



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bernardo Brasil Campinho

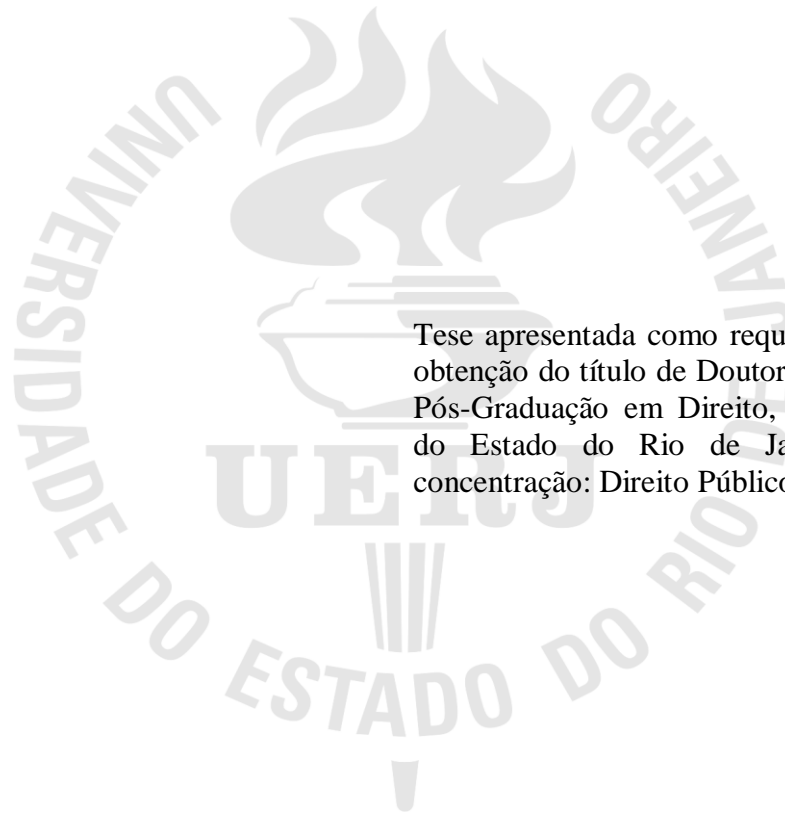
Direitos humanos, gênero e sexualidade no estado constitucional de Direito

Rio de Janeiro

2013

Bernardo Brasil Campinho

Direitos humanos, gênero e sexualidade no estado constitucional de Direito



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C196 Campinho, Bernardo Brasil.

Direitos humanos, gênero e sexualidade no estado constitucional de
Direito/ Bernardo Brasil Campinho. - 2013.
363 f.

Orientadora: Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1.Direitos humanos- Teses. 2.Sexualidade - Teses. 3.Estado
Constitucional (Direito). I. Pereira, Jane Gonçalves. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bernardo Brasil Campinho

Direitos humanos, gênero e sexualidade no estado constitucional de direito

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 19 de abril 2013.

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dr^ª. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Paulo Braga Galvão

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^ª. Dr^ª. Letícia de Campos Velho Martel

Pontifícia Universidade Católica- RJ

Prof^ª. Dr^ª. Gisele Guimarães Cittadino

Pontifícia Universidade Católica- RJ

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Para minha querida esposa Lia, diamante que brilha todos os dias e enche minha vida de alegria, amor e companheirismo – “viajo porque preciso, volto porque te amo”.

Para minha mãe-avó, fonte inesgotável de amor e sabedoria, e meu pai, querido amigo e exemplo de homem honrado – graças a vocês consegui trilhar os mais difíceis caminhos.

Para minhas irmãs e meus sobrinhos, por preencherem meu mundo com doçura e sorrisos que afastam o cansaço e o medo.

Para Enzo, meu filho querido, que nos deixou cedo demais, e hoje brilha como uma estrela no céu.

Para Jane, porque obrigado sempre será pouco por tudo que você fez.

AGRADECIMENTOS

O final de uma jornada sempre é um momento especial, onde refletimos sobre cada passo dado no caminho, sobre o que se perdeu e o que se ganhou, e, mais do que tudo, sobre quem esteve conosco ao longo do caminho. Se isto já é verdade para qualquer outra jornada, é mais ainda para uma tão singular, como o final de um curso de doutorado.

A caminhada que aqui se encerra é, na verdade, um entreposto, uma parada estratégica. Ao mesmo tempo em que representa o final de quase quinze anos de estudo, dedicação e perseverança no ensino superior, é o fim do ciclo de estudante e da minha formação como pesquisador, ao mesmo tempo em que surge a possibilidade de uma carreira acadêmica e dos desafios que certamente surgirão.

Neste ponto, o meio do caminho entre calmaria e tempestade, é preciso lembrar quem fez esta aventura solitária em terra incógnita se tornar um pouco menos sombria, levando-me pela mão quando eu não tive forças para continuar, quando estava perdido ou quando o mundo parecia um titã invencível pronto a esmagar-me como um inseto insignificante.

Não posso, portanto, deixar de agradecer e dedicar este trabalho a três mulheres que o fizeram tornar-se realidade e que foram, cada uma de seu jeito, grandes companheiras de viagem e adoráveis exemplos de humildade, inteligência e sensibilidade sempre que eu precisei: Lia, minha esposa; Profa. Dra. Jane, minha orientadora de tese; e Waldelira, minha mãe-avó.

Lia foi a pessoa que mais me incentivou durante o doutorado, não só pelo apoio afetivo, mas por toda interlocução intelectual que um casal de professores, um advogado e uma psicóloga, podem ter – ainda mais pela riqueza da formação que ela teve e pelas observações rigorosas que tivemos sobre meu trabalho. Seu olhar foucaultiano é muitas vezes distante das minhas influências e convicções intelectuais como pesquisador, aliás, o único problema que gera discussão aqui em casa, mais do que esquecer de lavar a louça, é chamar Foucault de estruturalista. Mas foi a diversidade de olhares que fez de nosso diálogo um aprendizado constante para mim e tornou nosso casamento um misto extraordinário de Escola de Atenas com Paraíso Perdido. Lia, obrigado, com todo meu amor, por tudo que você foi, tem sido, é e será na minha vida!

Ter Profa. Dra. Jane Reis como orientadora foi a melhor coisa que me aconteceu no meu doutorado. Profa. Jane tem um olhar crítico sobre o trabalho acadêmico que busca seu aperfeiçoamento contínuo. Mais do que isto, ela ofereceu apoio em momentos muito difíceis,

acadêmicos e pessoais, mas nunca foi condescendente ou leniente, sempre cobrando o melhor de mim. Profa. Jane reinventa a definição de simplicidade, mostra uma sensibilidade e uma gentileza que fazem do processo de trabalhar com ela uma experiência pessoal maravilhosa, à qual se acrescenta sua inteligência e seu senso ético, que servem de inspiração e modelo. É uma honra para a universidade, para a magistratura e para o Brasil contar com a dedicação e a capacidade de alguém como Profa. Jane e é um privilégio ter sido seu orientando. Deixo aqui meu obrigado a Profa. Jane pelas lições de vida e de Direito!

Minha mãe-avó tem cuidado de mim com carinho e com amor desde os dois anos de idade – difícil sintetizar em poucas linhas o significado que ela tem na minha vida, talvez porque as palavras sejam poucas e porque não consigam expressar tudo que ela foi, é e sempre será. Em um tempo em que a maioria das mulheres buscava apenas a realização familiar pelo casamento, minha mãe estudou, obteve diplomas universitários e passou em concursos públicos que lhe garantiram reconhecimento profissional e pessoal. Aos 82 anos, parece jovem de tão ativa, de fazer inveja a muitos. Mas é o coração do tamanho do mundo e uma imensa capacidade de amar que a fazem ser uma parte importante da minha vida e do meu trabalho. Muito obrigado, mãe, pelo seu amor!

Além das três, muitos e muitas compartilharam esta jornada que enfrentei ao longo de pouco mais de quatro anos. Seria impossível agradecer a todos como eu gostaria, mas algumas outras menções se fazem necessárias.

Queria muito agradecer a meu pai, um exemplo de homem, de pai, de advogado, de amigo e de companheiro, alguém que ama o filho e as filhas com um amor que se irradia até o infinito e que sempre será um exemplo de trabalho, perseverança, bom humor e alegria, alguém que nunca se deixou abater pelos obstáculos que a vida lhe impôs e que após trinta e três anos continuando me ensinando o melhor da vida, mesmo que nossas lentes vejam as coisas de forma diferente.

Queria agradecer ao Prof. Dr. Daniel Sarmiento por suas indicações preciosas de temas e referências para o meu trabalho e por ser um exemplo de engajamento na docência, na carreira jurídica, e na militância em prol dos direitos humanos e da democracia. A maior parte desta tese foi elaborada a partir da convivência intelectual e em sala com Prof. Dr. Daniel Sarmiento, a quem aprendi a admirar como modelo de jurista, professor e homem, assim como por quem desenvolvi um respeito e consideração enormes, mesmo que seja preciso por vezes dele discordar, mas sem nunca perdê-lo como referência e como amigo querido.

Aproveito para agradecer a minha família baiana, especialmente minhas irmãs, jovens mulheres alegres e felizes, Carina, mulher de meu pai, meu querido tio-avô Waltério

(Telinho), minhas duas madrinhas, Isaura e Anna Cristina, meu avô, meus tios e primos/as queridos, porque ter convivido com vocês nestes anos de trabalho trouxeram leveza, descontração e muito amor e carinho, mesmo que o doutorado e a correria de uma ponte aérea constante tenham imposto uma distância física, nunca conseguiram afastá-los afetivamente de mim.

Quero agradecer também minha família nipo-brasileira, especialmente meu cunhado e minhas cunhadas, que me abraçaram como parte da família e fizeram da convivência familiar um exercício prazeroso, assim como por ter sobrinhos lindos e maravilhosos, especialmente meu afilhado, que trouxeram luz e alegria no momento de sombras e tempestades, quando eu e Lia precisamos muito.

Quero também agradecer aos amigos queridos e às amigas queridas: Prof. Dr. Edson Farias, hoje na UnB, mas que há catorze anos me incentivou a seguir nesta estrada acadêmica; todos os integrantes do grupo de pesquisa em Cultura, Memória e Desenvolvimento – mesmo de longe eu fico feliz com o sucesso de cada um de vocês; Igor, meu querido amigo dos tempos de colégio e hoje meu caro compadre; Hélder e Lucas, grandes parceiros e exemplos de perseverança, hoje dois brilhantes Procuradores do Distrito Federal; Fábio Zambitte, amigo, advogado brilhante, sujeito de humor sensacional e grande parceiro de vinhos; meus amigos e amigas da Bahia, especialmente Eugênia, que vai ser mamãe; nossos queridos amigos Eliane e Mauro, exemplo de casal feliz, unido e descontraído; Elídio Alexandre e Jerônimo Mesquita, meus caros amigos de discussões políticas e parceiros no campo da esquerda; todos os amigos e amigas da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ, especialmente Maíra, pelo exemplo, pela confiança no meu trabalho e pelo diversas realizações compartilhadas; meus colegas de trabalho na UFBA, na UFRRJ e na Universidade Estácio de Sá, pela solidariedade e pelo apoio, assim como aproveito também para agradecer meus alunos e alunas nas três instituições, pela torcida, pela compreensão e pelo carinho, bem como me desculpar pelas ausências e pelo cansaço nas aulas. Muito obrigado a todos e todas vocês!

E queria agradecer ao Enzo, porque mesmo tendo ficado pouco conosco, ele deixou uma marca que nunca vai se apagar!

Beijos, abraços e muito carinho a todos e todas vocês!

Bernardo

Indeed, rights by their nature will atrophy if they are frozen. As the conditions of humanity alter and as ideas of justice and equity evolve, so do concepts of rights take on new texture and meaning. The horizon of rights is as limitless as the hopes and expectations of humanity. What was regarded by the law as just yesterday is condemned as unjust today. When the Universal Declaration was adopted, colonialism and racial discrimination were seen as natural phenomena, embodied in the laws of the so-called civilised nations, and blessed by as many religious leaders as they were denounced. Patriarchy, at least as old as most marriage systems, defended as being based on biological fact and which was supported by many a religious leader, is no longer accepted as the norm, at least in large parts of the world. Severe chastisement of women and children was tolerated by family law and international legal instruments then, but is today considered intolerable. Similarly, though many of the values of family life have remained constant, both the family and the law relating to the family have been utterly transformed.

Trecho da decisão da Corte Constitucional Sul-Africana em Minister of Home Affairs and Another versus Fourier and Another

Por acaso é preciso fazer parte de uma minoria étnica para combater o racismo? Por acaso é preciso ser uma mulher para defender as mulheres? Por acaso é preciso ser deficiente para defender os direitos dos deficientes? Por acaso é preciso ser um trabalhador para defender os direitos da classe trabalhadora? Por acaso é preciso ser um trabalhador rural para defender os direitos dos sem terra? José Martí era um grande intelectual e sempre defendeu a causa do povo. Marx também. A luta pela igualdade e contra todas as injustiças é um dever universal que deve implicar a todos os cidadãos.

Mariela Castro

RESUMO

CAMPINHO, B. B. *Direitos humanos, gênero e sexualidade no Estado Constitucional de Direito*. 2013. 363f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Este trabalho tem o objetivo de explorar e investigar o papel desempenhado pelo gênero e pela sexualidade (mais especificamente a orientação sexual e sua aptidão para gerar arranjos íntimos, conjugais e familiares), na formulação de demandas a serem enfrentadas pelo sistema jurídico por meio de novas configurações ou de interpretações dos direitos humanos e fundamentais, possibilitando uma penetração do espaço público por elementos próprios da esfera da intimidade. Isto ocorre por meio de interferências recíprocas balizadas pela gramática constitucional dos direitos humanos e fundamentais, pelas quais se redimensiona a sua formulação e aplicação pelos atores sociais, ao mesmo tempo em que estes invocam sua linguagem inclusiva e igualitária na busca de reconhecimento, inclusão e participação, objetivos que realizam a ideia de reciprocidade contida no Estado de Direito formal, a igualdade de gênero e de orientação sexual torna-se mais do que um ideal regulatório, indo além para tornar-se uma concepção de justiça ela própria, informada também por uma dimensão substantiva de Estado de Direito relacionada ao paradigma democrático, ainda que os direitos que realizam tal ideal de justiça devam ser concretizados judicialmente em diferentes graus, a partir das funções dos direitos e com vistas a compatibilizar universalidade e singularidade e permitindo os canais de comunicação para a veiculação das pretensões da minoria à luz do diálogo com a maioria.

Palavras-chave: Direitos humanos. Gênero. Sexualidade. Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

CAMPINHO, B. B. *Human rights, gender and sexuality in the context of the Constitutional Rule of Law*. 2013. 363f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This work aims to explore and investigate the role of gender and sexuality (more specifically sexual orientation and its ability to generate intimate arrangements, marital and family), in the formulation of demands to be addressed by the legal system through new settings or interpretations of civil and human rights, allowing penetration of public spaces by elements of the sphere of intimacy. This occurs through reciprocal interference buoyed by the legal grammar of constitutional and human rights, in which resizes its formulation and implementation by social actors, while they call their inclusive and egalitarian language in search of recognition, inclusion and participation, which aims to realize the idea of reciprocity contained in the formal rule of law. Therefore, gender equality and sexual orientation become more than a regulatory ideal, they go beyond to become a conception of justice itself, informed also by a substantive dimension of rule of law related to the democratic paradigm, although the rights to perform this ideal of justice should be implemented legally in varying degrees, from the functions and duties in order to reconcile universality and uniqueness and allowing communication channels to the placement of the claims of the minority in the light of dialogue with the majority.

Keywords: Human rights. Gender. Sexuality. Constitutional state. Rule of law.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Percentual de mulheres que ocupam cargos em parlamentos nacionais no mundo.....	295
Tabela 2 - Ranking geral de participação parlamentar feminina.....	295
Tabela 3 - Estatística dos resultados referente ao quadro cargo e sexo	306

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	Artigo
CDU	União Democrata Cristã
CEDAW	Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Formas de Discriminação contra as Mulheres
CEPAL	Observatório de Gênero da Comissão Econômica para América Latina e Caribe
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Internacional de Doenças
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNDM	Conselho Nacional dos Direitos das Mulher
CR	Constituição da República
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
DIAP	Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar
EUA	Estados Unidos da América
fl.	Folha
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IR	Imposto de Renda
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
OEA	Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
ONU	Organização das Nações Unidas
PD	População Desocupada
PDC	Projeto de Decreto Legislativo da Câmara dos Deputados
PDT	Partido Democrático Trabalhista

PEA	População Economicamente Ativa
PIA	População de 10 anos ou Mais de Idade
PME	Pesquisa Mensal de Emprego
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios
PNEA	População não Economicamente Ativa
PO	População Ocupada
PSDB	Partido Socialista do Brasil
PV	Partido Verde
RIR	Regumento do Imposto de Renda
SPD	Partido Social Democrata
SPM	Secretaria de Políticas para Mulheres
SPM/PR	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
STF	Supremo Tribunal Federal
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 CONTEMPORANEIDADE, RELAÇÕES DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	32
1.1 As raízes históricas da identidade moderna, subjetividade, sexo e sexualidade: impacto na formação do direito moderno	32
1.2 Gênero na cisão entre público e privado e suas implicações na constituição do direito moderno e contemporâneo	38
1.3 Estado de direito e as relações de gênero. a desigualdade de gênero como ofensa ao princípio do estado de direito	45
1.4 Gênero e direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo e no direito internacional dos direitos humanos	60
1.5 Dupla afirmação do estado de direito a partir da igualdade de gênero	78
2 CONTEMPORANEIDADE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DIREITOS HUMANOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	89
2.1 Orientação sexual na cisão entre o público e o privado e suas implicações na constituição do direito moderno e contemporâneo	89
2.2 Estado de direito e orientação sexual. Discriminação e desigualdade quanto à orientação sexual como ofensas ao princípio do estado de direito	92
2.3 Orientação sexual, sexualidade e direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo e no direito internacional	100
2.4 Orientação sexual e a dupla afirmação do estado de direito	108
2.5 Estado de direito, constituição e a judicialização dos direitos humanos relacionados ao gênero e à sexualidade	113
3 DA TOLERÂNCIA AO RECONHECIMENTO: OS DIREITOS HUMANOS, NÃO DISCRIMINAÇÃO E A DEMARCAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NA VIDA FAMILIAR E PRIVADA	123
3.1 Transformações e constitucionalização da família moderna: relações de gênero, casamento e vida familiar a partir do potencial igualitário da gramática dos direitos humanos	124

3.2 Os direitos humanos e a afirmação da igualdade de gênero e de orientação sexual na vida familiar privada	136
<u>3.2.1 O fim do espaço imune ao público: democratização da família, relações de gênero e igualdade no casamento e na família</u>	136
<u>3.2.2 Judicialização e publicização da intimidade como afirmação da singularidade: liberdade de vida familiar, casamento igualitário e diversidade de orientação sexual na experiência constitucional: a jurisprudência dos tribunais</u>	156
3.2.2.1 Direito à constituição da vida familiar e seu conteúdo: casamento e união estavel. Publicidade e a importância do registro civil	168
3.2.2.2 O direito ao planejamento quanto à filiação ou à descendência: adoção e acesso às técnicas de reprodução assistida	186
3.2.2.3 Direito ao planejamento econômico familiar: herança, propriedade privada e tratamento fiscal igualitário	201
3.3 Não discriminação e a tolerância como reconhecimento: vida familiar, casamento igualitário e direitos humanos no contexto do estado constitucional de direito	205
4 DO RECONHECIMENTO À INCLUSÃO: ESTADO SOCIAL, DIREITOS HUMANOS E AS RELAÇÕES DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL	210
4.1 Estado de direito e as funções dos direitos humanos sociais nas relações de gênero e na questão da orientação sexual	210
4.2 Não discriminação como inclusão: direitos sociais trabalhistas e relações de gênero	214
4.3 Não discriminação como inclusão: direitos sociais trabalhistas e orientação sexual	219
4.4 Gênero, orientação sexual e os direitos sociais prestacionais	226
<u>4.4.1 A identidade de gênero, suas projeções nos direitos sociais e na sua função de articulação entre mundo do trabalho e seguridade social</u>	230
<u>4.4.2 As projeções do casamento igualitário e do pluralismo familiar sobre a previdência social: benefícios previdenciários para o companheiro ou companheira homoafetivo(a)</u>	242
<u>4.4.3 Direitos sociais, identidade de gênero e as singularidades decorrentes da maternidade e da paternidade</u>	253

4.5 Estado, direitos humanos sociais e formas de inclusão quanto ao gênero e à orientação sexual. a questão da judicialização	276
5 GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITOS POLÍTICOS:	
RECONHECIMENTO, REDISTRIBUIÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS	285
5.1 Cidadania, democracia e a fundamentalidade dos direitos políticos.....	285
5.2 Direitos políticos e igualdade de gênero: a participação política feminina como construção democrática a partir da narrativa histórico-constitucional.....	287
5.3 Igualdade de gênero e direitos de participação política feminina no constitucionalismo contemporâneo: panorama internacional e situação brasileira	293
<u>5.3.1 Políticas afirmativas, igualdade de gênero e direitos políticos: evolução histórica, tratamento legislativo e questões de eficácia jurídica e social</u>	<u>299</u>
<u>5.3.2 Políticas afirmativas, igualdade de gênero e direitos políticos das mulheres: a dupla função de redistribuição e de reconhecimento</u>	<u>309</u>
<u>5.4 Reconhecimento, direitos políticos negativos e orientação sexual: inelegibilidade e união homoafetiva na visão da justiça eleitoral brasileira e a recondução à igualdade como universalidade</u>	<u>318</u>
CONCLUSÕES DO TRABALHO	333
REFERÊNCIAS.....	339

INTRODUÇÃO

Considerações iniciais

Talvez a melhor forma de iniciar este trabalho de pesquisa de doutorado seja trazer uma história que sintetiza os aspectos que este trabalho pretende explorar: a história dos britânicos Tom Freeman e Katherine Doyle, um casal heterossexual de Londres que tem o desejo de compartilhar uma vida a dois, mas com uma singularidade: eles não querem se casar no civil, mas sim registrar uma união civil, que no Reino Unido se destina a casais do mesmo sexo, enquanto o casamento civil se aplica aos casos de uniões heterossexuais.

A história retratada ocorreu no final de 2010 e não teve (ainda) o final feliz esperado pelos dois: eles não conseguiram registrar a união civil em cartório, como pretendiam.

O que mais importa, no entanto, são as implicações: o pedido de Freeman e Doyle foi apoiado por grupos de ativistas dos direitos dos homossexuais no Reino Unido, na tentativa de obter a legalização do casamento gay. Nas palavras de Peter Tatchel, “negar a casais heterossexuais o direito de ter uma união civil é heterofóbico” (TERRA, 2010a, s.p.).

Mais importante foi a declaração feita pelo casal no King’s College, em Londres, em dezembro de 2010, no lançamento pela Campanha do Amor Igualitário, oportunidade na qual Freeman e Doyle afirmam categoricamente que:

Tão importante quanto perguntar o ‘por que?’ é perguntar o ‘por que não?’ Parcerias civis já são garantidas pela lei. Qual o propósito em nos excluir desta possibilidade alegando que somos de uma sexualidade particular? Todas as instituições deveriam ser iguais por definição se não houver razões para que as mesmas sejam de outra maneira (WATTERS, 2011, s.p.).¹

A mobilização iniciada a partir da atitude do casal Freeman/Doyle inclusive gerou um processo perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, o *Equal Love Case* (ou algo como o caso ou ação pelo amor/casamento igualitário), ajuizada em fevereiro de 2011 por oito casais britânicos em conjunto, quatro casais heterossexuais e quatro casais homossexuais, buscando a igualdade de direitos relativos ao casamento e à união civil: que as mesmas estejam acessíveis para todos os casais, independentemente da orientação sexual (EQUAL LOVE, 2011; EUROPEAN..., 2011). O caso denominado *Ferguson and Others vs. United Kingdom* ainda se

¹ Tradução da declaração feita pelo casal no lançamento da Campanha pelo Amor Igualitário, obtida a partir de entrevista. No original em inglês: *Just as important a question as “why?” is “why not?” Civil Partnerships have already been provided for by the law. What purpose could excluding us on the grounds that we are of a particular sexuality possibly serve? All institutions should be equal “by default” if there is no good reason for them to be otherwise.*

encontra em tramitação na Corte Européia de Direitos Humanos, pendente de decisão de admissibilidade.

A declaração de Freeman e Doyle e todo o episódio em si trazem o cerne do trabalho que se pretende desenvolver a partir daqui: sexualidade e gênero como uma nova fronteira na busca de reconhecimento de direitos e de igualdade e como constitutivos de uma nova dualidade entre público e privado, que influencia os desdobramentos do Direito Público na contemporaneidade.

Mais do que serem iguais na diferença, os dois querem ser diferentes na igualdade: Freeman e Doyle querem constituir uma família; pretendem fazê-lo de uma forma igualitária, sem qualquer distinção de sexo/gênero e para concretizar seu desejo de igualdade eles têm de recorrer ao expediente da diferença: ao invés de um simples casamento civil na Prefeitura, eles buscam aquilo que cabe aos diferentes em razão de sua orientação sexual: a união/parceria civil, destinada, naquele momento, no Reino Unido apenas aos casais homossexuais.

Tomando as palavras do casal, se o amor é igual, por que as instituições também não o são, se não há razões para que sejam? Ao colocarem em evidência as contradições do discurso igualitário do Direito moderno, Freeman e Doyle apresentam o argumento central deste trabalho: que as dimensões do gênero e da sexualidade hoje são constitutivas de diversas tensões que buscam reconfigurar o espaço público sob uma perspectiva democrática a partir de demandas provenientes da privacidade.

Neste cenário, o discurso dos direitos humanos e fundamentais não só é central, como sua aplicação responde de forma reflexa às pretensões igualitárias contemporâneas, particularmente no que diz respeito ao gênero e à sexualidade, produzindo uma nova concepção substantiva de Estado de Direito neste processo.

A igualdade de direitos entre pessoas heterossexuais e homossexuais e seus impactos no debate público nas democracias constitucionais se apresentam não só como um problema de estudos comparados ou de teoria política, mas uma questão contemporânea no Direito brasileiro, notadamente à luz do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 no Supremo Tribunal Federal brasileiro, que reconheceu como entidades familiares e como merecedoras de igual proteção jurídica perante as leis as uniões homoafetivas.

O julgamento no STF brasileiro é parte de uma longa narrativa jurídica e social, que se inicia mais de uma década antes em juízos de família e autarquias previdenciárias, trazendo um debate sobre o status de cidadão à luz das singularidades decorrentes do gênero e da

sexualidade, com implicações nos direitos individuais correlatos à família e ao casamento, nos direitos sociais trabalhistas e prestacionais e mesmo em relação aos direitos de participação política.

A questão não se resume, portanto, a escolhas individuais ou ao âmbito privado, mesmo porque todo o episódio demonstra claramente que o casamento não é um assunto meramente privado, mas a própria conexão entre as esferas íntima e familiar, de um lado, e o espaço público de outro.

Toda a constituição do jurídico na modernidade², como se evidenciará em momento oportuno do trabalho, está baseada na cisão entre público/privado, que por sua vez tem implicações provenientes da clivagem calcada no gênero e na sexualidade.

Ao mesmo tempo em que as questões apresentadas relatam uma interferência da identidade de orientação sexual no plano da afirmação dos direitos no espaço público, outro elemento da identidade de gênero, a questão feminina, permeia há mais de duzentos anos o Direito moderno.

Isto se evidencia na busca da afirmação de igualdade de direitos no plano da intimidade familiar, transbordando em questões que equilibram reivindicações de igualdade no plano dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que se traduzem também na busca de proteção diferenciada em relação à condição de gênero, no que se refere aos mesmos direitos prestacionais.

Ao final, a formação e concretização de direitos humanos das mulheres se completam na jornada de conquista e afirmação dos direitos de participação política, iniciada com as demandas pelo sufrágio feminino e atualizadas hoje pela luta por políticas afirmativas de participação feminina na política.

Desta forma, seria insuficiente mostrar o gênero e a sexualidade como dimensões apartadas da subjetividade e de seus reflexos no âmbito jurídico – razão pela qual o trabalho se propõe a analisar as intersecções das duas esferas no plano do sistema de direitos humanos

² Sobre o conceito de modernidade, podemos recorrer a Giddens, que de forma sintética estabelece a modernidade se referindo ao estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência (GIDDENS, 1991, p. 11). Por sua vez, Zygmunt Bauman entende que “a modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser aferidos utilizando-se muitos marcadores diferentes; para ele, uma das características da vida moderna e de seu moderno entorno se impõe, no entanto, como a ‘diferença que faz a diferença’”, como o atributo crucial de todas as características que se seguem. Este atributo seria “a relação entre espaço e tempo, na medida em que a modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos numa estável e aparentemente invulnerável correspondência biunívoca” (BAUMAN, 2001, p. 15).

fundamentais, por serem duas partes interligadas ao núcleo central da intimidade e que cada vez mais invadem a esfera pública com pretensões de autonomia e reconhecimento.

Isto porque gênero e orientação sexual não são universos à parte, mas, pelo contrário, formam o núcleo central da intimidade e, desde o surgimento da esfera pública moderna, calcada no paradigma liberal, tais elementos, embora invisíveis na superfície do discurso igualitário do Direito moderno, são capitais na definição de sua aplicação e na própria constituição do Estado de Direito.

Deste modo, os direitos humanos fundamentais são os instrumentos para afirmação das tensões surgidas entre espaço público e vida privada, na medida em que delimitam no âmbito de uma democracia constitucional quais os limites de cada esfera e, em alguma medida, refletem as estratificações sexuais e de gênero.

Logo, natural que não só a aplicação, mas a própria formulação destes direitos seja construída a partir das configurações da subjetividade relacionadas ao gênero e à sexualidade, motivo pelo qual as implicações sociojurídicas destes direitos diante da identidade sexual e de gênero são constitutivas, de uma só vez, da nossa sociabilidade, dos contornos do espaço público e da operacionalização do Direito Público a partir dos marcos do constitucionalismo contemporâneo, democrático e inclusivo.

Investigar como a subjetividade relacionada ao gênero e à identidade sexual é constitutiva do Direito moderno e quais os desdobramentos que as pretensões igualitárias geram na formulação e interpretação de direitos humanos fundamentais no espaço público permeada pelos valores do constitucionalismo democrático contemporâneo é a proposta deste trabalho.

Delimitação do tema e do objeto propostos

Esta pesquisa tem, portanto, o objetivo de explorar e investigar o papel desempenhado pelo gênero e pela sexualidade (mais especificamente a orientação sexual e sua aptidão para gerar arranjos íntimos, conjugais e familiares), na formulação de demandas a serem enfrentadas pelo sistema jurídico por meio de novas configurações ou interpretações dos direitos humanos fundamentais, possibilitando uma penetração do espaço público por elementos próprios da esfera da intimidade e traduzindo uma articulação entre reconhecimento, inclusão e participação.

O estudo proposto busca analisar se o processo de reivindicação de autonomia calcada na identidade sexual e de gênero redefine a relação entre esfera pública e vida privada,

notadamente o espaço íntimo, na modernidade reflexiva, particularmente no âmbito do sistema jurídico-constitucional, e qual seria a influência desta tensão nas conformações atuais do Direito Público, especialmente no plano da eficácia dos direitos humanos e fundamentais quando inseridos no contexto das relações de gênero e de orientação sexual.

Este trabalho de tese de doutorado pretende, então, analisar como o gênero e a sexualidade se destacam dentro da esfera da intimidade e se tornaram valores relevantes para a constituição de novos parâmetros de aplicação dos direitos humanos fundamentais, tanto redimensionando o alcance dos direitos civis como pautando a aplicação dos direitos sociais e políticos, buscando estabelecer parâmetros jurídico-constitucionais para equilibrar universalidade e singularidade como desdobramentos da relação política entre maioria e grupos minoritários.

O objeto deste trabalho de pesquisa compreende as interferências recíprocas entre gênero e sexualidade, de um lado, e os direitos humanos e fundamentais³, do outro, tendo como fundo o Estado Constitucional de Direito e seus desenvolvimentos institucionais contemporâneos.

Logo, esta pesquisa irá se voltar para o espaço que as questões atinentes ao gênero e ao espaço institucional que ele ocupa na modernidade reflexiva⁴, e seus desdobramentos em

³ Neste ponto, cabe um esclarecimento ao leitor. De forma proposital e consciente, serão utilizados os termos “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos humanos e direitos fundamentais” e “direitos humanos e fundamentais” ao longo do texto. Não se trata de descuido com os termos, mas uma opção epistemológica. Não se desconhece a literatura de Direito Constitucional sobre o tema – neste sentido, Paulo Bonavides se pergunta se os termos podem ser utilizados indistintamente (BONAVIDES, 1999), para depois diferenciá-los partir da tradição jurídica (direitos humanos como expressão adotada na tradição anglo-americana, e direitos fundamentais como expressão adotada pelos publicistas alemães). A distinção mais usual, porém, é aquela que vê os direitos fundamentais como aqueles previstos na Constituição de um Estado (BONAVIDES, 1999; SARLET, 2007; DIMOULIS; MARTINS, 2011), enquanto os direitos humanos seriam aqueles garantidos no plano internacional (suprapositivados) - (SARLET, 2007; DIMOULIS; MARTINS, 2011). Considerando o Direito Constitucional positivo brasileiro, esta é uma perspectiva tecnicamente correta (art. 4º, 5º, parágrafo 3º, e 109, parágrafo 5º). A escolha por considerar os termos referidos intercambiáveis (direitos humanos e direitos fundamentais) é de natureza epistemológica, por entender que ambos compartilham as mesmas raízes históricas, jurídicas e filosóficas, com base no legado jusnaturalista, e que há simetria e equivalência de desenvolvimento dos sistemas nacionais e internacionais de proteção à pessoa humana, e mesmo diálogo entre eles, em razão da interlocução entre tratados e decisões internacionais sobre direitos humanos e as realidades constitucionais nacionais, particularmente no que se refere ao gênero e à sexualidade, caso em que ambos convergem para um legado conjunto que permite, nesta questão, tratar de ambos como intercambiáveis ou como equivalentes, seja pela proximidade de definições e fundamentos na seara dos direitos aplicados à identidade sexual e de gênero, seja pela aproximação cada vez maior de métodos e técnicas de compreensão dos mesmos, ainda que os âmbitos de proteção e os mecanismos para realizá-la ainda sejam distintos. Deste modo, as expressões referidas no início desta nota serão usadas de forma alternativa ao longo do texto e com o mesmo alcance, mas serão respeitadas as citações e referências, que se reportarão ao termo utilizado pelo autor ou à tradução mais próxima, de modo a reproduzir corretamente as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e direitos constitucionais, conforme for o caso.

⁴ A caracterização ou adjetivação da modernidade como reflexiva, neste trabalho, tem o objetivo de estabelecer uma distinção entre períodos dentro da modernidade, sem a necessidade de recorrer à noção de pós-modernidade, com a qual não se compartilha aqui neste trabalho. Mais do que um adjetivo, a reflexividade se

reivindicações de autonomia e participação na esfera pública, procurando compreender suas consequências para a afirmação dos direitos humanos e fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, ao mesmo tempo em que as mulheres e a comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT) tomam a gramática dos direitos como base para suas formulações.

Mais especificamente, o trabalho procurará sustentar que a afirmação da igualdade de gênero e de orientação sexual decorre de um resgate das pretensões igualitárias postas pela concepção formal de Estado de Direito que, somadas aos valores democráticos e ao discurso dos direitos humanos como configurado no pensamento constitucional e internacional contemporâneo, produzem uma concepção substantiva de Estado de Direito.

Para tanto, será preciso investigar as conexões entre as demandas concernentes à identidade sexual e de gênero e os direitos humanos fundamentais como postos à luz da democracia e do constitucionalismo contemporâneo, procurando-se delimitar três tipos de desdobramentos:

- 1) Quando os direitos humanos e fundamentais se colocam como instrumento de intervenção do espaço público na vida privada para (re)estabelecer a igualdade prometida (e perdida) pelo Direito moderno – tratam-se das implicações do discurso igualitário calcado no gênero e na sexualidade por meio de direitos de defesa aplicados na liberdade de vida familiar e no casamento, inclusive para fins fiscais, e também na igual proteção e não discriminação na aplicação de direitos sociais trabalhistas;
- 2) Quando os tais direitos, influenciados pelas reivindicações de autonomia fundadas no

torna uma característica da modernidade desde o final do século XIX, entendendo-a como característica definidora de toda a ação humana. A reflexividade é introduzida na própria base da reprodução do sistema, de forma que o pensamento e a ação estão constantemente refratados entre si. A rotinização da vida cotidiana não tem nenhuma conexão intrínseca com o passado, exceto na medida em que o que “foi feito antes” pode, por acaso, ser defendido de uma maneira proba à luz do conhecimento renovado; a reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz da informação renovada sobre estas mesmas próprias práticas, alterando assim constitutivamente o seu caráter; somente na modernidade a revisão da convenção é radicalizada para se aplicar (em princípio) a todos os aspectos da vida humana, inclusive à intervenção tecnológica no mundo material. A modernidade é constituída por e através do conhecimento reflexivamente aplicado, mas, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de que qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisado. Por sua vez, a idéia de pós-modernidade se refere a algo diferente, significando que a trajetória do conhecimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social. Uma das principais objeções em falar de pós-modernidade como suplantando a modernidade é invocar aquilo que parece ser (agora) declarado impossível: dar alguma coerência à história e situar nosso lugar nela. Desde Nietzsche estamos mais claramente cômicos da circularidade da razão e das relações problemáticas entre conhecimento e poder; em vez destes desenvolvimentos nos levarem para “além da modernidade”, eles nos proporcionam uma compreensão mais plena da reflexividade inerente à própria modernidade; as disjunções que tomaram lugar devem ser vistas como resultantes da autoelucidação do pensamento moderno, conforme os remanescentes da tradição e das perspectivas providenciais são descartados; nós não nos deslocamos para além da modernidade, porém estamos vivendo precisamente através de uma fase de sua radicalização (GIDDENS, 1991).

gênero e na sexualidade, se colocam como instrumento de busca de uma proteção diferenciada, fundada na igualdade substantiva e no respeito às diferenças, na assunção de prestações materiais pelo Estado, contrapondo a pretensão de universalidade e a busca de uma focalização ou discriminação positiva para as singularidades das mulheres e dos grupos LGBT;

- 3) Quando os direitos se apresentam como forma de autonomia individual perante a coletividade, por meio de direitos de participação política democrática, fortalecendo a igualdade e a universalidade da cidadania por meio da política, ao mesmo tempo em que as diferenças/singularidades decorrentes da identidade sexual e de gênero são postas como instrumentos de emancipação e integração de mulheres e de membros da comunidade GLBT no espaço público como parceiros/as iguais dos demais membros da esfera política cidadã, inclusive quanto aos deveres.

Cabe esclarecer, ainda, que certos problemas, embora conexos ao tema aqui proposto, não serão analisados por não dizerem respeito ao cerne do objeto que se pretende trabalhar.

Deste modo, não serão abordadas em profundidade questões referentes ao Direito Penal ou à criminalização (como a Lei Maria da Penha ou o uso do Direito Penal para o combate à homofobia), pois fogem ao escopo proposto, na medida em que se pretende analisar como o gênero e a orientação sexual podem desencadear atitudes repressivas dentro do espaço público, seja como objeto da repressão ou da proteção.

Isto porque o que se procura demonstrar é como o espaço público dentro da democracia constitucional se amplia e é forçado a se reconfigurar diante das demandas igualitárias decorrentes do gênero e da identidade sexual, por meio de direitos que, em diferentes graus e medidas, fazem dialogar diferença e igualdade, universalidade e singularidade, mas que constroem um projeto inclusivo que se traduz em uma concepção substantiva de Estado de Direito, orientada por atitudes de reconhecimento, inclusão e participação.

Serão feitas, contudo, algumas observações sobre violência contra mulheres e contra homossexuais/transsexuais, inclusive com desdobramentos penais, apenas para corroborar a ideia de violência como desigualdade que conduz à negação do Estado de Direito.

Finalmente, cabe esclarecer que não serão objeto de análise detalhada questões relativas ao direito à saúde, notadamente os chamados direitos sexuais e reprodutivos, pois embora os mesmos possam ser inseridos na análise aqui proposta, tais direitos têm uma dimensão individual marcante, enquanto que o recorte posto privilegiará a afirmação das

identidades de gênero e de orientação sexual no âmbito do sistema jurídico-constitucional na sua interação dialógica com a universalidade/maioria.

Isto será feito tendo como linha de condução da análise a contextualização destas singularidades na família, no trabalho, no sistema de segurança social e na comunidade política, de forma a entender as nuances da concretização dos direitos em cada uma destas esferas, pelo caráter emblemático de interação entre individual e coletivo, tendo como base a sexualidade e os direitos inerentes a cada esfera (civis, sociais e políticos).

Objetivos do trabalho

O objetivo principal deste trabalho de pesquisa é de identificar a interferência recíproca entre direitos humanos fundamentais, o gênero e a sexualidade, enquanto dimensões da intimidade, os desdobramentos desta interação no constitucionalismo contemporâneo como processo de transformação da esfera pública e a realização da igualdade de gênero e de orientação sexual a partir da gramática dos direitos, como realização do Estado de Direito e os graus de concretização institucional (legislativa e judicial especialmente) necessários para produzir reconhecimento, inclusão e participação no que tange a mulheres e homossexuais/transsexuais.

Para tanto, procura-se estabelecer como a cisão entre público e privado na modernidade é constitutiva do próprio constitucionalismo e as tensões dela decorrentes terminam por determinar o surgimento, a (re)interpretação e a aplicação de direitos fundamentais no contexto de uma democracia constitucional.

Ao lado deste objetivo central, são objetivos específicos (que se articulam à consecução da finalidade principal do trabalho): a) delimitar os significados do gênero e da sexualidade no campo da intimidade na modernidade reflexiva, e sua importância para o sistema jurídico, notadamente para a concretização do princípio do livre desenvolvimento da personalidade; b) delimitar a noção de esfera pública e de como os direitos humanos e fundamentais podem ser instrumentos de interação e aproximação do público e do privado; c) analisar as respostas que o sistema jurídico ao processo de interação entre os valores da intimidade mencionados e o espaço público e que tem influenciado o campo dos direitos humanos e fundamentais.

Desta forma, também é objetivo deste trabalho realizar um levantamento de legislação e jurisprudência dos tribunais, além de respostas provenientes de atos da Administração

Pública, que demonstrem a influência do processo já mencionado e evidenciem a interdependência cada vez maior da esfera pública com questões relacionadas a conformações do gênero e da sexualidade.

Justificativa e importância do tema

Este projeto de pesquisa se justifica pela necessidade de delimitar como os componentes do gênero e da sexualidade têm pautado as novas interpretações e orientações dos direitos fundamentais, particularmente os valores da liberdade e da igualdade, gerando novas respostas para as demandas apresentadas com base nestes componentes.

Ao se perceber que o sujeito contemporâneo é aquele cujo corpo se integra a sua identidade (EAGLETON, 1998), colocam-se questões derivadas da subjetividade, que se constitui a partir do gênero e/ou da sexualidade, como reivindicações de autonomia que ultrapassam as fronteiras da vida privada e demandam reconhecimento dos sujeitos diante da esfera pública, na sua condição de cidadãos, em virtude das diversidades que as suas trajetórias individuais colocam, traduzindo-se na reivindicação por visibilidade social, que não se põe de forma indiferente ao sistema jurídico e ao campo de aplicação dos direitos humanos fundamentais.

O panorama do reconhecimento de questões relativas à sexualidade, como a liberdade de orientação sexual envolvendo homossexuais, tem pressionado o sistema jurídico, como mostra manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello:

Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais. Números tão significativos acabam ignorados porque a sociedade brasileira não reconhece as relações homoafetivas como geradoras de direito. Se o poder público se agarra a padrões conservadores, o dia-a-dia cria o fato, obrigando as instituições a acordar [...]. No rastro de decisões judiciais, o Executivo, compelido pela realidade e mediante atuação do INSS, estendeu aos homossexuais o reconhecimento do vínculo, a gerar o direito ao plano de saúde e à pensão (MELLO, 2007, s.p.).

As mudanças nas políticas do Poder Público em relação a esta questão da orientação sexual que foram referidas pelo Ministro Marco Aurélio Mello se traduziram na edição da INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25, de 7 de junho de 2000 (BRASIL, 2000), incorporadas na INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, de 6 de agosto de 2010, que por sua vez foram normas editadas em razão da decisão na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

A Lei Federal 10421/2002 estendeu à mãe adotiva os benefícios da licença maternidade e do salário maternidade, evidenciando a influência do debate de gênero e da

nova orientação da igualdade sobre os direitos sociais, caso do trabalho e da previdência social. É certo que a situação protegida pela Lei não envolve apenas a relação familiar, mas também direitos fundamentais cuja titularidade é exercida diretamente por sujeitos que formam a família, no caso as mulheres, a partir de novas formas de configuração da identidade, mais especificamente decorrentes do gênero e suas nuances.

Na esfera do processo político-eleitoral, a Lei Federal 9504/1997 reserva aos candidatos de cada sexo o número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo (art. 10, parágrafo 3º).

Ainda no âmbito das normas eleitorais, mas no tema das inelegibilidades eleitorais, decisão do TSE, mais especificamente o Recurso Especial Eleitoral número 24564, julgado em 1º de outubro de 2004, estendeu a uma relação homoafetiva a inelegibilidade eleitoral prevista no art. 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 2004).

É preciso, contudo, reconhecer que o tema dos direitos humanos relativos à identidade sexual e de gênero ganhou outra dimensão quando do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro admitiu que as uniões homoafetivas como entidade familiar e equiparou-as às uniões estáveis formadas por casais heterossexuais, para fins de igual proteção perante a lei.

Os desdobramentos da decisão do STF provocaram profundo debate na sociedade brasileira, principalmente acerca da tensão entre vontade da maioria e direitos da minoria, bem como têm sido invocados não só para permitir o registro público de uniões civis homoafetivas, como amparar reivindicações de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil, ainda que esta seja uma tendência em curso e objeto de divergência jurisprudencial.

Assim, percebe-se que os diferentes âmbitos dos direitos fundamentais, como os direitos políticos e os sociais, acabam sendo alcançados pelas configurações da subjetividade relacionadas ao gênero e à sexualidade, conforme visto legislação e jurisprudência anteriormente trazidas sobre benefícios da previdência social e também sobre direitos e

vedações relativas aos cargos eletivos, sendo evidente a penetração do espaço público por elementos das relações pessoais constituídas na intimidade.

Por sua vez, o gênero e a orientação sexual têm sido fundamentais para uma nova configuração do espaço público a partir de demandas da esfera da intimidade e da privacidade não só pela redefinição de direitos existentes e sua ampliação como também pelo surgimento de direitos novos.

Dessa forma, a pesquisa aqui proposta se revela importante na medida em que pretende delimitar os contornos que os componentes do gênero e da sexualidade adquiriram na modernidade reflexiva, o processo de tensão e interação entre estes valores e a esfera pública, e os desdobramentos deste processo para a delimitação dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo.

Ainda, torna-se importante realizar uma delimitação das respostas oferecidas pelo sistema jurídico em relação ao processo de interação entre esfera pública e configurações do gênero e da sexualidade, ressaltando então atuações estatais por meio da legislação, da jurisprudência dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, e mesmo da atuação do Poder Executivo em relação às questões relacionadas ao gênero e à sexualidade.

