidos, sobretudo, lutam, não por direitos humanos, mas pela emancipação e a superação do fetichismo sobre seus desejos, suas práticas, seus corpos e seus sexos. Meninas e meninos que se mostram radicalmente contra as práticas e os discursos do “sempre foi assim”.

⁹²Ibidem, P. 138.

A diversidade sexual como direito humano e seus limites

Meninas e meninos LGBTs, cientes de suas opressões, têm de lutar para subverter os processos castradores de seus desejos e amores. Meninas e meninos que contestam as práticas e os discursos do “sempre foi assim” não têm outra saída senão o enfrentamento dos mecanismos que operam contra sua liberdade substantiva e sua igualdade material. Meninas e meninos homossexuais e também meninas e meninos heterossexuais que desejam a liberdade e a igualdade devem travar uma batalha contra as práticas fetichistas, ter consciência de si, para si e em si e expressar, assim, suas vontades espontâneas e não as obrigações econômica, política e socialmente instituídas, como, por exemplo, a heterossexualidade obrigatória. Devem romper com as formas jurídicas que os subjugam à condição de coisas, de mercadorias, de meios sem fins e de fins sem meios. Devem desestruturar todo o processo repressivo. Devem revolucionar, mas devem também estar atentos às condições materiais que lhes permitem, ou impendem por um momento histórico, a profunda e a radical mudança do curso da História.

Nesse sentido e neste momento histórico, com base nos apontamentos de Green, MacRae, Okita, Simões e Facchini, sabe-se que o movimento LGBT reivindica direitos humanos, e direitos humanos são direito, e direito é a forma jurídica que reflete a forma mercantil no capitalismo segundo a visão de Pasukanis. Apontado tal paradoxo, cabe a questão: como um movimento de aparente rebeldia pode se contentar com capturas operadas pelo direito burguês? O que são direitos humanos e o que é uma crítica dos direitos humanos? Apresentam-se agora algumas respostas, limitadas e algumas tentativas mais abrangentes de reflexão.

Em virtude da recente trajetória política e histórica dos direitos humanos e do movimento LGBT, Rodrigues⁹³ afirma que a relação entre direitos humanos e diversidade sexual é uma agenda ainda em construção. Meninas e meninos que ousam confrontar os padrões da heterossexualidade imposta como regra geral, estabelecidos e legitimados nas relações sociais e também no direito, encontram entraves na promoção e na efetivação de direitos humanos. Há uma contradição. Rodrigues argumenta que as

⁹³RODRIGUES, J. *Direitos Humanos e Diversidade Sexual: uma agenda em construção*. In: VENTURI, G.; BOKANY, V. (org.). *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

demandas do movimento LGBT se vinculam aos debates sustentados pelo movimento feminista, principalmente a partir da segunda metade do século XX, por “igualdade real entre mulheres e homens”⁹⁴. “A rigor”, afirma ele, “a questão LGBT trata de uma reivindicação de igualdade formal, que, em tese, estaria já incorporada desde as primeiras proclamações da Revolução Francesa: todos são iguais perante a lei”⁹⁵. É a igualdade formal, que, obviamente, não garante a igualdade material.

Na lógica argumentativa de Rodrigues, se todos são iguais perante a lei, ninguém pode ser discriminado em razão de sua orientação sexual. Para isso, ele recorre aos artigos 3.º e 5.º da Constituição Federal de 1988 para defender a dignidade da pessoa humana e refutar a prática de qualquer discriminação, porque são todas vedadas no ordenamento jurídico brasileiro⁹⁶. A argumentação positivista também defendida por Rios⁹⁷ sustenta a igualdade formal para negar a discriminação e, assim, afirmar o princípio da não-discriminação. A força normativa de um tratamento igualitário entre todos os cidadãos e também por parte do Estado deveria garantir a proibição de toda discriminação, até mesmo por motivação de orientação sexual. “A igualdade perante a lei”, afirma o autor, “só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual”⁹⁸. Há, neste ponto, uma tentativa de unir os referenciais do direito às questões de sexualidade, gênero e reconhecimento.

O artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 é invocado pelo jurista para sustentar normativamente a força da proibição da discriminação por motivação de orientação sexual – uma estrutura de gênero, sexo, prática e desejo. O texto constitucional veda discriminação por raça, cor, sexo, idade, religião, entre quaisquer outras formas de discriminações, sem citar expressamente, contudo, a “orientação sexual”, o “gênero” e a “identidade de gênero”. Rios apresenta uma solução interpretativa para o impasse: “Examinando a proibição de discriminação por orientação sexual como hipótese apanhada pela proibição de discriminação por motivo de sexo, uma vez que ambas as hipóteses dizem respeito à esfera da sexualidade”⁹⁹ – um

⁹⁴Ibidem, P. 26.

⁹⁵Ibidem, P. 27.

⁹⁶Ibidem, P. 30.

⁹⁷RIOS, R. R. *Homossexualidade e a Discriminação por Orientação Sexual no Direito Brasileiro*. In: ALVES, Caleb Faria; FONSECA, Claudia; VERIANO JÚNIOR, Terto. *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos – diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2004, P. 149.

⁹⁸Ibidem, P. 151.

⁹⁹Ibidem, P. 153.

exercício, porém, insuficiente para uma crítica imanente dos direitos humanos numa perspectiva marxista.

No projeto político marxista de construção de uma sociedade socialista assegurar a felicidade do outro não é um exercício retórico nem um projeto altruísta, de bondade ou de caridade. Consiste numa ação que deve ultrapassar os limites filosóficos e políticos dos direitos humanos e da tolerância como seu fundamento. Os direitos humanos apresentam paradoxos e contradições, cujas investidas de bondade e de caridade são incapazes de suplantá-los. Os direitos humanos e seu projeto pluralista e tolerante, segundo Wolff, “constitui a etapa mais alta do desenvolvimento político do capitalismo industrial”¹⁰⁰. E capitalismo é opressão e, contra ele, “há a necessidade de uma nova filosofia da comunidade, além do pluralismo e além da tolerância”¹⁰¹.

Marcuse¹⁰² critica, por sua vez, a falsa tolerância, por ela mascarar opressões e se revelar, assim, repressiva. “A tolerância, contudo, não pode ser indiscriminada e igual com respeito ao teor da expressão, nem em palavra nem em ato. Não pode proteger falsas palavras e falsos atos que contradizem e combatem as possibilidades de libertação.”¹⁰³ Dessa forma, Marcuse propõe uma superação da tolerância utilitarista e da tolerância repressiva, constituídas por valores conservadores que dissimulam tolerar as diferenças, quando, na verdade, oprimem e silenciam as vozes contestadoras. Nesse sentido, “precisam ser criadas ainda as condições em que a tolerância possa torna-se novamente uma força libertadora e humanizadora”¹⁰⁴. O autor, por isso, rechaça a concepção liberal:

“A tolerância que constitui a grande realização da era liberal é ainda professada e (com fortes ressalvas) praticada, enquanto o processo econômico e político é sujeito à administração ubíqua e eficaz, de acordo com os interesses predominantes. O resultado é uma contradição objetiva entre a estrutura econômica e política, de um lado, e teoria e prática da tolerância, do outro. A estrutura social alterada tende a

¹⁰⁰WOLFF, R. P. *Além da Tolerância*. In: WOLFF, R. P. (org.). *Crítica da Tolerância Pura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, P. 57.

¹⁰¹Idem, P. 58.

¹⁰²MARCUSE, H. *Tolerância Repressiva*. In: WOLFF, R. P. (org.). *Crítica da Tolerância Pura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

¹⁰³Ibidem, P. 93.

¹⁰⁴Ibidem, P. 114.

debilitar a eficácia da tolerância para com os movimentos dissidentes e contrários e fortalecer as forças conservadoras e reacionárias.”¹⁰⁵

A sedução da tolerância e de seu discurso é perigosa e nebulosa, como mostram Marcuse e Wolff. O reconhecimento de direitos, como a união estável e o casamento civil, beiram o conservadorismo e até mesmo podem ser consideradas renovações de instituições conservadoras – um movimento reacionário. Evidentemente, não se aplica aqui um juízo de valor sobre os sentimentos dos casais, e o amor pode, e deve, ser verdadeiro, espontâneo, desinteressado, sincero, puro, autêntico e romântico. No entanto, as formas jurídicas do casamento civil e da união estável têm, sim, caráter conservador, pois sustentam e mantêm a família como uma entidade forjada pelas relações patrimoniais (patriarcais) e não em novas formas de agregação humana, com relações verdadeiramente mais solidárias.

A crítica aos direitos humanos estruturada por Zizek¹⁰⁶ também debate, nesse bojo, os descaminhos da tolerância na contemporaneidade. A tolerância tem seu sentido invertido porque o respeito à alteridade está pareado ao “medo obsessivo do assédio”, do contato real com o outro. “Meu dever de ser tolerante para com os outros significa, na verdade, que não devo chegar muito próximo a ele ou a ela (...). Isto está emergindo cada vez mais como direito humano central da sociedade capitalista avançada.”¹⁰⁷ Significa dizer que as lutas por direitos humanos estão cada vez mais baseadas no reconhecimento das diferenças e ao respeito multicultural. Esse processo resulta, porém, na fragmentação do corpo social que reivindica de forma pulverizada, logo enfraquecida, (novos velhos) direitos.

O multiculturalismo defendido pelos liberais radicais, em oposição aos conservadores radicais, segundo Zizek¹⁰⁸, esvazia o conteúdo político dos direitos humanos quando propala a tolerância. Existe uma manipulação em torno do discurso de legitimação dos direitos humanos que coloca todo esse instrumental no escopo de uma

¹⁰⁵Ibidem, P. 119.

¹⁰⁶ZIZEK, S. *Contra os Direitos Humanos*. In: Mediações: Dossiê: Direitos Humanos – Diversos Olhares, v. 15. Versão original publicada na New Left Review, n. 34, julho-agosto de 2005, sob o título *Against Human Rights*. Tradução: Sávio Cavalcante; Revisão: Martha Ramírez-Gálvez e Silvana Mariano. Londrina: UEL, 2010.

¹⁰⁷Ibidem, P. 17.

¹⁰⁸ZIZEK, S. *A Visão em Paralaxe*. Tradução: Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

“isenta” politização que atende a interesses político-econômicos específicos. A lógica pretensamente apolítica, segundo o autor, perpassa todos os direitos humanos: humanitários, feministas, sexuais, raciais etc. Ao tratar do prazer e da felicidade, Zizek conceitua a *jouissance*, ou gozo, para explicitar que existe, sim, uma política por trás dos direitos humanos, no sentido estrito do termo, que está “preocupada com as formas de aliciar, ou controlar e regular”¹⁰⁹. Esse controle político dialoga com capturas jurídicas apaziguadoras de conflitos e tensões, como exemplo bastam ser citados a união estável e o casamento civil e as respectivas decisões do STF e do STJ.

O controle político da *jouissance*, do gozo, da felicidade, como preconiza Zizek, está diretamente ligado às questões da diversidade sexual e dos chamados direitos humanos de sexualidade. O autor escreve que a polêmica proibição do uso do *hijab*, o véu islâmico, nas escolas francesas é um exemplo de regulação, por meio do direito, de práticas, desejos, sexos e corpos. Zizek argumenta que, apesar de o Estado francês alegar que propicia às meninas controle sobre seus corpos, há outro impasse crucial imposto aos críticos ocidentais do “fundamentalismo” muçulmano: “havia meninas que não participavam do jogo de disponibilizar seus corpos para a sedução sexual, para a circulação/troca nela envolvida”¹¹⁰. Zizek, ao desconstruir as argumentações de ambos os extremos, mostra como “ambos os lados mistificam ideológica e moralmente suas posições”¹¹¹, uma vez que as atitudes extremadas revelam ter em comum um caráter disciplinar extremo¹¹².

Nesse duelo entre liberais e conservadores, num contexto de capitalismo global, resta à disputa o campo moral. Aí, pois, encontram-se, como aponta Zizek, as tensões acerca dos direitos dos casais homossexuais, do direito de adoção de crianças por ele, do direito das mulheres, do combate ao racismo, entre outras questões de grupos minorizados que buscam “reconhecimento”. Encontram-se aí também todas as suas limitações. Postas no campo da moral, tais demandas carregam ainda em si elevado grau de politização e se estruturam na forma jurídica, um reflexo da forma mercantil. Segundo Zizek, “na sociedade humana, o político é o princípio estruturador abrangente,

¹⁰⁹Ibidem, P. 408.

¹¹⁰Ibidem.

¹¹¹Ibidem.

¹¹²Ibidem, P. 409.

de modo que toda neutralização de algum conteúdo parcial ‘não político’ é um gesto político por excelência”¹¹³.

A crítica de Žizek foca-se no esvaziamento político dos direitos humanos, que, por excelência, é um ato político. A relação entre direito e moral fica ainda mais evidenciada e nela se colocam os direitos de meninas e meninos que ousam dizer que nem “sempre foi assim”, que ousam subverter a lógica dominante da heterossexualidade obrigatória e que, na Justiça, obtêm o direito (moral do sujeito egoísta, da pessoa moral, do sujeito de direitos, retomando Pasukanis) de firmar (o contrato de) união estável ou casamento civil.