Hipótese de trabalho

Gênero e sexualidade (orientação sexual) emergem na modernidade como signos fundamentais relacionados à intimidade e apartados do espaço público, caracterizando-se por uma invisibilidade social e jurídica; mas, na contemporaneidade, as identidades sexuais e de gênero interagem de forma decisiva com a esfera pública, redefinindo-a, articulando intimidade e espaço público, a partir de pretensões de liberdade e igualdade apresentadas na forma e pelo discurso dos direitos humanos, redimensionando a sua aplicação e concretização pelos atores jurídicos e sociais, alcançando inclusive a atuação de todos os órgãos do Estado Democrático, na busca de pluralismo, reconhecimento e redistribuição de bens e direitos, fundamentando uma nova concepção substantiva de Estado de Direito, pautando na igualdade de gênero e de orientação sexual, e resgatando as pretensões igualitárias do Estado de Direito formal.

Métodos e etapas de desenvolvimento do trabalho

Quanto aos métodos de abordagem, serão empregados o método sistêmico, hermenêutico e o dialético. O primeiro será usado para desenvolver um aspecto da abordagem que percebe o conflito como inerente ao sistema (jurídico), gerando a necessidade de novos movimentos, novas adaptações e respostas.

O método hermenêutico busca a interpretação dos textos e da própria comunicação humana, partindo da constatação de que a realidade social, e nela sobretudo o fenômeno da comunicação (no caso, através das normas jurídicas, enquanto uniformização de sentido social), possui dimensões tão variadas, nuançadas e misteriosas, que é mister atentar não só para o que se diz mas igualmente para o que não se diz (DEMO, 1995).

Finalmente, também enquanto método de abordagem, este trabalho se serviu do método dialético, notadamente nas suas vertentes socrática e hegeliana, que penetra o mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade.

A dialética parte do pressuposto de que toda formação social é suficientemente contraditória para ser historicamente superável, privilegiando o fenômeno da transição histórica, que significa a superação de uma fase por outra, predominando na outra mais o novo do que repetições possíveis da fase anterior (DEMO, 1985), enfatizando categorias como tempo e movimento e conceitos como os de totalidade e superação como fundamentais.

A pesquisa irá articular abordagens da filosofia constitucional distintas, ora convergentes ora conflitantes: a política do reconhecimento, com a consideração do gênero e da sexualidade a partir das singularidades e da valorização das identidades deles emergentes; a perspectiva da justiça distributiva, mostrando como estes elementos da intimidade trazem implicações no acesso e na distribuição de bens sociais e direitos fundamentais; e, em parte, o republicanismo humanista, com a idéia de não interferência arbitrária, além de dialogar com os diversos feminismos.

O trabalho de pesquisa também propõe um levantamento de legislação e decisões jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras⁵ (com especial atenção para os desenvolvimentos a

⁵ Com relação às fontes estrangeiras, foi dada especial à atenção a análise de dados legislativos e precedentes jurisprudenciais dos países ibero-americanos (Brasil, Argentina, Colômbia, México, Portugal, Espanha), particularmente em diálogo comparativo com os dos sistemas constitucionais da *common law*, nos quais o debate sobre gênero e orientação sexual tem permeado a jurisprudência constitucional e/ou onde há uma produção teórica relevante na temática (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, África do Sul). No capítulo relativo às relações entre gênero, sexualidade e direitos sociais, foram trazidas observações sobre a realidade da Alemanha e dos países escandinavos, por meio de revisão de literatura, para apontar conexões entre bem estar social e estrutura social de gênero. Finalmente, o terceiro vetor importante de análise foram os documentos internacionais de direitos humanos, gerais e específicos sobre o tema do gênero e questão da sexualidade bem

partir da Constituição de 1988, notadamente nos últimos dez anos), especialmente aquelas dos Tribunais Superiores no Brasil, no sentido de demonstrar a incidência do gênero e da sexualidade no campo do espaço público e como este processo afeta a aplicação e interpretação dos direitos humanos fundamentais.

Ainda, serão analisadas outras formas de formulação e garantia de direitos relacionados ao gênero e à sexualidade dentro do espaço público, a partir da atuação da Administração Pública e por meio da discussão sobre o acesso a cargos e instâncias estatais.

A primeira parte do trabalho busca contextualizar a questão do gênero e da sexualidade no âmbito da subjetividade contemporânea, para compreender em que medida a teoria dos direitos subjetivos e a noção de igualdade e universalidade do Direito moderno foram bases para a distinção e segregação da identidade feminina e das questões envolvendo a homossexualidade e como foram resgatas posteriormente como bases de demandas igualitárias contemporâneas em razão das promessas não cumpridas do iluminismo.

Será realizada assim uma arqueologia dos fundamentos da divisão social a partir do gênero e da identidade sexual e como isto se aplicou na formação do Direito moderno, significando uma cisão entre público e privado na experiência social e jurídica da modernidade. Este será o objeto dos dois capítulos seguintes.

Ainda, os dois capítulos iniciais se voltam para compreender como a identidade sexual e de gênero como bases para a compreensão das dimensões formal e material do Estado de Direito e como estes dois elementos terminam por forjar uma noção concepção de juridicidade, baseada na igualdade de gênero e de orientação sexual, tanto no espaço público quanto na vida privada.

Um terceiro momento dos dois capítulos iniciais consiste em procurar delimitar quais as características e elementos do constitucionalismo contemporâneo concorrem para potencializar o surgimento de pretensões igualitárias fundadas na identidade sexual e de gênero, e como isto se desdobra em uma tensão entre democracia e direitos humanos, além de estabelecer contribuições para o reconhecimento de demandas de gênero e de sexualidade e sua tradução em posições jurídicas por meio das contribuições do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A quarta parte do trabalho consiste em estabelecer como os direitos humanos fundamentais, conforme configurados no sistema constitucional vigente, são instrumentalizados para articular diferentes pretensões baseadas na identidade sexual e de

como as decisões de instâncias internacionais, gerais (Conselho de Direitos Humanos, Comitê CEDAW, OIT) ou regionais (Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos).

gênero e sua tradução no plano dos direitos como uma forma de intervir e transformar o espaço público democrático e a relação com a totalidade social.

Isto se dá por meio de novas aplicações fundadas em novas interpretações dos direitos fundamentais e da atuação estatal, notadamente por meio da jurisprudência dos tribunais e das diversas conformações da função administrativa, além é claro dos posicionamentos do legislador. Esta última parte se desdobra em três capítulos distintos.

No capítulo quatro, são analisadas as aplicações dos direitos humanos e fundamentais para a afirmação da igualdade de gênero e orientação sexual a partir da sua função de direitos de defesa, tomando-se como fio condutor da análise o direito à liberdade de vida familiar e suas interpretações à luz das pretensões igualitárias decorrentes da identidade homossexual.

Em ambos os casos, os direitos humanos fundamentais buscam a transição da tolerância como leniência ou benevolência com a diferença de gênero e de orientação sexual, para uma tolerância como pleno reconhecimento das singularidades e do direito a igual proteção perante o Direito e a iguais capacidades e prerrogativas perante o espaço privado em relação às demais pessoas.

O quinto capítulo traz a ideia de que aplicações dos direitos humanos fundamentais podem realizar a transição do reconhecimento para a plena inclusão de mulheres e de homossexuais no plano social, partindo do privado para o público, por meio de proteção diferenciada (discriminação positiva) quanto aos direitos sociais prestacionais, utilizando-os para conduzir esta análise com base em interpretações e aplicações fundadas na igualdade de gênero e na identidade sexual no que concerne ao sistema de seguridade social.

O sexto capítulo procura estabelecer como a afirmação progressiva dos direitos políticos fornece condições para a plena inserção de mulheres e homossexuais na comunidade política como iguais, garantindo direitos de participação política como forma de permitir a estes atores sociais o controle da agenda democrática e dos rumos da comunidade em plena igualdade com outras pessoas.

Nos dois últimos capítulos citados, o trabalho enfrentará a tensão entre a universalidade de direitos prestacionais e de participação, fortemente relacionados à vontade majoritária, e a focalização em singularidades que fundamentam direitos de minorias, procurando entender como o constitucionalismo contemporâneo fornece os parâmetros para equilibrar esta equação e traduzí-la em uma nova dimensão substantiva do Estado de Direito.

1 CONTEMPORANEIDADE, RELAÇÕES DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

1.1 As raízes históricas da identidade moderna, subjetividade, sexo e sexualidade: impacto na formação do direito moderno

Falar sobre gênero e sexualidade no contexto do constitucionalismo contemporâneo é abordar um ponto emblemático da própria formação do Direito moderno, suas bases, contradições e potencialidades.

Talvez nenhum fantasma tenha assobrado mais o Direito Constitucional desde seus primórdios até os dias atuais do que a cisão entre o espaço público e a esfera privada, e nesta seara a questão da sexualidade tem um lugar privilegiado, revestindo-se de caráter fundacional e de propulsora de mudanças sociais que se traduzem em mudanças jurídicas, notadamente dentro dos marcos institucionais do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Como compreender a ascensão do sexo e da sexualidade como elementos de demarcação da fronteira entre público e privado e como isto se projeta para o Direito, e mais especificamente para o campo do constitucionalismo?

Em primeiro lugar, é preciso compreender que o sexo e seus desdobramentos são parte do próprio processo de formação da subjetividade moderna, no que há uma raiz histórica comum com o surgimento dos direitos naturais do indivíduo (direitos subjetivos que viriam a ser conhecidos como direitos dos homens dando origem, hoje, a direitos humanos e direitos fundamentais) como pilar do Direito Constitucional moderno.

É preciso assinalar, de imediato,

o caráter histórico da idéia de pessoa enquanto sujeito/indivíduo, algo que fora construído na tensão de diversas contribuições e experiências, algo que só muito recentemente, dentro da tábua da história, passou a fazer parte do nosso pensamento cotidiano e das nossas vivências, e algo que encerra uma tensão entre a singularidade e o mundo que a cerca, entre a existência fisicamente isolada e a construção moral que a concebe enquanto 'eu' (CAMPINHO, 2006, p. 62).

Esta é a perspectiva exposta por Charles Taylor (1994, p. 268), para quem:

A identidade moderna surgiu porque mudanças na autocompreensão ligadas a um grande leque de práticas – religiosas, políticas, econômicas, familiares, intelectuais, artísticas – convergiram e reforçaram-se mutuamente para produzi-la: por exemplo, as práticas de oração e ritual religioso, de disciplina espiritual como membro de uma comunidade cristã, de auto-exame na condição de um dos regenerados, da política do consentimento, da vida familiar resultante de casamentos baseados no companheirismo, da nova forma de criar os filhos que se desenvolve a partir do século XVIII, da criação artística sob as demandas da originalidade, da demarcação e defesa da privacidade, dos mercados e contratos, das associações voluntárias, do cultivo e demonstração de sentimentos, da busca do conhecimento científico. Cada uma dessas práticas, e outras, contribuíram um pouco para o conjunto de idéias em desenvolvimento sobre o sujeito e sua condição moral [...] houve tensões e oposições entre essas práticas e as idéias que elas veiculam, mas elas ajudaram a constituir um espaço comum de compreensão em que nossas idéias atuais do *self* e do bem se desenvolveram.

Ainda que com enfoque diverso e a partir de outra perspectiva⁶, Norbert Elias (1994, p. 130) relembra que

atualmente a função primordial do termo indivíduo consiste em expressar a idéia de que todo ser humano do mundo é ou deve ser uma identidade autônoma, e, ao mesmo tempo, de que cada ser humano é, em certos aspectos, diferente de todos os demais, e talvez, diz o referido autor, deva sê-lo.

Ainda segundo Elias (1994, p. 130b), “é na estrutura das sociedades mais desenvolvidas de nossa época que as diferenças entre as pessoas, sua identidade-eu, sejam mais altamente valorizadas do que aquilo que elas têm em comum, sua identidade-nós”.

Assim, segundo Campinho (2006, p. 71)

a configuração atual da pessoa enquanto sujeito / indivíduo na experiência social e a consagração da sua proteção pelo Direito são partes de um processo que, não obstante guarde antecedentes na Antiguidade e no período medieval, se efetiva de forma plena na aurora da Modernidade, notadamente entre os séculos XVI e XVIII, a partir de uma série de influências.

A oposição entre a sociedade tradicional e aquela inaugurada pela modernidade, notadamente no que diz respeito à subjetivação moderna, foram descritas por Alain Touraine, nos seguintes termos:

Na sociedade tradicional, o homem está sujeito a forças impessoais ou a um destino sobre o qual não pode interferir; principalmente sua ação só pode tender-se a conformar-se com uma ordem concebida [...] como um mundo racional que ela deve compreender [...] a tarefa maior do homem é a de contemplar a criação e de descobrir suas leis, ou ainda de encontrar as idéias por detrás das aparências. A modernidade desencanta o mundo, dizia Weber, mas ele sabia também que esse

⁶ Charles Taylor pensa o *self* a partir de uma perspectiva comunitarista, na qual a subjetividade se insere num projeto de autorrealização ética que sempre tem por referencial o outro, o contexto. Elias, por sua vez, se situa numa vertente que busca estabelecer uma relação entre indivíduo e sociedade sem predomínio de um sobre o outro, na qual o indivíduo tem um valor em si, mas que não pode ser apartado do todo social.

desencantamento não se pode reduzir ao triunfo da razão; ele é, antes, a explosão dessa correspondência entre um sujeito divino e uma ordem natural, e, portanto a separação entre a ordem do conhecimento objetivo e a ordem do sujeito (TOURAINÉ, 1994, p. 217).

A modernidade é então

o encontro das três concepções que irão marcar o ser humano a partir de então: o sujeito, como um ponto de tensão marcado por um dualismo entre a ordem e interioridade; o indivíduo⁷, que aponta para a singularidade, e a pessoa, que passa de fato fundamental do direito, oposto à subserviência, bem como transcendendo a mera representação, para se tornar um ator nas relações sociais e se converter em um valor, consagrando a síntese do sujeito com o indivíduo, enriquecida pela afirmação da dignidade do homem (CAMPINHO, 2006, p. 104).

Ainda, o apelo moderno ao sujeito retoma, sob uma forma secularizada, a idéia antiga, no início do direito natural⁸, segundo a qual todos os homens são iguais e têm os mesmos direitos, pois são criaturas de Deus (TOURAINÉ, 1994).

Mas se todos os homens são iguais e têm os mesmos, qual seria o lugar da particularidade neste cenário? Por que a sexualidade e seus desdobramentos teriam surgido como forças de afirmação subjetiva nas sociedades modernas e contemporâneas?

Habermas (2000) responde esta questão ao destacar o individualismo como traço do mundo moderno, o que cria as bases para que a singularidade infinitamente particular possa fazer valer suas pretensões.

Em outras palavras, não somente a modernidade permite a ascensão do sujeito frente à coletividade, representada pela sociedade e seus grupos, como permite que diferentes vivências da individualidade possam emergir, na base de identidades⁹ singulares, fundadas

⁷ Cumpre assinalar que, como destaca Alain Touraine, “o indivíduo não é senão a unidade particular onde se misturam a vida e o pensamento, a experiência e a consciência. O sujeito é a passagem do Id ao Eu, o controle exercido sobre o vivido para que tenha um sentido pessoal, para que o indivíduo se transforme em ator que se insere nas relações sociais transformando-as, mas sem jamais identificar-se com nenhum grupo, com nenhuma coletividade” (TOURAINÉ, 1994, p. 220).

⁸ Conforme nos traz Charles Taylor, “de certo modo, falar de um direito universal e natural à vida não parece trazer muita inovação; ocorre que se trata de uma mudança de forma, pois a maneira anterior de expressar o tema era que existe uma lei natural contra tirar vidas inocentes, e não, nos termos atuais, o direito (subjetivo) de uma pessoa à vida, de exigir a preservação de sua existência. Ambas as formulações parecem proibir as mesmas coisas, mas a diferença não reside naquilo que é proibido, mas sim no lugar do sujeito. A lei é aquilo a que devo obedecer; ela pode me assegurar alguns benefícios, no caso a imunidade de que minha vida deve ser respeitada; mas, fundamentalmente, estou sob a lei, diz Taylor. Em contraste, um direito subjetivo é alguma coisa em relação à qual o possuidor pode e deve agir para colocá-la em vigor” (TAYLOR, 1994, p. 25).

⁹ “Por identidade, entendo o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referência mais ampla a outras estruturas sociais. A afirmação da identidade não significa necessariamente incapacidade de relacionar-se com outras identidades (por exemplo, as mulheres ainda relacionam-se com os homens), ou abarcar toda a sociedade sob essa identidade (por exemplo, o fundamentalismo religioso aspira converter todo o mundo). Mas as relações sociais são definidas **vis-à-vis** as outras, com base nos atributos culturais que especificam a identidade” (CASTELLS, 1999, p. 57-58).

naquilo que lhes é próprio, tal qual ocorre naquelas decorrentes da sexualidade.

Segundo Helena Altmann, “a sexualidade é o que há de mais íntimo nos indivíduos e aquilo que os reúne globalmente como espécie humana”, constituindo uma das “disciplinas do corpo” e sendo parte da “regulação das populações”. Como tal, é um “negócio de Estado”, “tema de interesse público, pois a conduta sexual da população diz respeito à saúde pública, à natalidade, à vitalidade das descendências e da espécie, o que, por sua vez, está relacionado à produção de riquezas, à capacidade de trabalho, ao povoamento e à força de uma sociedade” (ALTMANN, 2001, p. 576).

Na medida em que o sujeito contemporâneo é aquele cujo corpo se integra a sua identidade (EAGLETON, 1998), a sexualidade se posiciona como forma de subjetivação e é uma via de acesso tanto a aspectos privados quanto públicos, instituindo o indivíduo e a população como objetos de poder e saber (ALTMANN, 2001), criando as bases para aquilo que Foucault denominou de bio-regulamentação¹⁰ pelo Estado (FOUCAULT, 2000).

Um dos desdobramentos da sexualidade a ser enfrentado neste trabalho é a compreensão das diferenças entre homens e mulheres e a distribuição de poder que delas decorrem, o que atualmente tem sido denominado gênero, palavra que em um primeiro momento, na década de 1950, surgiu na psicologia com o objetivo de enfrentar casos de transexualis e intersexos (PIOVESAN; GONÇALVES, 2011).

Segundo Flávia Piovesan e Tamara Gonçalves (2011, p. 367b),

ao permitir um certo grau de descolamento dos papéis sociais de características biológicas, a perspectiva de gênero foi sendo apropriada pelos movimentos de mulheres e de contestação da normativa heterossexual – grupos LGBT – tendo se tornado campo de estudos e análise.

As autoras referidas citam estudo de Gayle Rubin sobre tráfico de mulheres como obra que estabelece a expressão da dicotomia “sexo/gênero”, caracterizado como “uma série de arranjos pelos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana” (RUBIN apud PIOVESAN; GONÇALVES, 2011, p. 368), tendo as considerações de Rubin ensejado um deslocamento da análise da sexualidade da biologia para a cultura (apud PIOVESAN; GONÇALVES, 2011), como explicam Piovesan e Gonçalves:

¹⁰ A ideia de bio-regulamentação em Foucault abarca duas tecnologias de poder surgidas a partir do século XVIII: uma técnica disciplinar, centrada no corpo, com efeitos individualizantes e que o manipula como “foco de forças que é preciso tornar dóceis e úteis ao mesmo tempo”; outra técnica diz respeito a uma tecnologia “centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população” e que procura “controlar (eventualmente modificar) a probabilidade destes eventos, em todo caso em compensar seus efeitos” (FOUCAULT, 2000, p. 297).

Formou-se, na antropologia, uma corrente feminista que buscou localizar as desigualdades sexuais e opressões à mulher na cultura e na estrutura social, entendendo que o estabelecimento de dicotomias como “natureza” e “cultura” se dava na esfera das experiências e relações humanas, e dos significados atribuídos a estes campos, que também geravam uma dicotomia entre “público” e “privado”, com valorações particulares e distintas para cada esfera [...]. A definição de um sistema de sexo/gênero propiciou uma reflexão acerca de como a sexualidade organiza qualquer sociedade em todos os seus aspectos, inclusive a economia, de maneira atemporal [...]. O estabelecimento desta cultura, com estruturas de parentesco e interditos sexuais estabelecidos, acarretou a distribuição desigual de direitos entre homens e mulheres [...], bem como a determinação de papéis sociais diferenciados (PIOVESAN; GONÇALVES, 2011, p. 368-369).

Posteriormente, os trabalhos de Judith Butler irão colocar em xeque a divisão binária entre sexo como categoria biológica e gênero como culturalmente construído, pontuando que:

Se o gênero é o significado cultural que os corpos sexuados assumem, então, um gênero não pode decorrer de um sexo em nenhuma forma. Levado ao seu limite lógico, a distinção sexo / gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos [...]. Essa divisão radical do sujeito do gênero levanta ainda um outro conjunto de problemas. Podemos nos referir a um "determinado sexo" ou um "gênero dado" sem primeiro investigar como o sexo e / ou gênero é dado e através de que meios? E o que é "sexo" de qualquer maneira? É natural, anatômico, cromossômico, ou hormonal [...]. O sexo tem uma história? Será que cada sexo tem uma história diferente, ou histórias? [...] Não faria sentido, então, a definir o gênero como a interpretação cultural do sexo, se o sexo em si é uma categoria de gênero. Gênero não deve ser concebido apenas como a inscrição cultural de significado sobre um sexo pré-dado (uma concepção jurídica); gênero deve designar o aparelho de produção em que os próprios sexos são estabelecidos [...] a produção do sexo como a pré-discursivo deve ser entendida como o efeito do aparelho de construção cultural desenhado por sexo (BUTLER, 1990, p. 6-7).¹¹

O sexo, assim, não preexiste ao gênero como uma realidade biológica imutável, mas é ele próprio construído culturalmente à luz da noção de gênero – falar em sexo é falar em gênero igualmente (PIOVESAN; GONÇALVES, 2011).

Ainda, como explica Seyla Benhabib, “a construção e interpretação da diferença anatômica é em si um processo social e histórico – que homens e mulheres são diferentes, isto é um fato, mas que é ele próprio construído socialmente”, de modo que “a sexualidade em si é

¹¹ No original em ingles: “if gender is the cultural meanings that the sexed bodies assumes, then a gender cannot be said to follow from a sex in any one way. Taken to its logical limit, the sex/gender distinction suggests a radical discontinuity between sexed bodies and culturally constructed genders [...] this radical splitting of the gendered subject poses yet another set of problems. Can we refer to a "given sex" or a "given gender" without first inquiring into how sex and/or gender is given and through what means? And what is "sex" anyway? Is it natural, anatomical, chromosomal, or hormonal [...] Does sex have a history? Does each sex have a different history, or histories? [...] I would make no sense, then, to define gender as the cultural interpretation of sex, if sex itself is a gendered category. Gender ought not to be conceived merely as the cultural inscription of meaning on a pre-given sex (a juridical conception); gender must designate the very apparatus of production whereby the sexes themselves are established [...] the production of sex as the pre-discursive ought to be understood as the effect of the apparatus of cultural construction designed by gender” (BUTLER, 1990, p. 6-7).

a diferença culturalmente construída” (BENHABIB, 1992, p. 192).¹²

Outro ponto emblemático do trabalho de Butler é a questão da performatividade, que implica em reconhecer que

a reprodução de gênero é, assim, sempre uma negociação com o poder e, finalmente, não há sexo sem esta reprodução de normas que os riscos de desfazer ou refazer a norma de maneiras inesperadas, abrindo-se a possibilidade de uma reconstrução da realidade de gênero ao longo de linhas novas (BUTLER, 2009, p. 1).¹³

A partir do pensamento de Butler, a performatividade do gênero conduz à análise da matriz heterossexual como coerência entre sexo, gênero e desejo (BUTLER, 1990; PIOVESAN; GONÇALVES, 2011), podendo tornar-se uma maneira de desestabilizar esta matriz.

Isto se daria pela “abertura para possibilidades de desejo sexual diversas da heterossexualidade”, visto que “a inexistência de um gênero e de uma identidade apriorística, estável e definida” tornaria necessária a repetição pela performatividade, com base em estereótipos hegemônicos do que é masculino e feminino, mas que “pode obrigar a deslocamentos”, contribuindo para “desestabilizar a lógica da matriz sexual e abrir espaços para resistência” (PIOVESAN; GONÇALVES, 2011; BUTLER, 1990).

Deste modo, é possível fazer uma breve síntese das considerações feitas até aqui nos seguintes termos: a) sexo, sexualidade e gênero seriam manifestações culturais e históricas produzidas à luz da identidade moderna e suas fundações individualistas, tornando-se uma forma possível de subjetivação e, ao mesmo tempo, constituindo a base para uma regulamentação constitucional da vida e dos corpos; b) a sexualidade implica dois desdobramentos distintos, mas conexos e reciprocamente referentes: a distribuição de poder entre homens e mulheres, gerando desigualdade, bem como a própria maneira como os sexos são culturalmente constituídos; e a oposição entre uma matriz heterossexual e outras formas de vivência e subjetivação do desejo e da prática sexuais, notadamente a homossexualidade, o que será mencionado a partir daqui como orientação sexual.

As duas dimensões são importantes para a fundação do constitucionalismo e do Direito Público modernos e contemporâneos na medida em que a juridicidade constitucional (tanto em sentido formal, quanto em aspectos “materiais” difusos pelo sistema jurídico) e a

¹² No original em inglês: “*the construction and interpretation of anatomical difference is itself a social and historical process. That the male and the female of the species are different is a fact, but this fact is always also socially constructed [...] sexuality itself is a culturally constructed difference*” (BENHABIB, 1992, p. 192).

¹³ No original em inglês: “*the reproduction of gender is thus always a negotiation with power; and finally, there is no gender without this reproduction of norms that risks undoing or redoing the norm in unexpected ways, thus opening up the possibility of a remaking of gendered reality along new lines*” (BUTLER, 2009, p. 1).

gramática dos direitos a ela articulada tem desempenhado a função de bio-regulamentação da vida e dos corpos que é, também, uma regulação das interações entre público, privado e íntimo, mas que recentemente se tornaram também estratégias de deslocamento de gênero, produzindo, em ambos os casos eficácias diversas (simbólica, social, jurídica), mas ainda assim convergentes.

1.2 Gênero na cisão entre público e privado e suas implicações na constituição do direito moderno e contemporâneo

A reconstrução histórica da afirmação do Direito moderno põe em evidência a questão de gênero na medida em que a mesma constituiria uma forma de demarcar a linha divisória entre público e privado na experiência moderna, além de destacar que o uso da generalidade e da abstração no discurso jurídico moderno seria um instrumento para ocultar as desigualdades entre homens e mulheres, como mostra Susan Okin (2008, p. 308):

Como os estudos feministas têm revelado, desde os princípios do liberalismo no século XVII, tanto os direitos políticos quanto os direitos pertencentes à concepção moderna liberal de privacidade e do privado têm sido defendidos como direitos dos indivíduos; mas esses indivíduos foram supostos, e com frequência explicitamente definidos, como adultos, chefes de família masculinos. Assim, os direitos desses indivíduos a serem livres de intrusão por parte do Estado, ou da igreja, ou da vigilância curiosa de vizinhos, eram também os direitos desses indivíduos a não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da sua esfera de vida privada – aqueles que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que esses membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade.

A colocação da referida autora aponta para dois problemas distintos: a) o gênero e a sexualidade são constitutivos da cisão público/privado ou público/doméstico na trajetória histórica do Direito moderno; b) a suposta neutralidade do Estado de Direito e do ordenamento jurídico que dele decorre esconde uma diferenciação baseada justamente na desigualdade de tratamento em relação às mulheres e às formas de organização familiar e conjugal fundadas em orientações sexuais distintas ou em arranjos não institucionalizados em certa concepção de casamento e de família.

Com relação ao primeiro ponto, o da cisão entre público e privado, Susan Okin destaca que

distinções entre público e privado têm tido um papel central, especialmente na teoria liberal – ‘o privado’ sendo usado para referir-se a uma esfera ou esferas da vida

social nas quais a intrusão ou interferência em relação à liberdade requer justificativa especial, e ‘o público’ para referir-se a uma esfera ou esferas vistas como geralmente ou justificadamente mais acessíveis (OKIN, 2008, p. 306).

Ainda segundo a autora, a oposição “público/privado” é usada “tanto para referir-se à distinção entre Estado e sociedade (como em propriedade pública e privada), quanto para referir-se à distinção entre vida não doméstica e vida doméstica”. Nessas duas dicotomias, “o Estado é (paradigmaticamente) público, e a família e a vida íntima e doméstica são (também paradigmaticamente) privadas” (OKIN, 2008, p. 306-307).

A diferença crucial entre os dois é que o domínio socioeconômico intermediário (o que Hegel chamou de “sociedade civil”) é na primeira dicotomia incluído na categoria de “privado”, mas na segunda dicotomia é incluído na de “público” (OKIN, 2008).

A divisão entre público/privado ou entre público/doméstico como decorrente de uma estratificação social fundada no gênero mostra-se central na constituição do Direito moderno e na sua divisão em Direito Público e Direito Privado.¹⁴

Ao primeiro, por meio da Constituição, caberia a tarefa de estruturar a organização política e, dentro de uma perspectiva liberal, estabelecer os limites ao poder do Estado, fornecendo os parâmetros para a autonomia individual e privada na sociedade liberal-burguesa, o que na esfera econômica importava em garantir a liberdade dos indivíduos para desenvolver suas relações econômicas, bem como garantia as liberdades públicas e os direitos individuais, ao passo que a liberdade e a propriedade estariam regulamentadas pela lei positiva nas grandes codificações oitocentistas (GIORGIANNI, 1998).

Quanto às tarefas do Direito Privado, a regulamentação da liberdade e da propriedade garantidas pela ordem política positivada no Direito Público refletia a hegemonia de uma concepção individualista decorrente da ideologia liberal, o que Jurgen Habermas explica da seguinte forma:

O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de se fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos,

¹⁴ Segundo Susan Okin (2008, p. 308b), “muitos teóricos políticos, no passado, costumavam discutir ambas as esferas, pública e privada, e ser explícitos em suas afirmações de que elas eram separadas e operavam de acordo com princípios diferenciados. Locke, por exemplo, define o poder político distinguindo-o das relações de poder que operam dentro dos limites da casa. Rousseau e Hegel claramente contrastam o altruísmo particularista da família com a necessidade de razão imparcial no âmbito do Estado, e citam esse contraste para legitimar o poder masculino na esfera doméstica. Esses teóricos elaboram argumentos explícitos sobre a família, e alguns relacionados à natureza da mulher. Por contraste, a maioria dos teóricos políticos contemporâneos continua a mesma tradição das “esferas separadas” ao ignorarem a família, e em particular a divisão do trabalho que nela se dá, as formas de dependência econômica a ela relacionadas e a estrutura de poder”.

através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família (HABERMAS, 1997, p. 134).

Mas se este é um modelo informado por individualismo fundado na autonomia privada e na proteção do espaço íntimo/privado, como se justificaria a segregação das mulheres da esfera pública e qual seria a razão pela qual o modelo de organização familiar fundado no casamento, em um arranjo heterossexual, seria a base para a perseguição de outros arranjos conjugais e familiares e de outras formas de expressão sexual, notadamente os homossexuais? O individualismo do modelo liberal-burguês não conduziria necessariamente à afirmação da individualidade e à garantia dos direitos individuais quanto à sexualidade?

A chave para responder estas indagações está na natureza da família como instituição intermediária entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, seu papel normativo (tanto jurídico quanto social) e a construção do ideal do Estado de Direito no contexto dos processos sociais e jurídicos de afirmação da sociedade liberal.

Como nos explica Jacques Donzelot, “no antigo regime a família era, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de governo – sujeito, pela distribuição interna de poderes: a mulher, os filhos, os aderentes (parentela, serviçais, aprendizes) devem obrigação ao chefe de família”; por sua vez, a família é objeto de governo na medida em que mesmo o chefe de família se encontra em relações de dependência, visto que por seu intermédio a família se encontra em “blocos de pertinência que podem ser por redes de solidariedade, como as corporações ou comunidades aldeãs, ou blocos de dependência do tipo feudal ou religioso, frequentemente os dois ao mesmo tempo” (DONZELOT, 1986, p. 49).

A família do antigo regime é, assim, um *plexus* de relações públicas e privadas, um elo de liames sociais que organiza os indivíduos em torno da posse de uma situação, sendo a menor forma de organização política possível (DONZELOT, 1986). Ainda segundo Jacques Donzelot (1986, p. 50):

A inscrição da família no campo político no antigo regime teria duas consequências diretas: em relação aos aparelhos centrais de governo, o chefe da família responde por seus membros, devendo garantir a fidelidade à ordem pública e fornecer contribuições (impostos, trabalho, milícias), transformando a não pertinência a uma família em um problema de ordem pública; por outro lado, em função de sua responsabilidade, o chefe de família detinha um poder quase discricionário, podendo estabelecer o destino dos membros da família, puní-los por transgressões às obrigações para com a família, apoiando-se para isso na autoridade pública, que lhe devia proteção e ajuda em sua empresa.

Para Donzelot (1986, p. 51),

o modelo de relacionamento entre família e Estado do antigo regime entra em decadência no século XVIII, tanto pela crescente incapacidade da família de conter seus membros, encarregando-se de sua manutenção, quanto pelo questionamento da autoridade familiar por aqueles dela dependentes, particularmente quanto a seus abusos.

Na transição do antigo regime para a sociedade liberal-burguesa, a família, longe de ser uma preocupação exclusivamente privada ou da intimidade – como na imaginação (ilusão) contemporânea concebe, encontra-se no centro do debate político, já que está em jogo a definição de Estado (DONZELOT, 1986).

A família, então, será transformada para servir de instrumento para enfrentar os dois principais perigos para uma sociedade liberal: a revolta dos pobres e os riscos de clivagens que questionassem as bases da sociedade e da economia sob a égide do modelo liberal.

Quanto aos pobres, à família era dado um papel reorganizador do corpo social, diante do “aumento das ondas de indigentes que exigiam subsídios do Estado, que o haviam incitado no auge do período revolucionário a transformar-se em instância reorganizadora da sociedade, por meio do direito dos pobres à assistência, ao trabalho e à educação” (DONZELOT, 1986, p. 54). Ainda dialogando com Donzelot (1986, p. 54b):

A insurreição contra o arbítrio familiar ameaçava corroer esta frágil e decisiva muralha contra uma gestão estatal e coletiva dos cidadãos, por meio de clivagens tão profundas no que diz respeito às condições de vida e aos costumes, que ameaçavam engendrar conflitos cataclísmicos, colocando em questão o próprio princípio de uma sociedade liberal.

Segundo Donzelot (1986, p. 54c), isto poderia potencializar o confronto entre “uma minoria burguesa civilizada e um povo bárbaro que, mais do que habitar, perambula na cidade, fazendo plantar sobre ela a ameaça de sua destruição”.

Os riscos provenientes da pobreza e da diferenciação acentuada colocavam como tarefa imediata para a sociedade liberal-burguesa nascente a produção de mecanismos de uniformização e controle, assim como meios de internalização dos valores do pensamento liberal, como forma de garantir coesão e disciplinar os sujeitos pertencentes tanto a classes socioeconômicas privilegiadas quanto aqueles que pela sua singularidade e pela sua identidade pudesse opor-se e questionar o modelo vigente (DONZELOT, 1986).

Do ponto de vista da internalização, mecanismos como a filantropia e a educação moldariam os indivíduos conforme o novo paradigma vigente (DONZELOT, 1986). Do ponto

de vista do controle e da uniformização, com vistas à coesão e à disciplina, o Direito seria o instrumento privilegiado, sob a égide do positivismo.

Se uma das diferenças entre o Direito das sociedades modernas capitalistas e outras formas de Direito historicamente conhecidas é que “o primeiro não impõe a divisão de classes nem a desigualdade social dela decorrente, exprimindo o caráter aberto das classes sociais no capitalismo”, por outro lado não é possível dizer que este Direito da sociedade liberal era “neutro”, “na medida em que consagrava normas excludentes que exprimiam a força política das classes dominantes, que conseguiam controlar o Parlamento” (SABADELL, 2008, p. 213-214).

Daí surge a promessa não cumprida do Direito moderno: a suposta neutralidade e a prometida igualdade formal, do ponto de vista do gênero e da sexualidade, não passam de falácias, alternando-se interdições expressas à condição feminina com o uso da linguagem formal e abstrata do Direito moderno para ocultar as diferenças de tratamento, que restariam implícitas.

O Estado Liberal de Direito do século XIX fundava-se em um parlamento que era, como lembrou Gustavo Zagrebelsky (2003), inteiramente dominado por uma única classe social (a burguesia), que normatizava ou positivava seu ideário pela ausência de oposição e contestação legítima diante da ausência dos diferentes no plano da produção legislativa, que terminava por gerar uma legislação coerente e consistente com certos interesses de classe¹⁵.

Assim, a preservação da família como unidade de produção e instrumento para viabilizar a propriedade privada se tornou tarefa do Estado Liberal, como forma de implantar seus valores e o seu ideal de sociedade, transferindo a tarefa de cuidar das pessoas às famílias, para que o Estado pudesse deter-se na organização do político e na garantia do mercado, sem deixar de vigiar as famílias para que cumprissem sua missão (DONZELOT, 1986; BADINTER, 1985).

A família é, assim, o feixe que organiza todos os institutos fundantes do Direito Privado moderno, tendo no seu cerne a preservação e a ampliação da propriedade privada enquanto junção do trabalho produtivo com a apropriação do trabalho doméstico e reprodutivo a cargo das mulheres, e também uma unidade de direção moral para a

¹⁵A visão histórica do Estado liberal conforme a exposição de Zagrebelsky (2003) corrobora o pensamento de Marx, que via no Estado liberal-burguês uma mera hegemonia de classe ou, relembrando as palavras do pensador socialista, comitê executivo dos interesses da burguesia – mas a frase transcende o aspecto meramente material ou de hegemonia econômica e implica, no panorama do Estado e da sociedade do século XIX, em uma hegemonia moral, de uma imposição sobre o domínio dos costumes (esfera privada), notadamente sobre a família e a sexualidade (DONZELOT, 1986; BADINTER, 1985).

internalização e promoção dos valores da sociedade liberal.

O Estado social de Direito modificou parcialmente este arranjo, na medida em que foi antecedido de profundas transformações como a conquista do direito de voto pelas mulheres (como será analisado no capítulo V), o que lhes deu alguma visibilidade em contraponto à exclusão do espaço público no século XIX.

Cabe destacar, no entanto, que nas relações de gênero e no que tange à cisão público/privado e à centralidade do gênero e da sexualidade na sua constituição, o Estado social nada mais é do que a continuação das desigualdades e das diferenças excludentes quanto ao gênero, articuladas sobre outros aspectos. Como lembra Esping-Andersen (1990, p. 55):

O Estado do bem estar social pode promover serviços e seguridade social, mas é também e tem sempre sido um sistema de estratificação social, sendo Estados que adotam este modelo instituições chave na estruturação das classes e da ordem social, pelo fato de que as características organizacionais do Estado do bem estar social ajudam a determinar a articulação de solidariedade social, divisão de classe e diferenciações de status¹⁶.

O Estado social se apresentou sob a égide de diversas concepções (conservadoras, liberais e socialistas), mas não foi uma ruptura completa com a sociedade e a estrutura familiar herdadas do liberalismo do século XIX, nem uma superação do capitalismo.

Ao comentar a estratificação promovida pelo Estado do bem estar social sob a perspectiva de uma política social conservadora, Esping-Andersen (1990, p. 58) vai destacar que:

As diferentes visões conservadoras sobre a política social terão como ponto em comum, no caso dos direitos sociais, a aversão à combinação entre o nivelamento social e o antagonismo de classes trazido pelo capitalismo, de modo que, seja em favor de uma hierarquia estrita, do corporativismo ou da prevalência da estrutura familiar tradicional, o tema que unifica os diversos conservadorismos é a ideia de que as relações de status tradicionais devem ser mantidas para o bem da integração social¹⁷.

Cabe destacar que este foi o modelo de Estado social incipiente ou de políticas sociais em diversos países periféricos, como o Brasil durante a Era Vargas. Não só a política social não devia ameaçar a família tradicional, como esta era a base para a construção do próprio

¹⁶ No original em inglês: “*the welfare state may provide services and income security, but it is also, and Always has been, a system of social stratification. Welfare states are key institutions in the structuring of class and the social order. The organizational features of the welfare state help determine the articulation of social solidarity, division of class, and status differentiation*” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 55).

¹⁷ No original em inglês: “*traditional conservatism, as we have seen, embodies a number of divergent models of the ideal social order. What unites them, as in the case of social rights, is a loathing of the combined social leveling and class antagonisms brought about by capitalism. Be it in favor of strict hierarchy, corporativism, or of familism, the unifying theme is that traditional status relations must be retained for the sake of social integration*” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 58).

Estado social e de sua intervenção por meio dos direitos sociais, como a previdência social, a assistência social e os direitos à saúde e à educação.¹⁸

Outro exemplo seria a doutrina social da Igreja e sua concepção de política social. Para a Igreja Católica:

O corporativismo era a resposta natural para suas preocupações em preservar a família tradicional, a busca da Igreja por alternativas viáveis ao capitalismo e ao socialismo, e sua crença na possibilidade de organização harmoniosa entre as classes sociais, ao mesmo tempo em que preservava o princípio católico da “subsidiariedade”, pelo qual os mais altos níveis de coletividade social deveriam intervir apenas quando a capacidade de mútua proteção da família se mostrasse impossível (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 61).¹⁹

Neste sentido, no Brasil, a introdução do Estado social veio por um constitucionalismo social conservador²⁰, fruto de imposições autoritárias, em que os direitos sociais apareciam

¹⁸ No caso específico do Brasil, isto se mostra evidente (uma concepção conservadora de Estado social que preserva as estruturas tradicionais da vida familiar e privada, com todas as suas desigualdades) quando se percebe que toda a legislação social da Era Vargas conviveu de forma harmônica com o Código Civil de 1916 e com a sua estrutura patriarcalista no Direito de Família, modelo explicitado no art. 229 (que consagra como legítima a família proveniente do casamento, que tem o condão inclusive de legitimar a filiação concebida anteriormente ao matrimônio) e o art. 233, que proclama o marido como chefe da família. É verdade que o Decreto-lei permitiu o reconhecimento de filhos naturais havidos fora do matrimônio, mas apenas quando houvesse o desquite (art. 1º), regra repetida na Lei 883/1949 (art.1º), que simplesmente trouxe a possibilidade de ampliar o reconhecimento por meio de testamento, mas manteve a diretriz básica do Direito de Família brasileiro da época – a preservação da família prevalece sobre a individualidade ou os direitos de seus membros singularmente considerados. O avanço da legislação social e trabalhista entre as décadas de 1920 e 1940 pouco ou nada alterou a estrutura da vida familiar e privada, pelo contrário, com base nelas e as tendo por referência é que o Estado social no Brasil se constitui durante a Era Vargas, e a progressiva transformação da família e da vida privada no Brasil vai se iniciar, ainda que timidamente, somente com a redemocratização de 1946, quando se percebe que a primeira vez que o Congresso se manifesta sobre os filhos naturais (a já referida Lei 883/1949) é somente após o fim do Estado Novo e com a redemocratização.

¹⁹ No original em inglês: “*for the catholic church, corporativism was a natural response to its preoccupation with preserving the traditional family, its search for viable alternatives to both socialism and capitalism, and its belief in the possibility of organizing harmonious relations between the social classes. Corporativism inserted easily into Catholicism’s “subsidiarity” principle, the idea that higher and larger levels of social collectivity should only intervene when the family’s capacity for mutual protection was rendered impossible*” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 61).

²⁰ Para Roberto Gargarella (2003, p. 149), no modelo de constitucionalismo conservador-autoritário “a Constituição devia garantir a estabilidade política e o respeito a determinados valores pré-definidos (geralmente associados com os valores de uma concepção particular do bem, normalmente da religião católica). No que diz respeito da organização dos poderes, os conservadores propõem a concentração de poderes políticos nas mãos de uma pessoa ou um grupo pequeno de pessoas. Defendem, assim, uma organização centralizada da sociedade e da presença de executivos muito fortes, com poderes de exceção. Os executivos são acompanhados por fortes legislaturas fracas, sujeitas à autoridade presidencial [...]. Além disso, os conservadores propõem, pelo menos na maioria dos casos, a adoção de severas restrições ao direito dos indivíduos [...] o respeito de tais liberdades geralmente era condicionada ao respeito da ordem política e dos valores morais consagrados pelo Estado” (the constitution had to secure political stability and the respect of certain predefined values usually associated with the values of one particular conception of the good, typically the Catholic religion. With regard of the organization of powers, the conservatives proposed the concentration of political powers in the hands of one person or a small group of people. They defend, thus, a centralist organization of society and the presence of very strong executives provided with exceptional powers. The strong executives were accompanied by weak legislatures subject to the presidential authority ... In addition, the conservatives proposed, at least in most cases, the adoption of severes restrictions on the right of

como “concessões” do líder ou do governo aos trabalhadores, ordenando a vida social, econômica e mesmo privada pelo imperativo das diretrizes traçadas pelo interesse “público” em síntese, uma solução novamente imposta de cima para baixo²¹.

Por sua vez, ao tratar dos modelos de estratificação promovidos por uma política social liberal, Esping-Andersen (1990, p. 61-63) vai destacar alguns pontos básicos:

a) abolição de estamentos, guildas, monopólios e absolutismo monárquico centralizador como condições para emancipação individual, liberdade, iguais oportunidades e competição saudáveis; b) a ideia de que o Estado não teria razão legítima para alterar a estratificação produzida pelo mercado; c) o fracasso de um modelo de política social moldado a luz de um individualismo radical e do sistema de alívio da pobreza (neste caso em razão de seu acentuado processo de estigmatização e punição dos pobres), levou a um movimento de reforma liberal, que combinou um mínimo de coletivismo e o individualismo, de sorte a reconhecer que este último deve se alinhar com uma sociedade que se organizava em coletividades.

Novamente, ainda que por fundamentos diversos, as políticas sociais, mesmo que construídas sob uma lógica diversa daquelas dos diversos conservadorismos, não negam, pelo contrário, afirmam a lógica das diferenças de status na medida em que a constituição do modelo de intervenção social coexiste e se apoia na família e em outras instituições (como as associações), reproduzindo estigmas e dualismos de classe e, mais importante para os fins deste trabalho, deixando intocada e inalterada a estrutura familiar, com base no predomínio do masculino.

1.3 Estado de direito e as relações de gênero. a desigualdade de gênero como ofensa ao princípio do estado de direito

individuals ... the respect for such freedoms was usually conditioned upon the respect for the political order and the state's preferred moral values). Gargarella (2003) identifica este tipo de constitucionalismo como comum na América Latina do século XIX, citando casos de países como Peru, Colômbia e Equador, mas o modelo se reproduziu no Brasil do século XX, quando se associou ao corporativismo durante a Era Vargas, notadamente no período do Estado Novo (1937-1945) – com efeito, “a Constituição de 1937 previu um modelo de Estado autoritário e corporativista [...] a consagração dos direitos sociais na Era Vargas pautou-se por uma lógica [...] de concessão de benesses “de cima para baixo” pelo governo. Os direitos sociais eram vistos sob um ângulo paternalista, mais como favores, decorrentes da generosidade de um Presidente ‘pai dos pobres’, do que genuínos direitos. Ademais, em regra, elas não eram asseguradas em bases universalistas para todos os cidadãos, mas sim aos pertencentes a determinadas categorias profissionais ou econômicas que eram objeto da regulação estatal” (SARMENTO, 2010, p. 43; 45).