Existe um paradoxo, assim, na fundamentação filosófica dos direitos humanos, que lhe é intrínseco, inerente, intransponível: “O que acontece com os Direitos Humanos quando se reduzem aos direitos do *Homo sacer*, dos excluídos da comunidade política, dos reduzidos à ‘vida nua’ – ou seja, quando se tornam inúteis, já que são os direitos dos que, exatamente, não têm direitos, do que são tratados como inumanos?”¹¹⁴ Os direitos humanos brotam de uma concepção idealista supostamente capaz de solucionar, sem ir à raiz do problema, a falta de direitos daqueles que não têm direitos, como, por exemplo, os LGBTs. No entanto, Žizek opera uma análise que resgata a luta de classes ao campo dos direitos humanos e das outras lutas identitárias ou pós-identitárias, porque revela os elementos da luta de classes ocultos no discurso dos direitos humanos, tanto quando apropriado pelos liberais como pelos conservadores. “Com muita frequência, a luta pela tolerância multicultural e pelos direitos da mulher”, empreendida pelos liberais, “marca a contraposição à intolerância, ao fundamentalismo e ao sexismo patriarcal supostamente das ‘classes inferiores’.”¹¹⁵ Para Žizek, existe um antagonismo concreto (luta de classes) que deve ser articulado com outras lutas e outras diferenças (abstratas), uma vez que o concreto sobredetermina as outras disputas ao projetar-se na realidade social como o “universal concreto”.

“O termo ‘sobredeterminar’ é usado aqui no sentido althusseriano estrito: não significa que a luta de classes seja o referente principal e o horizonte de significado de todas as outras lutas; significa que a luta de

¹¹³Ibidem, P. 442.

¹¹⁴Ibidem, P. 445.

¹¹⁵Ibidem, P. 470.

classes é o princípio estruturador que nos permite explicar a própria pluralidade ‘inconsciente’ dos modos como os outros antagonismos podem se articular em ‘encadeamentos de equivalências’.”¹¹⁶

“A luta feminista” (e todas as outras lutas, portanto) “pode ser articulada num encadeamento com a luta progressista pela emancipação ou pode servir (e de fato serve) de ferramenta ideológica usada pela classe média alta para afirmar sua superioridade sobre as classes inferiores ‘patriarcais intolerantes’.”¹¹⁷

Existe, porém, uma diferença fundamental entre a luta de classes e as outras lutas, segundo Zizek. O objetivo das lutas baseadas no antagonismo da diferença (“coexistência ‘pacífica’ de sexos, religiões, grupos étnicos”) consiste em assegurar um reconhecimento indiscriminado por todos. Por outro lado, a luta de classes visa a agravar as diferenças entre as classes para transformá-las no antagonismo. “Assim, o que a série raça-sexo-classe esconde é a lógica diferente do espaço político no caso das classes: enquanto as lutas antirracistas e antissexistas são guiadas pelo esforço para obter o reconhecimento, a luta de classes visa superar e subjugar, e até aniquilar, o outro.”¹¹⁸ A interpretação marxista de Zizek revela o “giro ideológico burguês” dos direitos humanos. “Os direitos humanos universais são, com efeito, o direito dos homens brancos proprietários de trocar livremente no mercado, explorar trabalhadores e mulheres e exercer dominação política.”¹¹⁹ Por outro lado, os direitos humanos universais subsistem paradoxalmente como os direitos humanos de todos os inumanos. “No exato momento em que tentamos conceber os direitos políticos dos cidadãos sem fazer referência aos direitos humanos universais “metapolíticos”, perdemos a própria política; isto é, reduzimos a política a um jogo “pós-político” de negociação de interesses particulares”¹²⁰, logo, interesses fragmentados.

O paradoxo dos direitos humanos, apontado por Zizek, que consiste no seu giro ideológico burguês e também na promoção e efetivação dos direitos humanos dos

¹¹⁶Ibidem, P. 471.

¹¹⁷Ibidem.

¹¹⁸Ibidem, P. 471-472.

¹¹⁹ZIZEK, S. *Contra os Direitos Humanos*. In: Mediações: Dossiê: Direitos Humanos – Diversos Olhares, v. 15. Versão original publicada na New Left Review, n. 34, julho-agosto de 2005, sob o título *Against Human Rights*. Tradução: Sávio Cavalcante; Revisão: Martha Ramírez-Gálvez e Silvana Mariano. Londrina: UEL, 2010, P. 27.

¹²⁰Ibidem, P. 28-29.

inumanos sem direitos, está posto e com ele emergem os desafios para superá-lo. A forma jurídica é incapaz de executar tarefa com tamanha grandeza. Como escreve Biondi¹²¹, esse paradoxo, essa “oposição entre esses direitos e o capitalismo é inteiramente falsa, e o incremento das relações jurídicas não pode conspirar contra o tipo de sociedade que a desenvolve”¹²². Como os direitos humanos universais legitimam o direito, seu caráter estático torna-se insuperável e também um entrave para a transformação social radical, pois “o direito não evolui. O direito não é dialético. Ele não muda, não há nele nenhum motor interno. Ele é apenas tensionado, ‘de fora para dentro’, pelo embate entre as forças socialmente operantes”¹²³. O direito, portanto, não transforma a realidade de meninas e meninos LGBTs que ousam negar uma realidade na qual a heterossexualidade é a regra geral.

Biondi, ao tratar dos direitos humanos e sociais, enfatiza seu caráter burguês que reafirma o individualismo da forma jurídica. Para o jurista, falta ainda a compreensão, por exemplo, de que “até a mais abrangente rede de seguridade social carrega consigo o pecado original da equivalência jurídica, do amesquinhamento das relações sociais à semelhança da forma mercantil”¹²⁴. Na luta, porém, Biondi é poeticamente esperançoso:

“(Os direitos humanos) são lírios colhidos de um pântano enorme. (...) Os lírios são belos e exuberantes. Mas um lírio não é apenas as pétalas e o caule. Não tem ele uma raiz? E, se esta raiz está escondida no lamaçal do pântano, não partilha ela da essência do domínio em que foi fecunda? Esta é a verdade, por mais ‘dolorosa’ que seja. O charme dos lírios não os exime: eles são uma extensão do pântano. Os direitos humanos, em suas diferentes dimensões, são uma extensão do capitalismo”¹²⁵.

Diante de um cenário desalentador, Biondi recorre à ironia para mostrar que nem tudo está perdido, ao afirmar que acredita que

¹²¹BIONDI, P. *Os Direitos Humanos e Sociais e o Capitalismo: elementos para uma crítica*. (Dissertação de Mestrado). Orientação: Marcus Orione Gonçalves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP): São Paulo, 2012.

¹²²Ibidem, P. 148.

¹²³Ibidem, P. 151.

¹²⁴Ibidem, P. 169.

¹²⁵Ibidem, P. 173.

“o correto seja postar-se perante o direito com o desprezo idêntico ao que Brás Cubas, impagável figura machadiana, reservava a seu leitor. Se, na eventualidade da situação concreta, e com estrita parcimônia, o direito puder ser de alguma utilidade à classe trabalhadora, muito que bem. Caso contrário – e esta é a imensa maioria das ocasiões –, ‘um piparote e adeus’!”¹²⁶

Parafraseando Biondi: se o direito puder ser de alguma utilidade às meninas e aos meninos LGBTs que ousam contestar a heterossexualidade como regra geral, muito que bem.

O fato é que o reconhecimento da união estável e a autorização do casamento civil, com base nas ideias de Žižek, não passam da confirmação dos direitos humanos como pressupostos burgueses. Trata-se da reafirmação do paradoxo da concessão de direitos àqueles que não têm direitos, como LGBTs, negros, mulheres, entre outros grupos que lutam por reconhecimento. Por isso que, quando novas formas de agregação humana surgem estruturadas no afeto, logo trata o direito de capturá-las em sua forma jurídica. Quando estendidos esses direitos a homossexuais, pode-se observar um evidente processo reacionário de aprisionamento e de cooptação pelo direito de indivíduos que poderiam vivenciar e instituir novas formas de famílias. São os exuberantes lírios, de Biondi, mas que perdem o bom perfume e revelam-se fétidos, como o pântano de onde brotam.

Enquanto as novas formas de famílias são tolhidas e os direitos materiais básicos negados, outras estratégias mostram-se pertinentes. De fato, perante o cenário negativo de limitações do Executivo, de negligência do Legislativo e de permanente discriminação na sociedade, torna-se eficiente ao movimento LGBT e a qualquer minoria, como preconiza Biondi, o bombardeamento do Judiciário por demandas de direitos que tornem a vida material menos inumana. É uma estratégia política legítima para desestabilização de poderes fortificados, e uma estratégia política possível na própria concepção marxista. Marx e Engels afirmam que táticas e ações pontuais com os mais diversos agentes sociais e políticos são toleradas para que se lute “pelos

¹²⁶Ibidem, P. 175.

objetivos e interesses mais imediatos” da classe trabalhadora, por exemplo. Os ideais comunistas, no entanto, “representam no movimento atual o futuro do movimento”¹²⁷. Ou seja, os ideais dos comunistas devem permanecer vivos para os rebeldes: trabalhadores, negros, índios, deficientes, mulheres, meninas e meninos LGBTs, que, a cada nova pressão sobre a base econômica, deverão continuar a se questionar se “sempre foi assim” e se assim sempre será.

A decisão do STF colocou fim a uma primeira batalha, jurídica, do movimento LGBT brasileiro. Não pôs fim à guerra, não colocou em curso a revolução. Nem colocará. Antes da decisão proferida, casais homossexuais estavam alijados de direitos decorrentes do direito de família, como meação, herança, usufruto, habitação, alimentos, benefícios previdenciários, como escreve Dias¹²⁸. Todas essas demandas, vale lembrar, também se posicionam numa perspectiva positivista. Agora, de fato, as condições materiais mudaram, mas não se culminou na efetivação de um projeto político de liberdade de meninas e meninos. O movimento LGBT, como ensinam Marx e Engels, deve ainda representar, no momento atual, um movimento futuro.

Mészáros¹²⁹, ao tratar do marxismo e dos direitos humanos, destaca as críticas empreendidas por Marx em relação ao caráter individualista da afirmação histórica dos direitos humanos, empreendido pela classe burguesa em defesa de interesses particulares de uma classe e não de toda a humanidade, como já explicaram Žižek e Biondi. No entanto, Mészáros afirma que o projeto idealista dos direitos humanos choca-se com a própria realidade material da atual sociedade a ponto de tornar explícitas suas contradições econômicas e políticas. São contradições que se evidenciam insustentáveis. Ou seja, num sistema cuja premissa primeira é a exclusão social, tornam-se inócuos os discursos e as práticas que tentam, mesmo que altruisticamente, promover a inclusão social. Nessa rede de perene exclusão, apesar das tentativas de capturas de suas tramas jurídicas, não é possível que se agarre todo o mundo, não há espaço de retenção e de satisfação de e para todos.

As condições materiais atuais, segundo Mészáros, ameaçam, porém, o metabolismo social do capitalismo. “Quando isso acontece, a autolegitimação dessa

¹²⁷MARX, K; ENGELS, F. *Manifesto Comunista*. In: REIS FILHO, D. A. (org.). *O Manifesto Comunista 150 Anos Depois*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1998, P. 40.

¹²⁸DIAS, M. B. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, P. 183.

¹²⁹MÉSZÁROS, I. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social – Ensaio de negação e afirmação*. Tradução: Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

sociedade é minada radicalmente e seu caráter de classe é rapidamente desmascarado, através de seu fracasso em se manter como sistema correspondente às necessidades dos direitos humanos elementares.”¹³⁰

Sob as contradições explicitadas pelos próprios direitos humanos, o capitalismo é desmascarado, mas não superado. Diante dessas fissuras, dos rompimentos dos fios dessa rede, um projeto socialista, de acordo com Mészáros, deve considerar os direitos humanos como uma estratégia fundamental e legítima, “muito que bem”, como diz Biondi, sempre posta sob a crítica e sob as proposituras da transformação social. “O socialismo deve provar a sua superioridade face ao capitalismo precisamente ao superar as contradições da parcialidade, liderando as energias reprimidas da realização humana a todos os indivíduos.”¹³¹ Frente às demandas dos indivíduos por direitos humanos que, dada a lógica do capitalismo e as limitações materiais são inexequíveis a todos os seres humanos, revelam-se evidentes os processos e os discursos contraditórios de emancipação dos direitos humanos, mas não menos importantes para, como diz Mészáros, desmascarar a expropriação humana: o fetichismo, do qual, contra uma civilização repressiva (a sociedade capitalista), meninas e meninos LGBT devem travar lutas permanentes, não em busca de direitos humanos, mas em busca da efetivação de um novo projeto político verdadeiramente libertário, igualitário e solidário.

Ora, Mészáros tece uma crítica mordaz à visão liberal que tenta, de forma reducionista, impingir ao marxismo uma negação pela simples negação dos direitos humanos. Marx nega a ideologia dos direitos humanos e propõe completa e irreconciliável supressão da propriedade privada e do Estado em defesa do ser humano. Dentro de um projeto de totalidade, Mészáros sustenta, porém, que o marxismo deve, sim, imbuir-se de promover e defender os direitos humanos.

Esse processo é uma causa de todos, uma causa da humanidade, não uma causa das minorias. Nesse aspecto, os direitos humanos de LGBTs revelam-se importantes por apresentar as fissuras dos mecanismos de fetichização da civilização (barbárie) capitalista. “Reconhecidamente, os direitos humanos – isto é, a categoria mais abrangente em que as relações jurídicas podem ser articuladas – dizem respeito a toda a humanidade.”¹³² Nesse ponto, o pensador deixa evidente que a construção de uma

¹³⁰Ibidem, P. 165.

¹³¹Ibidem, P. 165.

¹³²Ibidem, P. 165.

alternativa socialista, na superação do capitalismo, tem por obrigação metodológica, filosófica e ideológica corresponder às expectativas de promoção, proteção e efetivação dos direitos humanos e, nesta citação longa, aponta os caminhos para o incremento desta tarefa:

“Assim, Marx distingue três fases muito diferentes de desenvolvimento social a que se aplicam os direitos humanos de forma significativamente diferente:

- 1) Sob as condições da sociedade capitalista, o apelo aos direitos humanos envolve a rejeição dos interesses particulares dominantes e a defesa da liberdade pessoal e da autorrealização individual, em oposição às forças de desumanização e de reificação ou de dominação material crescentemente mais destrutivas;
- 2) Em uma sociedade de transição, os direitos humanos promovem o padrão que estipula que, no interesse da igualdade verdadeira, ‘o direito, ao invés de ser igual, teria de ser desigual’, de modo a discriminar positivamente em favor dos indivíduos necessitados, no sentido de compensar as contradições e desigualdades herdadas;
- 3) Em uma ‘fase mais adiantada da sociedade comunista’, (...) a necessidade de aplicação de um padrão igual não existe mais, uma vez que o desenvolvimento completo de um indivíduo de modo algum interfere na autorrealização dos outros como indivíduos verdadeiros. (...) a questão da efetivação de direitos (mesmo que sejam direitos humanos) não pode nem precisa emergir, uma vez que o ‘livre desenvolvimento de individualidades’ (...) é integrante do metabolismo social e atua como seu princípio regulador fundamental.”¹³³

Esse processo explicitado por Mészáros constrói-se com base na realidade material e suas contradições. Evidencia as limitações do capitalismo e de suas ideologias para sustentação de um sistema excludente que promete inclusão. A constituição ideológica desse sistema reafirma os interesses particulares em detrimento da coletividade, fragmenta os grupos e também a totalidade. Diante das contradições, o

¹³³Ibidem, P. 168.

capitalismo opera falácias em nome dos direitos humanos que tentam justificar a impossibilidade de concretização do próprio projeto dos direitos humanos nesta lógica excludente. Surgem impasses em torno da liberdade e da igualdade, por exemplo. Abrem-se debates sobre os limites de um princípio em relação ao outro. Põe-se a liberdade num patamar dogmático e a igualdade é condicionada a uma consequência da realização da liberdade.

Sob um olhar de totalidade, Correia¹³⁴ critica qualquer propositura capitalista que defenda a supremacia da liberdade, desses interesses particulares apontados por Mészáros, em confronto com a igualdade. A liberdade no capitalismo, afirma Correia, é uma ficção justificada pelo exercício da ponderação, no qual desiguais são tratados igualmente como livres. “E liberdade, sem igualdade, não significa coisa alguma.”¹³⁵ Como já foi explicitado à exaustão, “no direito”, como confirma Correia, “a solução na colisão será inexoravelmente tendente ao reforço da lógica da liberdade de propriedade. Quando muito, a aparência é que isso não ocorre, sob a falaciosa observação de que a dignidade da pessoa humana não o permitiria”¹³⁶.

Em julgamentos como os realizados no STF e no STJ sobre temas de interesses dos LGBTs, Correia afirma que os juristas mais progressistas devem exercitar o cotejamento de princípios, sempre falacioso, atentos às armadilhas do direito, tentando pensar a liberdade na perspectiva da igualdade e da solidariedade. Tanto Correia como Facchini¹³⁷ elegem a solidariedade como “princípio” fundamental para a realização de direitos humanos daqueles que são, neste sistema ardiloso, expropriados de sua condição humana, os inumanos aventados por Zizek.

A manifestação das identidades dentro do movimento gay é, assim, extremamente importante, destaca Facchini, por o indivíduo, ao se afirmar como lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual ou transgênero, tomar um posicionamento político. A solidariedade entre eles, no entanto, deve ser uma questão perene. Essa pulverização das identidades exige uma constante vigilância por políticas de unificação, para um olhar atento à totalidade: liberdade, igualdade e solidariedade, como preconiza

¹³⁴CORREIA, M. O. G. *O Conflito de Princípios e as Falácias da Liberdade*. In: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: RBDC, número 17, janeiro-junho, 2011.

¹³⁵Idem, P. 202.

¹³⁶Ibidem, P. 203.

¹³⁷FACCHINI, R. *Entre Compassos e Descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro*. In: REVISTA BAGOAS: ESTUDOS GAYS, GÊNERO E SEXUALIDADE. Natal: UFRN, número 4, 2009.

Correia. A divisão das opressões em lesbofobia, transfobia, travestifobia e gayfobia esconde a raiz da homofobia enquanto problema social e escamoteia as mediações das mediações estruturantes da opressão heterossexista.

A solidariedade, portanto, assegura a continuidade do diálogo unido por uma política conjunta, diz Facchini. A autora tenta evidenciar as armadilhas de uma política de multiplicação de sujeitos e da soma de opressões. Essa fragmentação tende a enfraquecer as estratégias de enfrentamento e de luta por direitos humanos e a manter inalterada a ordem de negação dos desejos, práticas, corpos e sexos de homossexuais. “Atentar para a complexidade da dinâmica das relações sociais de poder e para as intersecções que se estabelecem entre diversos eixos de diferenciação social é fundamental para que sujeitos políticos e políticas públicas possam abranger mais sujeitos.”¹³⁸ A vulnerabilidade de gênero e de sexualidade, segundo Facchini, não deve ser separada entre orientação sexual e identidade de gênero, tentando buscar motivações distintas para as opressões contra lésbicas, gays, bissexuais, de um lado, e contra travestis, transexuais e transgêneros, de outro. A luta é uma só. “Assim, talvez possamos passar da soma de sujeitos e *opressões* – que se faz acompanhar pela ‘focalização da focalização’ – a uma ‘política de solidariedade’ e ao enfrentamento de vulnerabilidades contextualizadas.”¹³⁹

A proposta de Facchini, portanto, exige um olhar de totalidade sobre os indivíduos e a coletividade LGBT, significa contextualizar sujeitos e demandas numa realidade histórico-social construída e, assim, significa poder lutar pela transformação e superação das opressões.

Essa superação das opressões, contudo, exige a realização de um novo projeto político. Correia¹⁴⁰, nesse sentido, evoca a interpretação histórica, associando, portanto, liberdade, igualdade e solidariedade, para corroer o capitalismo, tendo sempre em vista a impossibilidade de superação desse sistema e suas opressões pelos direitos humanos. “Da mesma forma, é indispensável a leitura dos direitos humanos a partir de uma perspectiva histórica e não de imperativos categóricos”¹⁴¹, diz Correia, em referência

¹³⁸Ibidem, P. 153.

¹³⁹Ibidem, P. 154.

¹⁴⁰CORREIA, M. O. G. *Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe*. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴¹Ibidem, P. 131.

crítica às máximas kantianas. Segundo ele, a visão histórica dos direitos humanos mostra que o homem já viveu momentos históricos melhores e piores.

A solidariedade e a alteridade são os imperativos, diz Correia, na luta por direitos humanos. Mais: são exigências fundamentais para a concretude do projeto político do socialismo. Logo, os imperativos categóricos são postos de lado, porque é negada qualquer interpretação *a priori*. Numa perspectiva histórica, a leitura dos direitos humanos evocam sujeitos e realidade *a posteriori*. Ao tratar de uma norma que envolva uma pessoa negra, uma mulher ou um homossexual, os juristas trazem com eles cargas valorativas. Despojar-se delas é regra para se colocar no lugar do outro. “A necessidade, portanto, do verdadeiro conhecimento do outro, enquanto ser humano, é indispensável para o ato de interpretação, para evitar, por exemplo, a discriminação.”¹⁴² Desse modo, deve-se rejeitar a tolerância desconstruída por Zizek, que consiste em se distanciar cada vez mais do outro para tolerá-lo.

As novas jurisprudências dos tribunais superiores, nesse sentido, padronizam, com força vinculante, as novas ações que chegarem à Justiça sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, por conceder aos casais homossexuais os mesmos direitos dos casais heterossexuais, e sobre o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. É, destaca-se uma vez mais, uma vitória de meninas e meninos rebeldes que resistem aos mecanismos econômicos e políticos de opressão do capitalismo, entre eles o direito. O direito passa agora com as decisões do STF e do STJ a regular um comportamento. Um abalo opera-se na instituição, mas as bases econômicas determinantes não alteram suas formas nem seus conteúdos.

A percepção de mudança de comportamento da realidade chega ao Judiciário, é instituída e adquire novo caráter conservador, mas não transforma a sociedade e, por isso, permanecem surdos muitos ouvidos, como os do Legislativo e os de setores conservadores. Um primeiro ato de solidariedade, sustentado na alteridade, foi promovido por pressão dos sujeitos, não pela benevolência do direito. Uma ruptura nas estruturas, porém, permanece à espera de execução, e o ideal de uma sociedade revolucionada, livre dessas estruturas e autônoma das instituições, ainda mostra-se distante. Meninas e meninos, heterossexuais e homossexuais, seguem, para a esperança da humanidade, seus projetos de vida, de amor, de felicidade.

¹⁴²Ibidem, P. 132.

Os conflitos, na interpretação da lei, em relação à união homoafetiva, de fato, acabaram em 2011. Cessaram, findaram. Nova jurisprudência também ganha corpo em relação a conversões de uniões homossexuais em casamento civil e o CNJ padronizou norma administrativa que aprovou e editou, em 2013, resolução que veda recusa de habilitação, celebração ou conversão de união estável de pessoa do mesmo sexo em casamento.

O direito, lentamente, vai, por meio da fundamentação nos direitos humanos, cedendo às pressões sociais e abarcando demandas pontuais da população LGBT para, paradoxalmente, fortalecer-se e se manter.

O processo de transformação exigido por esses indivíduos, caso busquem a plena libertação, ainda não chegou ao fim. São eles agora sujeitos egoístas, pessoas morais, sujeitos de direito, cidadãos. Os conflitos insistem, persistem, mantêm-se, porém, incólumes na sociedade. Mesmo assim, nesse cenário, já começam a ser escritos, não pelo direito, os primeiros finais diferentes de histórias de meninas e de meninos que dizem não ao “sempre foi assim”. No STF e no STJ, essas meninas e esses meninos LGBTs de punho próprio escreveram um primeiro “final feliz” para suas histórias. A história, como ensina a dialética, porém, mantém-se aberta para meninas e meninos irem além. Elas e eles agora devem manter a convicção de que muitas outras histórias, para além de muitos outros “finais felizes”, estarão sempre prontas para vir, por vir, um porvir. Só assim, elas e eles seguirão na luta e em resistência contínua ao discurso e à prática do “sempre foi assim” para a efetividade de um novo projeto de sociedade urgentemente socializada e socialista. É, de fato, nem “sempre foi assim”.

CAPÍTULO 3

UNIÃO HOMOSSEXUAL NO STF, CASAMENTO LÉSBICO NO STJ E CRÍTICA MARXISTA

Os julgados e seus limites ideológicos

Agora, meninas quem amam meninas e meninos que amam meninos expressam seu amor e já ousam dizer seu nome em face da Justiça brasileira. Três decisões do Judiciário passaram a abraçar os casais homossexuais, ou homoafetivos, como assim prefere classificar majoritariamente a jurisprudência e a doutrina, e a lhes albergar direitos e deveres na perspectiva do direito constitucional. Em 5 de maio de 2011, o STF reconheceu a união estável homoafetiva¹⁴³ e estendeu à família homossexual o mesmo tratamento jurídico dispensado à união estável entre o homem e a mulher. No mesmo ano, no dia 25 de outubro, a Quarta Turma do STJ¹⁴⁴ autorizou duas lésbicas a converterem união estável em casamento civil em consonância com a decisão da mais alta corte. O CNJ aprovou e editou, no dia 14 de maio de 2013, resolução¹⁴⁵ que veda recusa de habilitação, celebração ou conversão de união estável de pessoa do mesmo sexo em casamento civil.

¹⁴³O STF julgou, em 4 e 5 de maio de 2011, conjuntamente, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ), proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), proposta pela Procuradoria-Geral da República. Em decisão unânime, dez ministros – Cezar Peluzo (presidente), Ayres Britto (relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux – votaram pelo reconhecimento da união estável homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido por ter atuado nas mesmas ações como advogado-geral da União e ter sustentado em defesa da procedência dos pedidos.

¹⁴⁴O STJ julgou, em 25 de outubro de 2011, pedido de conversão de união estável de duas lésbicas do Rio Grande do Sul em casamento civil. Deram provimento ao Recurso Especial 1.183.378/RS contra o Ministério Público do Rio Grande do Sul na Quarta Turma quatro dos cinco ministros. Votaram pela autorização da conversão os ministros Luis Felipe Salomão (presidente e relator), Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira. O voto vencido, no mérito, foi do ministro Raul Araújo.

¹⁴⁵O CNJ, sob a presidência do ministro Joaquim Barbosa, votou a resolução 175, em 14 de maio de 2013, que obriga todos os cartórios do País e os Ministérios Públicos das Unidades da Federação a habilitarem casais homossexuais para o casamento civil em consonância com as decisões anteriormente proferidas pelo STF e STJ. O órgão de fiscalização e controle do Poder Judiciário editou a norma com apoio de 14 dos 15 conselheiros.