²¹ Para Daniel Sarmiento (2010, p. 45), “combinava-se o modelo do sindicalismo oficial adotado, caracterizado pela promiscuidade entre Estado e sindicatos, com o controle governamental das atividades e reivindicações dos trabalhadores, dentro do arcabouço jurídico do corporativismo”.

As conexões entre as relações de gênero e a formação do Direito moderno, como apresentadas na seção anterior e problematizadas pela teoria política e jurídica do feminismo oferecem uma oportunidade para articular a identidade de gênero com uma das noções mais caras, e ainda assim mais problemáticas, do pensamento jurídico-constitucional moderno e contemporâneo: o Estado de Direito.

“Estado de Direito” como conceito literalmente formulado nestes termos aparece na história do pensamento jurídico e na tradição política ocidentais no período posterior à Revolução Francesa, mais especificamente na Alemanha, na medida em que se trata de tradução literal de *Rechtsstaat* (NOVAIS, 1987).

Trata-se, contudo, de um conceito marcadamente polissêmico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes (NOVAIS, 1987). A multiplicidade de usos e empregos que a noção de Estado de Direito adquire no âmbito do pensamento jurídico é sintetizada por Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 29):

A ideia de Estado de Direito tem sido quase unanimemente defendida em nossos dias. Ela tem servido como um ideal extremamente poderoso para aqueles que têm lutado contra o autoritarismo e o totalitarismo nas duas últimas décadas e é considerada por muitos como um dos principais pilares de um regime democrático. Para os defensores de direitos humanos, o Estado de Direito é visto como uma ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força. Ao mesmo tempo, a ideia de Estado de Direito, ao ser renovada pelos libertários como Hayek em meados do século XX, recebeu apoio fervoroso das agências financeiras internacionais e instituições de auxílio ao desenvolvimento jurídico, como um pré-requisito essencial para o estabelecimento de economias de mercado eficientes. Do outro lado do espectro político, até mesmo os marxistas, que viam antigamente o Estado de Direito como um mero instrumento superestrutural, voltado à manutenção do poder das elites, começaram a vê-lo como um bem humano incondicional. Seria difícil encontrar qualquer outro ideal político louvado por públicos tão diversos. Porém, a questão é: estamos todos defendendo a mesma ideia? Obviamente, estão sendo empregados tanto conceitos diferentes de Estado de Direito quanto virtudes ou características distintas oriundas de uma concepção mais abstrata do tema.

Neste sentido, Upendra Baxi (2007, p. 7) aponta que

o Estado de Direito tem uma longa história normativa que o privilegia como uma contribuição inaugural da teoria política liberal euro-americana, surgindo de formas variadas, seja como uma noção ‘estrita’ que impõe restrições processuais a formas de poder soberano e conduta governamental, capazes de autorizar práticas políticas holocásticas, seja como uma concepção ‘abrangente’ que envolve as teorias sobre o ‘bom’, o ‘certo’ e o ‘justo’.

Carlos Ari Sundfeld (2010), por sua vez, aponta para a noção intuitiva que o conceito nos traz, a de que Estado de Direito é o que se subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação, enquanto que o Estado de polícia apenas submetia

os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele.

Que valor seria indicado pela ideia de Estado de Direito? Para Zagrebelsky (2003), este valor seria a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos.²²

Como demonstra Renan Aguiar (2009), o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito pode confundir-se com a própria elaboração do constitucionalismo, mas é a partir das revoluções do século XVIII que o constitucionalismo empreende a tarefa fundadora do Estado de Direito.

Neste sentido, a supremacia da lei no Estado de Direito deve ser contextualizada à luz das circunstâncias históricas do paradigma liberal em que surge, na medida em que, no século XIX, a lei estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo – o de uma sociedade monista ou monoclasa (sociedade liberal), na qual se constatava o movimento unívoco das forças que animavam a legislação, principalmente porque as forças antagonistas, no essencial, apareciam neutralizadas e não encontravam expressão na lei, caso do proletariado, afastado do Estado mediante a limitação ao direito de voto (ZAGREBELSKY, 2003).²³

Neste panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesmo as condições de unidade da legislação (ZAGREBELSKY, 2003). Assim, o predomínio político da burguesia se traduzia no seu protagonismo parlamentar e na hegemonia de seus interesses, que se convertiam em direito positivo, criando as bases para uma compreensão de coerência do ordenamento jurídico como coerência dos interesses nele corporificados.

Este contexto se modificou sensivelmente com a crise do Estado liberal, seja pela ampliação do sufrágio e a incorporação do proletariado e das mulheres como integrantes do espaço público, seja pelo gradativo e progressivo aumento da intervenção do Estado na economia, precedente à 1ª Guerra Mundial, mas que durante e depois do conflito se aprofunda significativamente. Indiscutivelmente isto levou a uma rediscussão do conceito de Estado de Direito, como informa Vieira (2007, p. 29):

O conceito clássico de Estado de Direito foi submetido a uma severa reavaliação nas duas primeiras décadas do último século. Pensadores, como Max Weber em *Economia y Sociedad*, alertaram-nos acerca do processo de desformalização do

²² No original: “*el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos*” (ZAGREBELSKY, 2003).

²³ No original: “*el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación*” (ZAGREBELSKY, 2003).

Direito como consequência das transformações na esfera pública. Os anos que se seguiram após os trabalhos de Weber foram marcados por uma tensa luta política e intelectual sobre a capacidade do Rechtsstaat de se adequar aos novos desafios apresentados pela Constituição social-democrata de Weimar. Essa luta pode ser vista no debate entre conservadores como Carl Schmitt e social-democratas representados por Franz Neumann.

Neste novo Estado, pontuado pelo paradigma do constitucionalismo social, a lei

já não é expressão pacífica de uma sociedade inteiramente coerente, se não a manifestação de um instrumento de competição e enfrentamento social, tornando-se apenas a continuação de um conflito, deixando de ser um ato impessoal, geral e abstrato e convertendo-se em ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares (ZAGREBELSKY, 2003, p. 38).²⁴

A causa disto pode ser encontrada na nossa sociedade, condicionada por

uma ampla diversidade de grupos e estratos sociais que participam daquilo que ele chama de ‘o mercado das leis’, ou seja, tais grupos ensejam uma diferenciação acentuada de tratamento normativo, seja como aplicação empírica do princípio da igualdade no Estado social (para cada situação uma disciplina de acordo com suas particularidades), seja como consequência da pressão que os interesses corporativos exercem sobre o legislador (ZAGREBELSKY, 2003, p. 37).²⁵

Upendra Baxi relembra, então, que o Estado de Direito implica em um campo em que as pessoas lutam para tornar o poder responsável, a governança justa e o Estado ético e declara peremptoriamente que cada termo romântico/radical usado aqui (responsabilidade, justiça e ética) precisa ser decifrado (BAXI, 2007).

Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 33) coloca esta questão em termos operacionais: o Estado de Direito

é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana.

²⁴ No original: “*la ley [...] ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto [...] es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares*” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 38).

²⁵ No original: “*las razones de la actual desaparición de las características ‘clásicas de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el mercado de las leyes [...] dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de la igualdad del llamado ‘Estado social’ (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador*” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 37).

Diante do exposto, o Estado de Direito, do ponto de vista formal, é uma forma de garantir a reciprocidade²⁶ entre governo e cidadãos, ou seja, prescreve que a autoridade política se guiará pelas leis e regras que estabeleceu para si com a participação dos cidadãos, que por sua vez confiam nesta premissa e respeitam as normas postas a partir delas (ou pode se esperar que, em regra, o façam sem necessidade de recurso à coação extrema pela via física) tanto porque foram parte no processo de sua elaboração quanto pelo fato de que podem ter certeza de que a autoridade pública igualmente se portará do mesmo modo.

Até este ponto, falou-se no Estado de Direito, destacando a tensão entre concepções formais e substantivas relativas ao mesmo e as transformações que o princípio enfrentou na evolução histórica do constitucionalismo, mas qual seria a rigor a importância deste conceito para as relações de gênero? Por que o Estado de Direito é algo significativo na afirmação da condição feminina no contexto do Direito contemporâneo?

A reconstrução histórico-jurídica da noção de Estado de Direito apresenta uma importância muito grande para compreender a dinâmica atual das reivindicações relacionadas à identidade de gênero e à sexualidade, na medida em que, como destacado anteriormente por Upendra Baxi, o cenário posto pelo Estado de Direito termina por traduzir-se em um espaço de luta de poder, sem necessariamente conduzir a uma determinada concepção de justiça.

Mais especificamente, é o Estado de Direito uma forma política vinculada ao Direito moderno e suas contradições, particularmente na contemporaneidade, àquelas decorrentes da estratificação sexual e de gênero, na medida em que a suposta neutralidade da linguagem jurídica esconde as desigualdades e assimetrias postas pelas diferenças decorrentes da dicotomia masculino/feminino.

As questões expostas até aqui estão intimamente relacionadas ao Estado de Direito, particularmente em sua concepção formal, pela distância entre as promessas entre o programa político e normativo do Estado de Direito (ao mesmo como enunciado pelo legado iluminista do século XVIII) e a sua aplicação ou incidência nas relações sociais e jurídicas, particularmente nas sociedades contemporâneas.

Isto se relaciona com a natureza das injustiças existentes na sociedade e relacionadas ao gênero, que podem ser de ordem econômica e/ou cultural e fundada em status, sendo o gênero identificado como uma coletividade bivalente, por incidirem sobre este tipo de identidade os dois tipos de injustiça, como explica Nancy Fraser (2008, p. 174-175):

²⁶ Neste sentido, conferir a obra *The Morality of Law* de Lon Fuller (1964).

O gênero codifica padrões difundidos de valor cultural, que são centrais para a ordem do status como um todo. Como um resultado, não apenas as mulheres, mas todos os grupos de baixo status, correm o risco de ser feminilizados (feminized) e, conseqüentemente, diminuídos. Assim, uma das principais características da injustiça de gênero é o androcentrismo: um padrão de valor cultural institucionalizado, que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto deprecia tudo o que codifica como feminino. O resultado é interpretar as mulheres e as meninas como outras subordinadas e deficientes que não podem participar como iguais na vida social. Difusamente institucionalizado, este padrão valorativo androcêntrico gera formas de subordinação de status específicas de gênero, incluindo violência sexual, violência doméstica, tutela por toda a vida, casamentos arranjados, mortes por dotes, estupros em massa como uma arma de guerra, mutilação genital e escravidão sexual. E ainda, negação da integridade corporal, da liberdade reprodutiva, e da autodeterminação sexual. Além disso, reduzido acesso à moradia, à alimentação, à terra, à saúde e à educação; prejuízo em seus direitos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política, estereotipagem (stereotyping) e objetificação (objectification); e perseguição e depreciação na vida cotidiana. Esses danos são injustiças de reconhecimento.

A partir do pensamento de Nancy Fraser, vemos que as mulheres (gênero feminino) sofrem reduções, restrições ou negações de direitos que são incompatíveis com a linguagem normativa do Estado de Direito como exposto anteriormente. O panorama é a recondução de ambos à esfera privada como um domínio inferior²⁷ e excluído dos benefícios e das prerrogativas do Estado de Direito, transformando as mulheres em cidadãs inferiores ou mesmo não cidadãs.

Upendra Baxi acusa o golpe na teoria do Estado de Direito, ao indicar que “quando falamos em Estado de Direito como governo das leis e dos homens isto pode indicar que isto abrangeria todos os seres humanos e a adoção do secularismo”, mas o autor reconhece a desconfiança feminista da fórmula inclusiva, na medida em que “se estaria falando de um governo de, por e para os homens (seres humanos do gênero masculino), apontando questão a respeito da feminização do Estado e do direito em uma sociedade pós-patriarcal” (BAXI, 2007, p. 10).

Ao comentar sobre a trajetória do Estado de Direito no Brasil à luz da Constituição de 1988 e dos diversos direitos e garantias fundamentais nela previstos, assim como em relação aos diversos instrumentos internacionais de direitos humanos com os quais o país se comprometeu, Vieira (2007, p. 41) adverte que “embora, no papel, as instituições pareçam estar em conformidade com o modelo de Estado de Direito, [...] o sistema jurídico brasileiro sofre de uma séria incongruência entre as leis editadas e o comportamento dos indivíduos e dos agentes públicos”.

²⁷ Cf citação anterior na nota 14 de Susan Okin (2008, p. 308c).

Vilhena prossegue sua análise apontando para um dado importante – consciência crescente de que a lei – e os direitos – ainda desempenham um papel menor na determinação do comportamento individual e oficial. Ao reportar-se ao Relatório do Latinobarômetro 2005, o referido autor demonstra que “há uma grande desconfiança na capacidade do Estado de implementar sua legislação imparcialmente e, de maneira ainda mais problemática, apenas 21% dos brasileiros afirmam respeitar as leis” (VIEIRA, 2007, p. 41-42). Vieira (2007, p. 42), afirma então de forma incisiva que:

O Brasil, como um dos mais desiguais países do continente, pode ser caracterizado como um sistema de não Estado de Direito, em lugar de um sistema onde haja o domínio da lei, construindo o argumento de que a exclusão social e econômica, oriunda de níveis extremos e persistentes de desigualdade, causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. Em síntese, a desigualdade profunda e duradoura gera a erosão da integridade do Estado de Direito.

O Estado de Direito surge então como vilão, por conta das promessas não cumpridas de igual aplicação das leis e de não arbitrariedade contidas em sua concepção formal, de modo que a desigualdade socioeconômica mostra-se como uma violação flagrante do Estado de Direito.

Ainda que não esteja contida expressamente no argumento do referido autor, a questão da desigualdade como negação de tudo o que o Estado de Direito representa tem um alcance mais amplo do que aquele que ele imaginara – em verdade, não só a desigualdade social, mas qualquer forma de desigualdade e, no que toca ao aqui exposto, a desigualdade de gênero e a discriminação sexual injusta apresentam-se como violações ao Estado de Direito e às promessas de liberdade, autonomia e igualdade contidas na matriz iluminista da qual a juridicidade moderna e contemporânea busca suas origens.

O problema, como apontado por Vieira em relação à exclusão social, é praticamente idêntico: a desigualdade de gênero gera a demonização dos diferentes (no caso, as mulheres), cria a sua invisibilidade social e mesmo jurídica e imuniza os privilegiados, construídos a partir do predomínio do masculino sobre o feminino.

As mulheres, enquanto parte de uma coletividade bivalente, são vítimas de formas de opressão e discriminação que decorrem tanto de problemas de distribuição de recursos materiais e poder quanto de não reconhecimento de sua condição.

Logo, a discriminação e a opressão do feminino pelo masculino se traduzem em uma violação do Estado de Direito e de suas promessas de igual tratamento e de segurança (estabilidade) jurídica para todos, inclusive para as mulheres, conduzindo ao tríplice problema

apontado já por Oscar Vilhena Vieira: demonização e invisibilidade dos diferentes, imunidade dos privilegiados.

O trecho a seguir destacado do Relatório 2011-2012 da Organização das Nações Unidas (ONU) Mulheres, um fundo das Nações Unidas cuja finalidade é a promoção da igualdade de gênero, sintetiza bem as contradições entre a existência de um Estado de Direito afirmado solenemente nas Constituições e sua aplicação prática nas relações de gênero:

[...] O século passado viu uma transformação em termos de direitos legais das mulheres, com os países em cada região ampliando o escopo dos direitos legais das mulheres. No entanto, para a maioria das mulheres do mundo as leis que existem no papel nem sempre se traduzem em igualdade e em justiça. Em muitos contextos, nos países ricos e pobres, a infraestrutura da justiça - a polícia, os tribunais e o judiciário - está falhando com as mulheres, o que se manifesta em serviços de má qualidade e atitudes hostis das próprias pessoas cujo dever é cumprir os direitos das mulheres. Como resultado, embora a igualdade entre mulheres e homens seja um princípio garantido nas constituições de 139 países e territórios, leis inadequadas e lacunas legislativas, bem como estruturas de execução pobres e vastas lacunas de implementação fazem dessas garantias promessas ocultas, tendo pouco impacto sobre a vida e o dia-a-dia das mulheres (UNITED..., 2011).²⁸

As formas de discriminação e opressão das mulheres convivem, assim, de forma contraditória com a mais ampla garantia do Estado de Direito e mesmo com a afirmação da igualdade de gênero em diversos países em suas respectivas Constituições – o que destaca o Estado de Direito como um quadro no qual se desenvolvem as relações de poder e a própria produção de subjetividade.

Não se depreciam as mulheres em si, mas a condição feminina e sua oposição às tradições, ao patriarcalismo, ao sexismo (machismo) e aos preconceitos deles decorrentes que convivem com a proclamação formal e genérica de igualdade por meio da linguagem abstrata e supostamente neutra do Direito moderno.

A demonização da condição feminina começa com interdições dos mais diversos graus e matizes para a plena condição cidadã e igualitária das mulheres. Por vezes, isto será uma interdição de um direito que é exercido pelos homens, como no caso da Arábia Saudita, em que as mulheres são proibidas de conduzir veículos automotores, inclusive sob pena de

²⁸ No original em inglês: “the past century has seen a transformation in women’s legal rights, with countries in every region expanding the scope of women’s legal entitlements. Nevertheless, for most of the world’s women the laws that exist on paper do not always translate into equality and justice. In many contexts, in rich and poor countries alike, the infrastructure of justice – the police, the courts and the judiciary – is failing women, which manifests itself in poor services and hostile attitudes from the very people whose duty it is to fulfil women’s rights. As a result, although equality between women and men is guaranteed in the constitutions of 139 countries and territories, inadequate laws and loopholes in legislative frameworks, poor enforcement and vast implementation gaps make these guarantees hollow promises, having little impact on the day-to-day lives of women”.

castigos físicos (chibatadas) (GLOBO, 2011).²⁹

Outras formas de violência contra mulher não se limitam a interdições de certos direitos e práticas que são reservados somente aos homens, mas resultam em violações a agressões à integridade física, ao corpo e à saúde das mulheres. Novamente recorrendo ao relatório 2011-2012 da ONU Mulher:

Violência contra mulheres e meninas é tanto uma manifestação extrema de desigualdade de gênero e discriminação como uma ferramenta mortal usada para manter o status subordinado das mulheres. Nenhuma mulher ou menina é totalmente livre dos riscos ou do alcance desta pandemia global. Como o Secretário-Geral declarou: "A violência contra mulheres e meninas traz a sua marca horrenda em cada continente, país e cultura". Historicamente, a ambivalência dos governos em regular as relações de gênero no domínio privado e relações íntimas foi exemplificada pelo falta de legislação sobre violência doméstica, a relutância em reconhecer o estupro conjugal como uma infração penal e da isenção de 'crimes de honra' da acusação. Este cenário contribuiu para uma percepção generalizada de que o abuso das mulheres nesta esfera é aceitável (UNITED..., 2011).³⁰

A violência é uma forma de negar a plena cidadania às mulheres, que são apresentadas como se fossem vítimas de agressões e violações por sua exclusiva responsabilidade e o agressor fosse apenas "compelido", quase que "involuntariamente", a ser agressor diante da "provocação" da vítima.

Recentemente, o metrô de Shanghai (China) iniciou uma campanha nesta direção: diante do aumento do assédio de homens a mulheres em diversas estações de metrô naquela cidade, a companhia de transporte local tem espalhado desde o dia 20 de junho a seguinte mensagem (acompanhada de uma foto de mulher vestindo algo como uma burca): "*Girls, please be self-dignified to avoid perverts*". Em português seria algo como: "Garotas, por favor, se deem ao respeito para evitar pervertidos" (SANCHES, 2012, s.p.).

²⁹ Note-se que a própria reportagem esclarece que não há, a rigor, uma lei formal que proíba as mulheres de dirigir, mas sim o fato de que dirigir um automóvel exige uma carteira de motorista que é emitida regionalmente, e tais carteiras não são emitidas para mulheres, o que na prática combina demonização e invisibilidade imposta às mulheres. Ironicamente, a notícia acaba informando que uma mulher foi condenada a chibatadas por um tribunal saudita dois dias depois que o Rei saudita anunciou a extensão do direito de votar e de concorrer nas eleições municipais, as únicas realizadas na Arábia Saudita, uma monarquia absolutista islâmica.

³⁰ No original em inglês: "*violence against women and girls is both an extreme manifestation of gender inequality and discrimination, and a deadly tool used to maintain women's subordinate status. No woman or girl is entirely free of the risks or reach of this global pandemic. As the United Nations Secretary-General has stated: 'Violence against women and girls makes its hideous imprint on every continent, country and culture'.³⁵ Historically, governments' ambivalence towards regulating gender relations in the private domain and intimate relationships has been exemplified by the lack of domestic violence legislation, the reluctance to recognize marital rape as a criminal offence and the exemption of 'crimes of honour' from prosecution. This has contributed to a widespread perception that abuse of women in this sphere is acceptable*".

Comentando a reportagem, a colunista Mariana Sanches resume bem o quão discriminatória é a campanha do metrô de Shanghai ao dizer que: “o mote da campanha da companhia chinesa é basicamente a velha ladainha machista de culpar a vítima pelo crime do agressor. Por essa lógica, o estupro seria justificável a partir de um dado tamanho de saia ou de profundidade do decote” (SANCHES, 2012, s.p.).

Mas este não é privilégio de um país oriental como a China ou de alguma teocracia do Oriente Médio – em 2011. Após a ocorrência de diversos casos de abuso sexual de mulheres na Universidade de Toronto no Canadá, o policial Michael Sanguinetti sugeriu que as estudantes do sexo feminino deveriam evitar se vestir como “vagabundas” para não serem vítimas de abuso sexual ou estupro (RODRÍGUEZ, 2011; ARRAIS, 2011).³¹

Mesmo em um país ocidental e democrático como o Canadá, a atitude do policial revela uma complacência com a violência praticada com preconceito de gênero, como se a forma de uma pessoa se vestir legitimasse a violência por ela sofrida, e como se a função da autoridade policial não fosse investigar e identificar os culpados, levando-os para a responsabilização judicial, mas sim realizar julgamentos morais sobre as formas de ser e estar em sociedade de segmentos da sociedade.

Este acontecimento também ilustra as dificuldades das mulheres em obter a efetiva aplicação de dois dos elementos que integram uma concepção formal de Estado de Direito: o acesso à justiça e o respeito ao devido processo legal.

Aqui se adentra pela dimensão da invisibilidade – não necessariamente as normas jurídicas ou as instituições apresentarão obstáculos formais ou legalmente instituídos para o acesso das mulheres aos serviços de segurança e às instâncias judiciárias, mas uma série de fatores concorrem para afastar as mulheres do acesso e da efetiva implementação de serviços de segurança e de justiça, como bem lembra o relatório 2011-2012 da ONU Mulher:

Acessar a cadeia formal de justiça pode envolver vários ramos do direito ou diferentes sistemas jurídicos, que têm diferentes estruturas e procedimentos. Por exemplo, os casos relacionados ao tráfico ou migração de mulheres podem envolver não somente acusações criminais, mas também procedimentos relativos à imigração, que são normalmente tratados em Direito Administrativo. Questões civis e criminais muitas vezes sobrepõem-se, particularmente em casos de violência doméstica. A cadeia de justiça também interage com uma ampla gama de serviços públicos, tais como prestadores de cuidados de saúde, serviços sociais e abrigos para mulheres, bem como de instituições de governo local que são responsáveis pela aplicação das leis no nível local. Para as mulheres que enfrentam esta matriz assustadora de instituições e processos, há obstáculos importantes para se envolver com o sistema

³¹ O episódio canadense originou o movimento denominado “Marcha das Vadias”, um protesto contra a afirmação de que a responsabilidade pelo abuso sexual é das mulheres que são vítimas desta prática e que ocorre em diversos eventos pelo mundo, inclusive em muitas cidades brasileiras.

de justiça formal. [...]. Falta de conhecimento dos seus direitos ou do sistema de justiça, dependência de parentes do sexo masculino para assistência e recursos, e a ameaça de sanção ou estigma são alguns das barreiras sociais que as mulheres enfrentam no acesso ao sistema de justiça formal. Em algumas comunidades, as mulheres são incapazes de se aproximar dos sistemas de justiça sem a assistência de um homem e normas sociais prejudicam sua capacidade de exercer autonomia fora de casa. Em Timor-Leste, um estudo descobriu que 58 por cento dos timorenses – mulheres e homens, desaprovam que as mulheres falem em defesa de seus interesses em disputas locais. Dados de pesquisas domiciliares em 30 países mostram que em 18 países, mais da metade de mulheres casadas não têm voz em casa nas decisões do dia a dia (UNITED..., 2011).³²

A invisibilidade das mulheres não se resume às estruturas formais dos sistemas de justiça e das instituições de segurança ou na participação na vida social e familiar, mas se espalham por diversos setores do espaço público, restringindo ou diminuindo os direitos das mulheres e o acesso aos bens sociais gerados por um país.

O mercado de trabalho tem sido, por exemplo, um domínio de diminuição ou inferiorização do feminino frente ao masculino sob o manto de cobertura da (suposta) igualdade formal e da ideia de Estado de Direito. Uma das maneiras de tornar a desigualdade de gênero invisível são prescrições que atingem o trabalho doméstico, eminentemente feminino e, por isso mesmo, mal remunerado e submetido a condições precárias de trabalho.

No Brasil, a questão da invisibilidade do trabalho doméstico feminino não passou despercebida pelo Comitê responsável pela aplicação da Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)³³, que no seu relatório de 2012 sobre a situação brasileira não deixou de mencionar que:

O Comitê observa com preocupação que o artigo 7 (parágrafo único) da Constituição discrimina os trabalhadores domésticos, pelo fato de conceder a essa categoria apenas 9 dos 34 direitos nela consagrados e concedidos a outras categorias de trabalhadores. Ele se inquieta com o impacto negativo dessa disposição no

³² No original em inglês: “*Accessing the formal justice chain may involve engaging with various branches of the law or different legal systems that have different structures and procedures. For example, cases related to trafficking or migrant women may involve not only criminal charges, but also immigration proceedings, which are typically dealt with under administrative law. Civil and criminal issues often overlap, particularly in cases of domestic violence. The justice chain also interacts with a broader range of public services, such as providers of health care, social services and shelters for women, as well as local government institutions that are responsible for implementing laws at the local level. For women facing this daunting array of institutions and processes, there are major disincentives to engaging with the formal justice system [...] Lack of knowledge of their rights or the justice system, dependence on male relatives for assistance and resources, and the threat of sanction or stigma are some of the social barriers that women face in accessing the formal justice system. In some communities, women are unable to approach justice systems without the assistance of a male relative and social norms hinder their ability to exercise autonomy outside the household. In Timor-Leste, a study found that 58 percent of Timorese – both women and men – disapproved of women speaking on their own behalf in local disputes. 12 Data from household surveys in 30 countries show that in 18 countries, more than half of married women have no say on everyday household decisions*”.

³³ A sigla se refere à abreviação do tratado em inglês: Convention for Elimination of Discrimination against Women.

avanço para a eliminação de discriminação contra as mulheres, que representam a grande maioria de trabalhadores domésticos no país, em particular mulheres afrodescendentes e meninas que, muitas vezes, sofrem de múltiplas formas de discriminação (ONU, 2012).

O artigo mencionado é o antigo art. 7º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, que em sua redação original discriminava expressamente alguns direitos que se aplicavam aos trabalhadores e às trabalhadoras domésticas, retirando-lhes os demais presentes no restante do artigo, que trata justamente dos direitos sociais, tidos como um meio eficaz de reduzir as desigualdades de uma sociedade por meio de sua progressiva universalização para todos os cidadãos e cidadãs.

A Emenda Constitucional 72, aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional brasileiro entre 2012 e 2013 (a última votação necessária foi a aprovação da então proposta de emenda à Constituição no Senado no dia 26 de março de 2013), alterou este cenário, ao modificar a redação do parágrafo único do art. 7º (BRASIL, 2013), estabelecendo que:

são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social (BRASIL, 2013).³⁴

Não passou incólume, no entanto, na análise do Comitê CEDAW que a pretensa universalidade dos direitos sociais no Brasil traz implícita, de forma contraditória ao anunciado propósito igualitário ou de melhoria das condições dos trabalhadores que tais direitos enunciam, aspectos de discriminação de gênero que conduzem à desigualdade de gênero, por meio de estereótipos e de restrições fundadas em gênero³⁵.

O que o Comitê CEDAW observou é a simples constatação de que desigualdade de tratamento dos trabalhadores domésticos em relação aos demais trabalhadores (seja do setor público, das forças de segurança ou da iniciativa privada) era uma forma indireta e transversa de discriminação de gênero³⁶, que afeta a situação de mulheres, particularmente as pobres e as

³⁴ Parte da mudança ainda precisa de implementação por meio de lei infraconstitucional, mas a alteração mostra o diálogo entre a instância internacional de proteção aos direitos humanos (o Comitê CEDAW) e o Estado brasileiro na promoção e afirmação de direitos humanos e fundamentais. A Emenda foi promulgada na primeira semana de abril de 2013.

³⁵ O tema da igualdade de gênero e de orientação sexual e os direitos sociais, trabalhistas e prestacionais, será objeto de apreciação deste trabalho no Capítulo IV.

³⁶ Obviamente, homens também trabalham como trabalhadores domésticos (motoristas, jardineiros, caseiros etc.), mas a Pesquisa Mensal de Emprego do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de março de 2012 mostra que no ano de 2011 os homens respondiam apenas por apenas 5,1% do número de trabalhadores

afrodescendentes – e que a própria Constituição abrigava tamanha discriminação.

Mesmo quando consideramos os demais direitos sociais ou a sua posituação e aplicação em relação a outros segmentos profissionais, ainda assim a desigualdade de gênero é flagrante: o próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na Pesquisa Mensal de Emprego (PME) de 2008, teceu as seguintes considerações acerca da participação da mulher no mercado de trabalho:

As mulheres são a maioria da população e predominam entre os desocupados, mas ainda são menos numerosas que os homens na população ocupada: 44,4%, ou 9,4 milhões de trabalhadores nas seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego. Já o rendimento das trabalhadoras com nível superior equivale a 60% do recebido pelos homens com a mesma escolaridade. Ainda assim, entre as mulheres trabalhadoras, 59,9% tinham 11 anos ou mais de estudo em janeiro de 2008, contra 51,9% dos homens. Por outro lado, enquanto o percentual de trabalhadoras com carteira assinada era de 37,8%, entre os homens ele já atingia 48,6% em 2008 [...] (IBGE, 2008).³⁷

A Pesquisa Mensal de Emprego de março de 2012 trouxe novos indicadores que, embora mostrem alguma melhora na situação feminina no mercado de trabalho no Brasil, confirmam a desigualdade de gênero como um traço significativo do cenário socioeconômico brasileiro:

Em 2011, as mulheres eram maioria na foi de 1,8 ponto percentual (de 44,4% para 46,1%). No mesmo período, a proporção de mulheres na população desocupada e na população ocupada tiveram elevação de, respectivamente, 3,3 e 2,4 pontos percentuais [...] (IBGE, 2012).

A PME 2012 revelou também que o rendimento das mulheres continuou inferior ao dos homens. Em 2011, elas recebiam, em média, 72,3% do salário masculino, proporção que se mantém inalterada desde 2009. Por outro lado, a jornada de trabalho das mulheres é inferior à dos homens. Em 2011, as mulheres trabalharam, em média, 39,2 horas semanais, contra 43,4 horas dos homens, uma diferença de 4,2 horas. Entretanto, 4,8% das que estavam ocupadas em 2011 gostariam de aumentar sua jornada semanal (IBGE, 2012).

A Constituição brasileira vigente assegurou a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I) e também assegurou mecanismos de proteção dos direitos sociais trabalhistas sob o signo da igualdade formal, particularmente garantindo a proteção do mercado de trabalho mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e proibindo discriminação no âmbito trabalhista, seja por meio de diferenças salariais, seja por critérios

domésticos, contra 94,9% de mulheres. Pesquisa Mensal de Emprego (IBGE), mar. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

³⁷ A própria notícia traz gráficos e outros dados que explicam mais pormenorizadamente os indicadores apontados.

discriminatórios de admissão ao emprego (art. 7º, inciso XXX).

Apesar da igualdade constitucionalmente consagrada, as mulheres ainda são minoritárias, por exemplo, como empregadores (apenas 27,7% do total) (IBGE, 2012) e a Constituição e as leis trabalhistas não protegem suficientemente os trabalhadores da economia formal, espaço no qual a vulnerabilidade das mulheres é maior e a invisibilidade do seu trabalho se amplia, como nos diz o próprio relatório 2012 da ONU Mulher:

Embora na maioria dos países os governos tenham tomado medidas para regular o emprego formal, com a legislação sobre aceitáveis condições de trabalho e de remuneração, esta proteção normalmente não cobre a economia informal. O Estado de Direito é visto como uma condição prévia essencial para a prosperidade econômica e desenvolvimento, mas na prática não se aplica à maioria dos trabalhos que as mulheres fazem. Globalmente, 53 por cento das mulheres trabalhadoras são empregadas em empregos vulneráveis, como trabalhadoras por conta própria ou como trabalho não remunerado em empresas familiares ou fazendas. No Sul da Ásia e África Subsaariana, mais de 80 por cento das mulheres trabalhadores estão neste tipo de trabalho. 43 Milhões de mulheres trabalham na economia informal, trabalham em casa ou são trabalhadoras domésticas remuneradas (UNITED..., 2011).³⁸

Voltando a falar do emprego ou do trabalho formalizado, o próprio Comitê CEDAW, quando a apresentação do seu relatório periódico sobre a situação brasileira mostrou inquietação com a baixa representação das mulheres nas mais altas instâncias do Judiciário e nas posições de alta gestão no setor privado, apesar do número crescente de mulheres seguindo carreira no judiciário, assim como participando do mercado de trabalho. Da mesma forma:

Observa com preocupação que, apesar da maior participação das mulheres no mercado de trabalho, a igualdade entre homens e mulheres no campo da emprego continua sendo um desafio no Estado-Parte. Preocupa o fato de que a diferença salarial entre homens e mulheres flutue entre 17% e 40%, dependendo de raça, etnia e educação das mulheres. É preocupante que os estereótipos relacionados a gênero e raça contribuam para a segregação das mulheres afrodescendentes e indígenas em empregos de pior qualidade. Adicionalmente, vê problemas com a falta de informações relativas às medidas de proteger as mulheres contra assédio sexual no local de trabalho, bem como sobre a persistência de exploração de mulheres e crianças trabalhadoras domésticas (ONU, 2012).

Por último, a invisibilidade da mulher também se reflete no exercício de seus direitos de participação política. Inicialmente, é preciso destacar o progresso nos direitos políticos das

³⁸ No original em inglês: “Although in most countries governments have taken steps to regulate formal employment, with laws on acceptable working conditions and pay, this protection typically does not cover the informal economy. The rule of law is seen as a key precondition for economic prosperity and development, yet in practice it does not apply to the majority of work that women do. Globally, 53 percent of working women are employed in vulnerable jobs, as own-account workers or as unpaid workers in family businesses or farms. In South Asia and sub-Saharan Africa, more than 80 percent of women workers are in this kind of employment. 43 Millions work in the informal economy as home-based workers and paid domestic workers”.

mulheres, especialmente pela evolução na situação do voto feminino, o que é demonstrado pelo relatório 2012 da ONU Mulher, o qual destaca que, em 1911, as mulheres eram autorizadas a votar em apenas dois países do mundo, ao passo em que hoje, um século depois, esse direito é praticamente universal.

Durante este tempo, as mulheres têm aumentado continuamente seus direitos políticos, visto que o Relatório 2012 da ONU Mulher constatou que 28 países atingiram ou ultrapassaram a marca de 30 (trinta) por cento de assentos no parlamento para mulheres e 19 mulheres estão servindo atualmente como chefes de Estado eleitos ou de Governo (UNITED..., 2011)³⁹.

Ainda assim, a sub-representação feminina no espaço político institucionalizado permanece um problema que se traduz em um impasse democrático, particularmente no caso brasileiro ao reservar a mais da metade da população em torno de 10% das cadeiras no legislativo nacional, como será visto no capítulo V deste trabalho.

Os fenômenos e eventos descritos ao longo das últimas páginas, relativos à violência contra mulheres, sua posição no mercado de trabalho e mesmo as condições para o exercício de seus direitos políticos levam a um terceiro elemento da desigualdade como negação do Estado de Direito: a imunidade dos privilegiados.

No caso, a prevalência injusta do masculino sobre o feminino se reflete no local de trabalho (a despeito do mérito ou de indicadores de educação), reservando às mulheres empregos e tarefas profissionais mais vulneráveis e sem uma boa remuneração, ou nas instituições políticas, nas quais as políticas para as mulheres são feitas majoritariamente por homens e suas participação e ascensão são bloqueadas por diversos preconceitos de gênero.

Mas é na violência doméstica e familiar que a imunidade do homem, que perpetra agressões físicas e morais contra uma mulher (sua esposa, companheira, filha, parente ou empregada), assume proporções mais dramáticas, na medida em que:

As sanções sociais para as mulheres que recorrem ao sistema de justiça formal é especialmente aguda em casos de violência sexual e violência doméstica. A violência sexual é o único crime em que a vítima é, por vezes, mais estigmatizada do que o autor, com as mulheres que relatam tais crimes sendo evitadas por suas famílias e comunidades. No Canadá, a razão mais comum para mulheres sobreviventes de violência doméstica não quererem chamar a polícia é o "medo de

³⁹ No original em inglês: *“In 1911, women were allowed to vote in just two countries of the world. Today, a century later, that right is virtually universal. During this time, women have continuously expanded their political rights so that, at the time of writing, 28 countries have reached or exceeded the 30 percent critical mass mark for women in parliament and 19 women are currently serving as elected Heads of State or Government”*.

retaliação" por parte de abusador, família ou comunidade (UNITED..., 2011).⁴⁰

Diante do exposto, torna-se evidente que a desigualdade de gênero é uma forma de erosão e negação da ideia de Estado de Direito, na medida em que consagram um modelo patriarcal, masculino e androcêntrico, que inferioriza a posição das mulheres na sociedade, relegando-as à invisibilidade, quando não promove sua demonização.

Não por acaso, Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 46) adverte inclusive que “a distribuição desproporcional de recursos da sociedade subverte as instituições, incluindo o trabalho das instâncias responsáveis pela aplicação da lei”.

Assim, a desigualdade de gênero e a discriminação sexual criam obstáculos à afirmação do Estado de Direito, minando a sua integridade, na medida em que, como lembra Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 46-47) ao tratar da desigualdade socioeconômica:

Por instigar disparidades maciças de poder dentro da sociedade, a desigualdade coloca os mais carentes em uma posição desvantajosa, na qual eles são socialmente marginalizados aos olhos daqueles em melhor condição, bem como aos olhos dos agentes públicos, que são atraídos pelos interesses daqueles que possuem mais poder dentro da sociedade. Isso cria uma sociedade hierarquizada⁴¹, onde os indivíduos de nível inferior não conseguem atingir um patamar real de completa cidadania e não são totalmente reconhecidos como detentores de direitos (mesmo que eles o sejam formalmente). A discriminação, nesse sentido, tende a arruinar os laços de reciprocidade dentro da comunidade, afrouxando o sentimento de dever moral dos mais poderosos para com os excluídos. Uma vez que eles não são mais vistos como sujeitos dignos de valor, não demora muito para que se retire deles o conjunto de direitos de cuja proteção os outros cidadãos desfrutam. Dessa maneira, torna-se difícil promover a reciprocidade em uma sociedade onde grandes hierarquias e desigualdades entre os indivíduos existem. Consequentemente, a lei dificilmente será efetiva como um instrumento de organização e pacificação social.

Em decorrência do exposto, a desigualdade (tanto socioeconômica quanto de gênero) impede a produção de reciprocidade e o reconhecimento dos direitos morais do outro, colocando de forma clara uma hierarquia em que certa classe de pessoas está em posição privilegiada e em superioridade em relação a outras e minando o Estado de Direito. Para

⁴⁰ No original em inglês: “*Social sanction for women who approach the formal justice system is especially acute in cases of sexual and domestic violence. Sexual violence is the only crime for which the victim is sometimes more stigmatized than the perpetrator, with women who report such crimes being shunned by their families and communities. In Canada, the most common reason for women survivors of domestic violence not wanting to call the police was ‘fear of retaliation’ by the abuser, family or community*”.

⁴¹ A rigor, seria mais correto afirmar que a partir da estratificação social vigente em determinada sociedade surgem diferenciações e desigualdades criam uma estrutura social hierarquizada. Nas palavras de Ana Lúcia Sabadell: “[...] na maior parte das sociedades humanas, inclusive nas atuais, constata-se uma evidente desigualdade social. Os indivíduos são distribuídos em diferentes grupos (camadas ou estratos sociais), que apresentam uma relativa estabilidade e ocupam posição diferente na hierarquia social. Essa hierarquia influi sobre o modo de vida, as escolhas políticas, a mentalidade, o trabalho e a renda dos indivíduos [...]. Cada sociedade legitima o tipo de desigualdade social próprio a ela” (SABADELL, 2008, p. 210; 212). Logo, a desigualdade não gera uma sociedade hierarquizada, ambas são co-originárias e decorrentes da estratificação social vigente a partir dos processos e movimentos de uma sociedade.

Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 47):

Essa situação elimina incentivos nos dois pólos para obedecer às leis e respeitar os direitos dentro de uma esfera de relações interpessoais. Privados de status econômico e social, os indivíduos invisíveis começam a se socializar de uma maneira que os conduz a ocupar uma posição de inferioridade em relação aos indivíduos imunes e a aceitar a arbitrariedade por parte das autoridades públicas. Eles não mais esperam que seus direitos sejam respeitados pelos outros ou pelas instituições com responsabilidade em aplicar as leis. Aqueles que reagem a essa posição degradante se tornam uma ameaça e são tratados como inimigos. Ao mesmo tempo, os indivíduos imunes não se consideram compelidos a respeitar aqueles que vêem como inferiores ou inimigos [...]. Nesse caso, um grande número de pessoas está abaixo da lei enquanto um grupo de privilegiados está acima do controle estatal. Dessa maneira, o Estado, que supostamente seria o responsável pela utilização dos mecanismos formais de controle social, em conformidade com a lei e pelos seus meios coercitivos, começa a reproduzir parâmetros socialmente generalizados. O resultado é que o Estado se torna negligente com os invisíveis, violento e arbitrário com os moralmente excluídos e dócil e amigável com os privilegiados que estão posicionados acima da lei.

Em síntese, isto ocorre na medida em que há um desincentivo para as pessoas cumprirem a lei ou confiarem que o Estado o faça, seja porque se consideram acima dela e fora de seu alcance (privilegiados), seja porque entendem que ela foi produzida por aqueles que detêm o poder para prejudicá-los (desfavorecidos/discriminados).

1.4 Gênero e direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo e no direito internacional dos direitos humanos

A partir da Segunda Guerra Mundial e do período posterior até os nossos dias atuais iniciou-se uma onda de democratização de diversos Estados e sociedades que se encontravam então submetidas a regimes autocráticos, ainda que interrompida, suspensa ou mitigada pela Guerra Fria. A vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial foi, não só uma vitória contra o nazifascismo, mas uma vitória de um ideal democrático, ainda que da frente fizesse parte a União Soviética⁴².

⁴² Segundo Vladimyr Lombardo Jorge, uma onda democrática “começou um pouco antes da vitória das Forças Aliadas (Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética) sobre as do Eixo (Alemanha, Itália e Japão)”. O autor identifica que este período “coincidirá com a ascensão dos Estados Unidos e da União Soviética como superpotências rivais e, conseqüentemente, o início da Guerra Fria” (JORGE, 2009, p. 224). Esta “onda” se caracterizou pelo florescimento da democracia liberal em vários países, mas ficou restrita à América do Norte e à Europa, enquanto “na África, na Ásia, América Central, América do Sul e Europa Oriental os regimes autoritários predominavam” (JORGE, 2009, p. 227). Curiosamente, o Brasil edita uma Constituição democrática, a de 1946, neste período, constituindo exceção ao que observa Jorge.

A grande transformação dos Pós-Segunda Guerra Mundial apresentou uma diferença sensível em relação aos regimes liberais ou mesmo aos Estados sociais existentes ao longo do século XIX e das primeiras décadas do século XX: o Estado de Direito aproximou-se da democracia, mediado pelo constitucionalismo.

A promessa democrática trazida nas Constituições que buscavam superar os regimes autocráticos não se limitava à liberdade política, mas sim a um amplo programa de intervenção e transformação da vida social, ao qual à esfera da intimidade e a vida privada não permaneceram imunes.

Vejamos o exemplo da Itália. A Constituição italiana vigente (1947) foi o documento jurídico-político fundamental de um país liberado do nazifascismo e que buscava constituir-se como democracia após a vigência de um longo regime autoritário (Mussolini chegou ao poder na década de 1920).

Não por acaso, o art. 1º afirma a Itália como uma República democrática e o art. 3º estabelece que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, estipulando ainda que cabe à República remover os obstáculos de ordens social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores nas organizações política, econômica e social do País.

A Alemanha, outro dos países do Eixo derrotados na Segunda Guerra Mundial e que buscava superar a experiência nazista, adotou uma Lei Fundamental em 1949 (apenas para o lado ocidental, a República Federal da Alemanha ou Alemanha Ocidental, capitalista), sob ocupação dos aliados, mas que até hoje permanece e resistiu inclusive às transformações provenientes da reunificação do país em 1990 (a reunião no mesmo Estado da Alemanha Ocidental e da Alemanha Oriental, comunista, que se encontravam separadas desde a Segunda Guerra Mundial) (BECKER, 2009).

Dentre as suas várias disposições de princípios fundados ou orientados por um viés democratizante, o art. 3º destaca-se por proclamar que todos são iguais perante a lei (art. 3º, 1), mas vai além e estabelece que homens e mulheres têm direitos iguais, determinando que o Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos das mulheres e dos homens e empenhar-se-á pela eliminação de desvantagens existentes (art. 3º, 2), além de vedar a discriminação em função do sexo (art. 3º, 3) (ALEMANHA, 2011).

A Constituição da Itália e a Lei Fundamental alemã também trouxeram disposições

sobre a família, a elas destinando proteção especial pelo Estado (o que em si é uma continuidade com a tradição de modelos conservadores de Estado social), mas a Constituição italiana vai além e afirma a igualdade moral e jurídica entre os cônjuges, ainda que, novamente na continuidade de uma tradição conservadora de Estado social, limite esta igualdade ao que for estabelecido em lei para a manutenção da unidade familiar (art. 29).⁴³

Nos anos 1970, Portugal e Espanha superaram longas ditaduras fascistas e, por caminhos diferentes, iniciaram um processo de democratização da vida política e social que se estendeu tanto ao espaço público quanto ao espaço privado.

Isso fica evidente, por exemplo, no art. 9º, h, da Constituição portuguesa, que estabelece como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade entre homens e mulheres, bem como proibiu discriminações fundadas no sexo (art. 13, 2), além de estabelecer que cônjuges possuem iguais direitos e deveres quanto às capacidades civil e política e à manutenção e educação dos filhos (art. 36, 3) (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2005).

A Constituição espanhola, de 1978, no seu art. 32, 1, por seu turno, limita-se a prescrever que homens têm o direito de contrair matrimônio com plena igualdade jurídica. Já o art. 14, 1, do texto constitucional espanhol consagra, como os demais textos constitucionais mencionados, a igualdade perante a lei e a proibição da discriminação fundada em sexo.

Mesmo países que não vivenciaram um período autoritário também positivaram em seus estatutos constitucionais normas que defendem a publicização e a democratização da vida privada e da intimidade, principalmente pela afirmação da igualdade entre homens e mulheres.

Este foi o caso do Canadá, na sua Carta de Direitos Fundamentais de 1982, na qual o art. 15, 1, prescreve que cada indivíduo é igual perante e sob a lei e tem direito a igual proteção e igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou mental ou deficiência física (CANADA, 1867).

A Carta de Direitos Fundamentais canadense vai além e estabelece não só a igualdade formal, como legitima medidas ou políticas afirmativas quanto ao gênero e ao sexo, na medida em que o art. 15, 2, da Carta estabelece que o inciso precedente mencionado não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem por

⁴³ No capítulo III a relação entre Constituição e família, particularmente à luz das tensões introduzidas pela pretensão de igualdade de gênero e de orientação sexual, serão trazidas à discussão de forma mais aprofundada.

causa da raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou mental ou deficiência física (CANADA, 1867).

As transformações no constitucionalismo que indicam um processo de democratização ampla nos Estados, não só política, mas também social, ao longo da segunda metade do século XX devem ser interpretadas como parte mais ampla de mudanças sociais e políticas que o século XX experimentou, inclusive no que se refere às relações de gênero e à sexualidade.

O constitucionalismo contemporâneo não se apresentou como mero acaso, nem foi exclusivamente responsável pelas transformações sociais ocorridas, embora possa ter, em certo sentido, funcionado como indutor de mudanças ou tensionado à realidade a partir da normatividade democrática e igualitária que era proposta no plano formal.

Se as Constituições passaram a enunciar normas sobre a igualdade entre homens e mulheres, ou disciplinar as relações de gênero, o espaço privado ou a família, esta democratização foi reivindicada pelos atores sociais e políticos tanto pelo via institucional quanto por movimentos que surgiram na sociedade, como contraponto a hegemonias vigentes e como questionamento constante das estruturas de poder, ou mesmo por transformações nos costumes e nas visões de mundo que se traduziam nas artes, na cultura, na economia, ou mesmo no Direito.

Com relação às relações de gênero, o século XX, que já havia recebido o legado da luta de igualdade política do movimento pelo sufrágio feminino que remontava ao iluminismo, assistiu a uma transformação no papel da mulher na sociedade e nas suas relações com os homens, como reflete a análise do historiador britânico Eric Hobsbawn (1995, p. 304-305):

Uma grande mudança que afetou o desenvolvimento da classe operária, e também a maioria de outros setores das sociedades desenvolvidas, foi o papel impressionantemente maior nela desempenhado pelas mulheres; e sobretudo – o fenômeno novo e revolucionário – as mulheres casadas. A mudança foi de fato sensacional. Em 1940, as mulheres que viviam com os maridos e trabalhavam por salário somavam menos de 14% do total da população feminina dos Estados Unidos. Em 1980, eram mais da metade: a porcentagem quase duplicou entre 1950 e 1970. O fato de a mulher ter entrado no mercado de trabalho não era, claro, novo. A partir do século XIX, o trabalho em escritórios, lojas e certos tipos de serviço, por exemplo em centrais telefônicas e profissões assistenciais estava fortemente feminilizado, e essas ocupações terciárias se expandiram e incharam à custa (relativa e por fim absolutamente) dos setores primários e secundários, quer dizer, da agricultura e da indústria [...]. As mulheres também entraram, e em número impressionantemente crescente, na educação superior, que era agora a mais óbvia porta de acesso às profissões liberais [...]. Imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, elas constituíam entre 15% e 20% de todos os estudantes na maioria dos países desenvolvidos [...]. Contudo, em 1980 metade, ou mais, de todos os estudantes eram mulheres nos EUA, Canadá e seis países socialistas [...]. Numa palavra, o estudo superior era agora tão comum entre as moças quanto entre os rapazes. A entrada em

massa de mulheres casadas – no mercado de trabalho e a sensacional expansão da educação superior formaram o pano de fundo, pelo menos nos países ocidentais típicos, para o impressionante reflorescimento dos movimentos feministas na década de 1960. Na verdade, os movimentos de mulheres são inexplicáveis sem esses acontecimentos.

Hobsbawn (1995) explica também que após a obtenção da igualdade de voto e de direitos civis em partes da Europa e da América do Norte após a Primeira Guerra Mundial, os movimentos feministas tinham perdido força mesmo onde o triunfo dos regimes autocráticos não os destruíram, destacando que após a Segunda Guerra Mundial houve a progressiva ampliação do direito de voto das mulheres em todo o mundo, mas sem que isto tenha sido obtido por pressão feminina ou tido repercussão imediata sobre a situação das mulheres.

É preciso aqui, contudo, fazer uma observação sobre a análise do autor. O período de ampliação do sufrágio feminino no mundo do pós-guerra se insere em uma onda de democratização que, como já mostrado, foi resultado da vitória sobre os totalitarismos durante a Segunda Guerra Mundial, juntamente com as disposições sobre igualdade conjugal entre homens e mulheres nas Constituições dos países que buscavam superar o legado autoritário anterior.

Mas, embora não tenha sido produto de uma pressão direta das mulheres – mas sim um movimento mais geral das diversas sociedades nacionais naquele momento histórico, é questionável afirmar que os documentos normativos e legislativos não tiveram repercussão imediata sobre a situação das mulheres, ou mesmo que não foram construídos com sua participação.

É o caso da Lei Fundamental alemã de 1949. Antes da aprovação da Lei Fundamental, muita polêmica agitou os dois grandes partidos alemães, a União Democrata Cristã (CDU) e o Partido Social Democrata (SPD). Uma questão controversa foi, por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Somente o engajamento da social-democrata Elisabeth Selbert, apoiada por sindicatos e associações feministas, conseguiu garantir os mesmos direitos para os dois sexos (DEUTSCHE WELLE, 2012).

Hobsbawn (1995) não reconhece em seu trabalho importância, nem menciona às transformações jurídicas e políticas promovidas pelo constitucionalismo do Pós-Segunda Guerra Mundial em razão de questões teórico-epistemológica, o que não descredencia nem desqualifica sua obra, mas o período que ele menciona foi de profundo debate político e resultou na juridicização pela via constitucional de uma transformação democrática que serviu de base para conquistas e reivindicações posteriores às quais ele se refere.

Este processo de indução de transformações sociais pelo jurídico (o Direito e os atores

políticos e institucionais do sistema jurídico), principalmente por meio da jurisprudência, ocorre na medida em que o Direito não descreve de forma rígida e exata a realidade social e política, mas ele a tensiona e é um instrumento que busca produzir efeitos sobre a sociedade, e, embora seja muito mais um reflexo das condições sociais, ele também antecipa tendências e pode constranger a realidade a ponto de mudá-la, a partir da reivindicação e da atuação dos atores políticos e sociais que constroem a interação entre normatividade e realidade.

Diferente do Estado de Direito do século XIX, o Estado Constitucional do século XX agregou a efetividade das normas constitucionais por meio da busca de sua implementação concreta nas relações sociais, como parte da construção jurídica do Direito contemporâneo e deu ao fenômeno jurídico-constitucional uma centralidade na vida social que, fora dos Estados Unidos, apresentava-se como uma novidade sociopolítica e jurídica, conforme nos explica Luís Roberto Barroso (2011, p. 86):

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação desta perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei⁴⁴ e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre poder político e indivíduos, especialmente as minorias. Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa⁴⁵, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora.

Neste cenário descrito, a linguagem dos direitos e, particularmente, a invocação dos

⁴⁴ Aqui talvez seja necessário uma pequena ressalva na fala de Luís Roberto Barroso (2011) e pontuar que não houve perda de prestígio do positivismo jurídico e da lei, mas sim de certa concepção de positivismo jurídico e a maneira como se percebe a lei a partir desta abordagem. É possível identificar o positivismo jurídico que merece a crítica endereçada por Barroso com o positivismo jurídico do século XIX de cunho legalista e pautado no mito da completude do ordenamento jurídico. Mas o normativismo jurídico kelseniano e mesmo formas de neopositivismo jurídico continuam em voga hoje, longe de serem superados, e a ideia central do positivismo jurídico, a de que o Direito é um ato de autoridade e não fruto de um fenômeno metafísico (Direito Natural) continua sendo prevalente nas nossas concepções sobre o jurídico, principalmente se pensarmos que a lei é tida majoritariamente hoje por seus operadores como um fenômeno humano, que pode ser alterado pelos próprios seres humanos. E mesmo os princípios seriam operados a partir da conexão entre normatividade e moral, sendo reconhecidos como normas jurídicas, que seriam aptas para resolver conflitos sociais e de interesse em certas circunstâncias. Mas em geral, esta pequena ressalva não invalida o raciocínio evidenciado por Barroso no todo.

⁴⁵ Embora esta revolução possa ter sido silenciosa em suas origens, não podemos descartar que hoje de silenciosa ela pouco ou nada tem, em virtude da grande importância que a jurisdição constitucional e os tribunais, particularmente os tribunais constitucionais, adquiriram na vida social e política das democracias contemporâneas, a exemplo dos diversos julgamentos dos tribunais brasileiros, particularmente o STF, sobre questões relacionadas à igualdade de gênero e de orientação sexual, alguns deles inclusive objetos de análise e desenvolvimento desta tese em seus próximos capítulos, como a decisão de Supremo Tribunal Federal de reconhecer a união homoafetiva como união estável para todos os efeitos.

direitos humanos têm sido poderosos instrumentos de enfrentamento das desigualdades sociais, inclusive como formas de reafirmar as diferenças fundadas na identidade, tendo se popularizado principalmente como ferramenta de luta e de reafirmação da democracia inicialmente com os movimentos contestatórios dos anos 1960, tornando-se parte importante do discurso político emancipatório e de transformação pelo jurídico a partir das duas últimas décadas do século passado, como será evidenciado ao longo deste trabalho.

Ainda assim, mesmo com a ressalva ao pensamento de Hobsbawm (1995) e com o exemplo trazido dos trabalhos que levaram à promulgação da Lei Fundamental alemã, é imperioso reconhecer que os impactos das transformações do constitucionalismo democrático na vida das mulheres e nas relações de gênero só seriam visíveis e efetivos após algumas décadas, em parte pela limitação do contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, como destacam Beverly Baines e Ruth Rubio-Marin (2005, p. 7):

A adoção da igualdade formal e do compromisso explícito de igualdade entre os sexos só se tornou uma tendência geral no constitucionalismo do pós-guerra. O papel da mulher na promoção dessas disposições é claro. Dada sub-representação generalizada nas assembleias legislativas e constituinte, não seria surpreendente descobrir que suas atividades eram limitadas⁴⁶.

Por vezes, principalmente em modelos conservadores de Estados sociais, o debate sobre o voto feminino, ainda que tenha produzido alterações legislativas e/ou constitucionais que o tenham viabilizado, foi desconectado da luta pelos direitos das mulheres e da afirmação da identidade feminina e apresentado como uma concessão do Estado ou de vanguardas políticas a ele relacionadas, caso das democracias de massas de caráter populista vigentes nas décadas de 1930 e 1940 no Brasil⁴⁷ e na Argentina⁴⁸.

⁴⁶ No original em inglês: “*the embrace of formal equality and the explicit commitment to sex equality only became a general trend in postwar constitutionalism. Women’s role in promoting those provisions is unclear. Given pervasive underrepresentation in legislative and constituent assemblies, it would not be surprising to find that their activities were limited*” (RUBIO-MARIN, 2005, p. 7).

⁴⁷ No Brasil, como será detalhado no capítulo V, a campanha pelo voto feminino já existia e já havia ocupado algum lugar de debate na Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1891. A década de 1920 assistiu ao crescimento de reivindicações pela equiparação de homens e mulheres no direito de voto, mas somente se tornaria realidade em termos nacionais a partir da Era Vargas, primeiro com o Código Eleitoral de 1932, editado durante o governo provisório (regime de exceção) de Vargas, sem a participação do Congresso e que preparou o caminho para eleições para assembleia constituinte de 1934. Nos termos daquele documento, o voto era concedido às mulheres como voto facultativo. As últimas restrições ao voto feminino só seriam eliminadas no Brasil na Constituição de 1946, fruto da redemocratização proveniente da queda do Estado Novo de Vargas e influenciada pelo contexto político do constitucionalismo do Pós-Segunda Guerra Mundial na Europa.

⁴⁸ A construção do sufrágio feminino como obra do líder político ou concessão do Estado teve na Argentina forte protagonismo de Eva Perón, que juntamente com Domingos Perón ajudou a formar o mito de que o voto feminino era resultado da atuação política de Perón e que deveria se coadunar com os objetivos políticos do peronismo, desprezando ou ocultando as lutas anteriores das mulheres, particularmente as sufragistas, o que

Segundo Eric Hobsbawn (1995, p. 306),

o cenário da luta pela afirmação dos direitos humanos das mulheres começa a se alterar a partir da década de 1960, começando nos Estados Unidos e espalhando-se rapidamente pelos países ricos do Ocidente e além, nas elites de mulheres educadas no mundo dependente, encontra-se um reflorescimento do feminismo.

Ainda segundo o autor:

Embora este movimento pertencesse, essencialmente, ao ambiente de classe média educada, é provável que a partir da década de 1970 e, sobretudo, de 1980, uma forma ideologicamente menos específica de consciência feminina se espalhasse entre as massas do sexo, tornando as mulheres como grupo uma força política importante, com várias consequências, como a revolta das mulheres tradicionalmente fiéis nos países católicos romanos contra as doutrinas impopulares da Igreja, como mostrado nos referendos italianos pelo divórcio (1974) e nas leis de aborto mais liberais (1981) (HOBSBAWN, 1995, p. 336).

A luta pela afirmação dos direitos humanos das mulheres e sua revolta contra formas de dominação de gênero calcadas na moral tradicional vigente levariam a um movimento de participação das mulheres na busca de uma construção ativa de um Estado de Direito que fosse não somente constitucional e democrático, mas também igualitário, na medida em que colocaram em evidência uma agenda pautada pelo ideal de positivação jurídica da luta política pela igualdade de gênero.

Se Beverly Baines e Ruth relatam que, em certo momento, uma professora de Direito Constitucional feminista se perguntava “*se as Constituições podiam ser para as mulheres também*”, esta mesma professora terminava por concluir, ainda que de forma cautelosa, que embora não representadas ou sub-representadas nas fileiras daqueles que elaboram as Constituições nacionais as mulheres não estavam totalmente excluídas da agenda

pode ser evidenciada pela análise de Bruna Borges da Silva, nos seguintes termos: “com a aprovação da lei 13.010, que sancionava o direito feminino ao voto, em 23 de setembro de 1947, Eva faz um discurso para uma multidão, é neste momento que identificamos, de forma singular, a apropriação do discurso e o uso desta conquista para o fortalecimento do peronismo. Evita pronunciou um discurso em que falou de ‘una larga lucha, tropiezos y esperanzas’ na qual as mulheres tiveram que enfrentar a calúnia, a injúria e a infâmia. Apesar da referência a lutas passadas, Evita nada disse sobre as sufragistas. Terminou seu discurso defendendo o voto como uma ferramenta a qual, junto com Perón, as mulheres reafirmariam a democracia argentina. A máquina propagandística de Perón fez com que a apropriação do discurso dos direitos civis femininos pelo governo, neste momento representado pela figura de Eva, se transformasse em obra do peronismo; para adequar esse discurso aos moldes peronistas foi necessário “esquecer-se” das mulheres que lutaram em décadas anteriores e as que continuaram lutando durante o regime pela aquisição de seus direitos civis [...]. É inegável que no período peronista assistiu-se, pela primeira vez, a participação política das mulheres no governo e a entrada massiva destas no mundo do trabalho, mas os valores peronistas relacionados às mulheres eram conservadores e paradoxais; por um lado, reivindicava igualdades civil e social, mas por outro perpetuava que o lugar das mulheres era no lar, junto com seus filhos e maridos. Esses antagonismos dos discursos podem ser associados ao forte poder da Igreja sobre o regime político” (SILVA, 2012).

constitucional (BAINES; RUBIO-MARIN, 2005, p. 1).⁴⁹

Este cenário, influenciado pelo movimento feminista dos anos 1960-1970, e pela consciência acerca da identidade feminina que se espalhou a partir dos anos 1980, levou a um novo panorama da participação feminina no contexto do constitucionalismo democrático do fim do século XX, como as mencionadas autoras ilustram de forma emblemática:

Durante os anos 1980 e 1990, as mulheres começaram a participar ativamente nos processos de renovação constitucional geral. Por exemplo, não só mulheres canadenses fizeram lobby para fortalecer a igualdade entre os sexos recém-enraizada na Carta de Direitos e Liberdades (1982), como também as mulheres na Colômbia defenderam com sucesso a igualdade de gênero e disposições relacionadas na sua nova Constituição (1991), e as mulheres sul-africanas participaram ativamente no processo de elaboração da sua nova Constituição. Finalmente, ao buscar uma emenda constitucional (1999) que exige a paridade de gênero em determinadas disputas eleitorais, as feministas francesas podem ter pressentido uma nova era, em que as mulheres poderiam procurar lutar por emendas constitucionais específicas relacionadas à questão de gênero conforme necessário, e não apenas em tempos de mudança constitucional geral (BARNES; RUBIO-MARIN, 2005, p. 7b).⁵⁰

Uma das formas de luta é utilizar a própria linguagem normativa do Estado de Direito e as consequências que dela decorrem como forma de criar obrigações do Estado de, ao menos, posicionar-se e justificar-se perante as demandas de igualdade fundadas na diferença, particularmente, para os fins deste trabalho, naquelas que têm por base o gênero e a sexualidade.

⁴⁹ No original em inglês: “*not so long ago a feminist constitutional law scholar asked: ‘can constitutions be for women too’? Cognizant of the dangers of overgeneralizing about women’s experiences and concerns, she was cautious about responding affirmatively. Nevertheless, her message was clear. Although women may be un-, or under-, represented among ranks of those who draft domestic constitutions, we are not entirely without constitutional agency*” (BARNES; RUBIO-MARIN, 2005, p. 1). A professor de Direito Constitucional a quem Barnes e Rubio-Marin se referem é Donna Greschner, de acordo com nota de rodapé do texto das autoras.

⁵⁰ No original em inglês: “*During the 1980s and 1990s, women began to engage actively in processes of general constitutional renewal. For instance, not only did Canadian women lobby for strengthen the sex equality guarantees newly entrenched in the Charter of Rights and Freedoms (1982), but also women in Colombia successfully advocated for gender equality and gender-related provisions in their new Constitution (1991), and South African women actively participated in the process of drafting their new constitution. Finally, by procuring and amendment (1999) that requires gender parity in selected electoral contests, French feminists may portended a new era, one in which women could seek specific gender-related constitutional amendments as needed rather than only during times of general constitutional change*” (BARNES; RUBIO-MARIN, 2005, p. 7b). A colocação das autoras pode ser relativizada quanto ao alegado pioneirismo francês se pensarmos que a conquista do sufrágio feminino nos Estados Unidos se deu por uma Emenda à Constituição e que no Brasil os movimentos de mulheres, em aliança com outros setores sociais, conseguiram, na vigência de um regime ditatorial militar, aprovar a alteração constitucional e permitiu o divórcio no Brasil, salvo se se considerar o exemplo francês sob a perspectiva não de igualdade como recondução ao universalismo proposto pelo constitucionalismo e pelos direitos humanos (o sufrágio feminino), ou de lutas transversais (a aprovação do divórcio no Brasil não era uma agenda exclusivamente feminista, mas teve profundo impacto na vida familiar e na condição feminina), mas sim de uma agenda para equilibrar as pretensões de igualdade entre o universalismo e o particularismo, entre a recondução ao estatuto de igualdade cívica formal e a afirmação de uma diferença como essencial a uma política de humanidade e de inclusão. Neste sentido, a afirmação das autoras é bastante emblemática e coerente.

A Constituição brasileira vigente (1988) se insere neste contexto global do constitucionalismo do final do século XX e, assim como Portugal e Espanha na década de 1970, foi o momento de transição política de uma ditadura militar (1964-1985) para uma democracia constitucional, com as diversas singularidades, tensões e desafios que isto representa.

O que nos interessa aqui é que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada no contexto de um impulso democrático proveniente do fim do ciclo autoritário que trouxe a sociedade civil para o debate constitucional, pressionando por meio de sindicatos, associações, movimentos sociais e grupos de pressão organizados por certas agendas no processo constituinte, para além da representação dos partidos políticos na assembleia constituinte, como relata Daniel Sarmiento (2010, p. 86-87; 93-94):

Do ponto de vista ideológico, os estudos sobre a Assembleia Constituinte apontam para o seu caráter altamente plural, com predominância do Centro. É curioso que, embora a Constituição de 1988 seja tachada de “progressista”, os partidos então identificados com a esquerda [...] tinham bancadas que, somadas, totalizavam não mais do que 9% dos constituintes [...]. Porém, esta clivagem ideológica não esclarece plenamente o comportamento dos constituintes, uma vez que estes atuavam a partir de diversas outras variáveis, como os interesses regionais e o dos segmentos sociais aos quais estavam politicamente vinculados [...]. As subcomissões começaram a trabalhar em 1º de abril de 1987 e os seus trabalhos se estenderam até 25 de maio daquele ano. Elas eram regimentalmente obrigadas a realizar entre 5 e 8 audiências públicas, tendo algumas organizado caravanas para outros Estados, visando a facilitar o contato com as respectivas populações. Os grupos mais variados foram ouvidos nas audiências públicas – Ministros de Estado, lideranças empresariais e sindicais, intelectuais, associações de moradores, entidades feministas e de defesa dos homossexuais, representantes do movimento negro, ONG’s ambientalistas, indígenas, empregadas domésticas, meninos de rua, etc. O contraditório foi intenso.

Apesar da pluralidade constada na composição da Assembleia Constituinte de 1987-1988 no Brasil, do ponto de vista das relações de gênero, o autor acima informa que houve sub-representação das mulheres no processo constituinte, na medida em que elas eram apenas 4,6% do total (26 congressistas) (SARMENTO, 2010, p. 88). Ainda assim, os temas caros ao debate de gênero não deixaram de ser discutidos e de integrar o Texto Constitucional.

É preciso registrar primeiro que o Brasil possuía uma contradição emblemática no seu ordenamento jurídico: a Constituição brasileira de 1967, promulgada pelo Congresso Nacional já sob a vigência da ditadura militar⁵¹, trazia no seu art. 153, parágrafo 1º, a proclamação da igualdade formal, vedando quaisquer distinções em função de sexo.

A Constituição anterior, de 1946, produzida pela primeira redemocratização brasileira

⁵¹ A disposição mencionada foi mantida sem alterações pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

e logo após o final da Segunda Guerra Mundial, não enunciou expressamente a igualdade entre os sexos, mas proibiu no art. 157, II, que a legislação do trabalho e da previdência social estabelecesse diferença de salário entre os sexos para o mesmo trabalho.

No entanto, a legislação infraconstitucional brasileira reafirmava a desigualdade entre homens e mulheres constantemente, a começar pelo Código Civil brasileiro de 1916, que estabelecia que a mulher casada teria como domicílio o do seu marido (art. 36, parágrafo único) e definia o marido como chefe da sociedade conjugal (art. 233).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943), já sob os auspícios do Estado Social, estabeleceu normas de proteção ao trabalho da mulher, o que já pode ser considerado certo avanço, embora isto tenha sido feito muito mais a partir de um modelo conservador de Estado social e com viés paternalista, sem respeitar a autonomia da mulher trabalhadora, fato que pode ser comprovado pelo art. 379 da CLT em sua redação original que proibia à mulher o trabalho noturno, salvo algumas exceções (sucessivamente ampliadas até 1989, quando o art. 379 foi revogado e a plena liberdade de trabalho noturno para mulheres maiores de 18 anos foi estabelecida).

A presença da mulher em casa à noite era essencial para o cumprimento dos seus deveres como esposa e mãe, para que voltasse ao seu lugar na família e no lar, de modo que a família era a base e o limite da atuação do Estado social e a legislação do trabalho evidenciava claramente isto.

Ao longo do período democrático, entre 1946 e 1964, no entanto, uma mudança se esboçou no panorama do Direito Privado brasileiro, principalmente por meio da jurisprudência dos tribunais em temas relacionados à família, no sentido de modificar o lugar da mulher na sociedade brasileira, ainda que de forma lenta e gradual. Paulo Lôbo (2008, p. 149) explica esta evolução nos seguintes termos:

A influência da Igreja Católica, inclusive durante o período da República – autoproclamada laica –, impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato, máxime em razão do impedimento legal ao divórcio [...] responsável pelo crescimento exponencial das relações concubinárias. A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais [...]. A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, o que a deixava sob a dependência econômica do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para se casar, além do estigma, era relegada ao mundo do sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais desta relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado.⁵² As

⁵² Parte deste argumento será retomado no Direito brasileiro ao tratar do fenômeno das uniões homoafetivas, equiparadas à união estável pelo Supremo Tribunal Federal, como será analisado no capítulo seguinte.

soluções equitativas, que levaram em conta o evidente enriquecimento sem causa, desembocaram na década de 1960 do século XX nas súmulas 380 e 382 do STF.

As súmulas a que se refere Paulo Lôbo (2008) têm o seguinte conteúdo: 1) súmula 380 do STF: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”; b) súmula 382 do STF – “a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

As súmulas 380 e 382 representam a vitória de diversas pessoas que procuraram tensionar o sistema de justiça com reivindicações de autonomia e de direitos no plano da vida familiar, particularmente representando uma forma, ainda que não específica, de defesa dos direitos das mulheres dentro das relações familiares e um indicativo de que uma mudança cultural e social estava em curso – foi, portanto, um processo construído de baixo para cima, culminando no Supremo Tribunal Federal.

Alguns avanços vieram pela via legislativa. Um dos marcos significativos deste período foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei Federal 4121/1962), que introduziu alguns avanços (que seriam considerados tímidos ou pífios pelo olhar da teoria e da política feministas de hoje) no sentido de promover a melhora da condição feminina, tomando por base a mulher casada, seguindo o padrão das democracias constitucionais do pós-guerra.

O Estatuto da Mulher Casada alterava o Código Civil de 1916 para retirar a mulher da condição de relativamente incapaz (alteração do art. 6º) e embora mantivesse o marido na condição de chefe da família, estabelecia como cláusula vinculante a colaboração da mulher nesta tarefa e como interesse final o bem comum dos filhos e do casal (um deslocamento de uma vertente patriarcal para uma abordagem comunitarista do casamento e da família).

A modificação mais radical das estruturas familiares no panorama do Direito brasileiro, com reflexo sobre a situação dos direitos das mulheres, seria a aprovação da Emenda Constitucional número 9, de 1977, alterando os textos constitucionais vigentes da ditadura (parágrafo 1º do art. 175 das Constituições de 1967/1969) no sentido de permitir a dissolução do casamento no caso de divórcio, desde que precedida de prévia separação judicial por mais de três anos.⁵³

⁵³ “A existência do requisito mencionado foi uma solução de compromisso entre os movimentos feministas e os partidários da maior liberalização e democratização das relações familiares de um lado e os antidivorcistas (Igreja Católica e setores sociais conservadores) do outro, evidenciando que não se tratou de uma alteração simples no panorama constitucional. A situação assim permaneceu com e após a Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002” (LÔBO, 2008, p. 127), apenas reduzindo-se o período de separação judicial prévia exigido para um ano e inserindo-se a possibilidade de requisitar o divórcio com dois anos de separação de fato. Uma alteração constitucional ao texto de 1988 – a Emenda Constitucional número 66, de 2010 –

A alteração foi emblemática na medida em que representou a continuidade de um processo de liberalização de costumes e de mudanças sociais via legislação infraconstitucional e jurisprudência que tinha se iniciado no final da década de 1940 e paradoxalmente não foram paralisadas durante a ditadura militar. Pelo contrário, no contexto social e político vigente, representaram uma luta silenciosa por liberdade e democracia (ainda que dentro de casa) enquanto as baionetas cerceavam a liberdade na rua.

Deste modo, a reivindicação do Estado de Direito em sua dimensão formal como tangível e aplicável às mulheres brasileiras percorreu um peculiar caminho, que se iniciou no plano infraconstitucional, pela jurisprudência dos tribunais e por alterações legislativas pontuais, fruto de mobilizações de pessoas comuns em sua luta por igualdade articuladas com a existência de grupos e movimentos feministas e igualitários, que se utilizou de um ativismo judicial no âmbito do Direito de Família (literalmente, “mudando o sistema por dentro”).

Posteriormente, esta se tornou uma luta constitucional e democrática, primeiro com a Emenda Constitucional do Divórcio em 1977 e depois com inserção da igualdade de gênero como pauta que se positivou, ainda que de forma tensa, na normatividade constitucional vigente.

Neste sentido, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu como objetivos da República no seu art. 3º a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (inciso I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No art. 5º, inciso I, prescreveu que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. Ainda no âmbito dos direitos fundamentais, trouxe a questão de gênero para o sistema de justiça criminal, ao garantir que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inciso I).

No capítulo sobre a família, a Constituição de 1988 reconheceu, afinal, a igualdade entre homens e mulheres no exercício da vida familiar ao se consagrar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, parágrafo 5º), ainda que a constitucionalização da família em 1988 tenha sido feita sob um paradigma comunitarista, atenuado por algumas alterações constitucionais posteriores – este ponto será objeto de debate mais aprofundada no capítulo seguinte.

modificou o art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, para admitir o divórcio direto, sem exigência de prévia separação judicial ou de fato. Curiosamente, a denominada Emenda Constitucional recebeu o qualificativo informal de “PEC do Amor”.

A defesa da igualdade de gênero não se restringe ao constitucionalismo contemporâneo, mas ganha corpo no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no diálogo deste com as esferas dos constitucionalismos nacionais, servindo-se inclusive do acúmulo político-jurídico existente desde o Pós-Segunda Guerra Mundial no âmbito da igualdade de gênero, por meio da afirmação progressiva dos direitos das mulheres.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já prevê no seu art. XVI, inciso 1, que homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução (ONU, 1948).

Enquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos apenas dá igualdade formal entre homens e mulheres e dispôs especificamente sobre a situação da igualdade no casamento e na vida familiar, a Organização das Nações Unidas promulgou, em 1953, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, sem dúvida um marco no Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que se constituiu como primeira norma internacional de relevo, tendo como objeto próprio a proteção e a afirmação da igualdade de gênero (ou entre homens e mulheres), particularmente no que tange o exercício dos direitos políticos.⁵⁴

Talvez como resultado deste primeiro impulso no plano internacional, os direitos políticos das mulheres estejam garantidos hoje em praticamente todos os países do mundo, como já apontado neste trabalho. A importância da normativa internacional neste caso, amplificada pelo fato de ser contemporânea ou imediata às diversas transformações constitucionais do Pós-Segunda Guerra Mundial que iniciaram o já comentado processo de democratização da vida social e política, construiu as bases para que a questão do sexo/gênero se tornasse parte da agenda pública nos planos nacional e internacional, a partir do diálogo entre constitucionalismo e internacionalismo na proteção aos direitos humanos e fundamentais das mulheres.

Novamente, no plano do sistema internacional geral de proteção aos direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, consagra no seu art. 3º a igualdade de gênero ao afirmar que os Estados partes do Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente pacto, além de assegurar a igualdade formal e a não discriminação em função do sexo (arts. 2º, inciso 1, 4º, inciso 1, e 26 do Pacto).

⁵⁴ Este tratado será analisado mais detalhadamente no capítulo V deste trabalho, quando serão investigadas as implicações e relações entre igualdade, direitos políticos, gênero e sexualidade.

A grande contribuição do sistema internacional geral de proteção aos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas será feita por meio da celebração e promulgação da Convenção das Nações Unidas para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (em inglês, CEDAW), tratado de 1979, que entra em vigor em 1981.⁵⁵

A Convenção é constituída por um preâmbulo e trinta artigos. Vale mencionar que dezesseis artigos versam sobre direitos substantivos que devem ser protegidos, respeitados, garantidos pelos Estados-Parte (SOUZA; FARIAS, 2012).

A referida norma internacional transforma em definitivo os direitos das mulheres em um capítulo específico, necessário e importante dos direitos humanos em geral, procurando projetar sobre os sistemas constitucionais nacionais o princípio da igualdade de gênero e a não discriminação contra a mulher dele decorrente.

Neste sentido, a Convenção CEDAW define no seu art. 1º a discriminação contra a mulher como toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo (BRASIL, 1994).

A Convenção CEDAW ainda prescreve no art. 3º que

os Estados-Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter

⁵⁵ Historicamente, a CEDAW surgiu após mais de três décadas de lutas e enfrentamento no âmbito das Nações Unidas, não sendo o início do Direitos Humanos das Mulheres no sistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a consolidação desta vertente, como bem mostram Mércia Souza e Déborah Farias: “[...] desse modo, a Convenção da Mulher foi idealizada a partir de 1946, quando a Assembleia Geral da ONU instituiu a Comissão sobre o Status da Mulher (CSW, sigla em inglês) para estudar, analisar e criar recomendações de formulação de políticas aos diversos países signatários do referido tratado, vislumbrando ao aprimoramento da situação. A Comissão sobre o Status da Mulher, no período 1949 a 1962, fez muitos estudos sobre a situação das mulheres no mundo, o que deu origem a vários documentos, dentre os quais pode-se mencionar: Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952), Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (1957), Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Em 1967, a Comissão sobre o Status da Mulher se empenhou para elaborar a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que se constituiu num instrumento legal de padrões internacionais que articulava direitos iguais de homens e mulheres. Entretanto, não efetivou-se como tratado, pois não estabeleceu obrigações aos Estados signatários. A ONU declarou o período 1976-1985 como a Década da ONU para a Mulher. Foi nessa época que muitas militantes feministas se reuniram em vários espaços e formularam propostas referente aos Direitos Humanos, buscando incluir questões específicas para as mulheres. Foi nessa época que a ONU realizou muitas conferências, entre elas a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena (1993) e a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo (1994). As mulheres organizadas participaram desses debates, o que resultou em alguns avanços, como a redação que consta no artigo 18 da Conferência de Viena, que diz “os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais”. É importante lembrar que na Conferência referida foi enfatizada a igualdade de gênero e a proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas (SOUZA; FARIAS, 2012).

legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (BRASIL, 1994).

Importante destacar que a Convenção CEDAW não consagra apenas a igualdade formal, como prevê no seu art. 4º o papel ativo dos Estados nacionais na eliminação da discriminação contra as mulheres por meio das ações afirmativas,⁵⁶ na medida em que estabelece no inciso 1 que

a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

O inciso 2 inclusive já estabelece que a proteção à maternidade é uma das medidas e que não configura discriminação.

Ademais, a Convenção CEDAW avança no sentido de estabelecer como princípio a necessidade de enfrentar e redefinir os padrões culturais que perpetuam a desigualdade de gênero, na medida em que o art. 5º da Convenção estabelece que

os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para: a) modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole, que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres; b) garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos (BRASIL, 1994).

Para tornar efetivas as disposições relativas aos direitos humanos das mulheres, a Convenção CEDAW estabeleceu um Comitê, previsto no art. 17 da Convenção, constituído de 23 especialistas de “elevado conceito moral e competência na área”, para exercerem um mandato de quatro anos, e tem como funções: a) examinar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-Parte (artigo 18 da Convenção); b) Formular sugestões e recomendações gerais (artigo 21 da Convenção); c) Instaurar inquéritos confidenciais (artigos 8 e 9 do Protocolo Adicional); d) Examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação dos direitos constantes na

⁵⁶ A questão das ações afirmativas será novamente enfrentada a abordada nos capítulos V e VI deste trabalho.

Convenção (artigos 2 a 7 do Protocolo Adicional) (SOUZA; FARIAS, 2012).

Desta forma, a Convenção CEDAW e o Comitê por ela instituído são não só a base para a afirmação dos direitos humanos das mulheres como ponto de articulação entre diversas normas internacionais dos sistemas geral⁵⁷, específico⁵⁸ e regional⁵⁹ de proteção aos direitos humanos e a questão da igualdade de gênero, projetando-se como influência sobre os sistemas constitucionais nacionais⁶⁰ na luta pela redefinição das relações jurídicas a partir do paradigma de gênero.

⁵⁷ Vale destacar que a Carta das Nações Unidas, base de constituição do sistema ONU, já afirma a crença na igualdade de direitos entre homens e mulheres logo no preâmbulo.

⁵⁸ No âmbito da intersecção entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito do Trabalho, a título de exemplo, podem-se mencionar as diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que procuram em alguma medida proteger os direitos humanos das mulheres nas relações de trabalho: Convenção nº 3 (relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto), Convenção nº 4 (relativa ao trabalho noturno das mulheres), ambas promulgadas já em 1919, no início do século XX; a Convenção nº 100 (relativa à igualdade de remuneração entre homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor); Convenção nº 103 (amparo à maternidade), Convenção nº 111 (sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação), todas ratificadas no Brasil, ainda que depois revistas ou denunciadas. Dentre as Convenções não ratificadas no Brasil, destacam-se a Convenção nº 156, que diz respeito à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família e a recente recomendação da OIT sobre trabalho decente dos trabalhadores domésticos (2011). Quanto à Convenção 156, seu art. 3º, 1, estabelece claramente que “com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estarem sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família”.

⁵⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o princípio da não-discriminação por razões de sexo (art. 1º, 1), além de proibir o tráfico de mulheres em conjunto com a escravidão (art. 6º, 1) e estende às mulheres os mesmos direitos quanto à família e ao casamento que o homem tem, com base no princípio da não-discriminação (art. 17, 2). Há disposições em igual sentido na Convenção Europeia de Direitos do Homem – iguais direitos quanto ao casamento (art. 12) e vedação à discriminação com base no sexo (art. 14). Já a Carta Africana de Direitos do Homem e do Povo estabelece no seu art. 18, 2, que O Estado tem o dever de velar pela eliminação de toda a discriminação contra a mulher e de assegurar a proteção dos direitos da mulher e da criança tal como estão estipulados nas declarações e convenções internacionais, além do princípio de não-discriminação quanto ao sexo (art. 2º). Finalmente, a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã consagra igualmente o princípio da não-discriminação quanto ao sexo (art. 3, c), e, no tocante ao casamento e à família, estabelece que cada um dos parceiros no casamento tem direito ao respeito e à consideração por parte do outro (art. 19, b), a proteção à maternidade (art. 19, g), e aos direitos das mulheres casadas (art. 20). Existem, inclusive, normas específicas de proteção aos direitos das mulheres em alguns sistemas regionais. É o caso do sistema interamericano, que dispõe de uma Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994).

⁶⁰ Neste sentido, o Comitê CEDAW recomendou recentemente ao Estado brasileiro no VII Relatório para o país que revogue o parágrafo único do art. 7º da Constituição brasileira por meio da elaboração e aprovação de uma nova Emenda Constitucional, de forma a estender aos trabalhadores e trabalhadoras domésticas todos os direitos sociais trabalhistas disponíveis para outras categorias de trabalhadores e trabalhadoras. Esta recomendação (art. 13, a) se concilia com a recomendação de que o Brasil tome as medidas adequadas para assegurar a igualdade efetiva para as mulheres trabalhadoras domésticas. A recomendação do Comitê CEDAW é contemporânea e se concilia com a Convenção de 2011 da OIT sobre trabalho decente para os trabalhadores doméstico, que estabelece no seu art. 3º que todo Estado-membro da OIT deve assegurar a promoção e a proteção efetivas aos direitos humanos dos trabalhadores domésticos, conforme as disposições da Convenção. No caso, há claramente um diálogo, que de forma alguma está isento ou imune a tensões ou paradoxos, entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a ordem constitucional nacional brasileira, pautando-se a ampliação da igualdade de gênero e da orientação sexual, como outros direitos e liberdades, pela interlocução entre ordem jurídica nacional e as normas e comitês internacionais, por meio das quais a proteção e a afirmação dos direitos humanos se constitui como base do Estado de Direito e da democracia constitucional.

1.5 Dupla afirmação do estado de direito a partir da igualdade de gênero

A luta pelos direitos das mulheres traduz-se assim em uma forma de pressão sobre o espaço público visando sua ampliação democrática, por meio da inclusão das “invisíveis” e das “inferiorizadas”.

A partir de estratégias que se irradiaram a partir da vida privada e familiar e, a partir dos princípios e dos ideais que inspiraram o constitucionalismo democrático contemporâneo, promoveram um resgate do Estado de Direito formal e a afirmação de uma concepção material de Estado de Direito, fundada na igualdade de gênero.

A trajetória que se iniciara no Pós-Segunda Guerra Mundial se aprofunda a partir do discurso dos direitos humanos e de sua judicialização, como forma de obter transformações políticas que estão bloqueadas no cenário legislativo, ainda que isto mereça certa reflexão e que esta judicialização precise ser orientada por critérios que, conforme será visto posteriormente, precisam preservar um equilíbrio entre as funções do Estado e também entre majoritariedade e reconhecimento como componentes da democracia.

Tais estratégias, como se verá nos capítulos seguintes, não se reduziram ou se limitaram a exigir igualdade formal ou na vida privada, mas modificaram os direitos humanos fundamentais em todas as suas dimensões: como não discriminação e proteção contra o Estado e contra terceiros (seja por meio dos novos contornos do direito à liberdade, particularmente na vida familiar, ou da extensão da ideia de direitos de defesa aos direitos sociais), seja por meio da necessidade de compelir o Estado a promover certas prestações para realizar materialmente a igualdade de gênero e de orientação sexual, seja para redefinir o alcance dos direitos de participação política.

Outra consequência da luta crescente por respeito e igualdade com relação ao gênero e à sexualidade é definir que o Estado adote como valores a própria ideia de diversidade sexual e a de igualdade de gênero, como forma de reverter um quadro histórico de desigualdade e de injustiça.

Isto consubstancia a igualdade de gênero, em conjunto com a questão de igualdade quanto à orientação sexual (como se verá adiante), como cerne de uma nova concepção de justiça, traduzindo-se numa proposta de uma nova versão de Estado de Direito: uma concepção material de juridicidade que reconhece e valoriza a identidade sexual e de gênero como forma de produzir tanto igualdade formal quanto igualdade material.

Assim, há duas formas de reivindicar a igualdade de gênero a partir do princípio de Estado de Direito: em um primeiro momento, é a partir do Estado de Direito formal que não só se busca o efetivo respeito ao devido processo legal e a promoção do acesso à justiça, como forma de garantir iguais condições de participar da vida social e política para as mulheres.

Tem-se, então, uma aplicação instrumental do Estado de Direito para assegurar a igual aplicação da lei e a reciprocidade dela decorrente, promovendo sua observância pelas autoridades públicas compromissadas com a legalidade, vedando-as de promover ou facilitar de qualquer forma práticas discriminatórias, e também impondo a sua observância aos demais cidadãos e cidadãs, vinculando-os ao respeito aos direitos morais do outro e à não discriminação quanto ao gênero.

Nestes termos, a observância do Estado de Direito formal e sua realização por meio dos direitos humanos fundamentais, previstos na ordem constitucional, e mesmo em tratados e normas internacionais, pretende garantir às mulheres o igual acesso aos direitos e aos bens simbólicos e sociais pertinentes à condição cidadã em uma sociedade que se pretenda plural e democrática.

Este é o ponto de partida para o segundo momento de afirmação do Estado de Direito: a ideia de que a igualdade de gênero e de orientação sexual é parte de uma concepção substantiva de Estado de Direito que se forma com força a partir da Segunda Guerra Mundial, embora tenha raízes em diversos processos anteriores, e que se baseia em dois alicerces: a) a igualdade de gênero, bem como o livre exercício da sexualidade, são pautas que decorrem da opção por um Estado de Direito que seja, ao mesmo tempo, uma democracia; b) a igualdade de gênero e de orientação sexual é núcleo de uma noção substantiva de Estado de Direito em si mesma.

A primeira noção a ser tratada é da afirmação da igualdade de gênero a partir do modelo do Estado de Direito formal. Sem se referir especificamente a uma concepção formal, o Relatório da ONU Mulher de 2012 define Estado de Direito como “uma pedra angular da boa governança e da democracia, exige que as leis que estão em vigor levem todos em conta, desde o indivíduo até o governo. Ele exige que as leis sejam ‘publicamente promulgadas, igualmente aplicadas e julgadas de forma independente’” (UNITED..., 2011).⁶¹

Embora já se tenha exposto neste trabalho que um conceito formal de Estado de Direito não implica em uma noção neutra, ou que isto está completamente relacionado a uma

⁶¹No original em inglês: “*The rule of law, a cornerstone of good governance and democracy, requires that laws are in place to hold everyone to account, from the individual up to the government. It requires that laws are ‘publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated’*”.

concepção ideológica proveniente da tradição jurídica da modernidade política ocidental, uma dimensão formal do Estado de Direito, por si só, não é capaz de produzir justiça substantiva, mas é um meio para fornecer parâmetros para que as relações de poder e as pretensões políticas a elas inerentes se desenvolvam em uma sociedade.

Quando se propõe a aplicação do Estado de Direito às relações de gênero e às decorrentes da identidade sexual, o que está se afirmando em primeiro lugar é que a igual aplicação da lei exige a vedação à discriminação injusta e não razoável em matéria de gênero.

Em outros termos, proíbe-se que se tome o gênero como elemento para eleger distinções arbitrárias e negar acesso sem motivo, ou pela mera condição decorrente dos fatores apontados a direitos e prerrogativas que as outras pessoas partilham. É dizer: o Estado tem o dever de tratar seus cidadãos e cidadãs como iguais, garantindo-lhes iguais direitos e dignidade, e igual reconhecimento pela ordem jurídica vigente.

Logo, não só não cabe ao Estado promover inferiorizações ou proteger discriminações e violências em razão da desigualdade de gênero, como também deve intervir nas relações entre seus cidadãos e cidadãs (relações privadas) de forma a promover a igual consideração e o igual respeito sem distinção de gênero ou de identidade sexual, de modo a evitar que sejam os particulares agentes de discriminação, arbitrariedade e violência contra as mulheres por meio da leniência ou do consentimento tácito do Estado.

O pleno respeito ao Estado de Direito formal e sua extensão às relações de gênero por si só não constrói a plena igualdade de gênero, mas lança as bases para a promoção da dignidade humana sem distinções, que será alcançada numa segunda etapa, por meio da adoção de uma concepção substantiva de juridicidade aliada à democracia.

A concepção formal do Estado de Direito é importante como forma de paralisar as ações de demonização, invisibilidade e imunidade descritas no capítulo anterior, a partir das quais se constroem desigualdade e hierarquias que tomam o feminino inferior, legitimando desigualdade de tratamento e aplicação da lei.

Assim, o Estado de Direito formal é o ponto de reversão de uma política de intolerância e humilhação para uma política de humanidade, caracterizada por Martha Nussbaum (2010, p. 32) nos seguintes termos:

O que é a política de humanidade? Principalmente, é a política do igual respeito. Nossa nação⁶² está construída sobre a ideia de que todos os cidadãos são

⁶² Infere-se do texto que a autora se refere aos Estados Unidos da América, mas sua posição é perfeitamente extensível ao Brasil da Constituição de 1988 sob a égide da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB), da vedação à discriminação injusta e não razoável em consonância com a promoção do bem de todos (art. 3º, IV) e à ideia de igualdade (art. 5º, caput e inciso I), ainda que na sequência da manifestação de Nussbaum (2010) fique clara

merecedores de igual dignidade e consideração. Ao rejeitar o feudalismo e o monarquismo da experiência europeia, os fundadores rejeitaram todos os títulos, hierarquias e honras hereditárias. A posição da pessoa em decorrência de seu nascimento, riqueza ou status não teve lugar nas suas oportunidades e prerrogativas políticas. A revolução americana foi neste sentido radical, rejeitando todos os modelos prévios de organização social e optando por outro inteiramente novo, construído a partir da ideia de que todas as pessoas possuem igual dignidade humana e iguais direitos naturais. A ideia chave da nova ordem política se tornou a não dominação: a ideia central negativa na política era a sistemática dominação de cidadãos por outros. Porque todos os cidadãos são iguais, dominação, seja baseada na classe ou na religião, ou em qualquer outro princípio, deve ser firmemente rejeitada.⁶³

Martha Nussbaum (2010) coloca a política de humanidade como cerne da Constituição, na medida em que fundamenta ou justifica axiologicamente a igual aplicação da lei e a exigência do devido processo legal, alguns dos elementos-chave para entender e aplicar a noção de Estado de Direito em sua concepção formal.