Apesar do inegável avanço das decisões pró-LGBTs na Justiça, a aparente coerência do direito, ao recorrer à lógica interna de julgamento dos litígios baseada em princípios e regras, esvai-se com a problematização das demandas da sociedade e, neste caso, da comunidade homossexual. O quadro de positivação e de reconhecimento de direitos humanos na Justiça brasileira, destacado na perspectiva materialista histórico-dialética, apenas foi desenhado em razão de mobilizações dos sujeitos homossexuais ao longo das últimas décadas. Condições materiais também foram capazes de estabelecer um ambiente propício de concessão de direitos à minoria após pressão, agitação e articulação políticas. Dessa forma, apenas a base da sociedade e o momento histórico oportuno permitiram a extensão dos direitos e de proteção jurídica aos indivíduos marginalizados, que, assim, atingiram a superestrutura jurídica.

A história, embora haja esforço dos ministros do STF quando do tratamento do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar em traçar um panorama das conquistas dos homossexuais no tempo e de analisar os feitos em outros países, no espaço, a fim de realizar um exercício de direito comparado, mostra-se ausente e insuficiente para fundamentar os votos. Sem exceção, destacando-se as construções argumentativas diversificadas e até mesmo contraditórias, os ministros do STF recorreram à fundamentação kelseniana e à fundamentação principiológica, para, operando dentro do direito, buscar uma solução supostamente do direito a uma demanda estritamente social.

Tanto é assim que o ministro-relator Ayres Britto, em seu voto poético e, até mesmo, metafísico, uma vez que recorre a Chico Xavier para conceituar o amor, enquadra as relações, que paradoxalmente insiste em afirmar livres, dentro da operacionalidade pretensamente lógica e derradeira do direito:

“Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos

atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas.”¹⁴⁶

Britto e os demais ministros recorrem assim ao “saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito)”¹⁴⁷. Nesse sentido, argumentam que a Constituição Federal de 1988¹⁴⁸, no parágrafo 3.º do artigo 226, embora expresse o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não veda a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Com base na técnica de interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, que tem a mesma redação do texto constitucional, os ministros recorrem aos princípios constitucionais para dar legitimidade à decisão de conferir à união estável de meninas e meninas e de meninos e meninos o mesmo tratamento jurídico e os mesmos efeitos reservados aos casais heterossexuais. Gilmar Mendes, ao propor a técnica da analogia, escreve que justificada estará “a proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não-discriminação”¹⁴⁹ em virtude da orientação sexual, como também preceituam seus pares, a fim de promover, de fundo e principalmente, a segurança jurídica.

Pode-se acrescentar também, neste rol exemplificativo, a argumentação do ministro Joaquim Barbosa que, na mesma linha discursiva de Mendes, entende que as

¹⁴⁶ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO). P. 27.

¹⁴⁷Ibidem.

¹⁴⁸O artigo 226 da Constituição Federal de 1988, nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, conceitua família e amplia sua expansão, que antes era juridicamente apenas protegida apenas sob o matrimônio:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁴⁹ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO). P. 174.

uniões homossexuais têm embasamento em princípios para salvaguardar direitos, sustentando-se no artigo 3.º da Constituição, que inclui dentre os objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação¹⁵⁰. “São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação”, escreve Barbosa¹⁵¹. O ministro, desse modo, entende “que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais”¹⁵², e acrescente-se, “no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação.”¹⁵³

O ministro Celso de Mello, também a título de exemplo de construção discursiva, outrossim, sustentou seu posicionamento favorável ao reconhecimento da união estável homossexual em princípios, como os demais pares. “A proposta nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.”¹⁵⁴

O discurso dos ministros sustenta-se em princípios e propõe a interpretação conforme ou a analogia, de acordo com a construção argumentativa estabelecida no voto, para dirimir os conflitos existentes em razão do silêncio da Constituição e de leis infraconstitucionais acerca da regulação da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O exercício retórico, portanto, tem alicerce sedimentado sobre uma rede positivista porosa, sobre a qual, após pressões e mobilizações de meninas e meninas e de meninos e meninos que se amam e se atraem, teve suas fissuras preenchidas por suas demandas, antes negadas, e agora insustentáveis de negação. No entanto, a concessão dos direitos em nada rompe com a forma jurídica e com o fetichismo jurídico, conceitos já apresentados por Pasukanis¹⁵⁵. A ideologia da classe dominante, dessa forma, opera no e pelo discurso do direito para ampliar a abrangência dos novos “incluídos”, os LGBTs, sem espanar a rígida regulação jurídica do Estado sobre a família.

¹⁵⁰Ibidem, P. 119.

¹⁵¹Ibidem.

¹⁵²Ibidem.

¹⁵³Ibidem, P. 120.

¹⁵⁴Ibidem, P. 248.

¹⁵⁵PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

Do ponto de vista materialista histórico-dialético, como método de análise de fenômenos sociais, o posicionamento dos ministros constitui-se uma construção idealista e os processos discursivos revelam-se inevitavelmente também uma construção ideológica, como preceitua Bakhtin¹⁵⁶, que, no caso, é empreendida no sopesamento de princípios.

“Um produto ideológico faz parte de uma realidade (natural ou social) como todo corpo físico, instrumento de produção ou produto de consumo; mas, ao contrário destes, ele também reflete e refrata uma outra realidade, que lhe é exterior. Tudo que é ideológico possui um significado e remete a algo situado fora de si mesmo. Em outros termos, tudo que é ideológico é um signo. Sem signos não existe ideologia.”¹⁵⁷

Por mais coerência que os ministros tentem alegar dentro do discurso do direito para sanar uma incoerência do próprio direito – a falta de regulação das uniões homossexuais – e também tentem alegar uma aparente lógica interna capaz de supri-la, é inevitável o processo de reflexo e de refração de seu discurso limitador de reconhecimento para fora de si mesmo. Ao sustentar o reconhecimento da união estável de meninas que amam meninas e meninos que amam meninos, os ministros cometem o deslize de ignorar que, para além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, do autodesenvolvimento e da não-discriminação, o resultado do julgamento dar-se-á a partir da e na vida, e não no direito. No jogo dialético, as transformações são tão-somente materiais. Interpelados pela base material e pelas contingências históricas daqueles que lutam pelo reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, os ministros não tiveram alternativa senão se posicionarem.

O acórdão da ADPF 132/RJ opera palavras, difunde ideias e interpela a realidade. Existe, sem dúvida, por trás das expressões “*erga omnes* e efeito vinculante” proferidas pelo relator na ementa do julgado¹⁵⁸, um impacto na base material, um efeito

¹⁵⁶BAKHTIN, M. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 14ª Edição. Tradução: Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 2010.

¹⁵⁷Ibidem, P. 31.

¹⁵⁸ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 6.

prático. O positivismo de uma decisão idealista desmorona, porém, com a visão bakhtiana de que a ideologia, para a filosofia idealista e para a visão psicologista da cultura, “é um fato da consciência e que o aspecto exterior do signo (as palavras) é simplesmente um revestimento, um meio técnico de realização do efeito interior, isto é, da compreensão”¹⁵⁹. “O idealismo e o psicologismo esquecem que a própria compreensão não pode manifestar-se senão através de um material semiótico.”¹⁶⁰

“A realidade ideológica”, escreve Bakhtin, “é uma superestrutura situada imediatamente acima da base econômica.”¹⁶¹ Nesse sentido, por mais que os ministros afirmem que alicerçaram no direito e na sua lógica interna (idealista) a solução de um impasse social, resta nítido que assim o fizeram para afirmar uma realidade ideológica, da classe dominante, situada em uma superestrutura posta acima da base econômica. O direito, desse modo, operou, por meio do discurso do STF, uma captura de fenômenos sociais para enquadrá-los no que já lhe é permitido: a união estável ou o casamento civil. Não há novidade no novo velho direito de ter reconhecido o direito de formar família, seja pela união estável entre pessoas do mesmo sexo, seja pelo casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

O homossexual, portanto, “refletido no signo”, no conteúdo discursivo do acórdão da ADPF 132/RJ, “não apenas nele se reflete, mas também se refrata”¹⁶². “O que é que determina esta refração do ser no signo ideológico? O confronto de interesses sociais nos limites de uma só e mesma comunidade semiótica, ou seja: a luta de classes.”¹⁶³

“Classe social e comunidade semiótica não se confundem. Pelo segundo termo entendemos a comunidade que utiliza um único e mesmo código ideológico de comunicação. Assim, classes sociais diferentes servem-se de uma só e mesma língua. Consequentemente, em todo signo ideológico confrontam-se índices de valor contraditórios. O signo se torna a arena onde se desenvolve a luta de classes.”¹⁶⁴

¹⁵⁹BAKHTIN, M. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 14ª Edição. Tradução: Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 2010, P. 33.

¹⁶⁰Ibidem, P. 34.

¹⁶¹Ibidem, P. 36.

¹⁶²Ibidem, P. 47.

¹⁶³Ibidem.

¹⁶⁴Ibidem.

Por meio das palavras, dos signos, do discurso dos votos presentes no acórdão, vislumbra-se, sim, a luta de classes, e o Judiciário, ao estender o reconhecimento da união estável às pessoas do mesmo sexo, adota o posicionamento de incluir as meninas que amam meninas e os meninos que amam meninos em um ordenamento jurídico rígido que conveniente e paradoxalmente apresenta-se flexível ao aceitá-los, ao tolerá-los.

Não houve ruptura nem mudança de paradigmas na estruturação da entidade familiar brasileira, uma vez que a ementa do acórdão decide que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”¹⁶⁵. Além disso, o julgado afirma que a família é uma “instituição privada que, voluntariamente constituída por pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica”¹⁶⁶. Ora, nas palavras dos ministros, portanto, está tudo dentro da norma, dentro da ordem, dentro da lei do Estado Democrático de Direito (burguês).

Estar dentro da lei redundaria proferir um discurso consonante com a classe dominante que, por meio de articulações jurídico-ideológicas, tenta mascarar as bases materiais do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, “a classe dominante tende a conferir ao signo ideológico”, à decisão judicial, “um caráter intangível e acima das diferenças de classe, a fim de abafar ou de ocultar a luta dos índices sociais de valor que aí se trava, a fim de tornar o signo monovalente.”¹⁶⁷ A decisão do STF, estruturada no idealismo dos princípios do direito e no respeito ao ordenamento jurídico vigente, tornam as palavras e as coisas monovalentes para, como escreve Bakhtin, ocultar evidentes contradições sociais.

No discurso do direito, e, portanto, no discurso do acórdão da ADPF 132/RJ, quando destituído de suas contradições, “toda crítica viva pode tornar-se elogio, toda verdade viva não pode deixar de parecer para alguns a maior das mentiras. Esta dialética

¹⁶⁵ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO). P. 3.

¹⁶⁶Ibidem.

¹⁶⁷BAKHTIN, M. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 14ª Edição. Tradução: Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 2010, P. 48.

interna dos signos não se revela inteiramente a não ser nas épocas de crise social e de comoção revolucionária”¹⁶⁸. No entanto,

“Nas condições habituais da vida social, esta contradição oculta em todo signo ideológico não se mostra à descoberta porque, na ideologia dominante estabelecida, o signo ideológico é sempre um pouco reacionário e tenta, por assim dizer, estabilizar o estágio anterior da corrente dialética da evolução social e valorizar a verdade de ontem como sendo a válida hoje em dia. Donde o caráter refratário e deformador do signo ideológico nos limites da ideologia dominante.

É assim que se apresenta o problema da relação entre a infraestrutura e as superestruturas.”¹⁶⁹

De acordo com a problematização materialista histórico-dialética de Bakhtin, seja por interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, por analogia ou por sopesamento de princípios e regras, ou ainda com base nas máximas kelsenianas, as palavras dos ministros soaram e soarão sempre reacionárias, uma vez que, como ideólogos dominantes da superestrutura jurídica, trataram de estabilizar pelo discurso “o estágio anterior da corrente dialética” a fim de “valorizar a verdade de ontem” como sendo a verdade de hoje.

Significa, desse modo, atestar que, ao reconhecer a união estável de meninas que amam meninas e meninos que amam meninos, o STF apenas albergou em institutos jurídicos já existentes um fenômeno social. A nova verdade de hoje, uma aparente ruptura, como o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, para regozijo da comunidade LGBT, nada mais é que o enquadramento de um fenômeno anteriormente desregulado na regulação de institutos já existentes, como a união estável ou o casamento civil. Não por menos, o ministro Celso de Mello foi enfático ao traçar os limites de seu entendimento:

¹⁶⁸Ibidem.

¹⁶⁹Ibidem.

“VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.”¹⁷⁰

O STF afirmou, portanto, com sua realidade ideológica, a verdade de ontem (heterossexual) como a verdade de hoje (homossexual). Isso ocorre porque, como escreve Pasukanis, “só a sociedade burguesa capitalista criou todas as condições necessárias para que o momento jurídico seja plenamente determinado nas relações sociais.”¹⁷¹ Em outras palavras, a sociedade burguesa concedeu às meninas que amam meninas e aos meninos que amam meninos uma concessão, uma tutela, um direito assistido, regulado, enquadrado por uma ordem vigente já estabelecida e inabalada. Essa concessão toma forma por meio de um aparelho ideológico de Estado – no caso a Justiça brasileira –, entende Pêcheux¹⁷², com base na teorização de Althusser. Desse modo, o autor francês afirma que pretende, “ao adotar o termo aparelho ideológico de Estado, destacar vários aspectos que parecem decisivos, além de evocar, evidentemente, o fato de que as ideologias não são feitas de ‘ideias’, mas de práticas”¹⁷³.

As práticas da ideologia dominante ficam evidentes, desse modo, no discurso do acórdão da ADPF 132/RJ. “Mas os aparelhos ideológicos de Estado não são, apesar

¹⁷⁰ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO). P. 254.