A própria Martha Nussbaum (2010) esclarece, porém, que a política de humanidade na tradição norte-americana do Estado Constitucional (de Direito) não teve uma aplicação pronta, mecânica e acabada, na medida em que ao mesmo tempo em que os “fundadores”

articulavam o princípio da não dominação, eles permitiram a escravidão e que a raça fosse uma forma de dominação brutal, assim como falharam em respeitar a igual humanidade aos americanos nativos (indígenas), ou mesmo em estender a igualdade entre os homens às mulheres, mesmo que os/as partidários/as dos direitos naturais iguais na França e na Inglaterra já tivessem questionado este âmbito de dominação” (NUSSBAUM, 2010, p. 32b).⁶⁴

Nussbaum (2010), no entanto, aponta a importância do princípio geral de não dominação (que pode ser construído como correlato da ideia de igual aplicação da lei, como elemento do Estado de Direito formal), ao destacar que:

a necessidade de uma diferenciação de contexto, visto que enquanto ela desdobra as raízes da política da humanidade a partir dos eventos e do significado da revolução americana, no cenário brasileiro retiramos as bases da narrativa da política de humanidade a partir da Constituição de 1988, o que evidencia que são processos historicamente separados na sua fundamentação histórica, embora axiológica e constitucionalmente unidos em seus objetivos.

⁶³ No original em inglês: “*what is the politics of humanity? Centrally, it is a politics of equal respect. Our nation is built on the idea that all citizens as citizens are of equal worth and dignity. Rejecting the feudalism and monarchism of their European experience, our forefathers rejected all titles and ranks, and hereditary honours. A person’s birth, wealth, and status had no bearing on his political opportunities and entitlements. The American Revolution was in that sense radical, rejecting all previous modes of social organization and opting for one entirely new, built on the idea that all persons have equal human dignity and equal natural rights. The key idea of the new political order came to be the one of nondomination: the idea that was centrally bad, in politics, was the systematic subordination of some citizens to others. Because all citizens are equal, domination, whether based on class or religion or some other principle, must be firmly rejected*”.

⁶⁴ No original em inglês: “*while articulating the general principle of nondomination, they allowed slavery, permitting race to be a ground of brutal domination – even though slavery, and the slave trade, had already been firmly rejected by most of Europe. They also failed to respect the equal humanity of Native Americans. Nor did their ruminations about equality of ‘men’ extended to women, despite the fact that partisans of equal natural rights in France and England had already challenged this ground of domination*”.

O princípio geral articulado pelos “fundadores” foi mantido firme ao longo dos anos, promovendo as bases para contestação dos seus limites estritos originais. Assim, Abraham Lincoln [...] pode aludir sem hipocrisia a promessa de liberdade e igualdade na Declaração de Independência como base moral para o esforço de guerra. Ou ainda, cem anos depois, Martin Luther King Junior pode também aludir a Declaração de Independência como uma “nota promissória à qual cada americano é herdeiro. Esta nota é a promessa de que todos os homens, sim, tanto os negros quanto os brancos, teriam garantidos os seus ‘direitos inalienáveis à vida, liberdade, e à busca da felicidade’ [...], bem como as mulheres puderam de forma similar questionar sua exclusão da igualdade política ao invocar a promessa dos documentos fundadores dos Estados Unidos de que **todos que compartilham a humanidade devem compartilhar, igualmente, a igualdade**. Susan B. Anthony, no seu famoso discurso sobre o direito de voto das mulheres, aludiu ao preâmbulo da Constituição quando ela disse: “era nós, o povo; e não nós, os cidadãos brancos do sexo masculino; nem nós, os cidadãos masculinos; mas nós, o povo inteiro, que forma a União. E nós a formamos, não para dar as bênçãos da liberdade, mas para proteger a todos; não para metade de nós e nem pela metade da posteridade, mas para todo o povo – para homens e mulheres igualmente. E isso é francamente um escárnio, falar com as mulheres sobre seu emprego das bênçãos da liberdade, enquanto lhes é negado o uso do único meio de assegurá-la garantido pelo governo democrático-republicano - o voto (NUSSBAUM, 2010, p. 33, grifo nosso).⁶⁵

A colocação de Nussbaum (2010) remonta a outros pontos abordados anteriormente: a linguagem formal, abstrata e geral do Direito moderno, construída a partir do legado iluminista, não foi um meio eficaz de dissolver ou de anular as desigualdades fáticas e foi mesmo utilizada como forma de tornar implícitas diferenciações, hierarquias e status, quebrando as promessas de governo da razão e de combate à arbitrariedade postas no Estado de Direito.

Por outro lado, esta mesma linguagem foi a base para diversos movimentos de reivindicação de autonomia, direitos e, principalmente, de igual tratamento perante a ordem jurídica e de igual respeito, processo que se configura em uma espécie de “vingança da história”, ou a cobrança da nota promissória a que se referiu Dr. Martin Luther King.

É a abertura e a amplitude das promessas igualitárias do Direito moderno e, principalmente, sua estruturação por meio do discurso dos direitos que torna possível a

⁶⁵ No original em inglês: “*nevertheless, the general principle the Founders articulated has held firm over the years, providing a basis for challenges to its originally narrow application. Thus Abraham Lincoln [...] could allude without hypocrisy to the promise of liberty and equality in the Declaration of Independence as a moral basis for war effort. And thus, one hundred years later, Martin Luther Jr. could also allude to the Declaration of Independence as ‘a promissory note to which every American was to fall heir. This note was a promise that all men, yes, black men as well as white men, would be guaranteed the inalienable rights of life, liberty and the pursuit of Happiness’ [...]. And thus women could similarly challenge their exclusion from political equality by invoking the promise of America’s founding documents that all who share in humanity would share, as well, in equality. Susan B. Anthony, in her famous speech on the right to vote, alluded to the preamble to the constitution when she said ‘it was we, the people; not we, the white male citizens; nor yet we, the male citizens; but we, the whole people, who formed the Union. And we formed it, not to give the blessings of liberty, but to secure them; not to the half of ourselves and the half of our posterity, but to the whole people – women as well as men. And it is a downright mockery to talk to women of their enjoyment of the blessings of liberty while they are denied the use of the only means of securing them provided by the democratic-republican government – the ballot’.*”

exigibilidade jurídica como instrumento de luta política de afirmação democrática das diversas singularidades.

Assim, as mesmas características estruturais do Direito moderno que permitiam a preservação implícita e não dita da dominação, da desigualdade e da hierarquização a partir do status por meio da linguagem formal, geral, abstrata e impessoal serviram no Direito contemporâneo para reivindicar promessas igualitárias não cumpridas e ampliação de direitos, com base no resgate no ideal iluminista perdido e no potencial democrático da juridicidade constitucional contemporânea.

Mas se esta é a base da constituição do Estado de Direito formal como elemento para afirmação da pretensão de igualdade de gênero em uma sociedade democrática, por outro lado é preciso reconhecer que isto por si só não basta, na medida em que, conforme Upendra Baxi, “o Estado de Direito é sempre e em todo lugar um campo em que as pessoas lutam para tornar o poder responsável, a governança justa e o Estado ético” (BAXI, 2007, p. 14), ainda mais porque é preciso definir como tais termos precisem ser decifrados, notadamente pela adoção de uma concepção específica de justiça substantiva (BAXI, 2007).

E é neste ponto que surge o segundo momento da aplicação da noção de Estado de Direito às relações de gênero: tomando por base as configurações vigentes do Estado Constitucional no Brasil, a partir da normativa constitucional e também dos desenvolvimentos institucionais e políticos do Direito contemporâneo, a igualdade de gênero é uma consequência necessária da opção por um Estado de Direito que seja, também, uma democracia.

Além disso, à luz da Constituição brasileira, da juridicidade contemporânea a partir da qual o Direito Constitucional é redefinido e da própria trajetória da democracia atual, defende-se aqui de forma categórica que a igualdade de gênero é, em si, a base de uma concepção substantiva de Estado de Direito adotada pela Constituição da República e pela ordem jurídica dela proveniente.

Em primeiro lugar, a igualdade de gênero e da orientação sexual como imperativo a ser realizado pelo Estado Constitucional de Direito é uma consequência jurídica e política do constitucionalismo brasileiro pós-1988 e da opção por um modelo de democracia que, pela primeira vez na história brasileira, foi além da consagração de liberdades políticas por meio de pluralismo político-partidário, eleições periódicas e livres, e governo representativo (o modelo adotado na Constituição de 1946, a outra experiência democrática brasileira).

A Constituição brasileira vigente avançou, a despeito de suas limitações e

contradições, e instituiu um modelo democrático ampliado, e mesmo capilarizado, que não dissesse respeito somente às formas de constituição e legitimação do poder político formal, mas que permeasse toda relação entre Estado e sociedade civil, refundando-a em termos democráticos e igualitários, notadamente pelo recurso ao chamamento à participação popular e ao exercício cidadão pelo recurso à linguagem dos direitos.

O *caput* do art. 1º da Constituição já enuncia o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. A construção é um pouco diversa daquela feita no art. 2º da Constituição portuguesa: a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (PORTUGAL, 1976).

Mas, do ponto de vista jurídico-constitucional, a finalidade das duas proclamações é a mesma, ainda que melhor expressa na fórmula portuguesa: o Estado de Direito não é democrático somente quando produz eleições periódicas, livres e justas, quando adota um governo formalmente democrático (democracia política), mas também quando a ordem jurídica, social e econômica é em si democrática, quando se permite a participação das pessoas que compõem o Estado e a sociedade nos diversos aspectos da vida social e política de forma plena, construindo-se horizontalmente a agenda democrática.

Finalmente, o Estado de Direito é democrático quando o Direito, neste contexto, é produzido, interpretado e aplicado de forma democrática, balizado pela soberania popular e respeito às singularidades de indivíduos e grupos.

Não por acaso a Constituição brasileira estabelece como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III) e como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, um dos meios de se realizar o Estado de Direito em sua versão democrática é a vedação de todas as formas de preconceito, seja de gênero, seja de orientação sexual – e o instrumento para efetivar isto é a plena garantia de direitos a todos independentemente da condição de gênero ou de identidade sexual.

Os direitos humanos fundamentais inscritos na Constituição brasileira, particularmente a liberdade e a igualdade, existem para garantir a igualdade de tratamento entre os cidadãos e cidadãs, a reciprocidade entre o Estado e o/a cidadão/cidadã, pela qual a autoridade política se vincula à própria ordem jurídico-constitucional que inaugura como forma de estender sua aplicação a todas as relações entre os indivíduos e a induzir aos mesmos a obedecer à lei e ao

Direito, assim como permitir a coexistência de diferentes concepções de vida, tanto políticas quanto morais (pluralismo político e social).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental adotou expressamente a ideia de que a igualdade de gênero e de orientação sexual é uma decorrência necessária de um Estado de Direito que seja comprometido com democracia e respeito aos direitos da pessoa humana, conforme podemos evidenciar a partir de trecho do julgamento destacado na ementa do acórdão:

[...] 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 à autoestima 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 [...] (BRASIL, 2011).

No corpo do seu voto, o Relator, Min. Ayres Britto, já havia se manifestado no sentido de que

o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional [...] (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário, sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (BRASIL, 2011).

Ao explicar o constitucionalismo fraternal, o Min. Ayres Britto, afirma de forma bastante clara e incisiva em que consiste a proposta desta visão constitucional:

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração

comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2011, inciso V do art. 1º).

Não basta, portanto, a mera não discriminação formal, o dever estatal aqui não é de mera abstenção, mas envolve atuações de política afirmativa, sendo, portanto um dever positivo em sentido amplo, no sentido de promover e favorecer a igualdade de gênero como um aspecto que decorre da adoção do Estado de Direito e da democracia no Brasil.

Já no próprio Texto Constitucional há elementos importantes que indicam a adoção de uma visão substantiva de Estado de Direito que consagre a igualdade de gênero e de orientação sexual. No que tange às relações de gênero, de forma expressa, o art. 5º, inciso I, da Constituição da República diz que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

A igualdade de gênero também é projetada no âmbito dos direitos sociais, primeiro porque estabelece proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, CRFB/1988).

Segundo porque vai além da vedação de qualquer discriminação contra a mulher no mercado de trabalho e estabelece o dever do Estado de proteger as mulheres no gozo de seus direitos sociais trabalhistas, seja porque institui a licença gestante, para efetivar o direito social de proteção à maternidade (art. 6º c/c art. 7º, inciso XVIII, da CRFB/1988), seja porque estabelece o dever positivo do Estado de instituir políticas de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, inciso XX, CRFB/1988), protegendo a mulher independentemente de sua condição de mãe.

Além disso, a Constituição de 1988 institui uma licença paternidade (art. 7º, XIX), ponto de partida para a construção de novos papéis de gênero no âmbito familiar, na medida em que reconhece o vínculo entre pai e criança e lança as bases para desconstruir a separação entre pai e mãe no cuidado com as crianças.

Quanto à vida familiar, esta deixa de ser um status e se torna um direito e uma situação jurídica que articula direitos diversos, e a Constituição brasileira vigente consagra que esta comunidade deve se pautar pelo princípio de que os direitos e deveres referentes à sociedade

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, parágrafo 5º, CRFB/1988).

As transformações constitucionais não foram fruto de acaso ou de concessão benevolente do legislador constitucional originário, mas sim de mobilização ampla da sociedade civil, das pessoas, das famílias, dos movimentos sociais reivindicatórios, seja para fazer valer suas pretensões e inserí-las no Texto Constitucional, seja para buscar sua concretização e efetivação por meio de atuações positivas nos diversos âmbitos do Estado brasileiro.

Assim, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e como cônjuges nas relações sociais e familiares não foi conquistada somente em 1988, mas a cada reivindicação de autonomia, por vezes pela via judicial, iniciando-se com a luta pelo reconhecimento de outras entidades familiares que não fossem fundadas no casamento civil, a conquista do direito ao divórcio e a gradativa afirmação dos direitos da mulher na legislação social e do trabalho, assim como, em um momento anterior, a conquista plena de direitos políticos iguais entre homens e mulheres.

Além dos aspectos mencionados, cabe destacar que a igualdade de gênero decorre também do pluralismo⁶⁶ político e social adotado pela República na Constituição brasileira (preâmbulo⁶⁷ e art. 1º, V, da Constituição brasileira).

Por todo o exposto, o conjunto de princípios e valores adotados pela ordem constitucional, ora de maneira expressa (igualdade entre homens e mulheres e proteção dos direitos decorrentes da igualdade feminina), ora de forma implícita, sendo evidenciado na forma do art. 5º, parágrafo 2º, e por meio da conjugação de princípios a partir de uma interpretação constitucional sistemática, articulando diferentes noções (não discriminação,

⁶⁶ Paulo Bonavides (1998, p. 525b) entende que o pluralismo se apresenta como um direito humano de quarta geração, colocado ao lado da democracia e do direito à informação como direitos dos quais depende a sociedade aberta do futuro, em sua máxima universalidade, livrando a sociedade de ameaças como o perigo do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Além disso, a importância do pluralismo como direito de quarta geração (dimensão) reside no fato de que: “Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”.

⁶⁷ Diz o preâmbulo da Constituição brasileira: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** (destaque nosso), fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade, pluralismo) para fundamentar constitucionalmente a existência da igualdade de gênero como parte do acervo igualitário e emancipatório constante do Estado Constitucional de Direito no Brasil.

2 CONTEMPORANEIDADE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DIREITOS HUMANOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

2.1 Orientação sexual na cisão entre o público e o privado e suas implicações na constituição do direito moderno e contemporâneo

Assim como evidenciado quanto ao gênero, a orientação ou identidade sexual (heterossexual, homossexual, bissexual ou transexual) se encontra na demarcação da fronteira entre público e privado na modernidade, com desdobramentos e implicações no sistema jurídico contemporâneo e na definição da relação entre Estado, indivíduo e sociedade.

Segundo Érica Pretes e Túlio Vianna (2007, p. 316), “até o século XIX a palavra mais utilizada para designar as relações entre pessoas do mesmo sexo era a expressão latina sodomia, que se origina do relato do Antigo Testamento no Livro do Gênesis sobre a cidade de Sodoma e Gomorra”.

Segundo os referidos autores, a sodomia indicaria a prática de ato sexual contrário à natureza humana, pois não teria como fim a procriação, o que levou os Estados, católicos ou não, a considerar algo que era da ordem do pecado também como crime (Pretes e Vianna, 2007). Já se delineiam aí alguns traços da repressão à homossexualidade: sua consideração como contrária à “natureza” e a interlocução do Direito (notadamente o penal) com a moral positiva⁶⁸ para a implantação da ordem repressiva quanto à sexualidade.

No final do século XVIII e a partir do século XIX, a regulação da sexualidade passa por uma transformação, como descreve Michel Foucault (2009, p. 45-46): “um movimento centrífugo à monogamia heterossexual”, sendo esta definida como a sexualidade regular, à qual se atribuirá um direito à maior discricção, passando a se controlar e investigar as chamadas sexualidades periféricas.

⁶⁸ Michel Foucault (2009, p. 44) desenvolve, em *História da sexualidade*, as relações entre Direito e moral sobre a regulação da prática sexual, explicando que “até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos – além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião, regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã, e a lei civil. Eles fixavam, cada um a sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais serviam de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torna-lo estéril, os momentos em que era solicitado [...] sua frequência ou raridade: era sobretudo isto que estava saturado de prescrições”.

No século XIX, ao mesmo tempo em que os países europeus descriminalizaram a sodomia, a heteronormatividade se impôs como padrão, e as relações entre pessoas do mesmo sexo (homossexualidade) passaram de perversão moral a patologia a ser estudada pela ciência (PRETES; VIANNA, 2007).

A homossexualidade se apresenta como conduta sexual divergente do padrão heteronormativo, e sua repressão tinha um sentido não só moral, mas também jurídico-econômico: o homossexual constituía uma ameaça ao padrão de família e de casamento consagrados na sociedade liberal-burguesa, que por sua vez eram as bases institucionais para o exercício da autonomia individual e do direito de propriedade, principalmente por meio da herança (HABERMAS, 1997).

O controle sobre o sexo se tornou um instrumento de normatização e moralização da família e da vida íntima, com forte intervenção da medicina, substituindo o discurso moralizador do pecado cristão, explicam Érica Pretes e Túlio Vianna (2008, p. 317-318):

Com o advento das teorias positivistas, vemos a ciência avançar por caminhos onde outrora quem andava era a moral cristã, fomentando a produção de saber sobre o sexo humano. A ciência passa a dissecar o sexo do homem, da mulher, da criança, do adulto, do normal e do anormal. Acontece aí a emergência do que Foucault chama de *scientia sexualis*, desenvolvida pela burguesia a partir do século XIX para a produção sobre a verdade do sexo. Com esta *scientia sexualis* o Estado burguês toma para si as rédeas da vida humana, entendida como um corpo vivo inserido num organismo vivo. Ao fomentar saberes sobre a sexualidade humana, a vida passa a ser gerida da maneira como o Estado entender ser útil.

Note-se que a homossexualidade apresenta dois problemas para o ideário da sociedade burguesa do século XIX. O primeiro diz respeito à impossibilidade, *a priori*, de constituir descendência⁶⁹ (algo resolvido ou superado por novas tecnologias na medicina do final do século XX, as técnicas de reprodução assistida, como será visto adiante), o que ameaça a família heteronormativa como base institucional da autonomia privada e da circulação de propriedade.

O segundo diz respeito à equiparação do homossexual ao elemento do sexo oposto por vontade, contra a “*natureza*”, contrariando o papel de gênero que lhe fora reservado, como traz Foucault (2009, p. 50-51) ao explicar que “a categoria psicológica, psiquiátrica e médica

⁶⁹ Conforme explicam Érika Pretes e Túlio Vianna (2007, p. 381), “para juristas e médicos do século XX, o homossexual não é um problema que afeta a moral. O homossexual está colocando em risco a descendência, a vida da espécie”. A impossibilidade dos homossexuais de reproduzir-se biologicamente permanece no discurso político contra a homossexualidade até os dias atuais, como mostram Sofia Chaparro e Nina Vargas ao relatar a cruzada de Anita Bryant contra os homossexuais nos Estados Unidos da década de 1970 (CHAPARRO; VARGAS, 2011). O papel transformador das tecnologias de reprodução assistida sobre as relações de gênero também é brevemente analisado por Piovesan e Gonçalves (2011, p. 372-373).

da homossexualidade constituiu-se no dia em que foi caracterizada [...] menos como um tipo de relações sexuais do que como uma certa qualidade da sensibilidade sexual, uma certa maneira de inverter, em si mesmo, o masculino e o feminino”.

A regulação da sexualidade se insere naquilo que Michel Foucault denominou de biopolítica⁷⁰, e representou uma profunda conexão entre o Direito e a medicina, na determinação de padrões de normalidade sexual. O século XIX e os saberes que nele se formaram conceberam o homossexual como um degenerado sexual, contra o qual o Estado devia se defender (PRETES; VIANNA, 2007, p. 321).

Embora a sodomia houvesse sido descriminalizada nos países europeus, o Brasil do século XIX, ainda que formalmente tenha seguido esta tendência, procurou outras formas de punir os homossexuais (PRETES; VIANNA, 2007), mostrando a tensão entre a linguagem formal do Direito moderno e as práticas desiguais e discriminatórias que dela advinham implicitamente, na medida em que:

O Código Criminal do Império promulgado após a Independência do Brasil, seguindo o que havia de mais avançado no mundo, em matéria criminal, não citava mais a sodomia como crime. Contudo, o Código Imperial traz consigo uma norma que seria usada na repressão de várias condutas consideradas imorais, entre elas a prostituição e a homossexualidade, os tipos “por ofensa à moral e os bons costumes”, enquanto que no Código Penal Republicano de 1890 o tipo era “crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias” ou “ultraje público ao pudor” mantêm a mesma tática, com o tipo aberto qualquer conduta considerada imprópria poderia ser enquadrada e punida (TREVISAN apud PRETES, 2008, p. 3).

Desta forma, a descriminalização formal da sodomia foi sucedida pela perseguição criminal às práticas homossexuais por meio de tipos penais que protegessem “os bons costumes” e a “honra e a honestidade” das famílias.

Uma vez mais, a linguagem formal e abstrata do Direito moderno traz implícita a desigualdade por meio de sua operacionalização e aplicação efetiva, usando-se tipos abstratos ou linguagens suficientemente abertas para criminalizar o homossexual sem explicitamente reconhecer o que se está fazendo ou a quem se está dirigindo.

Assim, a descriminalização da sodomia não ocorreu em função de um abrandamento

⁷⁰ Foucault (2008, p. 431) entende a biopolítica como “a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes reunidos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças [...]”. A biopolítica seria uma manifestação ou racionalização do biopoder, que Foucault (2008b, p. 3) explica ser “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia geral de poder. Em outras palavras, como a sociedade, as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fator biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana”.

moral, o que ocorreu foi uma mudança de mecanismos de poder (PRETES; VIANNA, 2007), à qual a linguagem jurídica foi se moldado e com a qual dialogou, pois;

O homossexual, entendido como portador de uma patologia degenerativa do instituto sexual, recebeu de juristas e médicos a definição de sujeito anormal. Esta definição foi utilizada em razão da junção entre Direito e medicina no início do século XX, que pretendia tornar o homossexual um sujeito incapaz perante o sistema jurídico brasileiro (PRETES; VIANNA, 2007, p. 356).

Há, no entanto, algo importante no processo de repressão à homossexualidade a partir do século XIX: o surgimento da identidade homossexual como uma forma de subjetivação, como explica Michel Foucault (2009, p. 50-51b):

Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a incorporação das perversões e a especificação dos indivíduos [...]. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida [...], nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa a sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas [...] inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que se trai sempre. É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual, porém, mas como natureza singular [...]. A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual era uma espécie.

Assim, a passagem do pecado para a patologia, cuja repressão era legitimada pelo Direito com base na ideia de “anormalidade”, tem o efeito de criar o homossexual como uma identidade em contraponto à sexualidade “regular”, identificando assim um comportamento baseado numa subjetividade própria, em uma forma de ser e estar no mundo, o que diferencia o homossexual do heterossexual, ainda que por um viés pejorativo – o contraponto a esta concepção negativa da homossexualidade, inclusive, é a base para o ativismo gay do século XX e a formação da identidade de grupo de uma minoria difusa (CHAPARRO; VARGAS, 2011).

A consideração dos homossexuais como “anormais” e a junção do discurso médico e da prática jurídica como forma de considerá-lo uma “ameaça” ao Estado e à sociedade ensejam, assim, uma série de injustiças, que se traduzem em violação do princípio do Estado de Direito como ideal regulatório. Não por acaso, Nancy Fraser entende que a causa última da injustiça heterossexista é o padrão de valor heteronormativo que está institucionalizado na ordem de status da sociedade contemporânea (FRASER, 2008).

Fraser recorre para explicar este fenômeno à categoria da sexualidade desprezada – nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em

uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado desta concepção segundo Fraser (2008, p. 173) é considerar:

Gays e lésbicas como outros desprezíveis, aos quais falta não apenas reputação para participar da vida social, mas até mesmo o direito de existir, o que termina por gerar formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas deles recorrentes; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da vida social e política; e a invisibilidade e estigmatização na mídia. Esses danos são injustiças por não reconhecimento. Para ser exata, gays e lésbicas também sofrem sérias injustiças econômicas. Eles podem ser sumariamente despedidos do emprego e têm negado os benefícios sociais baseados nos vínculos familiares.

Os homossexuais, bissexuais e transexuais são assim taxados de inferiores na medida em que se toma o padrão heteronormativo como medida e a heterossexualidade como “normal”, enquanto a homossexualidade/transexualidade seria “anormal”. Este discurso articulou uma concepção moral a saberes científicos para legitimar juridicamente a injustiça e a inferiorização dos homossexuais.

2.2 Estado de direito e orientação sexual. Discriminação e desigualdade quanto à orientação sexual como ofensas ao princípio do estado de direito

As reduções, restrições ou negações de direitos que os/as homossexuais sofrem, como referido ao final da seção anterior, são incompatíveis com a linguagem normativa do Estado de Direito, contudo, a despeito disto, a supressão de prerrogativas legais e de direitos que lhes seriam próprios na condição de cidadãos, por meio de uma neutralidade aparente que esconde uma desigualdade implícita na generalidade do Direito moderno.

Neste ponto, a questão do Estado de Direito surge novamente, na medida em que uma vez mais há um hiato entre as promessas emancipatórias e a pretensa luta contra a arbitrariedade, inseridas na fórmula, e as diversas discriminações e desigualdades que homossexuais e transexuais sofrem na vida social e política em decorrência de sua identidade.

O problema, como já pontuado em relação ao gênero, é o efeito da desigualdade de orientação sexual: um processo que combina, ao mesmo tempo, discriminação e demonização

dos diferentes, a imposição de sua invisibilidade social e jurídica, e a imunização dos privilegiados, constantes de um paradigma heterossexista.

Percebe-se o alcance da demonização dos excluídos quanto à identidade de gênero e à sexualidade quando se destaca a própria criminalização da homossexualidade no mundo contemporâneo em diversos países, como a fala da vencedora do Prêmio Nobel da Paz de 2011, a Presidente da Libéria Ellen Johnson Sirleaf, demonstra de forma clara quando da sua recente defesa da criminalização da homossexualidade em seu país:

A vencedora do prêmio Nobel da Paz e presidente da Libéria, Ellen Johnson Sirleaf, defendeu uma lei que criminaliza atos homossexuais em seu país, durante uma entrevista ao jornal britânico “Guardian”. Ao lado do ex-premiê britânico Tony Blair, que ficou visivelmente constrangido com as opiniões de Sirleaf, ela defendeu os “valores de seu país”. “Gostamos de nós mesmos do jeitinho que somos. Temos certos valores tradicionais em nossa sociedade que gostaríamos de preservar”, afirmou. Na Libéria, a “sodomia voluntária” é crime passível de um ano de prisão. No entanto, há dois projetos de lei que pretendem endurecer as leis em relação a atos homossexuais. Ninguém foi condenado no país sob a lei da sodomia, mas ativistas anti-homossexuais fazem pressão para que os projetos de lei passem no Congresso do país. Um dos projetos considera criminoso quem “seduzir, encorajar ou promover atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo” ou “praticar atos que levem outra pessoa do mesmo sexo a ter relações sexuais”. A pena pode ser de até cinco anos de prisão. Já o outro projeto considera crime passível de 10 anos de cadeia o casamento homossexual [...] (UOL, 2012).⁷¹

A criminalização da opção sexual ou de práticas relacionadas à identidade homossexual não é um privilégio da Libéria, mas uma realidade em diversos países do mundo, como aponta o Relatório sobre a Homofobia de Estado conduzido recentemente pela International Lesbian, Gay, Bisexuals, Trans and Intersex Association (ILGA) já nas suas páginas introdutórias, conforme o excerto a seguir pode confirmar:

Esta sexta edição do nosso relatório anual vê, infelizmente, um aumento no número total de países no mundo com legislação que persegue pessoas com base em sua orientação sexual, agora 78 em comparação aos 76 do ano passado. Embora a “nova entrada” – Benin – seja devida a um melhor conhecimento a respeito das leis daquele país, além de ter havido confirmação da existência de tais leis pelas próprias palavras do representante do Benin proferidas durante a Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos humanos no último ano, a outra entrada – Sudão do Sul – representa uma verdadeira decepção: se espera que o nascimento de um país possa também ser a oportunidade de melhorar a legislação herdada do antigo país do qual fazia parte. O único consolo é que o Sudão do Sul não adotou a pena de morte para “crimes contra a ordem da natureza” que o Sudão infamemente continua a ter em seu código penal. Mais preocupantes são os acontecimentos na Rússia, onde a cidade de São Petersburgo e outras regiões introduziram legislação para punir a “propaganda homossexual”, o que inclui os que trabalham como defensores dos

⁷¹ As declarações da Presidente da Libéria causaram maior desconforto pelo fato de sua premiação dever-se sobretudo a sua militância em favor da melhoria de vida de mulheres e crianças em seu país, ou seja, por sua atuação em prol dos direitos humanos básicos de dois grupos vulneráveis nas sociedades contemporâneas e pelo fato de ser uma líder mulher, negra e africana, ou seja, proveniente ela própria de um grupo vulnerável.

direitos humanos, um perigoso precedente que pode em breve ser seguido por todo o país. A despeito da descriminalização da homossexualidade em 1993, a Rússia, infelizmente, está liderando um grupo de países que vêm tentando nos últimos anos controlar ou limitar a validade universal da declaração dos direitos Humanos promovendo a noção de “tradição” como um conjunto de filtros a oferecer a “apropriada” interpretação dos direitos humanos dentro do contexto de uma cultura (ILGA, 2012).

No Brasil, o panorama das violações de direitos relativos à identidade sexual, inclusive no que tange a ameaças à vida e à liberdade de orientação sexual envolvendo homossexuais, foi objeto de manifestação inclusive do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello (2007, s.p.):

Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais. Números tão significativos acabam ignorados porque a sociedade brasileira não reconhece as relações homoafetivas como geradoras de direito. Se o poder público se agarra a padrões conservadores, o dia-a-dia cria o fato, obrigando as instituições a acordar [...].

A fala do Ministro, de 2007, é corroborada pelo Relatório da ILGA de 2012, conforme evidencia o seguinte trecho:

Em 2011, segundo o levantamento do GGB⁷² há um assassinato homofóbico a cada 2 dias no Brasil. A inércia e o desinteresse do governo brasileiro em contabilizar crimes homofóbicos, ao contrário do que já existe com levantamentos sobre roubos de carros e assaltos a agências bancárias, dificultam a adoção de medidas concretas de combate a homofobia e mantém a discussão sobre o tema fora da agenda governamental (ILGA, 2012, p.9).⁷³

Aqui temos em curso o processo de demonização do outro, que Oscar Vilhena Vieira (2007) brilhantemente esclarece ser o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito; qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune.

Mas os trechos anteriormente destacados revelam também outra face perversa da negação do Estado de Direito por meio da desigualdade, particularmente a desigualdade de gênero e a discriminação relativa à sexualidade: a invisibilidade do outro.

Para o referido autor, a invisibilidade significa aqui que “o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais

⁷² A título de esclarecimento, a sigla se refere ao Grupo Gay da Bahia, entidade da sociedade civil voltada para a defesa dos direitos LGBT e sediada em Salvador/BA.

⁷³ O trecho destacado tem a contribuição de Sônia Onufer Corrêa, Irina Bacci, Roger Raupp Rios e Eduardo Piza Gomes de Mello.

privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos” (VIEIRA, 2007, p. 43). O próprio Relatório ILGA sobre Homofobia de Estado 2012 traz uma afirmação muito explícita a esse respeito:

Além disso – nunca nos cansaremos de repetir – o bem-estar, para não mencionar a segurança, da população ao redor do mundo não pode ser medido com base apenas na legislação do país onde a pessoa reside. O fato de residir num país onde as relações sexuais consentidas entre dois adultos não é criminalizada não implica automaticamente que uma lésbica, um gay ou um transexual estejam seguros lá, devido à violência, perseguição e outras práticas discriminatórias levadas a cabo por agentes não estatais, organizados ou não e, em alguns casos, até mesmo protegidos pelas autoridades [...]. É neste contexto que a comunidade LGBT brasileira se insere, sem ter do estado brasileiro reconhecimento institucional da sua existência e reconhecimento político administrativo de suas necessidades básicas. Não há qualquer legislação federal que trate de reconhecimento de direitos civis (casamento civil, mudança de registro de nome social e de designação de gênero) ou mesmo de proteção legal contra violência, discriminação e preconceito em razão da identidade de gênero e da orientação sexual (criminalização da homofobia) (ILGA, 2012, p. 4; 9).

O assassinato, as agressões e as perseguições físicas contra homossexuais constituem uma negação do princípio do Estado de Direito na medida em que não só criam as bases para a desumanização da pessoa por conta de sua identidade homossexual, como criam uma invisibilidade, na medida em que a lei não só não pune este tipo de violência de forma diferenciada (criminalização da homofobia), como o silêncio da lei cria outras formas de violência, institucionalizadas ou não.

Com relação à violência física contra homossexuais, no universo de diversas notícias cotidianas sobre agressões homofóbicas (e levando em conta o exposto no Relatório Homofobia de Estado, visto que não há estatística sobre crimes motivados por homofobia no Brasil), a seguinte história parece ilustrar de forma emblemática a demonização dos homossexuais nas práticas sociais no Brasil:

Três homossexuais foram agredidos na manhã do domingo por um grupo de skinheads na avenida Paulista, em São Paulo, segundo a Polícia Militar. Um dos homens foi encontrado desmaiado na altura do número 459 da Paulista, após a agressão, por volta das 6h30. A PM recebeu uma chamada e, ao chegar ao local, testemunhas informaram que um grupo de jovens havia corrido em direção à estação Brigadeiro do Metrô. A polícia conseguiu alcançar o grupo e deteve os cinco suspeitos de agressão. Segundo a Polícia Civil, quatro deles são menores. Eles foram levados para o 5º DP (Aclimação). Duas das vítimas da agressão foram levadas ao pronto-socorro Vergueiro e um delas (sic) foi logo liberada. A outra, menos ferida, foi à delegacia prestar depoimento (TERRA, 2010b, s.p.).

Descartou-se, posteriormente, que os agressores pertencessem a um grupo de skinheads (FREITAS, 2010), mas os jovens adolescentes envolvidos no caso e o agressor que

era maior de idade no caso foram rapidamente soltos, por deliberação da Justiça, sob a alegação, segundo o advogado dos adolescentes, de que os jovens "não apresentariam risco para a sociedade soltos", enquanto o agressor maior de idade foi liberado por ser réu primário e ter residência fixa (TERRA, 2010b). Ainda que o processo criminal continue em curso, toda a história mostra um processo de demonização do diferente, o que legitimaria inclusive a sua eliminação física.

Isto leva ao outro elemento: a imunidade dos privilegiados. Como explica Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 45),

numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se veem como seres acima da lei e imunes às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas; assim, a ideia de imunidade pode ser entendida focando-se na impunidade dos violadores de direitos humanos ou daqueles envolvidos em corrupção, poderosos ou economicamente favorecidos.

Por vezes, a imunidade é proporcionada a despeito das normas jurídicas gerais e abstratas garantirem genericamente a todos direitos como vida, liberdade, saúde e segurança – e no silêncio da linguagem geral e abstrata das leis, tornam-se invisíveis tanto o preconceito quanto a condição humana dos homossexuais e das demais pessoas que constroem suas identidades e subjetividades a partir de um referencial LGBT.

Em outros casos, a imunidade é perpetrada pelos próprios agentes estatais, que atuam por meio do poder no qual estão investidos para perpetuar as desigualdades, caso do Juiz de Direito Jerônimo Pedro, que determinou a proibição do registro de uniões estáveis homoafetivas nos cartórios sob sua jurisdição e o cancelamento de um registro de união estável homoafetiva já efetuado na cidade de Goiânia, a despeito de decisão do Supremo Tribunal Federal de 2011 (que será comentada no capítulo seguinte) ter garantido este direito às pessoas e casais homossexuais (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2011).⁷⁴

Ainda recentemente instalou-se controvérsia em torno de diversos atos normativos emitidos por autarquias federais em defesa de direitos iguais para pessoas e casais homossexuais. No ano de 2011, estudo e mesmo apresentação de Projetos de Decreto Legislativo foram feitos pelo Deputado Federal João Campos (PSDB/GO), Presidente da Frente Parlamentar Evangélica, no sentido de sustar, com base no art. 49, incisos V e XI, atos normativos provenientes de instâncias do Poder Executivo Federal que visavam garantir direitos à população LGBT, bem como ações judiciais neste mesmo sentido.

⁷⁴ Por ocasião do ocorrido, o juiz alegou que a decisão do STF alterava indevidamente a Constituição que, na sua interpretação, garantiria a união estável apenas entre pessoas de sexos diversos. Posteriormente, a medida por ele determinada foi anulada por decisão da instância judicial superior.

Com efeito, o Presidente do referido grupo extraparlamentar insurgiu-se contra a Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que regulamentou os procedimentos de reprodução assistida no Brasil, permitindo inclusive que mulheres solteiras e casais homossexuais possam recorrer a este procedimento;⁷⁵ além disso, propôs ação popular para anular instrução normativa da Receita Federal que a partir de 2011 permitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como dependente no Imposto de Renda;⁷⁶ e, recentemente, tem defendido o Projeto de Decreto Legislativo número 234 que visa sustar os art. 2º e 3º da Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (que evitam o exercício profissional discriminatório e a patologização das práticas homoeróticas).⁷⁷

Os argumentos defendidos pela Frente Parlamentar Evangélica usualmente invocam uma juridicidade suposta neutra – a parte central da argumentação invoca abuso do poder regulamentar e violação do princípio da reserva legal, além de alegações de violações a direitos fundamentais, como o direito à liberdade de profissão e o direito à saúde, no caso da oposição à norma ético-disciplinar do Conselho Federal de Psicologia que veda a patologização da homossexualidade.

⁷⁵ “O presidente da Frente Parlamentar Evangélica, deputado João Campos (PSDB-GO), quer sustar a recente resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) que estabelece novas regras para a reprodução assistida. Entre outros pontos, o texto permite que mulheres solteiras e casais homossexuais femininos recorram às técnicas de fertilização em laboratório e prevê o uso de material biológico após a morte do doador. No caso de um casal homossexual masculino, o uso de barriga de aluguel dependerá de autorização dos conselhos regionais de Medicina (CRMs). Para João Campos, esses temas deveriam ser tratados em lei e não em uma resolução. “Estou providenciando uma proposta de decreto legislativo para suspender os efeitos dessa resolução e recomendei à minha assessoria a possibilidade de alguma medida judicial” (MACEDO, 2011).

⁷⁶ O Superior Tribunal de Justiça declinou na competência para julgar ação popular contra ato de Ministro de Estado e remeteu a referida ação para a Justiça Federal de 1ª instância, conforme notícia do próprio STJ: “não compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgar originariamente ação popular contra ato de ministro de Estado. Segundo o ministro Castro Meira, essa ação não se equipara ao mandado de segurança, cuja competência para processamento é definida em razão da hierarquia da autoridade responsável pelo ato. O processo foi devolvido ao juiz federal da 20ª Vara do Distrito Federal. ‘Sendo o ato praticado por autoridade federal, a competência será da Justiça Federal de primeira instância. No caso de autoridade estadual ou municipal, o competente será o juízo singular da Justiça Estadual’, explicou o relator na decisão individual que declarou a incompetência do STJ para o processo. A ação popular foi ajuizada por Ronaldo Fonseca de Souza e João Campos de Araújo com o objetivo de anular ato administrativo do Ministro da Fazenda que permite a inclusão de parceiro homoafetivo na relação de dependentes para fins de imposto de renda. Os autores defendem que o ato contraria normas de direito financeiro, não sendo possível a concessão, ampliação de benefício fiscal ou o aumento de despesa pública por ato administrativo” (BRASIL, STJ, 2011).

⁷⁷ O texto da Resolução 01/1999 atacado pela Frente Parlamentar Evangélica diz o seguinte: Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas. Art. 3º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 1999).

Embora seja normal a discordância em uma democracia⁷⁸, a atuação do grupo extraparlamentar citado e sua oposição constante aos direitos da população LGBT terminam por recair no tripé defendido por Oscar Vilhena: a tentativa de produzir a demonização dos homossexuais (negando-lhes direitos ou considerando-os “doentes”), a busca pela recondução dos mesmos à invisibilidade e à proteção (imunidade) para condutas preconceituosas e discriminatórias.

Em 28 de junho de 2012 chegou a ocorrer uma audiência pública na Comissão de Seguridade Social e Família sobre o Projeto de Decreto Legislativo número 234, e a reportagem da Agência Câmara de Notícias traz um ponto emblemático da fala de uma das convidadas do Relator do PDC número 234, Dep. Roberto Lucena (PV/SP), também integrante da Frente Parlamentar Evangélica. A pessoa em questão, Marisa Lobo, psicóloga, saiu em defesa da possibilidade de tratamento psicológico para a homossexualidade, conforme destaca a Agência Câmara:

Marisa Lobo, escritora e psicóloga com especialização em psicologia da sexualidade, afirmou que não definir a homossexualidade como uma doença é um argumento questionável. Segundo ela, a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID) em 1990 aconteceu por votação, o que indicaria um caráter não científico dessa decisão: ‘A ciência ainda não tem entendimento do que é a homossexualidade. Não há pesquisa que comprove que a homossexualidade é genética.’ Marisa Lobo defendeu a possibilidade de os profissionais permitirem, às pessoas homossexuais, a busca de orientação sobre sua condição sexual. ‘É muito fácil jogar [a responsabilidade] na religião, na sociedade e na família. Deixa a pessoa ter o direito de ser tratada’, disse a psicóloga (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

A intervenção de Marisa Lobo aponta para um duplo procedimento: a responsabilização individual das pessoas homossexuais por sua própria condição e a necessidade de cada uma delas “conscientizar-se” de estar “doente” (patologização dos

⁷⁸ Cabe destacar, como traz Katya Kozicki, ao resgatar o conceito de democracia radical de Chantal Mouffe, que “a cidadania jamais pode ser entendida fora da perspectiva de que as relações existentes dentro do espaço público, constituída a partir de ações políticas, exercitam-se sempre dentro de uma dimensão de conflito e antagonismo. O político, nesta perspectiva, trata sempre da construção de um ‘nós’ em oposição a um ‘eles’. Essa dimensão do antagonismo, característica do político, vai implicar o estabelecimento de uma fronteira, separando ‘nós/eles’” (KOZICKI, 2004, p. 242). A própria Chantal Mouffe afirma que “o objetivo da democracia não é que todo mundo se coloque de acordo, há posições irreconciliáveis. Critico as tradições teóricas que dizem que a política democrática busca consensos. Habermas indica que o consenso se busca através de processos deliberativos, argumentos racionais. Eu não concordo com ele. A política tem a ver com o conflito e a democracia consiste em dar possibilidade aos diferentes pontos de vista para que se manifestem e se desentendam” (MOUFFE, 2010). Há, porém, uma condição para os antagonismos políticos em uma sociedade democrática: esse conflito, administrado politicamente, implica a aceitação do outro, aceitação da diferença (KOZICKI, 2004, p. 242b). A própria Chantal esclarece a proposta do agonismo, na qual “um adversário reconhece a legitimidade do oponente e o conflito se conduz através das instituições. É uma luta por hegemonia” (MOUFFE, 2010).

diferentes) e a exoneração de qualquer responsabilidade da coletividade, da família ou mesmo de grupos e orientações religiosas (imunidade dos privilegiados).

Ambas convertem para a produção da invisibilidade da identidade homossexual, que na proposta de certos grupos de “privilegiados” (no caso, a Frente Parlamentar Evangélica e seus aliados) se dá pela junção do saber “técnico-científico” com a normatividade jurídica supostamente neutra.

2.3 Orientação sexual, sexualidade e direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo e no direito internacional

A trajetória das mulheres para conseguir a plena vigência do Estado de Direito passou pelas Constituições e pela linguagem dos direitos, mesmo diante das contradições internas da ordem jurídica, reivindicando-se a igualdade de gênero como um pilar de um Estado de Direito e de uma democracia constitucional.

Com efeito, o caminho trilhado pela reivindicação de autonomia e de respeito à identidade homossexual/bissexual como forma de orientação sexual diversa da heterossexualidade foi singular em alguns aspectos, mas compartilhou com o movimento feminista o legado da democratização do Pós-Segunda Guerra Mundial e da efervescência da luta por igualdade e direitos civis nos Estados Unidos e na Europa da década de 1960.

Há registros de mobilizações em prol dos direitos dos homossexuais em períodos anteriores da história, como mostra o relato de Nina Chaparro e Soraya Estefan Vargas, que recorrem ao pensamento de Epstein e Friedman para discorrer sobre a situação dos movimentos de reivindicação da emancipação homossexual na Alemanha no intervalo que vai de meados do século XIX até o período nazista anterior à Segunda Guerra Mundial:

As primeiras demonstrações de ativismo gay remontam a 1860 com a carta escrita pelo médico húngaro Benkert, o ministro da Justiça da então Federação Alemã do Norte, que exigia a supressão do nº 175 do Código Penal. Este dispositivo legal declarava que os atos homossexuais entre homens eram crime [...]. Benkert baseou seu discurso nos estudos conduzidos por Karl Heinrich Ulrichs sobre a homossexualidade, que identificou este tipo de conduta como um "terceiro sexo" e seu comportamento como inato e natural. Mais tarde, em 1897, é também na Alemanha que surge o Comitê Científico e Humanitário, a primeira organização a favor da libertação gay, fundado por Magnus Hirschfeld e interessado em abolir o Parágrafo 175 do Código Penal, estimulando a outros homossexuais a lutar por seus direitos. No entanto, a força do Nacional-socialismo anulou os esforços significativos e realizações dessas organizações. Um mês após a nomeação de Adolf

Hitler como chanceler em 1933, seus seguidores procederam ao fechamento de quase todos os bares gays na Alemanha e em 6 de Maio do mesmo ano começou a queda da primeira onda pelos direitos dos homossexuais com a destruição do Instituto de Ciências do Sexo Hirschfeld e a depuração de bibliotecas por nazistas (EPSTEIN; FRIEDMAN, 2000 apud CHAPARRO; VARGAS, 2011, p. 61).

Ainda que não submetidos à perseguição de regimes totalitários como o nazismo alemão, os homossexuais em outros países sofreram discriminação de várias formas, passando pela criminalização aberta, como no caso do art. 175 do Código Penal alemão, ou por outras formas de estigmatização social, por meio do sistema de saúde e da psiquiatria, que consideravam homossexualismo como uma patologia, passível de internação e tratamento, como evidenciam Érica Pretes e Túlio Vianna (2008, p. 318-321):

As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo passaram a serem estudadas como categoria especial da sexualidade humana, e o que antes era encarado como perversão moral passou a ser visto como uma patologia [...]. O que antes era entendido como um pecado, um vício moral, um ato criminoso e que tinha suas raízes no desvio social e moral, agora toma forma de desvio psíquico e/ou biológico. Aquilo que antes era entendido como um vício moral e social, e que era de responsabilidade da religião e do direito, encontra-se nos séculos XIX e XX sob responsabilidade da psiquiatria, psicologia e medicina. A partir de meados do século de XIX, a recém-criada palavra homossexual designa o sujeito portador de uma hipotética doença do instinto sexual, o homossexualismo. O discurso científico, ao hierarquizar as sexualidades, colocou a heterossexualidade como a única sexualidade possível e verdadeira, designando as relações entre pessoas do mesmo sexo como uma doença degenerativa da sociedade.

A inserção da temática LGBT como parte do objeto do constitucionalismo contemporâneo ocorre por meio da linguagem dos movimentos da sociedade civil que reivindicam liberdade e autonomia por meio da linguagem dos direitos civis, fenômeno este que se inicia nos Estados, principalmente nas décadas de 1960 e 1970 e tendo como evento inicial emblemático o episódio do bar Stonewall em Nova Iorque, nos Estados Unidos. O acontecimento é narrado a seguir:

Stonewall era um bar frequentado por gays, lésbicas e travestis em Nova York no final da década de 60 que se destacava dos outros por permitir que os casais de mesmo sexo dançassem à vontade. É claro que, como todos os outros bares do gênero da cidade, Stonewall estava sujeito a ocasionais rusgas policiais sob um pretexto qualquer - geralmente por falta de licença para vender bebidas alcoólicas. Durante essas rusgas, os policiais, além de fechar o estabelecimento, curiosamente, levavam presos todos os homens ou mulheres que estivessem travestidos. No dia 28 de junho de 1969 o bar Stonewall foi local de mais uma rusga policial e todos os travestis que se encontravam no bar foram presos. Mas, ao contrário das outras vezes, as pessoas resolveram resistir, em solidariedade com os presos. O clima foi ficando cada vez mais tenso. Gays e lésbicas de um lado e policiais do outro. E travestis, presos [...]. No dia seguinte os policiais voltaram ao bar. Mas a multidão de gays, lésbicas e travestis também voltou mais organizada, com uma atitude mais política, e alguns começaram a pichar frases nas vitrines e nas paredes, reclamando

direitos iguais. Outros gritavam exigindo o fim das rusgas nos bares gays. Novamente a multidão atirou pedras e garrafas em direcção aos policiais e mais uma vez a polícia investiu contra os manifestantes. Os homossexuais contaram com a solidariedade dos habitantes locais e tudo só acabou com a decisão do Presidente da Câmara de acabar com a violência policial. No terceiro dia, um domingo, as coisas pareciam ter voltado ao normal e o bar Stonewall foi reaberto. Os seus clientes habituais voltaram, a polícia deixou-os em paz por um tempo e os jornais acabaram por se ocupar de outros assuntos [...]. Foi assim que nasceu o Dia do Orgulho Gay, coincidentemente, no mesmo dia em que morreu Judy Garland, ícone máximo da comunidade gay que, em "O Feiticeiro de Oz", sonhava com um mundo melhor, além do arco-íris [...] (ESQUERDA.NET, 2007).⁷⁹

Ao comentarem o legado do episódio de Stonewall, colocando em evidência o contexto sociocultural da década de 1960, Nina Chaparro e Sofia Estefan Vargas (2011, p. 61-62b) afirmam que:

Os distúrbios de Stonewall desempenharam um papel importante na identificação de uma minoria difusa. Este motim teve lugar graças às grandes mudanças que os EUA sofreram no início dos anos sessenta com o ressurgimento do feminismo e o discurso da igualdade dos sexos, o amor livre introduzido pela corrente hippie, uma mobilização estudantil latente, a explosão da revolução sexual e do movimento Black Power, que abriu o debate sobre a democracia e igualdade racial. Essas mudanças dotaram dos elementos necessários à luta LGBT para que as reivindicações homossexuais adquirissem a identidade que lhes fazia falta.⁸⁰

Os acontecimentos em Stonewall não foram isolados, mas parte de uma série de incidentes que demonstravam a busca da população LGBT por reconhecimento, direitos e visibilidade social, como informam Nina Chaparro e Sofia Vargas (2011, p. 62b):

Os enfrentamentos em Greenwich Village não foram a primeira revolta apresentada na época por membros da comunidade gay. Inúmeras revoltas contagiadas das filosofias libertárias e de igualdade que dominaram a atmosfera da década foram presenciadas nas grandes cidades na América do Norte, durante os cinco anos anteriores à Stonewall. Assim, de acordo com professoras Armstrong e Crage, podemos contabilizar entre os levantes mais importantes a revolta do Baile de Ano Novo em San Francisco, onde uma unidade de 55 policiais foi enviada para invadir o local e fazer detenções entre os seis grupos homófilos que se reuniram ali para celebrar o ano novo de 1965. Um ano depois, na mesma cidade, houve a invasão da polícia na Cafeteria Compton, no qual um grupo de travestis enfrentou a ofensiva policial quebrando as janelas e batendo em policiais com suas bolsas pesadas. Finalmente, em Los Angeles, durante a celebração do ano novo de 1967, a polícia chegou ao Gato Preto, um popular bar gay na época, e foram agredidos fisicamente clientes, garçons e proprietários. Parecia também que, como uma réplica das estratégias do regime nazista, a atividade desses estabelecimentos não foi proibida

⁷⁹ A Batalha de Stonewall: marco do movimento LGBT.

⁸⁰ No original em espanhol: “*los disturbios de Stonewall jugaron un importante papel en la identificación de una minoría difusa. Este recordado motín se desarrolló gracias a los grandes cambios que sufría Estados Unidos a principios de los sesenta con el resurgimiento del feminismo y la correspondencia de sexos, el amor libre introducido por la corriente hippie, una movilización estudiantil latente, la explosión de la revolución sexual y el movimiento del Black Power, el cual abrió el debate sobre la democracia y la igualdad racial. Estos cambios dotaron de los elementos necesarios a la lucha LGBT para que las reivindicaciones homosexuales adquirieran la identidad que les hacía falta*”.

em si mesma para facilitar o reconhecimento das pessoas com esta orientação sexual e, assim, conseguir um trabalho da polícia e também uma censura pública mais eficazes.⁸¹

Segundo Chaparro e Vargas (2011), na década de 1970 a questão dos direitos civis da população homossexual/bissexual avança nos Estados Unidos com a eleição de políticos abertamente gays para cargos públicos, como Harvey Milk, Elaine Nobel e Kathy Kozachenko, sendo que todos eles enfrentaram violentas campanhas de difamação e oposição por suas posições políticas em favor dos direitos civis da população gay.

Destes, destaca-se a figura de Harvey Milk, um ativista gay e primeiro homossexual assumido a ocupar um cargo público na cidade de São Francisco (EUA), e que por seus esforços conseguiu em articulação com a militância gay a aprovação de uma Lei de Direitos Civis que proibia a discriminação em razão de orientação sexual na cidade de São Francisco (CHAPARRO; VARGAS, 2011).⁸²

Milk também foi a face de confronto às iniciativas de criminalização e estigmatização da população gay que tiveram lugar nos Estados Unidos no final da década de 1970, muitas delas inspiradas ou lideradas por grupos religiosos, destacando-se a sua forte oposição às iniciativas anti-gay encabeçadas por pessoas como Anita Bryant e John Briggs, tendo como bandeira uma suposta defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes, como explicam Chaparro e Vargas (2011, p. 69-71):

Sua famosa cruzada “Save Our Children” começou em 1977 no condado de Miami Dade, e foi destinado exclusivamente para aprovar uma lei que revogasse a lei que determinava a proteção da moradia e do emprego dos homossexuais. Os meios publicitários a mantinham em primeiro plano (Gus Van Sant, 2008), especialmente pela abordagem política que Anita havia tomado, que se centrava em um ponto: a proteção das crianças. A propagação de um medo infundado e implícito em nome de

⁸¹ No original em espanhol: “*Es por esto que los enfrentamientos en Greenwich Village no fueron la primera revuelta presentada en la época por miembros de la comunidad homosexual. Numerosos levantamientos contagiados de las filosofías libertarias y de igualdad que dominaban el ambiente de la década fueron presenciados en las grandes ciudades de Norteamérica, durante el lustro anterior a Stonewall. Así, según las profesoras Armstrong y Crage, podemos contar entre los más importantes la redada en el New Year's Ball en San Francisco, en la cual una unidad temporal de 55 policías fue enviada para irrumpir en el lugar y efectuar arrestos entre los seis grupos homófilos que se habían reunido allí para celebrar el año nuevo de 1965. Un año después, en la misma ciudad, se registró la incursión de la policía en el Compton's Cafeteria, en el cual un grupo de travestis hicieron frente a la ofensiva policiaca rompiendo ventanas y golpeando a los oficiales con sus pesadas carteras. Finalmente, en Los Ángeles, durante la celebración del año nuevo de 1967 la policía se presentó en el Black Cat, un famoso bar gay del momento, y agredió físicamente a clientes, meseros y propietarios. Parecía además que, como réplica de las estrategias del régimen nazi, la actividad de estos establecimientos no estaba proscrita en sí misma para facilitar el reconocimiento de las personas con esta orientación sexual y así lograr una labor policial y un escarmiento público más efectivos*”.

⁸² Harvey Milk teve sua vida retratada por um documentário de 1985, *The Times of Harvey Milk*, e também no filme *Milk*: a voz da igualdade, de 2008, ambos vencedores do Oscar (o documentário na categoria de melhor filme documentário e o filme de ficção nas categorias de roteiro original e melhor ator para Sean Penn) (CHAPARRO; VARGAS, 2011, p. 65-66).

sua campanha, destinada a evitar que crianças fossem molestadas, recrutadas ou convertidas por atitudes ou comportamentos gays, atitudes supostamente baseadas na sua incapacidade biológica de reproduzir-se, foi capaz de manipular e confundir a população, que concordou que a segurança e a integridade das crianças não poderiam ser arriscadas, obtendo sucesso em revogar a lei [...].⁸³ No entanto, Anita não era a única preocupada com a redução dos direitos e prerrogativas da comunidade LGBT. Dentro da mesma corrente estava John Briggs, um senador pela Califórnia, que em 1978 apresentou um projeto de referendo nacional para pedir a passagem de uma lei que impediria os professores gays de ensinar em escolas públicas no Estado. Esta lei, conhecida como a Iniciativa Briggs ou "Proposição 6", se estendia a qualquer professor heterossexual simpático à causa gay. O referendo recebeu ampla cobertura nos meios de comunicação, levando à conclusão do primeiro debate nacional sobre os direitos dos homossexuais nos Estados Unidos [...]. Embora os argumentos apresentados por Briggs em relação à reprodução da homossexualidade por meio da emulação de figuras de autoridade como professores, ou da redução dos riscos de todos os tipos por meio de discriminação contra as minorias consideradas culturalmente como ameaça [...] ainda se façam presentes hoje, não bastaram para obter a aprovação da Proposição 6, que foi derrotada por mais de um milhão de votos de frente.⁸⁴

As iniciativas de Anita Bryant e John Briggs não só recorreram às estratégias de demonização e invisibilidade da população gay, descritas anteriormente, de modo a perpetuar a discriminação em razão de orientação sexual como forma de negação do Estado de Direito, como adicionaram outras estratégias calcadas não no status, mas no cerne do argumento democrático.

A primeira delas consiste em opor os direitos humanos de certo grupo ou qualidade de pessoas aos direitos humanos da população LGBT, como se entre eles houvesse uma tensão ou oposição intrínseca – assim, a discriminação da população LGBT se legitimaria pela necessidade de proteger os direitos das crianças, ou os direitos do coletivo seriam mais

⁸³ No original em espanhol: “*Su famosa cruzada Save Our Children inició en 1977 en el condado de Miami Dade, y tenía como único objetivo añadir una ordenanza para anular la ley que protegía las viviendas y los empleos de las personas homosexuales. Los medios publicitarios la tenían en primera plana (Gus Van Sant, 2008), en especial por el enfoque que la política de Anita había tomado, la cual se centraba en un punto álgido: la protección de los niños. La propagación de un infundado temor implícito en el nombre de su campaña, que pretendía evitar que los pequeños fueran molestados, reclutados o convertidos por homosexuales –actitudes supuestamente basadas en la incapacidad biológica de éstos para reproducirse–, logró manipular y confundir a una población que coincidió en que la seguridad e integridad de los menores no podía ser arriesgada, por lo que la ley fue exitosamente derogada*”.

⁸⁴ No original em espanhol: “*Sin embargo, Anita no era la única preocupada por disminuir las prerrogativas de la comunidad LGBT. Dentro de la misma corriente se encontraba John Briggs, senador por el estado de California, quien en 1978 presentó una solicitud de referendo a nivel nacional para calibrar la aprobación de una ley que impidiera a los profesores y profesoras homosexuales enseñar en las escuelas públicas del estado. Esta ley, conocida también como la Iniciativa Briggs o “Proposition 6”, se extendía además sobre cualquier profesor heterosexual que simpatizara con la causa gay. Dicho referendo recibió gran cobertura en los medios de comunicación, lo que propició la realización del primer debate nacional sobre los derechos de los homosexuales en los Estados Unidos [...], el cual contó, de un lado, con John Briggs y, del otro, con el supervisor Harvey Milk junto a la profesora Sally M. Gearhart. Aunque los argumentos presentados por Briggs, respecto a la reproducción de la homosexualidad a través de la emulación de modelos de autoridad, como los profesores, o sobre la disminución de riesgos de todo tipo por medio de la discriminación de minorías consideradas culturalmente como amenaza [...], fueron heredados en la actualidad, en su momento no resultaron suficientes para que la Propuesta 6 triunfara, la cual perdió por más de un millón de votos*”.

importantes do que os direitos dos indivíduos.

Se por um lado o abuso sexual infantil é um problema a ser enfrentado, por outro a orientação sexual do abusador não é o cerne da questão. Há molestadores heterossexuais e homossexuais e não é possível construir nenhuma estatística ou relação válida entre orientação sexual e incidência de abuso sexual infantil.⁸⁵

A segunda estratégia consiste em invocar a regra majoritária – ou seja, a maioria decidiria o que seria melhor e caberia à minoria se conformar e aceitar sua inferioridade numérica e sua condição minoritária. Aqui, os direitos da minoria estariam ao sabor do escrutínio da maioria.

Novamente, há um equívoco conceitual, na medida em que: a) a democracia não se constrói somente pela majoritariedade, mas sim pela inclusão de todos e pela afirmação dos direitos humanos; b) a afirmação dos direitos humanos tem em si um caráter contramajoritário aparente, pois tais direitos, como se verá adiante neste trabalho, criam formas de proteção contra o arbítrio do Estado, mas também contra o arbítrio de terceiros (da sociedade e do mercado); c) dentro de uma perspectiva de Estado de Direito que se concilie com a ideia de democracia, não cabe à maioria decidir unilateralmente quais os direitos cabem à minoria; a negação dos direitos da minoria pela via majoritária não só é antidemocrática como nega o Estado de Direito em todas as suas dimensões, ao negar a igual aplicação da lei e o devido processo legal, criando uma sociedade de privilegiados e um gueto de marginalizados, invisíveis e excluídos.

Não por acaso os direitos das minorias são o cerne do pluralismo político e social, que é, ao lado da majoritariedade, um dos elementos da democracia. Mais importante ainda é destacar que contra uma maioria eventual, a própria Constituição democrática cria limites, como os direitos humanos fundamentais, para barrar tentações autoritárias da maioria sobre a minoria; a defesa de tais direitos é inclusive a razão de ser e existir do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional.

Apesar de suas inúmeras tentativas, os movimentos liderados por Bryant e Briggs não só não foram bem sucedidos na época, como serviram para o reconhecimento de um grupo

⁸⁵ Da mesma forma, é perfeitamente possível argumentar que a previsão do divórcio em lei em si não significou o fim da família como instituição social, mas sim o surgimento de novas configurações a partir desta possibilidade, assim como as crianças e jovens que são filhos de pais divorciados não ficam obrigatoriamente alijados de prerrogativas e direitos usufruídos por aqueles que possuem pais casados entre si e vivendo juntos, mas tais direitos e prerrogativas são exercidos em circunstâncias distintas. O importante é que os vaticínios catastrofistas sobre o futuro da família e da sociedade após a aprovação da lei do divórcio não se concretizaram e a família ganha novos contornos e adaptações sem desaparecer, não se verificando do ponto de vista sociojurídico qualquer relação de vinculação entre direitos e prerrogativas dos filhos e a situação conjugal dos pais.

minoritário que era disperso e se consolidou, possibilitando a lésbicas e gays exigir do Estado proteção contra a discriminação (CHAPARRO; VARGAS, 2011).⁸⁶

Importante notar, então, que, começando nos anos 1960 e 1970, a afirmação progressiva dos direitos humanos da população LGBT se torna parte de uma agenda de Estado por meio da pressão dos grupos e movimentos sociais mobilizados a partir do discurso igualitário por meio dos direitos e de sua progressiva constitucionalização.

Este processo de constitucionalização dos direitos humanos da população LGBT ocorre tanto pela via jurisdicional quanto pela reforma constitucional, como já destacado em relação aos direitos das mulheres, a exemplo do que ocorreu no Supremo Tribunal Federal brasileiro com o julgamento da constitucionalidade da extensão da disciplina constitucional da união estável à união homoafetiva (objeto de análise mais aprofundada no próximo capítulo), exemplo de judicialização, ou como no caso de Portugal, que na 6ª Revisão Constitucional, de 2004, alterou a Constituição para vedar a discriminação com base na orientação sexual,⁸⁷ caso de reforma constitucional.

Cabe destacar também que atualmente o tema de igualdade de gênero e de orientação sexual já ultrapassa as fronteiras dos constitucionalismos nacionais e se torna uma agenda do Direito Internacional dos Direitos Humanos, particularmente por meio do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

Recentemente, em 17 de junho de 2011, a Organização das Nações Unidas, por meio de seu Conselho de Direitos Humanos, declarou que não deve haver discriminação nem violência contra pessoas com base em sua orientação sexual (ESTADÃO, 2011).

Relembrando a universalidade, interdependência, indivisibilidade e interrelação dos direitos humanos como expresso na Declaração Universal de Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como a resolução 60/251 da Assembleia Geral, de 15 de março de 2006, que estabelece que o Conselho de Direitos Humanos da ONU é responsável por promover o respeito universal à proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer natureza e de forma justa e igualitária, a decisão do Conselho de Direitos Humanos da ONU de junho de

⁸⁶ No original em espanhol: “A pesar de sus incontables intentos, los movimientos conducidos por Bryant y Briggs no sólo no fueron exitosos en ese entonces, sino que sirvieron de excusa para el reconocimiento como minoría de un grupo que se hallaba disperso y refundido, con el que, como señala Fred Fejes, lesbianas y gays podrían exigir al Estado protección contra la discriminación”.

⁸⁷ Segundo a Constituição portuguesa, no seu art. 13, inciso 2, o princípio da igualdade estabelece que Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2005)

2011, tomada por apertada (mas histórica maioria)⁸⁸ foi sintetizada nos seguintes termos:

Expressando grande preocupação com atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, contra indivíduos comprometidos por causa de sua orientação sexual e identidade de Gênero: **1.** Requer ao Alto Comissariado para encomendar um estudo a ser concluído até dezembro de 2011, para documentar leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos com base na orientação sexual e de gênero a sua identidade, em todas as regiões do mundo, e para determinar como a lei internacional de direitos humanos pode ser usada para acabar com a violência e as violações de direitos com base na identidade de gênero e orientação sexual; **2.** Decide convocar um painel de discussão durante a 19ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, Informado pelos fatos contidos no estudo encomendado pelo Alto Comissário e ter um diálogo construtivo, informado e transparente sobre a questão das leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero; **3.** Também decide que o painel irá discutir também o seguimento apropriado às recomendações do estudo encomendado pelo Alto Comissário; **4.** Decide manter-se esta questão como prioritária (ODS – SÉDOC, 2012).⁸⁹

A resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU reflete uma preocupação com as violações de direitos humanos decorrentes da discriminação e da violência em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, refletindo toda a trajetória de posituação e reconhecimento das reivindicações da população LGBT como direitos humanos e como

⁸⁸ A Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU foi apresentada pela África do Sul em conjunto com o Brasil e mais 39 países de todas as regiões mundo, e foi aprovada nesta sexta-feira, 17 de junho, em Genebra, com 23 votos a favor, 19 contra e 3 abstenções. A votação foi a seguinte: **a favor:** Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Equador, Eslováquia, Espanha, EUA, França, Guatemala, Hungria, Japão, Maurício, México, Noruega, Polônia, Reino Unido, Coreia do Sul, Suíça, Tailândia, Ucrânia, Uruguai; **contra:** Angola, Arábia Saudita, Barein, Bangladesh, Camarões, Djibuti, Federação Russa, Gabão, Gana, Jordânia, Malásia, Maldivas, Mauritânia, Moldova, Nigéria, Paquistão, Qatar, Senegal, Uganda; **abstenções:** Burkina Fasso, China, Zâmbia; **ausentes:** Quirguistão, Líbia (suspensa) (LGBT, 2011).

⁸⁹ Íntegra do documento em inglês: “*The Human Rights Council, Recalling the universality, interdependence, indivisibility and interrelatedness of human rights as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and consequently elaborated in other human rights instruments, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and other relevant core human rights instruments, Recalling also that the Universal Declaration of Human Rights affirms that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in that Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, or other status; Recalling further General Assembly resolution 60/251 of 15 March 2006, in which the Assembly stated that the Human Rights Council should be responsible for promoting universal respect for the protection of all human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind and in fair and equal manner, Expressing grave concern at acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their sexual orientation and gender identity 1. Requests the High Commissioner to commission a study to be finalised by December 2011, to document discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, in all regions of the world, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender identity; 2. Decides to convene a panel discussion during the 19th session of the Human Rights Council, informed by the facts contained in the study commissioned by the High Commissioner and to have constructive, informed and transparent dialogue on the issue of discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity; 3. Decides also that the panel will also discuss the appropriate follow-up to the recommendations of the study commissioned by the High Commissioner; 4. Decides to remain seized of this priority issue”.*

direitos fundamentais.

Ainda, o movimento do Conselho de Direitos Humanos da ONU indica a necessidade de avançar mais nesta matéria como forma de promover mais igualdade substantiva e erradicar discriminações injustas e não razoáveis como aquelas apontadas no capítulo anterior, tornando-se um referencial a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos para o avanço legislativo e judicial em matéria de defesa dos direitos da população LGBT no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais.

A questão da orientação sexual é tema recente no âmbito do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, mas a mencionada decisão do Conselho de Direitos Humanos da ONU pode servir-se do legado e do acúmulo da normativa e da experiência jurídica internacionais no que tange aos direitos das mulheres e futuramente desenvolver o direito à autodeterminação sexual e à liberdade de orientação sexual, assim como a igualdade de orientação sexual, como direitos humanos que devem ser igualmente reconhecidos e efetivados nos planos nacional e internacional.

Um caminho possível a se estender o princípio da não discriminação quanto ao sexo, já adotado como base para igualdade de gênero e previsto em normas dos sistemas gerais, específicos e regionais de proteção aos direitos humanos, à identidade de orientação sexual, e este parece ter sido uma das bases para a decisão mencionado do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

2.4 Orientação sexual e a dupla afirmação do estado de direito

As reivindicações de autonomia e de direitos para homossexuais, bissexuais e transexuais não surgiram com a Constituição brasileira vigente, mas sob sua égide se desenvolveram e se aprofundaram.

Segundo Luís Roberto Barroso (2008), a Constituição brasileira de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém uma norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual.

No entanto, como assinalou a Ministra Ellen Gracie Northfleet, em entrevista à Revista VEJA, o direito à liberdade de orientação sexual decorre da própria vedação à discriminação como adotada na Constituição brasileira, pois:

O Brasil, desde o pórtico de sua Constituição, diz que não admite discriminação. Então não há motivo para que concidadãos nossos sejam tratados de maneira diferente por causa de sua orientação sexual. Assim como nós não admitiramos que eles fossem tratados diversamente por questões de cor ou de religião, também a orientação sexual não deve ser um fator impeditivo a que eles gozem de isonomia em relação aos outros cidadãos. Essa é a base da decisão. Um país decente não discrimina entre os seus cidadãos. Meu voto foi no sentido de que todos os direitos correspondentes a uma união estável entre pessoas de sexo oposto sejam estendidos aos homossexuais, inclusive o direito de adoção (NORTHFLEET, 2012).

A manifestação da Ministra Elle Gracie Northfleet pode perfeitamente ser relacionada à extensão de direitos  população LGBT como decorrência necessária da própria adoção do Estado de Direito em sua versão formal.

Mas o posicionamento da Ministra está em consonância com outro aspecto importante defendido neste trabalho – a ideia de que a adoção de uma concepção substantiva de Estado de Direito calcada na democracia não pode conviver com a exclusão dos cidadãos da participação no espaço público, inclusive no que se refere ao reconhecimento jurídico de direitos iguais quanto ao casamento e  vida familiar.

Conforme será abordado, ver no capítulo V deste trabalho, um dos critérios defendidos para sustentar a ideia de democracia é a inclusão de todos, como se defende Robert Dahl. Compreende-se a inclusão de todos (os adultos) na obrigatoriedade de que todos os adultos residentes permanentes devem ter o pleno direito de cidadãos (DAHL, 2001).

Dahl está se referindo a direitos políticos, ou mais especificamente ao direito de voto. Mas não há porque não se adicionar outros direitos de cidadania e de inclusão no espaço público – sejam eles direitos civis, sociais ou políticos.

Para realizar tal inclusão, os direitos humanos e os direitos fundamentais são instrumentos privilegiados, na medida em que garantem igual status de cidadania e são formas de combater discriminações injustas e sem critério razoável.

Neste sentido, sustenta Daniel Sarmiento que  possível extrair da Constituição de 1988, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da proteção  segurança jurdica⁹⁰, a obrigatoriedade de reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, independentemente de qualquer mediação legislativa, em razão da aplicabilidade imediata dos princípios mencionados (SARMENTO, 2008).

Se não há norma constitucional expressa que consagre a liberdade e a igualdade quanto à identidade e  orientação sexual, a colocação de Daniel Sarmiento evidencia que

⁹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1, inciso III, e art. 5, *caput*.

seriam tais valores decorrentes dos princípios constitucionais mencionados e adotados na Constituição brasileira, apresentando-se, portanto, como princípio constitucional implícito.

A própria Constituição brasileira estabelece no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República que 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.

Esta seria uma parte da base axiológico-normativa para evidenciar a ideia de que os direitos à liberdade e à igualdade de orientação sexual são parte do catálogo de direitos fundamentais na ordem constitucional vigente. Não só isso decorreria do regime e dos princípios adotados pela Constituição, como anteriormente apontado, como também das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos existentes nos tratados ratificados pelo Brasil e vigente no país, alguns dos quais já foram comentados na seção anterior deste capítulo.

Outro fundamento axiológico-normativo, no sentido de que a Constituição brasileira abarcou a liberdade e a igualdade de orientação sexual, é a conjugação dos art. 3º, IV, e 5º, parágrafo 2º, para estender à orientação sexual o tratamento jurídico-constitucional da vedação à discriminação em função do sexo.

Afinal, “a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação” (RIOS, 2008, p. 704).

Roger Raupp Rios (2008) traz exemplo de decisão da Justiça Federal da 4ª Região que aplicou entendimento neste sentido: trata-se do Acórdão 96.04.55333-0, em que estava em análise pedido de inclusão de companheiro Homoafetivo em plano de saúde.

A sentença de primeira instância negara a inclusão, mas o Tribunal reformou em parte a decisão e estendeu a vedação à discriminação sexual à identidade relacionada à orientação sexual, destacando os seguintes fundamentos:

[...] A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente

assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais [...] (BRASIL, TRF, 1998).

Cabe pontuar que trata-se de uma decisão judicial de 1998 e que esta indeferiu o pedido de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo alegando que o art. 226, parágrafo 3º, da Constituição não previa esta forma de entidade familiar, o que foi superado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277, conforme será visto em momento posterior deste trabalho.

O interessante é resgatar, no plano jurisprudencial, uma decisão de instância intermediária que já na década de 1990 procurava reconhecer a igualdade de orientação sexual como parte dos direitos fundamentais constitucionais protegidos pela Carta de 1988, ainda que em perspectiva mais restrita do que aquela consagrada atualmente pela jurisprudência do STF.

Logo, há evidência clara a partir do precedente judicial de que a questão da não discriminação quanto à orientação sexual não surgiu por imposição do STF, mas foi construída de baixo para cima a partir de reivindicações que foram judicializadas ou geraram conflituosidades a partir da invocação ao discurso constitucional e democrático dos direitos humanos e fundamentais.

Voltando-se à decisão, interessante notar que ao mesmo tempo em que pode ser uma aplicação efetiva da não discriminação como desdobramento do Estado de Direito formal, há uma concepção substantiva presente, já no Acórdão citado, de que a inclusão de todos é uma diretriz normativa substantiva que deve ser implementada em um Estado de Direito Democrático. Assim, a extensão da não discriminação quanto ao sexo à orientação sexual atende às duas dimensões do Estado de Direito, tanto a formal quanto a material/substantiva.

Conforme menciona Daniel Sarmiento, outro ponto que legitima e fundamenta a ideia de liberdade e igualdade de orientação sexual é a invocação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), base não só dos direitos fundamentais como do próprio Estado Democrático de Direito em si.

Uma das dimensões da dignidade da pessoa humana é a liberdade, que se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada, significando, cada vez mais, poder realizar escolhas individuais, mais, o próprio

projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier (MORAES, 2003).

Neste ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana irá compreender a liberdade como autonomia, desdobrando-se em outro princípio constitucional (implícito)⁹¹ da ordem constitucional brasileira: o livre desenvolvimento da personalidade.

Em que consistiria tal princípio? Previsão constitucional importante consta do art. 2º, 1, da Lei Fundamental alemã de 1949, ao definir que todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral.

A rigor, o livre desenvolvimento da personalidade estaria relacionado à autonomia moral, como mostra Charles Taylor ao contextualizar a ideia de liberdade e de livre desenvolvimento da personalidade a partir dos direitos humanos como instrumento de construção da autonomia ao afirmar que:

Falar de direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e pela integridade humanas à noção de autonomia. É conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido. E isso exprime uma característica central da nossa perspectiva moral ocidental moderna. Essa mudança de forma se faz acompanhar, naturalmente, de uma alteração de conteúdo, da concepção do que é respeitar alguém. A autonomia agora é central a isso. Assim, a trindade lockiana dos direitos naturais inclui a liberdade. E, para nós, respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa. Com o desenvolvimento da noção pós-romântica de diferença individual, isso se amplia até a exigência de darmos às pessoas a liberdade de desenvolver sua personalidade à sua própria maneira, por mais repugnante que seja para nós e mesmo para o nosso sentido moral (TAYLOR, 1994, p. 26).

Quanto à igualdade, Cláudio Pereira de Souza Neto (2003) relembra que o tipo de igualdade material exigida pela democracia não à uma igualdade absoluta, mas a igualdade material relativa suficiente para que possamos deliberar quais são as diferenças que

⁹¹ Há disposições constitucionais que protegem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade em diversos sistemas constitucionais: Alemanha (art. 2º, 1), Itália (art. 2º), Espanha (art. 10º, 1) e Portugal (art. 26º, 1). No Brasil, porém, não há uma previsão específica de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, razão pela qual Elimar Szaniawski constrói a ideia de que tal direito decorre de um desdobramento ou estaria inserto no campo da dignidade da pessoa humana, na medida em que adverte que a Constituição em vigor absorveu a doutrina do direito geral de personalidade, adotando-o por meio da proteção da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os (SZANIAWSKI, 2003, p. 136-137). Ainda segundo Szaniawski (2003, p. 137), “nossa Constituição, embora não tenha inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez que a pessoa natural é o primeiro e último destinatário da ordem jurídica. O constituinte brasileiro optou por construir um sistema de tutela da pessoa humana, alicerçando o direito geral de personalidade pátrio a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de alguns outros princípios constitucionais fundamentais [...] que garantem o livre desenvolvimento da personalidade humana”.

consideramos justas.

Assim, o que se requer tanto com a igualdade de gênero quanto com a igualdade de orientação sexual não é que as mulheres sejam absolutamente iguais aos homens, nem que os homossexuais sejam absolutamente iguais aos heterossexuais, mas que tenham os mesmos direitos e a mesma prerrogativa de acessar o espaço público e os bens simbólicos e materiais, com vistas a fazer valer sua identidade e desempenhar as ações necessárias para a execução de cada projeto de vida.

2.5 Estado de direito, constituição e a judicialização dos direitos humanos relacionados ao gênero e à sexualidade

Até este ponto, este trabalho reconstruiu histórica e juridicamente como o gênero e a sexualidade (particularmente a orientação sexual) se tornaram no âmbito do sistema jurídico que surgem na modernidade (e cujas características centrais persistem na contemporaneidade) o critério de cisão entre público/privado e entre visibilidade/invisibilidade que irá pautar a constituição, interpretação e aplicação do fenômeno jurídico, em particular dos direitos.

Este processo, particularmente no constitucionalismo (e no Direito) brasileiro está ancorado nos direitos humanos e fundamentais e nas diversas funções que os mesmos exercem de forma na consolidação de um Estado de Direito que se pretenda constitucional e democrático, tornando os direitos humanos instrumentos privilegiados de reivindicação de autonomia e reconhecimento no constitucionalismo contemporâneo.

Neste sentido, os direitos humanos e fundamentais produzem uma postura ativa em relação ao poder do Estado e também aos diversos poderes sociais que podem sujeitar e inferiorizar a condição humana e suas diversas formas de expressão.

Mais do que isto, podem ser exigidos em juízo e obrigar seu respeito e garantia, demandando proteção integral do Estado a estes direitos, seja contra ele próprio ou mesmo tutelando indivíduos e grupos contra outros grupos e instituições do espaço privado e social (igrejas e religiões, mercado, associações etc.).

Particularmente, no que diz respeito à identidade sexual e de gênero, os direitos humanos e fundamentais são uma forma de enfrentar a dominação do masculino sobre o feminino e da heterossexualidade sobre a homossexualidade e outras expressões da

transexualidade, nos termos em que tais dominações são produzidas pelo Estado e pela sociedade.

Além disso, são meios idôneos de questionar estigmas e estabelecer novos paradigmas e uma transformação política e social. Como mostram Berveley Baines e Ruth Rubio-Marin (2005, p. 8-9) ao esclarecer que:

Direitos constitucionais⁹² proporcionam às mulheres e a outros grupos que buscam direitos as ferramentas para desafiar a atividade estatal nos tribunais. Eles oferecem mais proteção do que outros direitos legais ou infraconstitucionais, que não podem restringir legislação. Também controvérsias envolvendo direitos estatutários e outros direitos infraconstitucionais não são necessariamente resolvidas pelos tribunais, muitas vezes elas são projetadas para ser ouvidas pelo menos inicialmente, se não finalmente, pelos tribunais administrativos ou funcionários governamentais.⁹³

Ainda assim, Baines e Rubio-Marin (2007, p. 9) fazem uma advertência:

Enquanto as provisões constitucionais de direitos humanos tendem a ter maior visibilidade e parecem permear mais facilmente a cultura jurídica geral, direitos legais são frequentemente mais detalhados, tornando seu sentido mais transparente (ou melhor, preciso) e acessível para aqueles que buscam o direito, o que se torna vantajoso quando se evidencia que direitos constitucionais são geralmente expressos em termos abstratos, de forma que seu significado depende do sentido que os juízes estabelecem para estes direitos.⁹⁴

Mas, pelas condições estruturais e política do constitucionalismo democrático contemporâneo (como expostas na seção anterior), os direitos humanos e os direitos fundamentais previstos em uma Constituição têm se constituído, justamente pela sua abstração e generalidade, em instrumentos de reivindicação de autonomia, respeito e cidadania por grupos vulneráveis, além de terem permitido e permitir ainda diversas formulações de pretensões igualitárias.

Neste sentido, ao falar do panorama da agenda feminina frente ao constitucionalismo, Baines e Rubio-Marin (2007, p. 9b) relembram o seguinte:

⁹² No contexto do trabalho mencionado, direitos constitucionais (*constitutional rights*) seriam o equivalente aos direitos humanos ou, nos termos da literatura constitucional majoritária no Brasil, os direitos fundamentais garantidos na Constituição.

⁹³ No original em inglês: “*constitutional rights provide women and other rights seekers with the tools to challenge state activity in the courts. They offer more protection than statutory and other nonconstitutional rights which may not constrain legislation. Also controversies involving statutory and other nonconstitutional rights are not necessarily resolved by courts; often they are designed to be heard at least initially, if not finally, by administrative tribunals or government officials*”.

⁹⁴ No original em inglês: “*while constitutional provisions tend to have a greater visibility and seem to permeate more easily the general legal culture than statutory rights do, statutory rights are often detailed, making their meanings more transparent and accessible to rights seekers. In contrast, constitutional rights are usually expressed in terms of abstract generalities so that their meanings are dependent on the interpretations judges have ascribed them*” (BAINES; RUBIO-MARIN, 2007, p. 9).

Os capítulos das diversas trajetórias constitucionais nacionais revelam que as reivindicações constitucionais das mulheres têm abrangido uma série de assuntos. Alguns destes assuntos foram únicos para mulheres de certos países individuais. Por exemplo, as mulheres têm reagido constitucionalmente contra: profanação da terra sagrada na Austrália, o fracasso da polícia em alertar sobre um estupro em série no Canadá, o uso forçado de anticoncepcionais em mulheres prisioneiras como condição de visitas conjugais na Colômbia, direitos de oração relativos ao gênero em Israel, a restituição dos direitos conjugais na Índia, a ordem dos nomes familiares na Alemanha, ou regras de preferência do sexo masculino na herança de títulos de nobreza na Espanha. Mas muitos outros motivos foram levantados de forma mais geral. Por exemplo, as mulheres têm usado frequentemente instrumentos constitucionais para lutar contra a gravidez e discriminação no emprego, a violência doméstica, a sub-representação política, assédio sexual, discriminação no serviço militar, crimes sexuais e/ou procedimentos de investigação e julgamento que os acompanham, ou casamento injusto, divórcio e regras de sucessão.⁹⁵

Não será diferente se for projetado um olhar na jurisprudência constitucional brasileira sob a égide da Constituição de 1988. Sem desprezar outras ações sobre a igualdade de gênero e de orientação sexual nos Tribunais Superiores, podem ser citados os seguintes exemplos: no plano da orientação sexual, o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 colocou em evidência a reivindicação de aplicação do direito à igualdade no acesso e constituição à união estável e aos direitos de vida familiar para casais homossexuais.

No caso dos direitos das mulheres o STF julgou questões relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) número 19⁹⁶ e no Habeas Corpus número 102.216.⁹⁷

⁹⁵ No original em inglês: “*the country chapters reveal that women’s constitutional claims have encompassed a wide range of grounds. Some of these grounds have been unique to women from individual countries. For instance, women have constitutionally reacted against desecration of sacred land in Australia, police failure to warn about a serial rapist in Canada, forcing contraceptives in female prisoners as condition of conjugal visits in Colombia, gendered prayer rights in Israel, the restitution of conjugal rights in India, the order of family names in Germany, or male preference rules in inheritance of nobility titles in Spain. But many other grounds have been raised more generally. For example, women have often used constitutional instruments to fight against pregnancy and employment discrimination, domestic violence, political underrepresentation, sexual harassment, military service discrimination, sex crimes and/or their accompanying procedures, or unfair marriage, divorce and succession rules*”.

⁹⁶ Na ADC número 19, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, nesta quinta-feira (09), a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com a decisão, a Suprema Corte declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ajuizada pela Presidência da República com objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos na lei (BRASIL, 2006). O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Nas palavras do Relator, Ministro Marco Aurélio, a Lei Maria da Penha “retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça”. Ele entendeu que a norma mitiga realidade de discriminação social e cultural “que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino”, ressaltando que a Constituição Federal protege, especialmente, a

À luz dos argumentos e evidências expostos na seção anterior e ao longo desta seção, a judicialização tornou-se, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, uma estratégia de luta política e de ampliação do espaço público e dos contornos institucionais do sistema jurídico.

A jurisdição constitucional coloca em relevo os juízes e tribunais, ampliando sua visibilidade social e seu poder de intervenção no espaço público, fato este que não passou em branco para indivíduos e grupos nas sociedades complexas e fragmentadas da contemporaneidade, particularmente, para os fins deste trabalho, aos diversos atores, grupos e movimentos relacionados à causa feminina e à população LGBT. Neste contexto, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais ganham importância técnico-jurídica e política e tornam-se um processo em disputa.

É conveniente destacar a contribuição de Ingo Sarlet ao evidenciar a relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que:

Não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de modo que dispõem os tribunais do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, declarando a sua inconstitucionalidade (SARLET, 2007, p. 395-396).

Finalmente, lembrando Jorge Miranda, Ingo Sarlet (2007, p. 396) aponta “a obrigação dos juízes e tribunais, por meio da interpretação, aplicação e integração, outorgarem às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do

família e todos os seus integrantes (BRASIL, STF, 2012). Os artigos destacados na ação tratavam do objetivo da lei, à luz do art. 226, parágrafo 8º, da Constituição, no tocante ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, estipulando regras transitórias enquanto os mesmos não fossem instalados, e da não aplicação da Lei 9099/1995 à questão da violência contra a mulher.

⁹⁷ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher (HC 102.216/MS – Relator: Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 24/03/2011). Esclareça-se apenas que a Lei 9099/1995 dispõe sobre os juizados especiais civis e criminais, instrumentos previstos no art. 98, I, da Constituição. No âmbito criminal, são destinados às infrações de menor potencial ofensivo, definidas em lei como as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, Lei 9099/1995). A decisão do STF neste processo afastou a aplicação do conceito de infração de menor potencial ofensivo à violência contra a mulher, nos termos do art. 226, parágrafo 8º, da Constituição (O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações).

sistema jurídico”.

Mas a judicialização⁹⁸ dos direitos humanos como consequência do constitucionalismo contemporâneo não se esgotaria na exigibilidade ou sindicabilidade destes direitos no âmbito do Poder Judiciário ou na vinculação de juízes e tribunais aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

Para Vallinder (1995, 13b), judicialização da política então seria:

a) a expansão da atuação dos juízes e tribunais às expensas tanto da política quanto da administração, ou seja, a transferência da tomada de decisão acerca dos direitos da legislatura, do governo ou do serviço público pelos tribunais; b) a difusão dos métodos de decisão judiciais fora do espaço judicial propriamente dito.⁹⁹

Vallinder (1995, p. 15) explica então que

uma forma de judicialização da política ocorre por meio da jurisdição constitucional, a partir do controle de constitucionalidade sobre as ações do legislativo e do executivo, tendo como base obviamente a Constituição do país – neste caso, tanto o alcance quanto a eficiência da jurisdição constitucional podem ser reforçados por meio da promulgação ou expansão de uma declaração de direitos.¹⁰⁰

Algumas questões concorrem para a ocorrência ou expansão da judicialização da política e consequente ampliação do espaço de atuação do Poder Judiciário.¹⁰¹ Quando se trata das relações de poder envolvendo identidade de gênero e orientação sexual, ao menos dois

⁹⁸ Tentando esclarecer o que seria este fenômeno, Torbjörn Vallinder define a judicialização da seguinte forma: Judicializar, de acordo com as melhores fontes, é "tratar judicialmente, para chegar a uma sentença ou decisão sobre". Neste contexto judicialmente deve significar tanto (1) "o caminho do juízo legal, ou no escritório ou capacidade de julgar, em relação a administração da justiça; pelo processo legal; pela sentença de um tribunal da justiça ", ou (2), à maneira de um juiz, com conhecimento e habilidade judicial" (VALLINDER, 1995, p. 13)

⁹⁹ No original em inglês: "thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper".

¹⁰⁰ No original em inglês: "the scope and efficiency of judicial review can be enhanced through the enactment of the expansion of a bill of rights".

¹⁰¹ Neal Tate identifica as seguintes condições como fatores que facilitam o processo de expansão do Poder Judiciário: democracia, separação de poderes, política de direitos, uso dos tribunais por grupos de interesse, uso dos tribunais pela oposição, instituições majoritárias ineficientes, percepções das instituições formuladoras de políticas, e delegação voluntária pelas instituições majoritárias (TATE, 1995, p. 28-33). A partir do argumento desenvolvido pelo autor, fica muito claro que a judicialização é produzida pela combinação de todas ou, ao menos, de algumas destas condições – é bastante provável que isto varie de acordo com o tema em questão, com o sistema constitucional nacional específico, com o contexto histórico, com a personalidade das autoridades envolvidas, a cultura institucional vigente, enfim, resta muito evidente que Tate não propõe uma fórmula matemática, mas sim alguns elementos que podem e eventualmente influenciam a judicialização, inclusive porque ele mesmo problematiza cada um dos elementos, o que deve ser feito em caso de judicialização das relações sociais e políticas. A rigor, o mais correto seria inclusive não falar em judicialização, mas sim em judicializações da política, visto ser um processo extremamente plural, com dinâmicas muito próprias de acordo com o contexto. Ao longo dos próximos capítulos do trabalho será feito o retorno às condições referidas por Tate para problematizar argumentos a favor e contra a atuação jurisdicional na defesa dos direitos humanos e fundamentais no que tange ao gênero e à sexualidade conforme ela ocorre atualmente no constitucionalismo brasileiro atual.

têm uma relevância significativa para explicar a questão da judicialização das relações sociais a partir da linguagem dos direitos no constitucionalismo contemporâneo: a política dos direitos e o uso dos tribunais por grupos de interesse.