¹⁷¹PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Renovar, Rio de Janeiro, 1989, P. 23.

¹⁷²PÊCHEUX, M. *Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 4ª Edição. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi et al. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

¹⁷³Ibidem, P. 130.

disso puros instrumentos da classe dominante, máquinas ideológicas que reproduzem pura e simplesmente as relações de produção existentes.”¹⁷⁴

O fato é que as contradições operadas na Justiça, como aparelho ideológico de Estado, permitem escancarar que a negação ao reconhecimento da união estável de meninas que amam meninas e meninos que amam meninos constituiria franca violação de direitos humanos – uma posição intolerável para um ordenamento jurídico que, apesar de incongruente, propõe-se lógico, coerente e fechado. Nesse sentido, de acordo com Pêcheux, “os aparelhos ideológicos de Estado constituem, simultânea e contraditoriamente, o lugar e as condições ideológicas da transformação das relações de produção (isto é, da revolução, no sentido marxista-lenista). De onde, a expressão ‘reprodução/transformação’ que empregamos.”¹⁷⁵ As fissuras dos direitos humanos, portanto, é o espaço por onde se pode atuar para empreender uma crítica à forma jurídica, sem cair em armadilhas e esperanças extremamente otimistas, mantendo-se sempre alerta.

O direito e a moral

Com base em referenciais marxistas da filosofia da linguagem e da análise do discurso, revela-se, sob o instrumental do materialismo histórico-dialético, como o acórdão da ADPF 132/RJ reafirma velhas verdades (união estável entre o homem e a mulher) enquanto novas (velhas) verdades (união estável entre pessoas do mesmo sexo) ao empreender um discurso, que é materializado, com base em arranjos idealistas do sopesamento de princípios constitucionais. Esclarece-se, portanto, que o direito tenta encontrar dentro de si, e não fora de si, uma solução para uma demanda social que bate às portas das varas de família, dos tribunais e chega, enfim, a mais alta corte brasileira.

Com uma discursividade aparentemente coerente, mas, sobretudo, reacionária por enunciar a realidade ideológica da classe dominante por meio de um aparelho ideológico de Estado, como preconizam Bakhtin e Pêcheux, os ministros, ao recorrer a doutrinas e ao direito comparado, ocultam, o que é estratégico da ideologia dominante,

¹⁷⁴Ibidem.

¹⁷⁵Ibidem.

suas intenções e suas estratégias a fim de naturalizar fenômenos que são essencialmente históricos e sociais. Nesse sentido, “a forma de contradição inerente à luta ideológica entre as duas classes antagonistas não é simétrica, no sentido em que cada uma tenderia a realizar, em proveito próprio, a mesma coisa que a outra”¹⁷⁶, diz Pêcheux, que é tomar “a existência da sociedade (com ‘o Estado’ acima dela) como espaço, como terreno dessa luta”¹⁷⁷.

“Isso ocorre porque, como diz E. Balibar, a relação de classes é dissimulada no funcionamento do aparelho de Estado pelo próprio mecanismo que a realiza, de modo que a sociedade, o Estado e os sujeitos de direito (livres e iguais em direito no modo de produção capitalista) são produzidos-reproduzidos como ‘evidências naturais’.”¹⁷⁸

A naturalização da produção do Estado e dos sujeitos de direito no acórdão da ADPF 132/RJ aparece, de certo modo, mais ou menos explícita. Apesar dos esforços de fazer da homossexualidade um fenômeno tolerável e digno de aceitação social, Britto, em seu relatório, a fim de repudiar a violência homofóbica, apresenta, sem se dar conta da derrapada discursiva, a biologia como argumento de autoridade ao afirmar que os homossexuais estão vulneráveis ao “ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento”¹⁷⁹. Ora, acasalamento ou cópula é o processo pelo qual macho e fêmea de uma dada espécie, na qual se incluem macho e fêmea também da espécie humana, juntam seus gametas para a produção/reprodução de um novo ser. Nada mais naturalizante, dessa forma, do que afirmar a possibilidade impossível de menina que ama menina e menino que ama menino juntar seus gametas para a produção/reprodução de um novo ser (social). É a tentativa de tornar natural uma evidência que não o é, até que os feitos e as descobertas da ciência genética provem o contrário.

¹⁷⁶Ibidem, P. 134.

¹⁷⁷Ibidem.

¹⁷⁸Ibidem.

¹⁷⁹ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 16.

Britto ainda comete equívoco, em outra passagem de seu voto, ao reforçar uma vez mais a naturalização da sexualidade. O ministro escreve que “nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão”¹⁸⁰. Não! Na natureza, certamente, e assim provado está pela biologia, outros fatores, que não o sentimento, como mesmo o instinto, estimulam os animais ao acasalamento ou à cópula a fim de procriação e perpetuação da espécie. Na espécie humana, sem dúvida, há os instintos que levam homens e mulheres, sejam heterossexuais ou homossexuais, às práticas sexuais, mas, também sem dúvida, há o processo de socialização que insere nessas relações naturais um caráter que, não necessariamente, impinge ao instinto um status superior ao do sentimento.

O ministro-relator, porém, faz uma ressalva pertinente em meio às afirmações sobre naturalização e socialização da sexualidade. Britto afirma que a mescla de instinto e sentimento “põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável”¹⁸¹. Por outro lado, a decisão de reconhecer aos homossexuais os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável entre o homem e a mulher, na perspectiva da naturalização, nada mais consiste do que, contraditoriamente, regulamentar o irregulamentável. Passam a ser regulamentadas, portanto, as relações sociais decorrentes das uniões entre meninas que amam meninas e meninos que amam meninos. Britto pondera que o direito deve, na esfera da sexualidade, atuar para apenas reprimir a violação da sexualidade dos indivíduos, o estupro, ou quando ocorre “o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato”¹⁸².

No discurso acerca da zona legalmente proibida do concubinato se faz presente e forte um processo altamente negado pelos juristas: a influência conformadora da moral sobre o direito contemporâneo. Aqui se dá um salto em que o discurso que reafirma o veto ao concubinato vai ao encontro das contradições, por exemplo, do voto da ministra Cármen Lúcia, que estende o conceito de pluralismo político e cunha o conceito de

¹⁸⁰Ibidem, P. 30 e 31.

¹⁸¹Ibidem, P. 31.

¹⁸²Ibidem.

pluralismo social. O debate sobre o concubinato é resgatado, porém, no voto do ministro Ricardo Lewandowski. Os ministros, dessa forma, ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e por já ter negado tutela aos direitos de uma concubina, cuja relação se resvala na zona legalmente proibida, como classifica o ministro-relator, estabelecem o que pode e o que não pode ser dito, na visão de Pêcheux dizem, portanto, o que pode e o que não pode ser praticado:

“Chamaremos, então, formação discursiva aquilo que, numa formação ideológica dada, isto é, a partir de uma posição numa dada conjuntura, determinada pelo estado da luta de classes, determina o que pode e deve ser dito (articulado sob a forma de uma arenga, de um sermão, de um panfleto, de uma exposição, de um programa etc.).”¹⁸³

Acrescente-se, neste ponto, a formação discursiva do que pode e deve (e foi) dito articulado sob a forma de uma sentença: o acórdão da ADPF 132/RJ. Na visão dos ministros, o que pode, deve e foi dito é o que não está na lei – a proibição de união estável entre pessoas do mesmo sexo – e o que está na lei (infraconstitucional) – a vedação do concubinato.

Nesse sentido, Lewandowski, ao resgatar o julgamento, na Primeira Turma do STF, do Recurso Extraordinário 397.762/BA, de relatoria do ministro Marco Aurélio, afirma ter por entendimento que “o legislador constituinte remeteu a definição de entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional”¹⁸⁴. Esse ramo do direito, por sua vez, institui, em norma negativa, o concubinato.

Naquele julgamento, por maioria e voto discordante de Britto, a Primeira Turma rejeitou o pedido de partilha de pensão feito por uma concubina que por anos conviveu e teve filhos com um homem casado. “Em idêntico diapasão”, prossegue Lewandowski, “manifestou-se a ministra Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que ‘a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união,

¹⁸³PÊCHEUX, M. *Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 4ª Edição. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi et al. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

¹⁸⁴ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 103.

adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento”¹⁸⁵. O ministro argumenta que a Constituição elenca três entidades familiares – casamento, união estável e família monoparental – e que, no julgamento da ADPF 132/RJ, depara-se com uma nova (e quarta) entidade familiar, carente de regulação legislativa e, nesse entendimento, é acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes e pelo presidente do STF na ocasião, ministro Cezar Peluzo.

Ora, nesse tocante, surgem as contradições discursivas da corte, que, arbitrariamente, estabelece o que pode e deve ser dito, o que pode e deve ser praticado, o que pode e deve ser regulamentado. Arbitrariedade, aliás, é uma característica do direito já abordada, sob a conceituação de Pasukanis¹⁸⁶. Vê-se, portanto, um malabarismo argumentativo, sustentado nos princípios constitucionais, para afirmar direitos para uns – em tela, os homossexuais – e negar para outros – no exemplo, os concubinos. É, sem dúvida, um posicionamento moral de reafirmar a família monogâmica – heterossexual ou homossexual – como a base da sociedade (*caput* do artigo 226). Contudo, essa formação discursiva, com efeitos práticos e materiais, que, aparentemente para uns promove a Justiça e para outros nega direitos, revela-se, com a desconstrução materialista histórico-dialética, cínica e oportunista, uma vez que os ministros dizem deslocar, com a Constituição Federal de 1988, o conceito de família da estrutura patriarcal para as relações de afeto. Ora, pode-se negar a existência de sexo, de afeto e de amor em uma relação de concubinato? Não.

Cármem Lúcia, em seu voto da ADPF 132/RJ, sustenta, por sua vez, a existência de um pluralismo social que se revela contraditório àquilo que preconiza no RE 397.762/BA. “Considero o pluralismo político”, afirma a ministra, “também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político”¹⁸⁷. Dessa forma, com base no princípio do pluralismo político, cunha o pluralismo social que “compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos

¹⁸⁵Ibidem.

¹⁸⁶PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

¹⁸⁷ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 96.

indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções”¹⁸⁸ – exceto, infelizmente, as concubinas e os concubinos.

Outro componente moral revela-se no panorama histórico que Britto traça acerca do conceito constitucional de família. Os parágrafos 1.º, 3.º e 4.º do artigo 226 da Constituição apresentam três modalidades de entidade familiar, a base da sociedade: a formada pelo casamento, pela união estável e pela família monoparental. Há uma hierarquia na disposição dos parágrafos, na qual o casamento civil vem em primeiro plano. Destaca-se também o fato de o texto constitucional recomendar que a lei facilite a conversão da união estável entre o homem e a mulher em casamento. Britto admite que a formação discursiva da Constituição traduz “uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição”, como diz “uma referência ao casamento de *papel passado*” – um pacto, um contrato. Faltou, ironicamente, acrescentar uma homenagem à moral e aos bons costumes. “Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos.”¹⁸⁹

Embora o direito enuncie sua laicidade e seu distanciamento das religiões, é o cunho religioso e o cunho moral que falam mais alto e ditam a hierarquização do conceito de família no acórdão do julgamento do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Uma decisão que poderia subverter um conceito de família arraigado na tradição, contraditória e surpreendentemente, vem a reiterar um conceito histórico que antes oprimia os homossexuais. Inegavelmente constata-se que o direito, uma vez mais, determina o que pode e deve ser dito, como conceitua Pêcheux, e, por conseguinte, aponta a entidade familiar valorizada, prioritária e mais adequada para um dado tempo histórico: o casamento. Em uma sociedade na qual os ministros dizem defender o pluralismo social não haveria de existir, no entanto, uma hierarquização entre qual entidade familiar é mais ou menos valorizada, todas seriam tratadas de forma igualitária – é a contradição de uma lógica incoerente e idealista do direito que busca, no seu sistema fechado, soluções para impasses e demandas sociais.

Das mais incríveis formações discursivas do acórdão do julgamento da ADPF 132/RJ, contudo, é a supressão do sufixo “sexual” e sua substituição por “afetividade”. Não mais se fala em sexo, somente em afeto. Sexo não pode nem deve ser dito; pode e

¹⁸⁸Ibidem.

¹⁸⁹Idem, P. 45.

deve ser dito afetividade para designar a motivação que une uma menina e um menino, uma menina e uma menina ou um menino e um menino que vivenciam práticas de sexo, tesão, paixão, amor e afeto. Os ministros, a fim de mostrar que estão despidos do preconceito contra homossexuais, recorrem à construção doutrinária de Dias¹⁹⁰. Britto, para tal efeito discursivo, cita a jurista: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. O afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais”¹⁹¹.

Ao longo de todo o acórdão da ADPF 132/RJ de 273 páginas, palavras como homoafetivo, homoafetiva e homoafetividade foram citadas 214 vezes em detrimento das palavras homossexual e homossexualidade, que foram grafadas 135 vezes. Tem-se um jogo dialético, no qual a quantidade é transformada na qualidade de se criar um novo sentido, o sentido do afeto, para aquelas relações que socialmente se fundamentam também no sexo. O ministro-relator, por sua vez, permite-se até criar um silogismo, para eliminar de vez o fundo sexual da questão posta em litígio, ao materializar o termo heteroafetividade: “Com essa elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da heteroafetividade”¹⁹². De vez, Britto e os demais ministros optam por calar os elementos sexuais que estão em disputa, a fim de atender tão-somente uma expectativa moral e não do direito.

Agem os ministros como se a manipulação das palavras fosse capaz de eliminar os conflitos de intolerância existentes na sociedade e, assim, impor àqueles que discriminam uma convivência harmoniosa com os LGBTs. Falácia! Engels, ao resgatar Hegel e ao explicitar as leis da lei dialética, resume essas leis em três eixos centrais: “1) a lei da transformação da quantidade em qualidade e vice-versa; 2) lei da interpenetração dos contrários; 3) lei da negação da negação”¹⁹³. Diante delas, só resta fazer o trabalho dialético de transformar a nova qualidade homoafetiva, interpenetrar

¹⁹⁰DIAS, M. B. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁹¹ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 22.

¹⁹²Ibidem, P. 23.

¹⁹³ENGELS, F. *A Dialética da Natureza*. 3.ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, P. 34.

esses contrários e afirmar, por meio da negação (da homossexualidade) da negação (da homoafetividade), que a moral não pode calar o sexo nesta realidade ideológica.

O contrato e o fetichismo jurídico

A formação discursiva do acórdão da ADPF 132/RJ traduz, portanto, uma realidade ideológica que se fundamenta na argumentação principiológica e kelseniana do direito – uma construção positivista e idealista. A análise do conteúdo dos votos dos ministros do STF permite, por meio do método materialista histórico-dialético, romper a pretensa lógica interna do ordenamento jurídico que, até por meio da moral, busca legitimar o reconhecimento da união estável entre meninas que amam meninas e meninos que amam meninos. São invocados princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, autodesenvolvimento, não-discriminação, entre outros – e a afetividade para estruturar uma decisão – um discurso e, portanto, práticas – que propala a autonomia da vontade e reverbera a segurança jurídica. Não há nada mais contratualista, porém, que a defesa da autonomia da vontade, para se firmar livremente contratos, e, assim, se efetivar a segurança jurídica enunciada em um acórdão que versa sobre direitos humanos, ou direitos fundamentais como preferem afirmar os ministros da mais elevada corte do País.

Vale, uma vez mais, invocar a máxima de Pasukanis¹⁹⁴ de que o contrato representa a ideia constitutiva do direito, pois é a partir dessa perspectiva conceitual que se desvenda o fetichismo jurídico das decisões proferidas tanto pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ quanto pela Quarta Turma do STJ no julgamento do RE 1.183.378/RS, sobre a autorização de conversão de união estável entre duas lésbicas em casamento civil.

Embora os ministros em ambas as decisões tentem projetar ao afeto uma suposta superioridade, sobretudo nos votos proferidos pelos membros do STF, o fundamento do direito encontra sentido somente na afirmação do contrato. O ministro-relator da ADPF 132/RJ escreve, por exemplo, que a livre disposição da sexualidade é “um tipo de

¹⁹⁴PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade”¹⁹⁵ – ou seja, um bem, uma coisa, um atributo, sobre o qual se pactua como e a quem dispor, negociar, transacionar o próprio corpo e os próprios sentimentos e desejos. Na ótica do direito por meio da materialidade do discurso jurídico, a livre disposição da sexualidade, afirma Britto, é “algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo”¹⁹⁶ – do sujeito egoísta, da pessoa moral, do sujeito de direitos, de acordo com a conceituação crítica pasukaniana.

A autonomia da vontade do sujeito egoísta, da pessoa moral, do sujeito de direitos – das meninas que amam meninas e dos meninos que amam meninos – nota-se também nos votos de Cármen Lúcia e Marco Aurélio. De acordo com a ministra, “não seria possível que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver”¹⁹⁷, do modo de viver homossexual. Cármen Lúcia afirma que “as escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas”¹⁹⁸. Na mesma toada, Marco Aurélio afirma que “o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles”¹⁹⁹.

A disposição da sexualidade como um bem, uma coisa, um atributo ou a escolha livre pessoal e legítima permite, dessa forma, suscitar Marx²⁰⁰ quando da conceituação de mercadoria, que, segundo o autor, satisfaz necessidades humanas, até mesmo aquelas provenientes da fantasia. A sexualidade inegavelmente se encontra no campo da fantasia humana e dispô-la como um bem em intercâmbio, por meio de um contrato – a união estável ou o casamento civil –, atribui-lhe um caráter de utilidade e, sobretudo, de valor-de-troca. “A utilidade de uma coisa faz dela um valor-de-uso”²⁰¹, afirma Marx. “O valor-de-uso só se realiza com a utilização ou o consumo. Os valores-de-uso constituem

¹⁹⁵ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 29.

¹⁹⁶Ibidem.

¹⁹⁷Ibidem, P. 94.

¹⁹⁸Ibidem, P. 97.

¹⁹⁹Ibidem, P. 208.

²⁰⁰MARX, K. *O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I, Volume I*. 27ª Edição. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

²⁰¹Ibidem, P. 58.

o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social dela. Na forma de sociedade que vamos estudar, os valores-de-uso são, ao mesmo tempo, os veículos materiais do valor-de-troca”²⁰². Segundo Marx, portanto, o valor-de-troca define-se na relação quantitativa entre valores-de-uso que se trocam, “que mudam constantemente no tempo e no espaço”²⁰³. Indivíduos, em mudança constante no tempo e no espaço – agora, os indivíduos homossexuais –, constituem-se, desse modo, bens ou coisas em relação quantitativa de troca, negociados por contratos.

De acordo com Marx, a mercadoria tem duplo sentido: valor-de-uso e valor-de-troca²⁰⁴. A forma do valor impõe-se à sociedade, a todas as relações sociais, por meio do valor-de-troca legitimado, na ficção jurídica, pelo instrumento do contrato²⁰⁵. “O valor-de-uso se realiza para as pessoas sem troca, por meio da relação direta entre as coisas e a pessoa, enquanto o valor só se realiza através da troca, isto é, por meio de um processo social.”²⁰⁶ Sendo a livre disposição da sexualidade – atributo da autonomia da vontade do indivíduo – ou suas livres escolhas pessoais bens postos à negociação, ao intercâmbio, à troca torna-se impossível escapar das armadilhas místicas, que, para Marx, manifestam-se no fetichismo da mercadoria e, para Pasukanis, asseguram-se no fetichismo do direito – o fetichismo jurídico. Marx, como já foi explicado à exaustão, concebe o fetichismo da mercadoria como o fenômeno pelo qual misteriosamente são ocultadas as características sociais do trabalho humano e, na sociedade capitalista, o direito trata de regulá-lo. Vê-se, dessa forma, que os argumentos da livre disposição da sexualidade e as livres escolhas pessoais operam para legitimar o fetichismo jurídico materializado, em tela, na segurança jurídica.

Com um discurso que, por um lado, reverbera a ideologia da classe dominante ao reafirmar estruturas do direito e que, por outro, forja-se na alegoria da afetividade, o ministro-relator da ADPF 132/RJ esforça-se para reduzir a temática patrimonial do contrato da união estável e do casamento civil a fim de tratar a livre disposição da sexualidade sob a perspectiva da individualidade. Desse modo, situa-a, do ponto de vista jurídico positivista, no princípio da intimidade e no princípio da privacidade²⁰⁷. Vã

²⁰²Ibidem.

²⁰³Ibidem.

²⁰⁴Ibidem, P. 63.

²⁰⁵Ibidem, P. 69.

²⁰⁶Ibidem, P. 105.

²⁰⁷ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 32.

ilusão! Se a sexualidade e a forma como os indivíduos a expressam e a exercitam são questões tão íntimas e privadas por que trazê-las a público? Certamente porque a fictícia e a arbitrária separação anunciada entre o direito público e o direito privado não seja assim tão distinta. Cabe ao direito, por fim, à constante regulação de processos fetichistas.

Para Britto, a família é um pacto vocacionado ao amor e à proteção de seus membros. O ministro-relator até pode expressar tal entendimento e acreditar nele. Não é segundo essa lógica, entretanto, que opera o direito. Dessa forma, em seu voto, Britto deixa escapar que a configuração contratual da família, como base da sociedade, busca a segurança jurídica, “pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada”²⁰⁸. Nessa relação família-sociedade vê-se, dessa maneira, que a barreira que impõe limites entre o direito público e o direito privado perde sua lógica, seu sentido, sua coerência e o princípio da segurança jurídica transveste-se da estabilidade invocada na decisão.

Para além da disposição livre e autônoma da sexualidade, no entanto, é a segurança jurídica, como escreve Ricardo Lewandowski, que ensurdece no acórdão:

“Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.”²⁰⁹

São os direitos e as obrigações de cunho patrimonial decorrentes da união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto, que afetam o direito e preocupam os ministros, uma vez que tanto os direitos e as obrigações localizam-se no epicentro da segurança jurídica – um princípio constitucional para o idealismo e um elemento do fetichismo jurídico para o materialismo histórico-dialético. Não por menos Gilmar Mendes, em seu voto, demonstra tamanha precaução com a insegurança jurídica que o

²⁰⁸Ibidem, P. 39.

²⁰⁹Ibidem, P. 110.

amplo reconhecimento da união homossexual implicaria ao direito. “A interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico.”²¹⁰ Por isso, Mendes faz um alerta e um apelo a seus pares:

“Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar.”²¹¹

O temor de Mendes provém das possíveis ameaças às estruturas sólidas do direito que são legitimadas por pactos ou contratos sociais que ocultam, por meio do fetichismo jurídico, as relações sociais, dando-lhes, ilusoriamente, a roupagem de estáveis e harmoniosas. O ministro propõe, desse modo, afastar conflitos e contradições que, por sua vez, são inerentes a uma sociedade na qual persiste a luta de classes. E todo o aparato jurídico, como já exposto, sendo um aparelho ideológico de Estado, um elemento da superestrutura, opera para promover, mesmo que forçosamente, uma harmonia inexistente e impossível. Um paradoxo do capital.

O que de fato está por trás das preocupações de Mendes e da reafirmação da segurança jurídica no ordenamento jurídico defendida pelos demais ministros, embora insistam filosófica e idealistamente nos argumentos principiológicos constitucionais e nas máximas kelsenianas, é, portanto, a defesa da contratualização das relações sociais. Contrato, como já defendido, implica negociação de coisas, mesmo que as coisas e os bens sejam os próprios indivíduos.

A ponderação acerca da segurança jurídica feita por Mendes, portanto, e a argumentação da autonomia da vontade empreendida por Britto, Carmen Lúcia e Marco Aurélio, por exemplo, adequam o fenômeno da homossexualidade a uma dada forma jurídica pré-estabelecida, a união estável e o casamento civil, e correspondem à ideologia da classe dominante. Isso ocorre porque, como explica Pasukanis, “uma

²¹⁰Ibidem, P. 158.

²¹¹Ibidem, P. 182.

sociedade que é constrangida, pelo estado de suas forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração, sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será constrangida igualmente a manter a forma jurídica”²¹². Nessa sociedade, apesar de todos os subterfúgios argumentativos, não se foge do contrato. Desse modo, as relações na sociedade, quando asseguradas e enquadradas pelo direito, reproduzem tão-somente a forma jurídica.

“O Direito representa a forma, envolvida em brumas místicas, de uma relação social *específica*. Neste caso não seria absurdo afirmar que esta relação transfere, em certas hipóteses, suas próprias formas para outra qualquer relação social ou mesmo à totalidade das relações.”²¹³

Nessa totalidade das relações, situam-se também a união estável e o casamento civil inevitavelmente. Por o direito regular as vontades que se trocam, pode-se, uma vez mais, aprofundando-se na raiz problemática da sociedade capitalista, trazer à tona a questão das mercadorias, por se ter assim os indivíduos como bens. O direito civil, campo no qual se situa indubitavelmente o direito de família, regula, ora, as relações patrimoniais. Marx explica que é por meio da mercadoria-dinheiro que essas trocas equivalentes, citadas por Pasukanis, operam-se na sociedade e, resta afirmar, legitimam-se pelo direito, neste caso o direito civil no ramo do direito de família. “Todo mundo sabe, mesmo os que nada mais saibam, que as mercadorias possuem forma comum de valor, que contrasta com a flagrante heterogeneidade das formas corpóreas de seus valores-de-uso. Esta forma comum é a forma dinheiro do valor.”²¹⁴ É com base em Marx que se chega ao patrimônio, à propriedade privada. O autor ainda prossegue:

“Então, mercadoria determinada, com cuja forma natural se identifica socialmente a forma de equivalente, torna-se mercadoria-dinheiro, funciona como dinheiro. Desempenhar o papel de equivalente universal

²¹²PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 28.

²¹³Ibidem, P. 47.

²¹⁴MARX, K. *O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I, Volume I*. 27ª Edição. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. P. 69-70.

torna-se sua função social específica, seu monopólio social, no mundo das mercadorias.”²¹⁵

O direito, em sua unidade pretensamente coerente e lógica, regula o mundo das mercadorias na sociedade capitalista. Desses processos regulatórios enaltecidos no e pelo direito civil não escapa o direito de família. Colocam-se de lado, portanto, os princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, autodesenvolvimento, não-discriminação, entre outros – e a afetividade apresentados como superiores na argumentação idealista dos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 132/RJ. Mais honesto intelectualmente seria se assumir o protagonismo da autonomia da vontade e das livres escolhas pessoais na fundamentação do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo na decisão provida pelo Supremo. São esses argumentos que legitimam a celebração de contratos e que sustentam a segurança jurídica tão cara ao direito, ao direito civil e ao direito de família.