Em relação à política (ou discurso) dos direitos, Tate (1995, p. 29-30) diz o seguinte:

Uma condição muito mais relevante para a judicialização da política pode ser a presença de uma "política de direitos" [...]. Essa política é, talvez, mais propensa a desenvolver se estiver fundada em uma declaração constitucional de direitos¹⁰² [...]. Independentemente de saber se há uma declaração formal de direitos, uma aceitação do princípio de que os indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser aplicadas contra a vontade das maiorias putativas aumenta muito provavelmente a política de significado daqueles – os juízes – cuja localização geralmente institucional torna mais fácil para eles fazer regras que favorecem minorias sobre maiorias. Quando legitimidade é conferida por uma política de direitos, transbordando para os procedimentos associados com o trabalho dos tribunais, estes se tornam atores-chave nesta política. Com sua nova legitimidade, esses procedimentos se tornam arquétipos disponíveis para uso em muitos fóruns não judiciais em que a política de direitos penetra.¹⁰³

Quanto ao uso dos tribunais por grupos de interesse, Tate (1995) conecta-o à política de direitos de forma muito emblemática e significativa, gerando uma implicação recíproca essencial para compreender as relações de gênero e a identidade sexual no constitucionalismo contemporâneo, pois para o autor:

Seria enganoso deixar a impressão de que a judicialização da política se desenvolve de modo isolado dos interesses sociais e econômicos centrais que estruturam o sistema político. Na verdade, o desenvolvimento e a expansão mesmos de uma política de direitos podem, muitas vezes, mais propriamente ser visto como a realização de grupos de interesse que se encontram alijados dos processos decisórios majoritários e que não os percebem como vantajosos para eles do que como o produto da devoção dos atores políticos para uma visão elevada de direitos humanos. Como os grupos de interesse cada vez mais tendem a descobrir a utilidade potencial dos tribunais no cumprimento de seus objetivos, eles podem ser capazes de

¹⁰² O próprio Tate (1995) reconhece, no entanto, que a existência de uma declaração constitucional de direitos é uma condição facilitadora, mas não necessária, para a política dos direitos e cita o caso de Israel (onde não há Constituição escrita). É possível reforçar o argumento de Tate com a crescente importância da interação do constitucionalismo nacional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mesmo em Estados que possuam uma declaração constitucional de direitos, a invocação de um tratado internacional de direitos humanos nas cortes nacionais, pela intervenção de uma corte internacional à qual o Estado esteja vinculado ou mesmo de um órgão semijudicial (caso do Comitê CEDAW) responsável pela implementação dos termos do tratado e cujas recomendações sejam acatadas pelo Estado-parte não só instaura uma política de direitos do âmbito internacional para o nacional, criando ou ampliando a esfera de incidência de direitos humanos no sistema jurídico nacional.

¹⁰³ No original em inglês: “*a much more relevant condition for the judicialization of politics may be the presence of a "politics of rights" [...]. Such a politics is perhaps more likely to develop if can be founded in a constitutional bill of rights [...]. Regardless of whether there is a formal bill of rights an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy of significance of those - the judges - whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorites over majorites. When legitimacy is accorded ti a politics of rights, it spills over to the procedures associated with the work of the courts, who become key players in this politics. With their new legitimacy, these procedures then become archetypes available for use in the many nonjudicial forums into which the politics of rights penetrate*”.

ampliar a compreensão de "direitos" para incluir interesses que possam parecer a alguns para ser apenas remotamente conectada a qualquer fundamento constitucional em uma declaração formal de direitos. A política de direitos pode se tornar distinguível de política de interesse apenas em um discurso relativamente mais legalista (TATE, 1995, p. 30).¹⁰⁴

Estabelecidas as condições para a judicialização da política por meio dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o grau e a intensidade em que este fenômeno ocorre se relaciona também com as funções que os direitos humanos e fundamentais¹⁰⁵ exercem no sistema jurídico e a que tipo de categoria de direitos eles se relacionam.

Gomes Canotilho (1999) introduz um critério que se mostra mais apropriado para distinguir os direitos humanos e fundamentais entre si: o critério da função dos direitos.

Para ele, direitos fundamentais (e é totalmente possível dizer o mesmo dos direitos humanos) podem exercer as funções de direitos de defesa, direitos a uma prestação social, direitos à não discriminação e direitos à proteção perante terceiros. Tais direitos exerceriam a função de direitos de defesa quando cumprem uma dupla finalidade:

a) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1999, p. 383).

¹⁰⁴ No original em inglês: *"it would be misleading to leave the impression that the judicialization of politics develops somehow in isolation from the central social and economic interests that structure system politics. In fact the development and expansion of even a politics of rights may often more properly be seen as the achievement of interest groups who find majoritarian decision-making processes not to their advantage than as the product of the devotion of political actors to some elevated vision of human rights. As groups increasingly discover the potential utility of the courts in the achievement of their objectives, they may be able to expand the understanding of "rights" to include interests that may appear to some to be only remotely connected to any constitutional foundation in a formal bill of rights. The politics of rights may become distinguishable from the politics of interests only in a relatively more legalistic discourse"*.

¹⁰⁵ Embora não haja uma classificação uniforme dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, é comum dividir tais direitos em: a) direitos civis e políticos (direitos de primeira geração ou dimensão): frutos das revoluções liberais do século XVIII, eles seriam formas de liberdade negativa (limitação ao poder do Estado), preservando a esfera individual e/ou incluiriam direitos ativos de participação na vida política, principalmente por conta do voto; b) direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de segunda geração ou dimensão): frutos da segunda Revolução Industrial e positivados a partir da Primeira Guerra Mundial seriam formas de liberdade positiva, por meio de prestações materiais amparadas pelo Estado, no sentido de gerar melhores condições sociais e fortemente vinculados à dignidade do homem enquanto trabalhador e na manutenção de condições efetivas para o exercício da liberdade política; c) direitos de terceira e quarta geração: surgem a partir da segunda metade do século XX e articulariam a subjetividade dos direitos de primeira geração com a objetividade dos direitos de segunda geração, tendo um caráter coletivo ou mesmo difuso (não identificados com qualquer grupo, mas com a sociedade como um todo) muito forte e constituindo direitos voltados para garantir a sociedade aberta do futuro. A classificação exposta é baseada na obra de Paulo Bonavides (1998), não é unânime e as terminologias variam muito conforme o autor. Mas, ainda que se considerem as variações existentes, reflete com razoável proximidade o estado atual da literatura de Direito Constitucional no Brasil.

Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Para Canotilho (1999), a função de prestação anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais:

a) a questão dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; b) o problema dos direitos sociais derivados, ou seja, de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições ou fornecimento de prestações ou instituição de serviços (CANOTILHO, 1999, p. 384).

A função de proteção perante terceiros impõe

um dever ao Estado no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, adotando medidas positivas destinadas a proteger o exercício de direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos que sejam praticadas por terceiros – aqui o esquema relacional não se estabelece entre Estado e indivíduo, mas sim entre indivíduos (CANOTILHO, 1999, p. 384-385).

Finalmente, a função de não discriminação consiste na obrigação do Estado de “tratar os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, alargando-se para todos os direitos a partir do princípio da igualdade”, pois, Segundo Canotilho (1999, p. 385-386), “é inclusive com acentuada radicalização desta função que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva”.

Ao lado das quatro funções identificadas por Canotilho (1999) haveria uma quinta, a função de participação, pela qual os direitos humanos e os direitos fundamentais seriam instrumentos para efetivar a plena atuação da pessoa humana no espaço público, a sua inserção nos negócios públicos dentro de um contexto inclusivo e republicano, sem distinções e privilégios, possibilitando a inclusão de todos e o controle do planeamento político de uma sociedade.¹⁰⁶

A introdução da questão das funções dos direitos humanos e fundamentais revela-se importante ao tratar-se das relações de género e da sexualidade, porque pode servir de medida para demarcar, dentro do processo de judicialização da política com uma perspectiva de

¹⁰⁶ É mais facilmente identificável esta função nos chamados direitos políticos (voto, elegibilidade, partidos políticos), mas indiscutivelmente outros direitos, de outra natureza, como a liberdade de associação, o direito de reunião, o direito à educação e a liberdade de expressão podem exercer esta função de ampliar o espaço público pela possibilidade de titularizar a pessoa com a plena capacidade de reivindicar autonomia e participação cidadã.

identidade sexual e de gênero, os graus e a intensidade que a atuação por meio da sindicalização ou exigência destes direitos pela via jurisdicional pode ter.

Afinal, como advertem Beverley Baine e Ruth Rubio-Marin, direitos humanos e fundamentais “não são nenhuma panaceia, mas se esperem que tais direitos expressem os valores fundamentais de uma nação, e isso pode atuar contra ou a favor dos interesses de grupos minoritários” (BAINE; RUBIO-MARIN, 2007, p. 10), o que atinge de forma específica as mulheres e a população LGBT.

Dito de outro modo, ao mesmo tempo em que o governo radical dos juizes é uma negação completa da separação dos poderes, subtraindo competências dos órgãos constitucionais representativos (legislativo e executivo) e, em um sentido dramático, pode representar o risco de concentração de poderes que o iluminismo pretendia abolir, a judicatura e os tribunais não são peças ornamentais no plano das instituições políticas, ainda mais quando se reconhece a força normativa da Constituição.

Logo, o primeiro desafio na realização da igualdade de gênero e de orientação sexual pela judicialização da política dos direitos é enfrentar o dilema entre expansão e constrição da atividade jurisdicional neste campo.

Um segundo ponto é destacar qual o grau em que a singularidade pode se afirmar sem comprometer a universalidade expressa pela Constituição, pelas leis, e pela própria ordem jurídica adotadas em uma sociedade nacional.

Como manter uma política de direitos que mantenha a coesão social e a unidade sem homogeneização e assimilação autoritárias? Ou, como fazer segmentos sociais específicos entenderem que integram o todo social e como fazer este reconhecer as especificidades dos grupos vulneráveis?

Qual o “caminho do meio” no qual os direitos não são um instrumento de egoísmo extremo de indivíduos e grupos que vá ao limite de ameaçar a universalidade posta pelo social e o político implicados na figura do Estado?

E como criar condições para que o espaço público atravessado pela universalidade e pelas exigências republicanas possa produzir reconhecimento e a progressiva inclusão das diferenças fundadas no gênero e na sexualidade, ainda mais quando estas estão incrustadas da forma exposta no centro da divisão público/privado e da própria constituição do Direito moderno?

Parece que a resposta para tantas questões consiste em analisar o papel que os direitos humanos e fundamentais podem ter neste processo a partir das funções que tais direitos

apresentam e em que grau estas funções podem ser concretizadas e aplicadas pelo Poder Judiciário em cada contexto, equilibrando universalidade e singularidade. Assim, os próximos três capítulos deste trabalho irão se dedicar a esta tarefa.

Primeiro, será analisado como se faz a transição da tolerância pejorativa, no sentido de admitir a mera existência do diferente como um “favor” do Estado e da sociedade (como visto na exposição sobre como a desigualdade de gênero e de orientação sexual nega o Estado de Direito) para um contexto de reconhecimento da diferença fundada na identidade sexual e de gênero, por meio da qual o Estado garante a autonomia individual e fundada na identidade de grupo, abstendo-se de perseguir e discriminar (função de defesa), protegendo contra perseguições de terceiros e promovendo a não discriminação.

Em um segundo momento, como se parte do reconhecimento nas relações sociais e políticas para um cenário de inclusão e como a função de proteção dos direitos humanos e fundamentais pode ser acionada para realizar a igualdade de gênero e de orientação sexual por meio da jurisdição estatal e em que termos ou sob quais complexidades.

Em um terceiro e último momento será enfrentada a questão da participação política como a inclusão máxima e os constrangimentos que isso impõe para uma efetiva judicialização da igualdade de gênero e de orientação sexual a partir da dicotomia entre universalidade e singularidade.

Para cada momento, haverá uma linha condutora por meio de um direito-chave para a compreensão da atuação jurisdicional do Estado na questão, dada a amplitude de possibilidades de investigação a partir dos direitos existentes e até dos formuláveis ou em discussão. Por isso, um direito será identificado como base e articulado com outros eventualmente conexos e incidentes no caso.

Para a questão do reconhecimento como forma de articulação das funções de defesa, proteção perante terceiros e não discriminação, será enfrentada a questão dos direitos e liberdades inerentes à família e ao casamento, particularmente na questão da orientação sexual, seja pelo peso na própria demarcação entre público e privado na modernidade, seja pela interferência do Estado para produzir igualdade no espaço social mais sensível e desigual que é o da família, seja porque irá ilustrar a transição da família do plano do status para uma configuração de direito humano e fundamental, que deve estar acessível a todos e a todas.

Quanto à questão da inclusão pela via das prestações, o que em alguma medida irá determinar também a incidência (em certos termos) de uma função de não discriminação, serão analisados os direitos relativos ao trabalho e à seguridade social, pois: a) tratam-se da

dimensão social de mediação entre o público e a intimidade, entre o Estado e a família; b) pela necessidade de delimitar em que medida o Estado social consegue responder às pressões pelo reconhecimento a partir da identidade sexual e de gênero; c) pela conexão da segurança social ao mundo do trabalho e como ambos, originalmente constituídos a partir de uma objetividade calcada nos direitos coletivos dos trabalhadores precisam lidar com questões de reconhecimento e identidade profundamente relacionadas à autonomia individual.

Finalmente, a última tarefa consistirá em enfrentar a questão da participação política e em que medida gênero e sexualidade podem ser fatores para o reconhecimento e redistribuição de poder, e como tais elementos devem necessariamente dialogar com a universalidade do espaço público e da política. Aqui serão analisados como direitos-chave os direitos políticos, particularmente o voto e a elegibilidade.

3 DA TOLERÂNCIA AO RECONHECIMENTO: OS DIREITOS HUMANOS, NÃO DISCRIMINAÇÃO E A DEMARCAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NA VIDA FAMILIAR E PRIVADA

3.1 Transformações e constitucionalização da família moderna: relações de gênero, casamento e vida familiar a partir do potencial igualitário da gramática dos direitos humanos

No Capítulo II foi feita uma reconstituição social e histórica da noção de família e das transformações vivenciadas nas relações familiares com o advento da sociedade liberal-burguesa, bem como das implicações que isto representou quando confrontamos todo este processo histórico com a ideia de Estado de Direito e do sistema jurídico que se ampara neste conceito.

Como fora ali relatado, uma parte das mudanças experimentadas pela família foi no sentido de formatá-la à luz dos imperativos da ordem burguesa, perdendo seu caráter de eixo em torno do qual se articulavam relações públicas e privadas para tornar uma preocupação eminentemente privada e íntima, como destacou Jacques Donzelot (1986).

A família tornou-se então uma forma da contenção de seus membros e de internalização dos valores da sociedade liberal, permitindo a poupança e o acúmulo da propriedade privada centrados na figura do pai/chefe de família, garantindo assim a coesão social ao evitar os questionamentos que poderiam advir do pauperismo e da oposição aos valores morais reinantes.

Tal característica não desapareceu no Estado Social, que em suas diferentes versões de *welfare* (conservadorismo, liberalismo, doutrina social da Igreja) apoiou-se no familiarismo e numa hierarquização constituídos a partir justamente dos modelos privados vigentes, amparando-se nos arranjos e nos papéis familiares tradicionais para a formulação dos serviços, políticas e direitos sociais.

Assim, como ponto de corte ou de cisão entre o espaço público e a esfera íntima, a discussão sobre o papel da família frente à ordem social tornou-se parte de própria discussão do modelo de Estado nos séculos XIX e XX.

Este processo se encontra nas origens da formação da subjetividade moderna e tem

profundas implicações nas relações de gênero, na medida em que é possível estabelecer as transformações da dinâmica entre homens e mulheres no contexto do casamento e da família e a influência que a gramática dos direitos humanos teve neste processo.

Parte significativa da mudança começa quando surge a figura do casamento por amor e da ideia de companheirismo entre os cônjuges, como bem destaca Charles Taylor (1994, p. 375-376), nos seguintes termos:

Começando nas classes mais abastadas dos países anglo-saxões e da França no final do século XVIII, observamos uma idealização crescente do casamento baseado no afeto, do verdadeiro companheirismo entre marido e mulher e do amor devotado pelos filhos [...] a nova compreensão do casamento naturalmente anda de mãos dadas com uma maior individualização e internalização. O casamento baseado no companheirismo, como o casamento puritano que o precedeu, pressupõe um maior grau de envolvimento pessoal e emocional do que era exigido antes. A partir deste período, há um declínio constante do poder exercido pelos pais e pelos grupos sociais mais amplos de parentesco na escolha de um cônjuge, e cada vez mais a escolha cabe ao casal [...]. A rebelião contra a família patriarcal envolve uma afirmação da autonomia pessoal e dos vínculos constituídos, em contraposição às demandas de uma autoridade impositiva [...]. Todo este processo leva a uma perda progressiva do controle da sociedade mais ampla sobre a família.

As considerações de Charles Taylor que foram destacadas encontram uma convergência e uma aparente divergência no que diz respeito ao processo social e histórico de afirmação da família na modernidade.

Por um lado, tanto Jacques Donzelot (1986) quanto Charles Taylor (1994) concordam que há uma ruptura entre o modelo de família vigente no Antigo Regime e aquele que é constituído no seio da sociedade liberal-burguesa pós Revolução Francesa e que tem se pretendido ou se apresentado como hegemônico desde o final do século XVIII.

Ambos recorrem à história social para fazer o contraponto entre estes dois momentos da trajetória histórica da família, a partir de contribuições como a de Maisons – Laffite, em prefácio da obra de Phillip Ariès (História Social da Criança e da Família). Segundo o autor do prefácio da obra citada:

Essa família antiga tinha por missão – sentida por todos – a conservação dos bens, a prática de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem e uma mulher, e mais ainda uma mulher, isolados não podiam sobreviver, e ainda, nos casos de crise, a proteção da honra e da vida. Ela não tinha função afetiva. Isso não quer dizer que o amor estivesse sempre ausente: ao contrário, ele é muitas vezes reconhecível, em alguns casos desde o noivado, mais geralmente depois do casamento, criado e alimentado pela vida comum [...]. Mas (e é isso que importa) o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e os filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor (MAISONS-LAFITTES apud ARIÈS, 1981, p. 10-11).

A família do Antigo Regime adquiria sentido muito mais em seu caráter de identidade

- nós, de comunidade, do que na valorização das experiências individuais isoladas de seus membros, o que faz com que a infância, a adolescência, a individualidade feminina e a idade avançada sejam fenômenos com contornos essencialmente modernos.

Na verdade, não há propriamente uma divergência entre as abordagens, mas sim uma tensão na própria formação da família moderna: as transformações sociais e políticas que levaram a sua constituição ensejaram um estímulo a mecanismos de controle e internalização dos valores da sociedade liberal, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, permitiram a reivindicação de autonomia de seus membros a partir da linguagem dos direitos.

Este último processo de configuração da família moderna se dá com a internalização do sentimento, ou da ideia de que o casamento e a família devem ser baseados no amor e no companheirismo, transformando os cônjuges em parceiros na construção familiar e dando vez e voz a diferentes subjetividades no seio familiar.

É neste sentido que Charles Taylor (1997) irá afirmar que com o colapso desta ideia de uma ordem maior e a afirmação da independência individual, o novo valor da relação pessoal íntima ganha terreno.

Como consequência das transformações da família a partir do século XVIII e, de forma mais intensa, após a Revolução Francesa, a família como lugar da privacidade também ganha uma importância muito grande, tornando-a ponto de separação entre público e privado na sociedade burguesa:

As pessoas exigem e conseguem privacidade para a família. A nova necessidade de privacidade reflete-se na própria organização do espaço doméstico. O lar anterior ao século XVII dava muito pouca liberdade. Entre os pobres, os pais estavam sempre na presença dos filhos; e toda família estava sob o olhar dos servos entre os ricos. Agora as casas começam a ser construídas de forma a oferecer espaços privativos; os corredores permitem que os servos circulem sem ver ou ser vistos, são instaladas salas de jantar privadas, e coisas do gênero (TAYLOR, 1997, p. 376).¹⁰⁷

Este conjunto de fatores irá delimitar a família como o lugar da privacidade. Como explica Phillip Ariès (1981), a família moderna separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário de pais e filhos.

Desta forma, a família moderna foi informada por diversas transformações sociais e políticas, concorrentes e por vezes conflitantes, que resultaram na sociedade liberal-burguesa, o paradigma dominante a partir da Revolução Francesa.

A família moderna constituiu-se, e nisso há continuidade, em um mecanismo de

¹⁰⁷ Neste sentido, nos diz Phillip Ariès (1981, p. 267) que “a reorganização da casa e a reforma dos costumes deixaram um espaço maior para a intimidade, que foi preenchida por uma família reduzida aos pais e às crianças, da qual se excluíam os criados, os clientes e os amigos”.

controle e internalização dos valores burgueses de poupança, previdência e de assistência mútua, objetivando exonerar o Estado desta função.

Neste sentido, houve certa continuidade com o Antigo Regime, na medida em que a família continuou sendo uma forma de exercer o controle dos seus membros, ainda que sem uma interferência tão grande do restante da sociedade como no modelo pré-moderno (DONZELOT, 1986; ARIÈS, 1981; TAYLOR, 1994).¹⁰⁸

O controle da família sobre os seus membros internalizava o acúmulo de propriedade pela predominância do trabalho produtivo do homem sobre o trabalho reprodutivo da mulher (MARX; ENGELS, 2007), tornando-se assim uma forma de cristalizar diferenças de gênero no seio da família como reflexão da divisão do trabalho na sociedade liberal-burguesa.

Mas, ao mesmo tempo, há uma reivindicação de autonomia, primeiro para a família e que depois progressivamente irá se estender a cada um de seus membros, assim como o casamento torna-se um meio de estabelecer uma parceria entre os cônjuges – o casamento e a família deixam, progressivamente, o plano do status e da tradição para gradativamente adquirirem a forma jurídica de direitos. Isso tem forte relação com mudanças trazidas pela matriz individualista da identidade moderna. Como nos traz Charles Taylor (1997, p. 397):

O casamento com base no companheirismo e a exigência de privacidade aconteceram ao mesmo tempo. A família baseada no afeto tinha que ser constituída por afinidade. Não podia ser fruto exclusivo de arranjos dinásticos e de propriedade que foram tão importantes para a antiga linhagem. E só poderia florescer na intimidade, o que excluía o mundo de aquário aberto da sociedade tradicional.

A constitucionalização da família, assim, é um processo que se inicia sob um paradoxo: a regulamentação da intimidade exigida pela família torna-se objeto de profundo debate do Estado e da sociedade, culminando em um Direito de Família que é tudo, menos privado, como costuma se considerar usualmente.

A primeira constitucionalização da família (considerando-se aqui o termo em sentido lato) tornou-se possível pela codificação oitocentista do Direito Privado, que teve no Código Civil francês seu maior expoente, e longe de afastar a interferência do Estado da vida familiar,

¹⁰⁸ Charles Taylor comenta que as pessoas ficariam perplexas ao descobrir, por exemplo, quanto a aldeia anterior ao século XVIII pretendia controlar a vida dos seus membros, mesmo no que agora se consideram questões familiares íntimas. O referido autor inclusive relata algumas situações: “Tomemos como exemplo o charivaris que maridos dominados pela mulher tinham que enfrentar, para não falar dos fornicadores. Charivaris eram manifestações barulhentas de ridículo público coletivo. Na França, por exemplo, um marido que tivesse apanhado da mulher, ou fizesse trabalho feminino, ou que tivesse sido traído pela esposa, podia ser alvo de um deles. Talvez isso acontecesse porque o homem estava permitindo uma inversão da ordem patriarcal apropriada. Esses problemas não podiam ser vistos apenas como uma questão entre ele e sua mulher, dizia respeito a todos, porque a ordem era uma ordem compartilhada, dentro da qual todos os indivíduos viviam” (TAYLOR, 1997, p. 376c).

tornou a autoridade pública fiadora da intimidade familiar.

Aquilo que antes era regulado pela tradição ou pela autoridade real agora residia no Direito e podia ser invocado tanto pela autoridade pública quanto pela família, tornando o Estado fiscal das relações familiares, ao mesmo tempo em que se estabeleciam limites à interferência estatal na vida familiar.

Um dos avanços do Código Civil francês, produzido por uma comissão de juristas nomeada por Napoleão Bonaparte e promulgado em 1804, traz a consagração do casamento civil e a necessidade de intervenção do Estado para seu registro, como expressa o art. 63 do Código Civil francês em sua versão original:

Antes da celebração do casamento, o oficial do estado civil fará duas publicações, com oito dias de intervalo, sendo deles um domingo, em frente à Câmara Municipal. Estas publicações, e o ato a ser elaborado a que elas se referem, trarão os prenomes, nomes, profissões e residência dos cônjuges, a qualidade de maior ou menor de cada um, e trará ainda os prenomes, nomes, profissões e endereços dos seus pais e mães. Este ato deve indicar, além disso, dias, locais e horários em que as publicações foram feitas: ele será listado em um cadastro único, cujas páginas serão numeradas e rubricadas, como previsto no artigo 41, e depositado ao fim de cada ano nos registros do tribunal de distrito (FRANÇA, 1804).¹⁰⁹

O que o Código Civil francês realizou a seu tempo não foi algo de pouco valor: o casamento civil, com a presença da autoridade pública como seu legitimador (seja nos atos preparatórios, no registro ou na celebração)¹¹⁰, rompe com a tradição e traz o casamento para o plano secular e laico, afastando o poder da Igreja e tornando-o um ato de direito positivo, de relações jurídicas entre sujeitos livres, não mais presos à ordem do costume ou à autoridade religiosa.

Isto se torna mais evidente quando lemos no art. 165 do Código Civil francês que o casamento será celebrado publicamente, perante o oficial civil do domicílio dos nubentes e futuros cônjuges (FRANÇA, 1804).¹¹¹

As transformações propiciadas pelo paradigma do individualismo liberal,

¹⁰⁹ No original em francês: “art. 63: avant la célébration du mariage, l’officier de l’état civil fera deux publications, à huit jours d’intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l’acte que en sera dressé, énonceront les prénon, noms, professions et domicile des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénon, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites: il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé, comme il est dit en l’article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l’arrondissement”.

¹¹⁰ Conforme o texto destacado do Código Civil francês o casamento ocorre na municipalidade em que residem os cônjuges e é celebrado pelo oficial do estado civil. No Brasil, em geral o Registro Civil das Pessoas Naturais cuida da habilitação e do registro, mas todo o procedimento transcorre no âmbito do Poder Judiciário, e a celebração fica a cargo de juiz de direito ou juiz de paz, conforme o caso, nos termos do Código Civil e da Lei de Registros Públicos.

¹¹¹ No original em francês: “art. 165: le mariage sera célébré publiquement, devant l’officier civil du domicile de l’une des deux parties”.

consubstanciadas no casamento civil, ficam mais evidentes em outros artigos do Código Civil francês: não há casamento quando não há consentimento (art. 146); as pessoas casadas contratam em conjunto, pelo simples ato do casamento, a obrigação de alimentar, sustentar e educar seus filhos (art. 203); as pessoas casadas devem uma à outra fidelidade, socorro e assistência (art. 212) (FRANÇA, 1804).¹¹²

Os artigos citados do Código francês corroboram a ideia de que a sociedade liberal-burguesa converteu a família em uma comunidade de pais e filhos fundada no afeto e na assistência mútua, protegidos da vida pública pelo manto da intimidade.

Mas ainda assim em uma relação de reciprocidade com o Estado, que garante a vida privada mediante o atendimento de certos parâmetros de legitimação postos pela autoridade vigente, estabelecendo limites para a ação estatal sobre a família, ao mesmo tempo em que exige da entidade familiar obediência à lei civil tanto para sua constituição como para o exercício da liberdade na vida familiar.

A exigência do consentimento dos cônjuges para o casamento, com a sua consequente contratualização, e o dever de assistência mútua são maximizados pela conexão entre a vida familiar e o sentimento individual daqueles que dela fazem parte. Como diz Charles Taylor (1997, p. 377-378):

No século XVIII, mais uma vez nos países anglo-saxões e na França, que parecem ser os pioneiros neste sentido, os sentimentos assumem uma importância cada vez maior. E, assim, os sentimentos de amor, interesse e afeição por um cônjuge passam a ser alimentados, enfatizados, celebrados e articulados. Algo semelhante ocorre com a afeição dos pais pelos filhos. E, em parte como resultado, a infância assume identidade como uma fase distinta do ciclo de vida, com seus sentimentos e necessidades peculiares. E, como outra consequência, a criação dos filhos torna-se assunto absorvente para o público alfabetizado [...]. O que muda não é que as pessoas começam a amar seus filhos ou sentir afeto por seus cônjuges, mas que esses sentimentos passam a ser vistos como parte crucial daquilo que torna a vida valiosa e significativa [...] na última parte do século, nas classes alta e média das sociedades de língua inglesa e francesa, a família amorosa passa por uma intensificação e começa a ser vista por si mesma como uma comunidade íntima de amor e carinho, em contraste com as relações com parentes distantes e estranhos [...] a família está a caminho de se tornar aquele ‘refúgio num mundo impiedoso’ que passou a ser nos últimos dois séculos [...].

Obviamente as mudanças relatadas não se processaram imediatamente após a Revolução Francesa, assim como demoraram a atingir as classes proletárias das sociedades ocidentais e nem ocorreram isoladas de outros processos sociais que aconteceriam naquele

¹¹² Os artigos citados referem-se à redação original do Código Civil francês, em tradução livre do autor deste trabalho. No original em francês: “*art. 146: il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement; art. 203: les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l’obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; art. 212: les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance*”.

contexto histórico.

Neste sentido, Charles Taylor afirma que os desdobramentos da família moderna pressupõem a industrialização, o rompimento das comunidades primárias anteriores, a separação da vida profissional e familiar, e o crescimento do mundo capitalista, embora faça a ressalva de que “os paradigmas do sentimento da autoproteção familiares foram estabelecidos antes que a industrialização arrastasse o grosso da população a reboque, em classes que foram brutalmente desalojadas” (TAYLOR, 1997, p. 378-379).

A questão do sentimento individual e da família como uma comunidade baseada no afeto será fundamental para construir uma mudança de concepção da entidade familiar, que deixa de ser um status e torna-se um direito que poderá ser reivindicado por toda e qualquer pessoa. Há um paralelo entre o sentimento e o direito subjetivo como instrumentos de individualização da pessoa no mundo.

As transformações da família na modernidade também suscitaram certos problemas e tensões. Uma questão central é o papel da família moderna como ponto de separação entre o espaço público e a esfera privada.

Público pode significar duas coisas correlacionadas, mas não perfeitamente idênticas segundo Hannah Arendt (2000, p. 59; 62): “em primeiro lugar, significa que tudo que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível [...]; em segundo lugar, significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”.

A referida autora, por sua vez, também nos traz uma definição do que seria o espaço privado ou da privacidade, para usar seus termos, como contraponto à esfera pública:

É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo “privado”, em sua acepção original de “privação”, tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privacidade reside na ausência dos outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros (ARENDR, 2000, p. 68).

A contribuição de Hannah Arendt (2000) é fundamental para entender a tensão entre esfera pública e vida privada como uma tensão entre presença e ausência ou, em outros termos, entre visibilidade e invisibilidade, como desenvolve o sociólogo britânico John

Thompson (1995, p. 313), ao identificar que “público” significa “aberto” ou “acessível ao público”, “é o que é visível ou observável, o que é desempenhado ante os espectadores, o que está aberto a muitos para ser visto, ouvido e comentado”.

O que é privado, ao contrário, “é o que está escondido da vista, o que é dito ou feito na privacidade ou em segredo, ou entre um círculo restrito de pessoas; nesse sentido, a dicotomia público/privado tem a ver com a publicidade versus privacidade, com visibilidade versus invisibilidade” (THOMPSON, 1995, p. 313b).

Ao constituir-se no “refúgio” revestido pela intimidade, a família significa assim uma forma de isolamento que protege o seu interior do mundo cotidiano, da vida pública, tornando invisível o que nela acontece aos olhos do público e forjando um abrigo para seus integrantes das agitações do mundo comum e protegendo a família como comunidade de pais e filhos¹¹³.

A família moderna também se constitui como “refúgio” em contraste com o público quando a associamos com a natureza, como faz Richard Sennett, ao descrever as configurações do público e do privado surgidas a partir do século XVIII:

Quanto mais essa oposição entre natureza e cultura através do contraste de público e privado tornou-se tangível, mais a família era vista como um fenômeno natural. A família era "um assento da natureza", em vez de uma instituição como a rua ou o teatro. A idéia aqui é que, se a vida natural e a privada estão unidas, então a experiência de cada homem das relações familiares será a sua experiência da natureza (SENNETT, 2002, p. 90).¹¹⁴

Assim, a família moderna em suas matrizes liberais, identificada com a vida doméstica, é, antes de tudo, no arranjo deste “refúgio” a que se referiu Taylor, uma privação dos aspectos republicanos e de cidadania da esfera pública.

Dito de outro modo, aparentemente, pela sua condição de lugar das relações domésticas, ela estaria imune às exigências cívicas e republicanas de igualdade e liberdade postas pelo espaço público.

¹¹³ É importante lembrar, contudo, que público e privado não são isolados de forma absoluta, mas sim parte da mesma experiência social da modernidade. Neste sentido, a Richard Sennet, no livro, *The Fall of Public Man*, ao tratar do público e do privado como moléculas da sociedade, destaca que: “as formas de expressão pública e privada não eram tão contrárias, mas sim alternativas. [...]. Os impulsos que regem a esfera pública foram os de vontade e de artifício, os impulsos que regem o setor privado foram os de contenção e a supressão do artifício. O público era uma criação humana, o privado era a condição humana” (*the modes of public and private expression were not so much contraries as alternatives. [...] The impulses governing the public sphere were those of will and artifice; the impulses governing the private were those of restraint and the effacement of artifice. The public was a human creation; the private was the human condition*) (SENNETT, 2002, p. 98).

¹¹⁴ No original em inglês: “*the more this opposition of nature and culture through the contrast of private and public became tangible, the more the family was viewed as a natural phenomenon. The family was ‘a seat of nature’ rather than an institution like the street or the theater. The idea here was that, if the natural and the private are united, then every man’s experience of family relations will be his experience of Nature*” (SENNETT, 1992, p. 90).

E aqui surge outra função da família moderna: o de habilitar o legitimar certas subjetividades a comparecerem em público, de certa forma e a partir do diálogo com certos valores postos pelo público. É neste ponto que a família moderna ganha importância sob o aspecto das relações de gênero e quanto à identidade sexual.

Como já afirmado no Capítulo II, a família moderna respondeu aos valores da sociedade liberal e, neste sentido, converteu-se em instância de controle social, por meio da internalização dos valores liberais.

Seja pela visão de Marx do suporte do trabalho reprodutivo (feminino) ao produtivo (masculino) – (MARX; ENGELS, 2007), ou quando se recorre à noção da família e do casamento como garantias institucionais para o exercício da autonomia individual e da propriedade privada (HABERMAS, 1997), a família moderna exerceu uma função de “filtro” entre o que acontece no espaço íntimo e privado e aquilo que pode chegar à esfera pública.

E esta “filtragem” feita sob um paradigma de predomínio do masculino sobre o feminino, justamente por tentar-se equiparar as relações de natureza com as relações familiares, como lembrou Sennett. O próprio Código Civil francês em sua redação original era muito claro neste sentido – o art. 213 estabelecia que o marido devia proteger sua esposa, enquanto a esposa devia obediência ao marido (FRANÇA, 1804).¹¹⁵

A hierarquia entre os sexos ou entre os gêneros no casamento era uma correspondência da ordem natural que era reproduzida na lei civil, como garantia jurídica do equilíbrio da vida familiar.

É certo que trazia em si deveres também para o marido, no sentido de proteger sua esposa, o que afirma a ideia de comunidade familiar, na qual cada um tem seu papel, e na qual a esposa também tem seus direitos, ainda que inferiores ou menos relevantes que os do marido. Mas há em si uma hierarquização entre masculino e feminino inequívoca.

Na medida em que a vida privada familiar é o espaço doméstico, é também o domínio da necessidade, e o Código Civil francês divide as atribuições entre o casal de forma a entregar este espaço para a mulher e deixar ao homem as decisões que repercutem no espaço público, como a fixação do domicílio da família.

É exatamente isto que traz o art. 214 do Código Civil francês em sua redação original, ao estabelecer que mulher é obrigada a viver com seu marido, e a segui-lo a qualquer lugar que ele julgue conveniente para fixar a residência da família; o marido, por sua vez, é obrigado a receber sua esposa e a fornecer tudo o que ela entenda ser necessário para os fins

¹¹⁵ No original em francês: “art. 213: *le mari doit protection à sa femme, la femme la obeissance à son mari*”.

da vida, de acordo com suas habilidades e com seu estado (FRANÇA, 1804).¹¹⁶

Em uma primeira vertente, a concepção de família como um espaço íntimo e privado distante do público foi amparada pelo caráter “constitucional” do Direito Privado no modelo oitocentista (GIORGIANNI, 1998b).

Em termos mais específicos, a “constitucionalização” da família no século XIX não se dá pela regulação das relações familiares nas Constituições políticas vigentes, mas sim no traço constitucional das codificações oitocentistas, particularmente a francesa, tributárias da teoria dos direitos naturais e das revoluções burguesa do século anterior, e que viriam a desempenhar uma função “constitucional”, ao regular as relações civis e o espaço da privacidade em seus limites com a esfera pública.

Não é, no entanto, restrita ao século XIX apenas a separação “constitucional” descrita entre o espaço público e a vida privada familiar como uma designação dos lugares “naturais” do masculino e do feminino – isso se projetou, de várias formas, no século XX, ao tentar-se proteger a família de toda influência externa desviante e que a “desnaturalizasse”, como relata Jean L. Cohen, ao analisar o panorama jurídico-constitucional norte-americano anterior à decisão de *Griswold v. Connecticut* (1965):

Antes de *Griswold*, a doutrina da Common Law de privacidade da família protegia a autoridade e as prerrogativas do chefe da família sobre todos dentro da unidade familiar contra a interferência externa. Assim, os estatutos que desafiavam a autoridade da família ou a privacidade da família, em derrogação da Common Law eram restritivamente construídos e interpretados, enquanto aqueles que reforçavam a Common Law, para proteger a moral da sociedade civil como um todo, eram construídos e interpretados com amplitude máxima. Dois pressupostos fundamentavam esta jurisprudência: a legislação do Estado não poderia violar as “ordenações naturais” das relações íntimas na esfera privada, e os poderes de polícia regulatórios dos Estados eram limitadas a assuntos que envolvem um propósito público aceito e o que era do interesse público. Este modo de regular a intimidade tinha uma lógica clara: a finalidade pública do Estado foi a de promover o casamento heterossexual e, dentro dessa instituição, para apoiar a sexualidade reprodutiva e proteger a unidade familiar privilegiando o estado do casamento monogâmico e heterossexual e a ordem ‘natural’ de gênero patriarcal institucionalizada. Isso significava que a proteção à privacidade foi limitada à unidade da família nuclear, a ‘morte civil’ da mulher casada – sua falta de personalidade jurídica e de igualdade cívica – se encaixam nesse modelo perfeitamente. Correspondentemente, os Estados tinham ampla liberdade substancial para regular – ou intimidades não conjugais e extraconjugais ou a ‘moral

¹¹⁶ No original em francês: “*art. 214: la femme est obligée d’habiter avec sa mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider: le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état*”. Note-se apenas que esta redação foi revogada e os atuais arts. 213 e 214 do Código Civil, conforme alterações legislativas processadas entre 1965 e 1976 garantem a plena igualdade entre os cônjuges na direção moral e material da vida familiar, na educação dos filhos, na manutenção da família e na fixação da residência familiar (texto vigente do Código Civil francês) (FRANÇA, 2006).

pública' (COHEN, 2004, p. 6).¹¹⁷

Apesar do exposto, a constitucionalização da família e da vida privada também recebeu, a partir de certo momento no século XX, impulsos do discurso dos direitos humanos, herdeiro da teoria dos direitos naturais dos séculos XVII e XVIII, principalmente quando construímos uma simetria entre a ascensão do afeto nas relações familiares e do sentimento individual de cada um dos seus membros e a ideia de que o casamento deve ser uma escolha dos cônjuges e não uma imposição de uma ordem tradicional vigente.

O casamento baseado no amor e no companheirismo e o sentimento individual de cada um dos integrantes da família como parte importante e valiosa da vida privada familiar são tributários do mesmo processo de subjetivação moderna que gera a gramática dos direitos humanos (fundamentais): a ideia de que cada pessoa é dotada de dignidade e autonomia e que se diferencia do coletivo (identidade - nós) em que se insere.

A reivindicação do amor e do companheirismo na família gera um protagonismo do homem e da mulher envolvidos na comunidade familiar, o que realizou-se primeiro pela lógica do contrato privado, e contemporaneamente transpôs a família da posição da ordem do status para o plano de um direito ou de uma situação jurídica legitimadora de direitos e aspirações de autonomia de seus membros.

Ainda que Charles Taylor (1997) faça a ressalva de que a família moderna autoprotégida é com frequência vivida de forma diferente nas diversas classes sociais, mostrando a complexidade da subjetivação da comunidade familiar mesmo dentro das próprias sociedades ocidentais, o referido autor não titubeia em afirmar que:

Em todas as variações, alguns temas comuns são evidentes. É uma cultura individualista [...]: valora a autonomia; atribui um papel importante à auto-exploração, em particular do sentimento; e sua visão de bem viver em geral implica em envolvimento pessoal. Como consequência, em sua linguagem política, ela formula imunidades devidas às pessoas em termos de direitos subjetivos. Devido a sua tendência igualitária, concebe estes direitos como universais (TAYLOR, 1997, p. 396).

¹¹⁷ No original em inglês: *"prior to Griswold, the common law doctrine of family privacy protected the authority and prerogatives of the male head of the household over everyone within the family unit against outside interference. Accordingly, statutes challenging family autonomy or family privacy in derogation of common law were narrowly construed, while those reinforcing common law by protecting morals throughout civil society were given a wide latitude. Two assumptions underlay this jurisprudence: state legislation could not violate 'natural orderings' of intimate relationships in the private sphere; and the regulatory police powers of the states were limited to matters involving an accepted public purpose and what was in the public interest. This mode of regulating intimacy had a clear logic: the state's public purpose was to promote heterosexual marriage and, within that institution, to support reproductive sexuality and shield the family unit. The state's privileging of heterosexual monogamous marriage and the "natural" patriarchal gender order it institutionalized meant that the privacy protection was limited to the nuclear family unit. The "civil death" of the married woman - her lack of legal personality and civic equality - fit this model perfectly. Correspondingly, states had considerable freedom to regulate no - or extramarital intimacies or 'public morals'"* (COHEN, 2004, p. 6).

É justamente este o fundamento político-filosófico que irá basear a constitucionalização dos direitos das mulheres na vida familiar e no casamento a partir da Segunda Guerra Mundial: a retomada do ideal iluminista que a família como comunidade fundada no afeto e no companheirismo, o que enseja igual respeito e consideração de seus membros na construção de seus objetivos.

Não se pode negligenciar toda luta feminista pela igualdade de direitos políticos, mas é sintomático que, como observou Eric Hobsbawm (1995), o grande impulso igualitário nas relações de gênero na segunda metade do século passado tenha partido das mulheres casadas.

Os Textos Constitucionais analisados no Capítulo III e o impulso democrático neles contido influenciaram o desenvolvimento transformações nas relações de gênero já em curso no meio do século XX.

A democracia política se tornou um ideal de democracia no espaço privado da família, resgatando as concepções de companheirismo do casamento e acentuando-as pelo viés da igualdade e cooperação na vida conjugal e no cuidado com os filhos, como oposição a um modelo patriarcal ou centrado no masculino, que corresponderia no plano político à oposição entre democracia e autocracia.

Se no século XIX, o Código Civil francês estabelecia a predominância do marido na fixação do domicílio e na direção moral e material da família, as Constituições democráticas de diversos países, particularmente daqueles que superaram regimes autoritários, afastaram no plano jurídico-normativo este tipo de hierarquização e criaram instrumentos jurídicos para a promoção da igualdade nas relações familiares, por meio da gramática dos direitos humanos.

A constitucionalização democrática da família e da vida privada em geral não apenas inseriu esta matéria nos Textos Constitucionais, mas redefiniu sua regulação jurídica à luz dos valores do Estado Constitucional de Direito e lançou as bases para redemocratizar as relações de gênero na vida social, a partir dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

A gramática dos direitos humanos contribuiu ainda, para a formação da ideia de casamento igualitário como um ideal que posteriormente se estenderia para outros arranjos que não o casamento civil e mesmo para as relações homoafetivas, a partir da irradiação da lógica do afeto e do companheirismo, bem como do respeito ao sentimento individual, como

será visto em seguida.

3.2 Os direitos humanos e a afirmação da igualdade de gênero e de orientação sexual na vida familiar privada

3.2.1 O fim do espaço imune ao público: democratização da família, relações de gênero e igualdade no casamento e na família

O panorama das relações afetivas e familiares transformou-se radicalmente no século XX, em razão de diversos fatores sociais e políticos, opondo substancialmente às configurações familiares até então vigentes, com a emergência de novos arranjos e novos atores sociais.

Parte das transformações tem raízes sociais e econômicas na crise do Estado do Bem Estar social e no modelo familiar decorrente da era industrial a ele relacionado, como relata Nancy Fraser (1996, p. 218):

A ordem de gênero que agora está desaparecendo descende da era capitalismo industrial e reflete o mundo social de sua origem. Foi centrado no ideal do salário-família. Neste mundo, as pessoas deveriam se organizar em arranjos heterossexuais, chefiados por famílias nucleares, que viviam principalmente ganhos do homem/marido no mercado de trabalho. O homem/chefe de família receberia um salário-família, o suficiente para sustentar os filhos e uma esposa / mãe, que realizava o trabalho doméstico sem remuneração. É claro que inúmeras vidas nunca se encaixaram nesse padrão. Ainda assim, desde o quadro normativo da própria família.

A descrição feita por Nancy Fraser (1996) ajuda a entender qual era o quadro da relação entre família e mercado capitalista sob a égide do Estado social, identificando a autora três pilares desta articulação:

os programas da seguridade social (visando proteger as pessoas das incertezas do mercado de trabalho), auxílio direto à maternidade e às mulheres que se dedicavam a ser donas-de-casas (em alguns países) e assistência social a famílias desamparadas, que não se enquadravam no cenário do salário-família garantido pelo modelo da família nuclear tradicional (FRASER, 1996, p. 218-219).¹¹⁸

¹¹⁸ No original em inglês, a colocação completa de Fraser é a seguinte: “*The Family-wage ideal was inscribed in the structure of most industrial-era welfare states. That structure had three tiers, with social-insurance programs occupying the first rank. Designed to protect people from the vagaries of the labor market (and to protect the economy from shortages of demand), these programs replaced the breadwinner’s wage in case of sickness, disability, unemployment, or old age. Many countries also featured a second tier of programs, providing direct support for full-time female homemaking and mothering. A third tier served the ‘residuum’. Largely a holdover from traditional poor relief, public assistance programs provided paltry, stigmatized,*

Complementando o cenário descrito por Fraser, o historiador francês Pierre Rosanvallon aponta os pilares socioeconômicos da ascensão do Estado social (ou providência), modelo estatal que deu suporte à redução das desigualdades no século XX e permitiu a ascensão do modelo do salário-família baseado no homem/marido em articulação com as demandas do *welfare* do capitalismo industrial:

[...] Começa então o século da redistribuição, uma vez que se generalizará na Europa o sufrágio universal. As desigualdades se reduziram de forma espetacular em algumas décadas. Os vetores deste movimento foram três grandes reformas: a instituição do imposto de renda progressivo, a implantação de mecanismos de seguridade social para proteger os indivíduos contra possíveis riscos e a instauração de procedimentos de representação e de regulação coletiva do trabalho que conduziram a uma melhoria notável da condição assalariada (ROSANVALLON, 2012, p. 199).¹¹⁹

Atualmente, contudo, Nancy Fraser identifica a crise do Estado social como uma das causas do surgimento de novos modelos e arranjos familiares, ao identificar a crise do modelo do capitalismo industrial e o surgimento de uma fase pós-industrial do capitalismo como motor para novas configurações da intimidade:

Nos mercados de trabalho do capitalismo pós-industrial, poucos empregos pagam salários suficientes para alguém sozinho sustentar a família, muitos são, de fato, temporários ou a tempo parcial e não oferecem benefícios padrão. O emprego das mulheres é cada vez mais comum, embora muito menos bem pago do que os dos homens. Famílias pós-industriais, entretanto, são menos convencionais e mais diversificadas. Heterossexuais estão se casando menos vezes, e mais tarde, e se divorciando mais vezes e mais cedo. E os gays e lésbicas são pioneiros nos novos tipos de arranjos domésticos. Normas de gênero e formas de família são muito contestadas, ao final. Graças em parte às feministas e aos movimentos de liberação de gays e lésbicas, muitas pessoas já não preferem o modelo do homem provedor / mulher dona de casa. Um resultado dessas tendências é um aumento acentuado nas famílias monoparentais de mães solteiras: número crescente de mulheres, tanto divorciadas e as que nunca se casaram, está lutando para sustentar a si e suas famílias sem acesso a um salário de um homem/provedor (FRASER, 1996, p. 219).¹²⁰

meanstested aid to needy people who had no claim to honorable support because they did not fit the family-wage scenario” (FRASER, 1996, p. 218-219).