Nesse bojo da totalidade das relações submetidas à forma jurídica (do contrato), a decisão proferida pelo STJ no RE 1.183.378/RS, sobre a autorização de conversão de união estável de duas lésbicas em casamento civil, revela-se exemplar no sentido de reiterar a autonomia da vontade e a segurança jurídica a fim de promover a regulação e a legitimação, por meio de contratos, pactos, atos, negócios jurídicos, de relações de direito privado, como bens e patrimônio decorrentes de direitos e obrigações, e até mesmo de sentimentos e de desejos. O ministro-relator Luis Felipe Salomão²¹⁶ fundamenta boa parte de seu voto em consonância com os princípios constitucionais enunciados pelos ministros do STF. Porém, vale destacar que tanto a corte constitucional como a corte de harmonização do direito infraconstitucional, de maior a menor grau, ocultam a natureza jurídica dos pactos, seja a união estável ou o casamento civil. Operam, assim, o fetichismo jurídico.

Longe de exaurir uma discussão acerca de direito civil, mas em face de uma crítica radical no campo dos direitos humanos, conceituar e problematizar a natureza jurídica (contratual) da união estável ou do casamento civil faz-se pertinente e relevante

²¹⁵Ibidem, P. 91.

²¹⁶RECURSO ESPECIAL nº 1.183.378/RS. Acessado em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO).

para desmistificar a construção idealista do conceito de família defendida pelos ministros tanto do STF quanto do STJ a partir da leitura do texto constitucional de 1988. Nesse sentido, um passeio pelos tortuosos caminhos do positivismo jurídico é necessário, uma vez que nem os ministros do STF nem os do STJ ousaram trilhar.

Lisboa²¹⁷, por exemplo, apresenta quatro correntes teóricas civilistas que explicam, nessa perspectiva, a natureza jurídica do casamento, pois é nela que se reverbera o fundamento patrimonialista do contrato firmado entre meninas e meninos, meninas e meninas e meninos e meninos que se amam. Conhecer-las é fundamental para criticá-las. A primeira é a teoria clássica ou contratual, “segundo a qual o casamento é um contrato celebrado entre sujeitos de direito de sexos diferentes, para a comunhão de seus bens e a satisfação de seus interesses”²¹⁸. A teoria institucional é aquela que concebe o casamento como “uma instituição natural humana, por meio da qual os objetivos intrínsecos à personalidade dos cônjuges de sexos diferentes podem ser atingidos, observada a lei”²¹⁹. Há também a teoria mista ou eclética que conceitua o casamento como “um negócio jurídico no momento da sua celebração, porém uma instituição quanto aos seus efeitos”²²⁰. E, por fim, o doutrinador filia-se à corrente teórica do negócio jurídico, a ser ver, “mais ampla que a contratual e compatível com a previsão de deveres extrapatrimoniais”²²¹. Dessa forma, casamento é, em sua raiz, a celebração de contrato para Lisboa, porque “a evolução científica levou à teoria do negócio jurídico, inserindo-se o contrato como a sua principal categoria, porém não a única”²²². Independentemente, contudo, da conceituação, quaisquer das linhas doutrinárias enxergam na autonomia da vontade o meio para a obtenção de um fim: a segurança jurídica.

A teoria contratualista também fundamenta a natureza jurídica do casamento civil para Gagliano e Pamplona Filho²²³. Para eles, “quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer

²¹⁷ LISBOA, R. S. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e Sucessões. Volume 5*. 8.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

²¹⁸Ibidem, P. 71.

²¹⁹Ibidem.

²²⁰Ibidem, P. 72.

²²¹Ibidem.

²²²Ibidem.

²²³GAGLIANO, P. B.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família; as famílias em perspectiva constitucional*. Volume 6. 3.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

contrato, tem o seu núcleo existencial no consentimento”²²⁴. Ah, a autonomia da vontade fetichizada! Na sociedade capitalista, esse é o consentimento já enunciado por Pasukanis, que classifica nessa realidade ideológica o indivíduo como sujeito egoísta, pessoa moral, sujeito de direitos preparado para expressar “livremente” suas vontades e preparado, assim, para firmar “livremente” seus contratos, dentre os quais o casamento civil. Gagliano e Pamplona Filho, no entanto, e em vão, tentam esvaziar o conteúdo unicamente patrimonialista de sua concepção ao afirmarem, veja só, que o casamento não pode ser comparado aos demais contratos regulados pelo direito civil, como compra e venda, locação, leasing ou alienação fundiária. Nesse sentido, os doutrinadores alçam a natureza jurídica do casamento ao status de contrato especial, no qual “cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização de seus projetos de vida”²²⁵. Ora, sem estratagemas, deve-se assumir de uma vez por todas que contrato é contrato, seja ele especial ou não, e o contrato, como já preceituou Pasukanis, é o elemento central do direito e de seu fetichismo jurídico²²⁶.

Apesar dos esforços dos ministros do STF e do STJ, o discurso dos princípios e do afeto, no casamento ou na união estável, é afastado, por exemplo, na conceituação doutrinária de Coelho²²⁷. Sob a problematização materialista histórico-dialética, tem-se a revelação escancarada do direito. Sem constrangimento, o discurso do direito, e logo prático, desnuda-se ao tratar o casamento única e fundamentalmente como um instrumento de “organização da vida”, como até mesmo defenderam os ministros do mais alto tribunal. “Cada casal”, escreve Coelho, “deve contratar a divisão das tarefas de organização da vida na medida em que lhes convier”²²⁸. “Pois bem, afinal, o que leva um homem e uma mulher a se casarem?”, questiona-se o doutrinador, ao passo que emite sua resposta enfática e “ousada”: “É a organização da vida. Não o amor nem a gratificação sexual”²²⁹. “Inúmeros casamentos sobrevivem sem amor e sexo, mas

²²⁴Ibidem, P. 118.

²²⁵Ibidem, P. 119.

²²⁶PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

²²⁷COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil – Família e Sucessões*. 6.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

²²⁸Ibidem, P. 39.

²²⁹Ibidem.

difícilmente se mantêm se os cônjuges não executam satisfatoriamente as tarefas cotidianas que lhes incumbem.”²³⁰ Positivismo puro.

A coragem que sobra a Coelho, e de modo menos enfático a Lisboa, Gagliano e Pomplona Filho, a título de exemplificação, faltou aos ministros do STF e do STJ ao dar nomes aos institutos jurídicos e ao construir sua argumentação. No fundo, para ambos os acórdãos, a principal justificativa para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e para a autorização da conversão da união estável de duas lésbicas em casamento é a “livre” disposição da organização da vida, da produção da vida no capitalismo. Essa é a concessão do direito, e isso não se pode negar.

Os ministros da Quarta Turma do STJ, nesse sentido, são mais explícitos. Salomão escorrega na contradição do discurso ao resgatar em seu longo voto a argumentação principiológica e kelseniana do direito proferida pelos ministros do STF no julgamento da ADPF 132/RJ, mas é coerente ao reafirmar a forma jurídica do contrato na sociedade capitalista. Na linha dos ministros do STF, o ministro-relator do RE 1.183.378/RS argumenta que “a bem da verdade, pela Carta de 1988, a família foi vista por uma nova óptica, um ‘novo olhar’, um olhar claramente humanizado, cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros”²³¹. No entanto, ao autorizar a conversão da união estável entre duas lésbicas, defende contraditoriamente a superioridade do casamento, evidentemente em virtude de sua natureza jurídica contratual: “O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil”²³².

Nesse mesmo sentido, votam, por exemplo, os ministros Maria Isabel Galotti e Antonio Carlos Ferreira. A ministra defende que “o Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade”. Diz isso em referência à decisão do julgamento da ADPF 132/RJ. A lógica, na sua perspectiva, consiste, portanto, em facilitar, como prescreve o parágrafo 3.º do artigo 226 da Constituição Federal, a conversão da união estável em casamento civil. Eis o conteúdo valorativo do

²³⁰Ibidem, P. 40.

²³¹RECURSO ESPECIAL nº 1.183.378/RS. Acessado em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 15.

²³²Ibidem, P. 17.

casamento (e de sua natureza jurídica contratual) uma vez mais exaltado. “Isso porque o regime legal do casamento destina-se a proteger mais eficientemente não somente os cônjuges, mas também a sociedade, na medida em que todos os que com eles convivem e contratam ficam cientes do estado civil respectivo.”²³³ As decorrências jurídicas, dessa forma, resvalam-se, explica Maria Isabel, nas implicações patrimoniais relevantes, no regime de bens do casal, na economia familiar, no direito sucessório, nos direitos perante o Estado, entre outros.

Ferreira lembra que há um esforço em se equiparar união estável e casamento civil, mas pontua os limites dessa construção jurídica. “A lei e a jurisprudência”, escreve o ministro, “têm procurado ao longo do tempo ampliar os conceitos sobre a união estável de modo a conferir a ela, em vários aspectos, a mesma extensão e a segurança jurídica do casamento”²³⁴. O formalismo do direito, ou como conceitua Pasukanis, a forma jurídica, fala mais alto na contratualização de vontades. “Ainda existem repercussões decorrentes das diferenças entre a união estável e o casamento, sobretudo de ordem patrimonial, embora no Código Civil de 2002 o legislador tenha dado guarida às uniões estáveis sem casamento.”²³⁵ Ferreira acompanha, por fim, o ministro-relator para blindar, como em ambas as decisões das cortes superiores, o princípio (ideológico e idealista) da segurança jurídica: “É o casamento civil o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias”.²³⁶

Escrachar a natureza jurídica do casamento e sua efetividade na promoção da segurança jurídica significa, portanto, empreender uma crítica da ciência do direito burguês nos moldes propostos por Pasukanis²³⁷, colocando-se no “terreno do inimigo”. Essa crítica, segundo o autor, precisa considerar as generalizações e as abstrações articuladas pelos juristas burgueses, assim como se articularam e generalizaram em ambas as decisões os ministros do STF e do STJ. Ao considerar que tanto o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como a autorização da conversão de união estável entre duas lésbicas em casamento civil enquadram-se nos institutos jurídicos já existentes para heterossexuais, a Justiça brasileira, sem dúvida, toma a parte pelo todo na reprodução e na extensão de um modelo pré-existente rígido e

²³³Ibidem, P. 28.

²³⁴Ibidem, P. 30.

²³⁵Ibidem.

²³⁶Ibidem.

²³⁷PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 29.

fixo. Logo, esse modelo que se apresenta como uma categoria jurídica deve ser analisado e seu verdadeiro significado, posto em evidência, diz Pasukanis, para se descobrir, como já feito até aqui, os condicionamentos históricos da forma jurídica²³⁸. Isso porque, segundo o autor,

“Toda ideologia perece com as relações sociais que a engendraram. Mas este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase na qual a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de encobrir e velar as relações sociais das quais nasceu. O pôr a nu as raízes de uma ideologia é o sinal preciso de que o seu fim se aproxima.”²³⁹

Entre as ações possíveis da crítica estão, desse modo, o desvio das armadilhas e a implosão dos aprisionamentos operados pelo direito. Apesar das argumentações idealistas dos julgados, o direito apenas se realiza nas e por meio das relações sociais e não nos e por meio dos princípios constitucionais, entre eles o da segurança jurídica, e as máximas kelsenianas defendidas pelos ministros dos mais altos tribunais (constitucional e infraconstitucional) brasileiros. “A norma, como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações pré-existentes, ou, então, representa, quando promulgada como lei estatal, um sintoma que nos permite prever, com certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes.”²⁴⁰ Pasukanis revela, por conseguinte, que o direito, enquanto ciência, age para considerar, no campo da luta de classes, realidades de fato. “Se certas relações constituíram-se em concreto, isto significa que um direito correspondente nasceu.”²⁴¹ Estando inegavelmente constituídas em concreto na sociedade brasileira a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o casamento civil LGBT, enfim, para o direito, nasceram.

Essa constatação pode ser observada, exemplarmente, no voto de Luis Fux, na apreciação da demanda da ADPF 132/RJ. “O direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos”²⁴², afirma o ministro. Terminantemente, não há nada de novo sob sua perspectiva. “Não é diferente neste

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Idem, P. 57.

²⁴¹ Idem, P. 57.

caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.”²⁴³ A crítica do direito, entretanto, é capaz de mostrar que a letargia é inerente ao processo de promoção de direitos em razão das determinações e das contradições do próprio ordenamento jurídico, que reflete e refrata a ideologia da classe dominante. Não à-toa, Pasukanis ressalta:

“Uma certa discordância entre a verdade jurídica e a verdade que é o objeto da pesquisa histórica e sociológica é inevitável. Isto não provém apenas do fato de que o dinamismo da vida social transborda as margens das formas jurídicas e de que o jurista está condenado a estar sempre atrasado em sua análise. (...) Inversamente, se colocarmos entre parênteses o ponto de vista jurídico, poderemos perceber em cada decisão do parlamento, não um ato de Estado, mas uma decisão tomada por um grupo ou clã determinado (que agem tão movidos por motivos individuais egoísticos ou por motivos de classe como qualquer outro grupo).”²⁴⁴

A ação morosa da Justiça e a omissão do Parlamento explicam, sob essa ótica, a necessidade de mobilização do movimento LGBT para ter reconhecido o direito de estabelecer união estável ou de celebrar casamento civil. Enquanto o Legislativo se cala para, pelo silêncio, defender seus interesses – os interesses da classe dominante –, o Judiciário apressa-se para, por meio de suas decisões filosoficamente idealistas, ocultar e, sobretudo, negar as incoerências de um ordenamento jurídico pretensamente lógico. Cabe aos tribunais ofertar guarida aos modos de vida das meninas que amam meninas e dos meninos que amam meninos. “Sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida”, afirma Fux²⁴⁵, ao enunciar um discurso

²⁴² ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 61.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, P. 123.

²⁴⁵ ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message.

retórico narcisista, no qual apenas nas relações já existentes e determinadas pelo direito podem os homossexuais realizar seus projetos de vida. Essas relações existentes e determinadas já foram denunciadas por Engels²⁴⁶ ao tratar da ascensão da monogamia nas relações humanas. “A família individual (nuclear) principiou a transformar-se na unidade econômica da sociedade.”²⁴⁷ E é essa família, cuja Constituição Federal de 1988 considera a “base da sociedade”, que as decisões tanto do STF quanto do STJ pretendem espelhar, como modelo e como forma jurídica, aos homossexuais.

A crítica radical no campo dos direitos humanos, como ensina Engels, mostra que o Estado, com seus aparelhos ideológicos, é um produto da própria sociedade com “antagonismos irreconciliáveis”²⁴⁸. De acordo com o filósofo, um poder é posto acima da sociedade para amortecer o choque desses interesses a fim de estabelecer a “ordem” – neste caso, manter dentro do ordenamento jurídico o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a autorização da conversão de união estável entre duas lésbicas em casamento civil. “Esse poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.”²⁴⁹

Sob o materialismo histórico-dialético, por mais progressistas que possam parecer os enunciados dos julgados da ADPF 132/RJ, no STF, e do RE 1.183.378/RS, no STJ, eles carregam em si as formas jurídicas capazes de amortecer os conflitos de interesses da sociedade a fim de manter uma aparente “ordem”. É uma ilusão. Meninas que amam meninas e meninos que amam meninos têm, portanto, de atentar que os embates seguem na sociedade, a violência não findou, o Legislativo permanece omissor. Ter consciência, portanto, dos limites dos discursos ideológicos – e, logo, práticos – do Judiciário acerca da autonomia da vontade e da livre escolha pessoal dos indivíduos para firmar contratos, como a união estável e o casamento civil, é fundamental para saber se situar e como agir no “terreno inimigo”.

Meninas que amam e se atraem por meninas e meninos que amam e se atraem por meninos, a liberdade, como lembra Marx, ainda é uma promessa:

Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO), P. 70.

²⁴⁶ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 1ª Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

²⁴⁷Ibidem, P. 206.

²⁴⁸Ibidem, P. 213.

²⁴⁹Ibidem.

“A estrutura do processo vital da sociedade, isto é, do processo da produção material, só pode despende-se do seu véu nebuloso e místico no dia em que for obra de homens livres associados, submetida a seu controle consciente e planejado. Para isso, precisa a sociedade de uma base material ou de uma série de condições materiais de existência, que, por sua vez, só podem ser resultado natural de um longo e penoso processo de desenvolvimento.”²⁵⁰

O processo é longo e penoso. Resta concluí-lo. De fato, nem sempre foi, nem sempre assim, na lógica do direito, será.

²⁵⁰MARX, K. *O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I, Volume I*. 27ª Edição. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. P. 101.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizem que o homem e a mulher foram feitos um para o outro. Primeiro trocavam olhares curiosos, insinuantes, jocosos. Depois, ocorria uma aproximação provocante. Um ritual de conquista e fuga. Um encontro inevitável, uma atração incontrolável, uma paixão indomável, um desejo inadiável. Entre o homem e a mulher havia uma explosão de sentimentos e, a partir dela, eles dividiam seus sonhos, planejavam suas vidas, construíaam seu patrimônio, e por ele zelavam, e tinham seus filhos.

O homem e a mulher, então, para viver, sobretudo “felizes para sempre”, assinavam um contrato. E a seus meninos e a suas meninas diziam, desse modo, que “sempre foi assim” e assim sempre seria, até que seus meninos e suas meninas, frutos do amor entre o homem e a mulher, subverteram a naturalização de sentimentos tão inquietantes e descobriram, não se sabe ao certo quando nem como, que como meninas poderiam amar meninas e como meninos poderiam amar meninos. Trocaram aqueles olhares curiosos, vivenciaram a aproximação provocante. Conquistavam-se e fugiam. Encontravam-se inevitavelmente na paixão indomável. Descobriram também que queriam dividir sonhos, planejar suas vidas, construir seu patrimônio e até ter seus filhos. E, para isso, como seus pais, quiseram assinar um contrato. Inventaram um novo amor, para uma velha verdade. Logo, nem sempre, como era com seus pais, foi assim.

Meninas que amam e se atraem sexualmente por meninas e meninos que amam e se atraem sexualmente por meninos, portanto, inauguraram uma nova forma de amar e buscaram no velho pacto o modo de expressar e praticar publicamente, diante da sociedade pré-existente, aquilo que os deixaram mais livres. Contraditoriamente, contrataram-se na união estável entre pessoas do mesmo sexo e celebraram o casamento civil homossexual e se deixaram paradoxalmente aprisionar, em nome da livre e espontânea vontade, pela lógica do direito. Comemoraram, enfim, as decisões do STF e do STJ que lhes garantiram, perante a lei, a igualdade formal.

No entanto, o método materialista histórico-dialético mostrou-se capaz de desnudar as contradições e os paradoxos decorrentes dos desejos de meninas que amam

meninas e meninos que amam meninos que, enquanto homens e mulheres adultos homossexuais, exigiram e conquistaram o direito idealista de celebrar contratos.

Por meio de mobilização social e articulação política, no entanto, elas e eles aproveitaram-se de condições materiais e históricas oportunas para, expondo as contradições e desconstruindo a lógica pretensamente coerente do direito, terem suas demandas atendidas pelo Judiciário. Obtiveram êxito ao desnaturalizar comportamentos e romperam com a velha lógica dos discursos e das práticas do sempre foi assim. Venceram, mas perderão se não mantiverem postura crítica diante das armadilhas fetichistas do direito e das formas jurídicas que elas expressam e materializam.

Meninas e meninos que buscam a liberdade terão de empreender constante e vigilante processo de autocrítica e crítica radical dos direitos humanos em relação a uma lógica insinuante e atraente do direito que consiste em garantir-lhes, apenas após desarranjos e pressões nas estruturas da classe dominante, concessões pontuais que amortecem, para impingir uma falsa harmonia, os conflitos marcantes da sociedade. Meninas e meninos terão de, após exigir o reconhecimento da união estável homossexual ou do casamento civil LGBT, exercitar reflexões acerca de suas conquistas e, sob um olhar de totalidade, questionar o porquê de haver outras demandas negadas a si próprios e a outrem que não se deixam aprisionar ou não podem se aprisionar – relações livres, poliamor, concubinato, entre outras tantas formas de expressão de amor – pelo direito.

Quem ama livremente e como bem entende terá de ter como baliza uma igualdade substancial que garanta a liberdade de todos. Para isso, meninas que amam meninas e meninos que amam meninos, agora mulheres e homens homossexuais, precisam desatar as amarras da forma jurídica e busca erigir, para além do fetichismo da mercadoria e do fetichismo do direito, uma nova sociedade, na qual a liberdade é premissa, e não princípio, é meta exequível e executável. O que vale para um – qualquer forma de amar, de se relacionar e de transar – vale para todos. Elas e eles colocarão de lado os princípios – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, autodesenvolvimento, não-discriminação, entre outros – e a autonomia da vontade e desbaratarão seu idealismo promovedor da segurança jurídica. Terão, então, de perpetuar uma luta, no terreno inimigo, capaz de derrubar discursos ideológicos que

implicam práticas eficientes ao refletir e refratar a sociedade, seja a base econômica, seja a superestrutura.

Meninas que amam meninas e meninos que amam meninos deverão, postos como iguais, livres e solidários, trabalhar para implodir todas as formas de opressão e, de uma vez por todas, subverter o contrato, as formas jurídicas e o gênero para deixar eclodir, por fim, as expressões da sexualidade. O ser humano inventou o amor e sua liberdade. Basta que elas e eles escolham não mais aprisioná-los.

REFERÊNCIAS

ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO).

BAKHTIN, M. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 14ª Edição. Tradução: Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 2010.

BIONDI, P. *Os Direitos Humanos e Sociais e o Capitalismo: elementos para uma crítica*. (Dissertação de Mestrado). Orientação: Marcus Orione Gonçalves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP): São Paulo, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406. Legislação Federal. Sítio eletrônico: www.planalto.gov.br, 2002.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Sítio eletrônico: www.planalto.gov.br, 1988.

BUTLER, J. *Corpos que Pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”*. In: LOURO, G. L. (org.). *O Corpo Educado*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

_____. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão de identidade*. Tradução: Renato Aguiar. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil – Família e Sucessões*. 6.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CORREIA, M. O. G. *Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe*. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Conflito de Princípios e as Falácias da Liberdade*. In: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: RBDC, número 17, janeiro-junho, 2011.

DIAS, M. B. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- ENGELS, F. *A Dialética da Natureza*. 3.^a Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- _____. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 1.^a Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- FACCHINI, R. *Entre Compassos e Descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro*. In: REVISTA BAGOAS: ESTUDOS GAYS, GÊNERO E SEXUALIDADE. Natal: UFRN, número 4, 2009.
- FURTADO, C. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- GAGLIANO, P. B.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família; as famílias em perspectiva constitucional*. Volume 6. 3.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- GREEN, J. N. *Além do Carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do Século XX*. Tradução: Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- HARAWAY, D. “Gênero” para um Dicionário Marxista: a política sexual de uma palavra. In: Cadernos Pagu, Campinas, 2004.
- KONDER, L. *O Que é Dialética*. 28.^a Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.
- LISBOA, R. S. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e Sucessões*. Volume 5. 8.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- LOURO, G. L. *O Corpo Educado*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- _____. *Um Corpo Estranho – ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- LUKÁCS, G. *História e Consciência de Classe: estudos sobre a dialética marxista*. Tradução: Rodnei Nascimento. Revisão de tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACRAE, E. *Em Defesa do Gueto*. In: GREEN, J. N.; TRINDADE, R. *Homossexualismo em São Paulo e Outros Escritos*. São Paulo: Editora Unesp, 2005.
- MARCUSE, H. *Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Tradução: Álvaro Cabral. 8.^a Edição. Rio de Janeiro: LTC, 2010.
- _____. *Tolerância Repressiva*. In: WOLFF, R. P. (org.). *Crítica da Tolerância*

Pura. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

MARX, K. *A Questão Judaica*. In: MARX, K. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Coleção Obra-Prima de Cada Autor. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

_____. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução: Maria Helena Barreiro Alves. Revisão da tradução: Carlos Roberto F. Nogueira. 3.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I, Volume I*. 27^a Edição. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. *Teses sobre Feuerbach*. In: MARX, K; ENGELS, F. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

_____. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Coleção Obra-Prima de Cada Autor. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

MARX, K; ENGELS, F. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

_____. *Manifesto Comunista*. In: REIS FILHO, D. A. (org.). *O Manifesto Comunista 150 Anos Depois*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1998.

MÉSZÁROS, I. *A Teoria da Alienação em Marx*. Tradução: Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social – Ensaio de negação e afirmação*. Tradução: Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

MORAES, M. L. Q. *Marxismo e Feminismo: afinidades e diferenças*. In: *Crítica Marxista*. Volume 11. Campinas, 2000.

OKITA, H. *Homossexualidade: da opressão à libertação*. São Paulo: Editora Sundermann, 2007.

PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PÊCHEUX, M. *Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 4ª Edição. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi et al. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

RECURSO ESPECIAL nº 1.183.378/RS. Acessado em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO).

RESOLUÇÃO N.º 175. Acessado em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

RIOS, R. R. *Homossexualidade e a Discriminação por Orientação Sexual no Direito Brasileiro*. In: ALVES, Caleb Faria; FONSECA, Claudia; VERIANO JÚNIOR, Terto. *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos – diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2004.

RODRIGUES, J. *Direitos Humanos e Diversidade Sexual: uma agenda em construção*. In: VENTURI, G.; BOKANY, V. (org.). *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

RUBIN, G. *O Tráfico de Mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo*. Tradução: Christiane Rufino Dabat; Edileusa Oliveira da Rocha; Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.

SCHOLZ, R. *O Valor é o Homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos*. Revista Krisis. In: www.antivalor.vilabol.uol.com.br/textos/krisis/roswitha/tx_roswi_002.htm, 1992.

SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

WOLFF, R. P. *Além da Tolerância*. In: WOLFF, R. P. (org.). *Crítica da Tolerância Pura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, P. 57.

ZIZEK, S. *A Visão em Paralaxe*. Tradução: Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

_____. *Contra os Direitos Humanos*. In: Mediações: Dossiê: Direitos Humanos – Diversos Olhares, v. 15. Versão original publicada na New Left Review, n. 34, julho-

agosto de 2005, sob o título *Against Human Rights*. Tradução: Sávio Cavalcante;
Revisão: Martha Ramírez-Gálvez e Silvana Mariano. Londrina: UEL, 2010.

ANEXOS

ANEXO 1

ADPF 132/RJ – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Acessado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&fb_source=message. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO).

EMENTA

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo

a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das

peças. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO

DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

ANEXO 2

RECURSO ESPECIAL nº 1.183.378/RS. Acessado em:
[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?
sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF). Brasília:
Superior Tribunal de Justiça, 2011. (ACÓRDÃO COMPLETO).

EMENTA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (20100036663-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : K R O
RECORRENTE : L P
ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

EMENTA

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado,

vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo 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*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável

em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.*

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-affirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.* Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). É importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das

minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

ANEXO 3

RESOLUÇÃO N.º 175. Acessado em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Joaquim Barbosa

Presidente