¹¹⁹ Texto livremente traduzido da versão em espanhol de Le Société des Egaux (A Sociedade dos Iguais). Na edição espanhola: “[...] comenzar   entonces el siglo de la redistribución, a la vez que se generalizar   en Europa el sufrágio universal. Las desigualdades se reducirán de forma espectacular en unos dec  nios. El vector de este movimiento fueron tres grandes reformas: la institución del impuesto progresivo sobre la renta, la implantación de mecanismos de seguridade para proteger a los individuos contra posibles riesgos y la instauración de procedimientos de representación y de regulación colectiva del trabajo que condujeron a una mejoría notable de la condición asalariada” (ROSANVALLON, 1999, p. 199).

¹²⁰ No original em ingl  s: “in the labor markets of postindustrial capitalism, few jobs pay wages sufficient to support a family single-handedly; many, in fact, are temporary or part-time and do not carry standard benefits. Women’s employment is increasingly common, moreover - although far less well paid than men’s. Postindustrial families, meanwhile, are less conventional and more diverse. Heterosexuals are marrying less often and later, and divorcing more often and sooner. And gays and lesbians are pioneering new kinds of

Fraser (1996) oferece um rico panorama das transformações na intimidade e nas relações familiares na era do capitalismo pós-industrial e na crise do Estado social, embora nem todos os traços por ela identificados no trecho destacado possam ser objeto de explicação unicamente socioeconômica, amparada nas transformações do Estado e de sua relação com o mercado na segunda metade do século XX.

Mudanças culturais em curso, ao lado de transformações econômicas, contribuíram, no Pós-Segunda Guerra Mundial, para um crescimento sensível da participação feminina no mercado de trabalho, para a ampliação do direito de voto das mulheres e para a universalização da educação superior nos países ocidentais desenvolvidos de forma igual para homens e mulheres.

A rigor, há um retorno à promessa de companheirismo e de respeito mútuo que os ideais de família e casamento prometidos pelo iluminismo e pela afirmação da vida cotidiana e da privacidade (como explicados anteriormente por Charles Taylor), e, nas sociedades contemporâneas, a forma de buscar a realização deste ideal à busca pela democratização da vida social, e da privacidade familiar em particular.

Não se pode negligenciar o fato de que o crescimento da participação feminina na vida social e política, assim como todo o movimento feminista (e pode-se afirmar o mesmo dos movimentos LGBT) dos anos 1960 e 1970 se deram antes da crise do petróleo em 1973 e da crise do Estado social verificada nos países capitalistas centrais a partir da década de 1980.¹²¹

A reivindicação igualitária das mulheres em relação aos homens e dos homossexuais em relação aos heterossexuais surge, portanto, em um momento de estabilidade e crescimento econômico nas sociedades ocidentais, e não de crise econômica.

Os planos do Direito, da cultura e da economia convergiram de forma articulada para o questionamento dos padrões de vida privada e de sexualidade fixados na família nuclear e no casamento tradicional, mas de forma alguma uma coisa é inteiramente dependente da

domestic arrangements. Gender norms and family forms are highly contested, finally. Thanks in part to feminist and gay-and lesbian - liberation movements, many people no longer prefer the male breadwinner/female homemaker model. One result of these trends is a steep increase in solo-mother families: growing number of women, both divorced and never married, are struggling to support themselves and their families without access to a male breadwinner's wage [...] (FRASER, 1996, p. 219).

¹²¹ O marco temporal de 1973 não foi escolhido ao acaso, mas é indicado por Eric Hobsbawn em seu livro *A Era dos Extremos: o breve século XX*. Nas palavras do historiador britânico, “a história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise” (HOBSBAWN, 1995, p. 393). Para um maior aprofundamento sobre a crise dos alicerces da chamada “Era de Ouro” (período que compreende o auge do desenvolvimento capitalista ocidental entre 1945 e 1973), o que inclui a crise do Estado social nos países centrais, é interessante consultar *A Era dos Extremos*, de Eric Hobsbawn, p. 393-421. A reconstrução do surgimento da crise do capitalismo industrial, do Estado social e das instituições de solidariedade a eles referentes também pode ser feita pela consulta à obra de Pierre Rosanvallon, *a Sociedade dos Iguais*, p. 253-275, mesmo com enfoque diverso.

outra.

O panorama que surge, então, é o da democratização da família, tornando público (visível) algo que a sociedade liberal do século XIX tinha afastado ou imunizado do olhar alheio.

A rigor, o Estado social já havia posto a privacidade familiar em evidência, ao amparar, ainda que de formas distintas a partir de diversas perspectivas de *welfare*, os direitos e políticas sociais na estrutura familiar.

De repente, o “refúgio” a que se referira Taylor tornara-se um bloqueio para que as subjetividades dos membros da família (mulher/esposa, crianças, adolescentes, idosos) emergissem como identidades autônomas da vida familiar.

O que é mais importante, contudo, é que não se reivindicava unicamente a autonomia da família, mas sim sua reconstituição sob outros termos: igualdade entre homens e mulheres na vida conjugal e familiar e, posteriormente, o reconhecimento de novos arranjos da intimidade, ou mesmo estender a possibilidade de constituir família àqueles dela excluídos (gays e lésbicas).

O que está em jogo é a formulação contemporânea da intimidade familiar e mesmo afetiva como parte de um processo mais amplo de democratização da própria vida privada e seus desdobramentos no espaço público, conforme reflexão de Anthony Giddens (1993, p. 201):

A democratização da esfera privada está atualmente não apenas na ordem do dia, mas é uma qualidade tácita de toda vida pessoal que está sob a égide do relacionamento puro. A promoção da democracia no domínio público foi, de início, primordialmente um projeto masculino – do qual as mulheres afinal conseguiram participar, sobretudo através da própria luta. A democratização da vida pessoal é um processo menos visível, em parte justamente por não ocorrer na área pública, mas suas implicações são também profundas. É um processo em que, de longe, as mulheres desempenharam o papel principal, ainda que no fim os benefícios alcançados, assim como na esfera pública, estejam aberto a todos.

Esta é a essência do ideal do casamento igualitário: seja na sua concepção inicial de redefinição das relações entre os sexos/gêneros no casamento, seja na formulação contemporânea de extensão do direito de casar a gays e lésbicas, o que está em jogo é uma democratização da vida privada familiar, na qual os direitos humanos e fundamentais (particularmente a dignidade humana, a liberdade e a igualdade), têm um papel preponderante.

Primeiro porque a formulação de tais direitos se dá a partir do contexto do constitucionalismo democrático do Pós-Segunda Guerra Mundial,¹²² na derrota de regimes autoritários, fenômeno que se propagou por todo o século XX, como na Península Ibérica na década de 1970 e no Brasil de 1988.

Isto significa que os direitos humanos se tornam uma forma jurídica para dar suporte à contestação política e podem ser estrategicamente utilizados por meio de sua invocação jurisdicional, obrigando o Estado a reconhecer as promessas e as expectativas positivadas na Constituição normativa do Estado Democrático de Direito.

Ademais, “as mudanças sociais havidas, e que provocaram a tomada de consciência acerca da mudança de paradigmas, nos obrigam a interpretar a relação entre autonomia privada e cidadã no âmbito de referências recíprocas e não mais num contexto de confronto” (HABERMAS, 1997, p. 133).

É preciso, contudo, observar que a ideia de confronto, ou mesmo de isolamento, entre autonomia pública cidadã e a esfera privada como correspondente a uma oposição entre cultura e natureza não é adequada às raízes iluministas da esfera privada nas sociedades liberais ocidentais, como mostra Richard Sennett (1978, p. 91):

[...] A Natureza, ao contrário de superstição medieval, deu ao homem, depois de tudo, esperança, em vez de desespero em seus próprios poderes. Esta atitude, quando expressa em termos da oposição natureza / privado e público / cultura, fez com que as relações entre os dois reinos fossem mais de freios e contrapesos do que hostilidade absoluta. A esfera privada era o meio de controlar o público em termos de quão longe códigos convencionais e arbitrários de expressão estavam de poder controlar todo o sentido realidade de uma pessoa; além dessas fronteiras, ele teve uma vida, uma forma de se expressar, e um conjunto de direitos que nenhuma convenção podia obliterar por decreto. Mas a esfera pública era um corretivo para a esfera privada, pois se o homem natural era um animal, o público, portanto, corrigia uma deficiência da natureza que uma vida conduzida de acordo com os códigos de amor da família por si só, produzir: esta deficiência era a incivilidade. Se o vício da cultura era a injustiça, o vício da natureza era a grosseria [...].¹²³

¹²² Neste ponto, cabe uma breve ressalva. O que ocorreu na emergência do constitucionalismo democrático contemporâneo foi um processo amplo de transformação das bases da juridicidade constitucional a partir de referências sociais e políticas pautadas nos valores democráticos, superando as bases liberais do constitucionalismo então vigente. Mas de forma alguma isto foi impulsionado por conflitos ou relações de gênero ou de sexualidade, estes se beneficiaram de processos sociais e jurídicos mais amplos e neles se apoiaram para construir discursos jurídico-políticos de legitimação. É o que nos dizem Beverly Baines e Ruth Rubio-Marín, ao destacar que “embora as mulheres tenham participado em atividades revolucionárias, conflitos de gênero nunca causaram uma revolução nacional. Na verdade, há pouca evidência de que o conflito de gênero influenciou a concepção das estruturas constitucionais que promovem a unidade nacional e adiam revolução” (*although women have participated in revolutionary activities gender conflict has never caused a national revolution. Indeed, there is little evidence that gender conflict has influenced the design of the constitutional structures that promote national unity and postpone revolution*) (BAINES; RUBIO-MARIN, 2005, p. 11).

¹²³ No original em inglês: “Nature, unlike medieval superstition, gave man, after all, hope, rather than despair in his own powers. This attitude, when expressed in terms of the opposition private/nature and public/culture,

Assim, invocar a família como um fenômeno “natural” e identificar qualquer subversão da ordem familiar como contrária à natureza são argumentos que não resistem ao resgate das raízes iluministas da construção da relação entre natureza e cultura, que termina por ser uma relação de interação e não de oposição completa.

É preciso, contudo, assinalar que casamento e família não são pretensões universais e nem mesmo se exprimem da mesma forma nas diversas sociedades e culturas. Não há, por assim se dizer, que se confundir democratização com uniformização ou homogeneização da vida privada, ou a pretensão do acesso universal ao modelo de família da sociedade liberal-burguesa no Ocidente.

Isso ocorreria se o que se buscasse fosse apenas estender a todos aqueles fora do quadro normativo e social da família nuclear (mulheres, parceiros/concubinos, gays e lésbicas) a chance de serem reconduzidos a esse modelo.

As mudanças culturais proporcionadas pelo engajamento das mulheres e pelo uso dos direitos humanos e dos instrumentos constitucionais em sua luta política foi o início de um processo de mudanças recíprocas entre a esfera pública e o espaço da intimidade, notadamente o casamento e a família.

Mas longe de ser uma unanimidade, o casamento e a família são hoje mesmo modelos contestados. É o que nos diz, por exemplo, Charles Taylor (1997, p. 396), ao esclarecer que “em certas subculturas hoje, a família pode ser substituída pela ligação sexual, ou ‘relacionamento’, como o locus adequado da realização humana, embora a centralidade do amor permaneça”.

Há também os problemas de tradução de prerrogativas de cidadania, fundadas em valores republicanos, oriundas na esfera pública, quando se pretende transportá-las para a vida privada e pessoal. Anthony Giddens (1992, p. 209-210) enfrenta este problema e introduz o conceito de “contrato móvel”:

Na esfera política, a democracia envolve a criação de uma constituição e, normalmente, um fórum para o debate público das questões políticas. Quais os mecanismos equivalentes no contexto do relacionamento puro? No que se refere aos relacionamentos heterossexuais, o contrato de casamento costumava ser uma carta de direitos, que formalizava essencialmente a natureza “separada mas igual” do

meant that the relations between the two realms were more a matter of checks and balances than absolute hostility. The private realm was to check the public in terms of how far conventional, arbitrary codes of expression could control the whole of a person's sense of reality; beyond these borders, he had a life, a form of expressing himself, and a set of rights which no convention could obliterate by fiat. But the public realm was a corrective to the private realm as well; natural man was an animal; the public therefore corrected a deficiency of nature which a life conducted according to the codes of family love alone would produce: this deficiency was incivility. If culture's vice was injustice, nature's vice was rudeness” (SENNETT, 1978, p. 91).

vínculo. A transformação do casamento em significativo do compromisso, em vez de um determinante dele, altera radicalmente esta situação. Todos os relacionamentos que se aproximam da forma pura mantêm um “contrato móvel”, para o qual ambos os parceiros podem apelar. O contrato móvel é um instrumento constitucional que cria a base de discussão aberta por parte dos parceiros sobre a natureza do relacionamento, mas que também está aberto à negociação.

Perceba-se que ainda que se prefira o relacionamento à ideia de casamento, ou mesmo que se negue a importância da família, a democratização da intimidade representada pelo “contrato móvel” enunciado por Giddens é diretamente tributária da luta das mulheres por maior igualdade no exercício da vida conjugal e familiar ou, em outros termos, de equilíbrio entre os sexos/gêneros no contexto do casamento e da família.

Quando confronta o art. 213 original do Código Civil francês com as diversas disposições constitucionais mencionadas nos capítulos anteriores (Alemanha, Brasil, Canadá, Espanha, Itália, Portugal), é possível visualizar de forma clara a distinção feita por Giddens.

O Direito Civil do século XIX, em sua função “constitucional”, tratava a família constituída pelo casamento civil como uma comunidade fundada no companheirismo, mas em que os cônjuges/companheiros eram separados, mas iguais, como descreve Giddens, na medida em que eram formalmente livres e iguais para consentir com o casamento, mas tinham prerrogativas diversas.

Ao homem cabia a direção da sociedade conjugal e sua manutenção, ao mesmo tempo em que havia um dever, ainda que residual, de sustentar sua esposa – ela, por sua vez, devia-lhe obediência.

Quando o foco se volta para os textos constitucionais do Pós-Segunda Guerra Mundial, ou daqueles que ainda posteriores em que há a afirmação do princípio democrático nas relações sociais e políticas, claramente a relação entre homens e mulheres é tratada pelo paradigma da igualdade, como vetor central de uma concepção substantiva de Estado de Direito, seja no casamento, na família ou em quaisquer outros âmbitos da vida social e política.

Não se tem mais uma comunidade onde o homem tem prerrogativas preferenciais ou superiores à mulher (“separados, mas iguais”), mas sim uma situação social e jurídica que legitima a negociação igualitária e constante dos termos do relacionamento e coloca o companheirismo como base do comprometimento.

Como observa Giddens, para quem uma “constituição” deste tipo (o “contrato móvel” a que o autor se refere) só é democrática se refletir um encontro de pessoas independentes e iguais (GIDDENS, 1992).

Isto pode se aplicar ao relacionamento puro amoroso, aos novos arranjos da intimidade ou ao casamento igualitário, seja numa relação heterossexual (igualdade entre homem e mulher) ou homossexual (igualdade dos/das parceiros/as ou companheiros/as e deles/as em relação aos heterossexuais).

Neste ponto, o constitucionalismo democrático contemporâneo traz duas contribuições, seja no plano discurso ou na perspectiva normativa, para a formulação da ideia de casamento igualitário: a democratização da família e da vida privada impulsionada a partir de parâmetros cívicos e cidadãos do espaço público e a requalificação da própria privacidade.

Como dito antes, reinterpretar a vida privada familiar à luz do paradigma democrático proveniente do espaço público traz desafios de tradução nem um pouco desprezíveis, principalmente pela necessidade de requalificar a igualdade à luz das diferenças de gênero. Uma vez mais, é possível recorrer a Anthony Giddens (1992, p. 212-213) para dimensionar este desafio:

A democracia política implica que os indivíduos tenham recursos suficientes para participar, de uma maneira autônoma, do processo democrático. O mesmo se aplica ao terreno do relacionamento puro, embora, como acontece na ordem política, seja importante evitar um reducionismo econômico. As aspirações democráticas não significam necessariamente igualdade de recursos, mas tendem claramente nessa direção. Não envolvem a inclusão de recursos na carta de direitos reflexivamente negociada como uma parte definidora do relacionamento. A importância deste preceito nos relacionamentos heterossexuais é muito óbvia, dado o desequilíbrio nos recursos econômicos disponíveis a homens e mulheres e nas responsabilidades em relação ao cuidado dos filhos e ao trabalho doméstico. O modelo democrático presume igualdade nesta área: o objetivo, no entanto, não seria necessariamente uma paridade completa, mas pelo menos um arranjo equitativo, negociado segundo o princípio da autonomia. Seria negociado um certo equilíbrio de tarefas e das compensações, que ambas as partes considerem aceitável. Poderia ser estabelecida uma divisão do trabalho, mas não uma divisão simplesmente herdada de critérios preestabelecidos ou imposta por recursos econômicos desiguais conduzidos para o relacionamento.

Trata-se, portanto, de garantir, em um primeiro plano, que a igualdade não seja meramente formal (de direitos), como também de garantir a igualdade material (de recursos), para que o “contrato móvel” seja efetivamente constituído à luz da autonomia e que os direitos humanos possam se transformar em instrumentos eficazes na construção de igualdade de gênero.

Há outro problema que é o de garantir que a superação da imunidade do espaço privado aos princípios da esfera pública cidadã e democrática não terminem por aniquilar por

completo a própria ideia de privacidade e sua importância nas relações de gênero.¹²⁴

Dito de outro modo, neste ponto surge o desafio de requalificar a autonomia privada das mulheres, notadamente na família, equilibrando o recurso à privacidade como forma de defesa das singularidades de gênero sem a produção de invisibilidade e inferiorização que o modelo “constitucional” do século XIX, sob a égide de um paradigma liberal-burguês, produziu. É neste sentido a reflexão da Profa. Helen Irving (2008, p. 171):

A proteção constitucional do direito à "privacidade", por exemplo, pode ser uma “faca de dois gumes”, podendo ser tanto valiosa e ao mesmo tempo perigosa para as mulheres. O direito à privacidade é particularmente importante para as mulheres, porque sua capacidade reprodutiva tem sido historicamente utilizada como um meio de, e razão para, a regulação invasiva e o controle de seus corpos [...] o governo não tem nenhuma legitimidade para invadir essa esfera. Se, no entanto, o direito de privacidade é entendido como coincidente com o direito à não interferência "doméstica", pode efetivamente proibir a regulação das relações interpessoais, fechando a porta doméstica contra a escrutínio público e servindo como um manto sobre a violência interpessoal ou tirania doméstica, de que a maioria das vítimas são mulheres. Se o direito à privacidade é constitucionalizado, precisa, portanto, ser qualificado ou complementado, de modo que ele não tem o efeito de afastar a regulamentação das relações domésticas pela legislação nacional.¹²⁵

¹²⁴ Esta preocupação está presente na reflexão de Jean L. Cohen, ao enfrentar as críticas do feminismo igualitário à questão da privacidade. A autora faz uma série de indagações sobre se a privacidade poderia ser adequadamente substituída pela igualdade. Em suas palavras: “E se as capacidades reprodutivas dos homens e das mulheres se transformassem em algo para o uso e controle dos outros – por exemplo, por parte do Estado – para efeitos de política de população? Imagine um mundo de igualdade entre os sexos, sem hierarquias de gênero, sem funcionalização desigual dos corpos das mulheres, e com adequados apoios sociais através de políticas públicas e de cuidados para a gravidez. Será que isso significa que as mulheres não mais têm o direito de terminar uma gravidez indesejada ou de que não seria necessário proteger seus direitos de privacidade ou sua autonomia pessoal de decisão neste domínio? [...]. As mulheres devem abrir mão de seus direitos à autonomia pessoal em troca de benefícios governamentais ou de igualdade de tratamento? No mundo da igualdade dos sexos, quem decide? [...] É a autonomia ética quanto à decisão pessoal de se trazer uma criança ao mundo dependente da forma como os homens tomam tais decisões? [...]”. Cohen então mostra qual a importância da privacidade e como isto não se confunde com a igualdade: “A justificação da privacidade de direitos reprodutivos e de outras dimensões da associação íntima [...] traz os princípios normativos e significados simbólicos associados à privacidade no domínio da intimidade: a autonomia pessoal, a liberdade como não-dominação, ética, autodeterminação, a busca da agência, da felicidade – em jogo como atribuir à autonomia de decisão para o indivíduo e não para a família e sua unidade, o Estado, terceiros” (*What if men's and women's reproductive capacities were turned into something for the use and control of others - say, by the state - for purposes of population policy? Imagine a world of sex equality, without gender hierarchies, without unequal functionalization of women's bodies, and with adequate social supports via public policy for childbearing and care. Would this mean that women would no longer have the right to terminate unwanted pregnancies or that they would no longer have the right to terminate unwanted pregnancies or that they would not need privacy rights protecting their personal decisional autonomy in this domain? [...]. Should women have to relinquish their rights to personal autonomy in exchange for governmental benefits or for equal treatment? In the world of sex equality, who decides? [...] Is her ethical autonomy regarding the intimately personal decision of whether to bring a child into the world dependent on how men would make such decisions? [...] The privacy justification for reproductive rights and for other dimensions of intimate association [...] brings the normative principles and symbolic meanings associated with privacy in the domain of intimacy: personal autonomy, freedom as nondomination, ethical self-determination, agency, pursuit of happiness - into play as ascribing decisional autonomy to the individual rather to the family unit, the State, third parties [...]*) (COHEN, 2002, p. 36-37).

¹²⁵ No original em inglês: “*The constitutional protection of the right to "privacy", for example, may be a double-edged sword, both valuable and at the same time dangerous for women. The right to privacy is particularly*

A contribuição de Helen Irving sobre a necessidade de cuidadosa constitucionalização da privacidade, com a necessidade de sua suplementação ou qualificação, parece ter sido endereçada na Constituição brasileira vigente.

Isto porque ao lado da proteção à vida privada e à intimidade (art. 5º, X) e à própria família (art. 226, *caput*), em conjunto com provisões no sentido de garantir a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, parágrafo 8º) e mesmo de afastar qualquer interferência coercitiva de instituições públicas ou privadas em relação ao planejamento familiar, qualificado como decisão livre do casal, ainda que informada pela dignidade humana e pela paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7º).

Isto sem esquecer a própria afirmação constitucional de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, parágrafo 5º), o que se torna um parâmetro para o “contrato móvel” a que se refere Giddens (1992) no relacionamento puro e que pode ser aplicado na vida familiar privada e no casamento.

A aplicação dos preceitos constitucionais citados não é, no entanto, tão simples como a sua formulação na normativa constitucional parece indicar, e julgados já mencionados, como a ADC número 19 e o HC número 102.216, mostram claramente uma tensão.

A questão de gênero no que diz respeito à violência doméstica se mostraria assim tensionada entre duas polaridades: entre a redução da privacidade em prol da publicidade, na defesa dos direitos das mulheres, como preconiza Helen Irving, e certo grau de paternalismo que, até certo ponto, reduz também sua autonomia, como trazem Maria Del Carmen Cortizo e Priscila Larratea Goyeneche (2010, p. 105-107):

[...] A Lei Maria da Penha pode ser vista como resultado de demandas históricas dos movimentos de mulheres e feministas, potencializadas pela criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), e pelo trabalho articulado com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário [...]. Como também, de diversos compromissos internacionais assumidos pelo governo brasileiro, dado que estes funcionaram como forma de pressão para a aprovação da mesma. Porém, cabe lembrar que a simples promulgação da Lei, apesar de uma

significant for women because their reproductive capacity has historically been used as a means of, and reason for, invasive regulation and control of their bodies [...] government has no business invading this sphere. If, however, the right of privacy is understood as coterminous with the right to "domestic" noninterference, this may effectively prohibit the regulation of interpersonal relations, closing domestic door against public scrutiny and serving as a cloak over interpersonal violence or domestic tyranny, of which the majority of victims are women. If the right to privacy is constitutionalized, it needs, therefore, to be qualified or supplemented, so that it does not have the effect of ruling out regulation of domestic regulations" (IRVING, 2008, p. 171).

grande conquista não é suficiente [...]. Desta maneira, a violência contra a mulher pode acabar não sendo problematizada, caindo na armadilha da dualidade vítima versus agressor ao se condenar ambas as partes previamente, sem considerar a totalidade e a diversidade dos próprios fenômenos denunciados, esquecendo que se trata de relações sociais complexas [...] o processo penal "doméstica" a conflitualidade, traduzindo-a em uma polaridade excludente, típica do princípio jurídico processual do contraditório, transformando em categorias jurídicas simples e opostas a complexidade das relações de gênero. Outra questão que não pode ser deixada de lado diz respeito à criminalização de problemas sociais, tais como a violência doméstica que entra em choque com os processos de mediação e com os trabalhos psicossociais com os agressores [...] a intervenção penal do Estado priva a vítima de seu espaço e anula seu poder de decisão.

A questão da violência doméstica e a tensão entre redução da privacidade e riscos de supressão da autonomia nas relações de gênero que este ponto carrega consigo levam à um terceiro momento da democratização da família como reflexo da redefinição das relações entre homens e mulheres na constituição do “contrato móvel”.

Para além da redistribuição de poderes e da requalificação dos espaços (público e privado), há outro desafio a ser enfrentado: é preciso ter em conta a identidade dos sujeitos para delimitar o que pode ser efetivamente a igualdade de gênero e sua aplicação na vida privada familiar.

Surge, então, uma oportunidade de dialogar com o pensamento feminista, que busca reconstruir os problemas acerca da construção da igualdade entre os sexos, (o que se reflete na pretensão de paridade na negociação dos termos do “contrato móvel” de Giddens (1992)), como forma de delimitar quem são os participantes desta relação que se pretende igualitária sob os termos contemporâneos.

Aqui é particularmente importante mencionar o trabalho de Catherine MacKinnon e toda a discussão por ela conduzida ao tocar na questão da discriminação sexual:

De acordo com a abordagem de igualdade entre os sexos que tem dominado a política, o direito e a percepção social, a igualdade é uma equivalência, não distinção, e o sexo é uma distinção. O mandato legal da igualdade de tratamento [...] torna-se uma questão de tratar iguais igualmente e os desiguais desigualmente, e os sexos são definidos como tal pela sua dessemelhança mútua. Dito de outra forma, o gênero é construído socialmente como a diferença epistemologicamente, a lei limita a discriminação sexual vinculando igualdade de gênero pela diferença doutrinariamente. A tensão embutida existe entre este conceito de igualdade, o que pressupõe semelhança, e este conceito de sexo, o que pressupõe a diferença. Igualdade entre os sexos, assim, tornar-se uma contradição em termos¹²⁶

¹²⁶ No original em inglês: “according to the approach to sex equality that has dominated politics, law, and social perception, equality is an equivalence, not a distinction, and sex is a distinction. The legal mandate of equal treatment [...] becomes a matter of treating likes alike and unlikes unlike; and the sexes are defined as such by their mutual unlikeness. Put another way, gender is socially constructed as difference epistemologically, sex discrimination law bounds gender equality by difference doctrinally. A built-in tension exists between this concept of equality; which presupposes sameness, and this concept of sex, which presupposes difference. Sex equality thus become a contradiction in terms” (MACKINNON, 1987, p. 32-33).

(MACKINNON, 1987, p. 32-33).

Catherine MacKinnon (1987) apresenta então as duas propostas presentes no discurso dominante para a concretização da igualdade para as mulheres, ambas subjacentes à tensão relatada na passagem citada anteriormente.

O primeiro caminho apresentado, e o dominante segundo a autora, é aquele em que se propõe que as mulheres sejam iguais aos homens, o que é doutrinariamente chamado de *neutralidade de gênero* e filosoficamente chamado de *padrão único*; nas palavras de MacKinnon (1987, p. 33b), “é o testemunho de como a substância traduz-se como forma jurídica que esta regra é considerada igualdade formal”.¹²⁷

A alternativa consiste na proposta de que as mulheres sejam diferentes dos homens. Novamente segundo Mackinnon (1987, p. 33c):

Este igual reconhecimento da diferença é chamada a regra do benefício especial ou regra de proteção especial em termos legais, o duplo padrão filosoficamente falando [...]. Considerada uma exceção à verdadeira igualdade, e não como parte do Estado de Direito, este é o único lugar onde a lei de discriminação sexual admite reconhecer algo substantivo [...] a ação afirmativa é pensada para viver aqui [...] o caminho das diferenças, o que é geralmente visto como paternalista, mas necessário para evitar absurdos, existe para valorar ou compensar as mulheres por aquilo que somos ou nos tornamos distintamente como mulheres (pelo que se entende, ao contrário dos homens), sob as condições existentes.¹²⁸

MacKinnon (1987) critica os dois padrões, na medida em que sob a ideia de semelhança, as mulheres são medidas a partir de sua correspondência com os homens, enquanto que sob o padrão da diferença, são medidas pela falta de correspondência com os homens – para a autora, a masculinidade é a referência para os dois padrões.¹²⁹

MacKinnon (1987) ainda nota que a abordagem da semelhança falha em perceber que

¹²⁷ No original em inglês: “[...] *two paths to equality for women emerge from this dominant approach, paths that roughly follow the lines of this tension. The leading one is: be the same as men. This path is termed gender neutrality doctrinally and the single standard philosophically. It is a testimony to how substance gets itself up as form in law that this rule is considered formal equality*” (MACKINNON, 1987, p. 33).

¹²⁸ No original em inglês: “*this equal recognition of difference is termed the special benefit rule or special protection rule legally, the double standard philosophically [...]. Considered an exception to true equality and not really a rule of law at all, this is the one place where the law of sex discrimination admits it recognizing something substantive [...] affirmative action is thought to live here [...] this equal recognition of difference is termed the special benefit rule or special protection rule legally, the double standard philosophically [...]. Considered an exception to true equality and not really a rule of law at all, this is the one place where the law of sex discrimination admits it recognizing something substantive [...] affirmative action is thought to live here [...] The differences branch, which is generally seen as patronizing but necessary to avoid absurdity, exists to value or compensate women for what we are or have become distinctively as women (by which is meant, unlike men) under existing conditions*” (MACKINNON, 1987, p. 33).

¹²⁹ No original em inglês: “[...] *Under the sameness standard, women are measured according to our correspondence with man, our equality judged by our proximity to his measure [...] Under the difference standard, we are measured according to our lack of correspondence with him [...] masculinity, or maleness, is the reference for both*” (MACKINNON, 1987, p. 34).

as diferenças do homem em relação à mulher são iguais às diferenças da mulher em relação ao homem – existe aqui uma igualdade; por sua vez, a abordagem da diferença falha ao não perceber o fato de que a hierarquia de poder produz diferenças reais e imaginadas, diferenças que são desigualdades.¹³⁰

MacKinnon (1987), então, procura construir a questão da igualdade, bem como a de gênero, como relações de distribuição de poder, a partir de uma supremacia masculina e uma subordinação feminina, o que ela chama de abordagem da dominação,¹³¹ encerrando seu argumento com uma conclamação vigorosa no sentido de se dar igual poder às mulheres na vida social.

A linha defendida por MacKinnon (1987) não está isenta a críticas, mas tem um mérito inegável de sublinhar a identidade dos participantes das relações de gênero representadas no casamento, na união estável ou no relacionamento puro – em outros termos, mostra quem são as partes do “contrato móvel”, e como uma delas – no caso, as mulheres – tem muito menos acessos a recursos e direitos do que a outra, ou seja, os homens.

A concepção de igualdade de MacKinnon (1987) e do feminismo que ela representa tem, por sua vez, fraquezas estruturais. Há um problema de concepção, em primeiro lugar, quanto à questão do poder: não é algo que se dê, como se fosse um objeto ou uma substância, mas sim uma relação intersubjetiva¹³² – e na dominação, há interação entre dominante e dominado, seja pela aceitação da dominação, seja pela resistência, pois aí são traçados os limites da dominação e o grau de sua legitimidade.

Uma questão adicional que requer alguma reflexão consiste em saber o alcance dos efeitos da desigualdade de gênero – estes não seriam sentidos unicamente pelas mulheres, mas por toda a sociedade, tornando a desigualdade entre homens e mulheres constitutiva do próprio espaço público e um desafio para toda sociedade, como mostra Pierre Rosanvallon

¹³⁰ No original em inglês: “[...] *What the sameness standard fails to notice is that men’s differences from women are equal to women’s differences from men. There is an equality there [...]. The difference approach misses the fact that hierarchy of power produces real as well as fantasied differences, differences that are also inequalities* (MACKINNON, 1987, p. 37).

¹³¹ No original em inglês: “[...] *an equality question is a question of the distribution of power. Gender is also a question of power, specifically of male supremacy and female subordination [...]. I call this the dominance approach*” (MACKINNON, 1987, p. 40).

¹³² Neste sentido, a crítica de Sérgio Pistone pode ser aplicada perfeitamente ao pensamento de MacKinnon. Para ele, “não se podem aceitar as definições que, inserindo-se em uma tradição que remonta a Hobbes, ignoram este caráter relacional e identificam o Poder social com a posse de instrumentos aptos a consecução de fins almejados [...] em definições como estas, o poder é entendido como algo que se possui; como um objeto ou uma substância [...]. O Poder social não é uma coisa ou sua posse: é uma relação entre pessoas” (PISTONE, 2007, p. 934). Ao longo do verbete que assina no *Dicionário de Política* de Norberto Bobbio (2007, p. 933-943), o referido autor aponta ainda a questão da legitimidade, como faz Weber (2007, p. 139-198) em *Economia e Sociedade*, e a dinâmica entre dominação e obediência como sendo de caráter relacional.

(2012, p. 313, grifo nosso):

As desigualdades, e este é um ponto chave, não afetam somente aos mais desfavorecidos, seu efeito deletério atinge todos. Pontuou Rousseau a ênfase sobre esta questão em seu *Discours sur L'Origene et le fondement de l'inegalité parmi les hommes*, e em suas Confissões. Mostrou que a desigualdade sempre se sofre solidariamente, define um estado social e produz efeitos que corrompem a sociedade inteira. Ele atacou duramente, neste sentido, a "miséria igual", que acaba englobando a ricos e pobres, em cidades inteiras onde se reúnem as condições mais extremas.¹³³

Ainda que o trecho citado da obra de Rosanvallon promova um resgate do pensamento de Rousseau no que tange à desigualdade material, opondo riqueza e pobreza, não há porque não aplicar o exposto à desigualdade de gênero, vendo-a como negação do Estado de Direito.

Quando uma sociedade trata desigualmente e inferioriza as mulheres, os efeitos se espalham por diversos segmentos da vida pública e privada (trabalho, família, escola, política etc.), com reflexos visíveis em questões como a vida das crianças e adolescentes, dos idosos, ou mesmo em relação aos próprios homens e sua inferiorização quando não atendem aos padrões sociais de masculinidade deles exigidos.¹³⁴

Neste sentido, como destacou Giddens (1992), os ganhos com a democratização da intimidade, da família e das relações pessoais não se restringem às mulheres, mas se convertem em ganhos para toda a sociedade. A diferença pode ensejar a cooperação e estimular o reconhecimento, como o próprio Giddens (1992, p. 213-214) destaca:

Num plano mais amplo, existe uma simetria entre a democracia da vida pessoal e as possibilidades democráticas na ordem política global [...]. Aqui, a interação das partes começa por uma tentativa de descobrir as preocupações e os interesses subjacentes um ao outro, identificando uma variedade de possíveis ações, antes de restringir algumas delas. O problema a ser resolvido está separado do antagonismo para com o outro, de forma que é possível ser firme sobre a substância da negociação, embora apoiando e respeitando a outra parte. Em resumo, assim como

¹³³ No original em espanhol: “*Las desigualdades, y este es el punto clave, no afectan somente a los más desfavorecidos, sino que su efecto deletéreo alcanza a todos. Rousseau puso ya el acento en esta cuestión en su Discours sur L'Origene et le fondement de l'inegalité parmi les hommes, así como en sus Confessions. Demostró que la desigualdad se sufre siempre solidariamente, define un estado social y produce efectos que corrompen a la sociedad entera. Habló con dureza, en este sentido, de la "igual miseria" que acaba englobando a ricos y pobres donde se reúnen las condiciones más extremas*” (ROSANVALLON, 2012, p. 313).

¹³⁴ Neste sentido, interessante pontuar o que trazem Maria del Carmen Cortizo e Priscila Larratea Goyeneche sobre a violência doméstica: “[...] falta a expansão de uma nova cultura democrática com novos valores. Vivemos em um tempo de relações sociais perversas, é preciso quebrar com este ciclo paternalista e machista que a priori já violenta as mulheres aprisionando-as em papéis imaginários. É preciso libertar nossos homens, também, igualmente vítimas deste sistema que não os permite chorar, tampouco sofrer” (CORTIZO; GOYENECHÉ, 2010, p. 108). Mais do que um problema entre homens e mulheres, a violência doméstica contra a mulher enquanto manifestação da desigualdade de gênero é um problema de toda sociedade, atingindo a todos os cidadãos e a todas as cidadãs, atingindo a família como um todo, desde as crianças até o próprio homem.

na esfera pessoal, a diferença pode se transformar em um meio de comunicação.

Giddens (1992) mostra uma contribuição da esfera da intimidade para o espaço público: a superação do antagonismo e a construção do diálogo a partir do reconhecimento das diferenças como forma de reconhecimento do outro.

Mais importante é perceber a questão a partir das singularidades e de como isto modifica a percepção de igualdade. Neste sentido, Pierre Rosanvallon coloca a questão da igualdade entre os sexos/gêneros como algo central na própria história da igualdade e, retomando em termos questões que são também formuladas por MacKinnon acerca das questões como semelhança e diferença, mas introduzindo um novo fator, a singularidade:

A questão da igualdade dos sexos é a chave de uma história da igualdade porque se situa ante uma dupla encruzilhada: a das relações entre singularidade e semelhança e entre singularidade e diferença, por outra. Para determinar a condição e os direitos de cada mulher, sua singularidade há sido por muito tempo essencializada e naturalizada, constituindo-a na base da negação da semelhança [...]. A mulher não era igual ao homem porque não era sua semelhante. Se estabelecia entre ambos uma diferença qualitativa. Durante a Revolução Francesa, à mulher se negou o direito ao sufrágio, porque no fundo ela não era considerada um verdadeiro indivíduo. Se seguia concebendo-a como um simples elemento do “corpo familiar”, enquanto o homem era, ele sim, um indivíduo e a cabeça deste corpo [...] a exclusão política da mulher atestava assim o duplo aspecto inconcluso do individualismo revolucionário: antropológico, em quanto a condição mesma da mulher; sociológico, enquanto a percepção da família [...] (ROSANVALLON, 2012, p. 321-322).¹³⁵

Rosanvallon (2012) reconstrói assim a questão da relação entre os sexos/gêneros no individualismo moderno, inserindo inclusive o elemento da família nesta análise. O referido autor, porém, não adere à ideia de dominação de MacKinnon (1987), mas formula a questão da relação dos sexos/gêneros a partir da ideia de singularidade, como já destacado na passagem anterior, enfrentando o problema a partir da ideia de igualdade como relação:

Ainda que hoje o homem e a mulher se considerem plenamente semelhantes, a qualificação do que funda a igualdade entre eles segue sendo surpreendentemente imprecisa. Sem dúvida são indivíduos iguais em direitos aos olhos de (quase) todos.

¹³⁵ No texto original da versão em espanhol: “*la cuestión de la igualdad de los sexos es la clave de una historia de la igualdad porque se sitúa ante una doble encrucijada: la de las relaciones entre singularidad y semejanza, por una parte, y la de la relación entre singularidad y diferencia, por otra. Para determinar la condición y los derechos de la mujer, su singularidad ha sido durante largo tiempo esencializada y naturalizada, constituyéndola en la base de una negación de semejanza [...]. La mujer no era igual al hombre, porque no era su semejante. Se establecía entre ambos una diferencia cualitativa. Durante la Revolución Francesa, a la mujer se le negó el derecho al sufragio, porque en el fondo no se la consideraba un verdadero individuo. Se la seguía concebendo como un simple elemento del “corpo familiar”, mientras que el hombre era, él sí, individuo y a la vez la cabeza de ese cuerpo [...] la exclusión política de la mujer atestiguaba así el doble aspecto inconcluso del individualismo revolucionario: antropológico, en cuanto la condición misma de la mujer; sociológico, en cuanto la percepción de la familia [...]*” (ROSANVALLON, 2012, p. 322).

Mas as discriminações de que são objeto as mulheres em muitos terrenos sugerem claramente que a questão ainda está longe de ser resolvida tanto nos costumes como nas mentalidades [...]. Para abordar o problema evitando este estado de indefinição, J.S. Mill foi o primeiro a sugerir que se tratasse a igualdade nesta matéria desde o ponto de vista da natureza da relação entre homens e mulheres. O desafio que ele destacava, seguindo esta ideia, está na “capacidade de viver juntos como iguais”. Equivalia a dizer que a questão dos direitos das mulheres residia sobre sua relação com os homens, e não unicamente na posse de determinados atributos. Os homens e as mulheres não existem separados uns das outras para entrar logo em comunicação. Só existem em relação uns com as outras, uns frente às outras, indivíduos-relação. Para ser mais preciso inclusive, são suscetíveis de encarnar a figura mais exemplar de uma igualdade das singularidades. “Na diferença dos sexos” – disse de forma sugestiva Étienne Balibar – “nos encontramos com um suplemento de singularidade [...]. Neste caso, a igualdade não é a neutralização das diferenças (a nivelção), senão a condição e a exigência da diversificação das liberdades”. [...] A distinção de sexo é a chave de um aprofundamento que há que se reforçar entre semelhança e singularidade (ROSANVALLON, 2012, p. 322-323).¹³⁶

Ainda que a compreensão de singularidade de Rosanvallon não seja rigorosamente identifica à noção de ideia de comunicação a partir das diferenças, como defende Giddens (1992), ambos fogem da noção de oposição rígida entre os sexos/gêneros e colocam a igualdade entre homens e mulheres (no relacionamento e fora dele) a partir da ideia de relação, ou seja, da dinâmica das relações entre homens e mulheres, vistos aqui como complementares ou, ao menos, como suplementares.

Uma última crítica ao pensamento de MacKinnon (1987) diz respeito à própria pretensão de homogeneizar ou universalizar a ideia de mulher sem ter em conta as singularidade dentro da própria condição feminina, recortada por outras influências e contingências – este é o argumento de crítica feita, não só ao trabalho de MacKinnon, mas de uma certa linha do feminismo, por Martha Minow (2008, p. 260; 262-266):

As análises feministas frequentemente supõem que uma pessoa branca, de classe média, heterossexual, cristã e fisicamente apta seja a norma que fundamenta a

¹³⁶ No texto original da versão espanhola: “*aunque al hombre y a la mujer se les considera hoy plenamente semejantes, la cualificación de lo que funda su igualdad sigue siendo sorprendentemente imprecisa. Sin duda son individuos en derechos a los ojos de (casi) todos. Pero las discriminaciones de que son objeto las mujeres en muchos terrenos sugieren claramente que la cuestión aún dista mucho de estar resuelta, tanto en las costumbres como en las mentalidades [...]. Para abordar el problema evitando este estado de irresolución, J.S. Mill fue el primero en sugerir que se tratara la igualdad en esta materia desde el punto de vista de la naturaleza de la relación entre los hombres y las mujeres. El reto, destacaba siguiendo esta idea, está en la ‘capacidad de vivir juntos como iguales’. Equivalia a decir que la cuestión de los derechos de las mujeres residia sobre todo en su relación con los hombres, y no unicamente en la posesión de determinados atributos. Los hombres y mujeres no existen separados unos de las otras para entrar luego en comunicación. Solo existen en relación unos con las otras. Son necesariamente los unos para las otras, los unos frente a las otras, individuos-relación. Para ser más precisos incluso, son susceptibles de encarnar la figura más ejemplar de una igualdad de las singularidades. ‘E la diferencia de los sexos – dice de forma sugerente Étienne Balibar – nos encontramos con un suplemento de singularidad [...]. En este caso la igualdad no es la neutralización de las diferencias (la igualación), sino la condición y la exigencia de la diversificación de las libertades’ [...] La distinción de sexo es la clave de una profundización en el ideal igualitario” (ROSANVALLON, 2012, p. 322-323).*

experiência “feminina”. Qualquer variação disto deveria ser especificada [...]. Ao tentarem corrigir a perspectiva feminina, ou mesmo um ponto de vista feminino, as feministas põem em risco nosso desafio às simplificações, aos essencialismos e aos estereótipos. Muitas feministas reconhecem que as mulheres se enquadram em qualquer categoria de raça, religião, classe e etnicidade, e que variam quanto à preferência sexual, condições de deficiência física e outros aspectos diferenciais. Qualquer alegação decorrente do ponto de vista feminino, ou que use as mulheres como ponto de referência pode obscurecer tal multiplicidade caso represente uma visão particular como universal. Existem afirmações expressas de que o sexismo é mais importante que o racismo. Essa alegação é perturbadora, não só por sugerir que as feministas talvez não levem em consideração outras formas de opressão ou dominação além do sexismo, mas que ignorem as próprias experiências femininas em toda sua variedade [...]. Em um mundo onde há racismo e classismo, minimizar os efeitos de raça e de classe provavelmente implicará – intencionalmente ou não – minimizar os efeitos do racismo e do classismo. Ao abordar este mesmo risco, Nancy Fraser e Linda Nichol森 concluem que não existe um “método feminista” nem uma epistemologia feminista, “uma vez que a opressão das mulheres não é homogênea em conteúdo, nem determinada por uma causa básica subjacente [...]. As próprias atividades feministas também revelam relações entre conhecimento e poder. As feministas não são mais livres de estereótipos culturais do que outros indivíduos. Feministas brancas podem estar embuídas dos estereótipos inconscientes sobre indivíduos não brancos; estereótipos semelhantes podem dividir mulheres que tenham diferentes religiões, preferências políticas, habilidades, dificuldades e preferências sexuais [...]. Ignorar as diferenças entre as mulheres pode permitir que mulheres relativamente mais privilegiadas se identifiquem com toda discriminação contra mulheres, embora também reivindicuem uma autoridade especial para falar por mulheres que não são como elas.

A crítica à ideia de mulher como categoria universal e a problematização da identidade feminina na perspectiva feminista também é feita por Judith Butler (1990, p. 4), para quem:

Existe uma semelhança entre as "mulheres" que preexiste a sua opressão, ou "as mulheres" têm um vínculo em virtude de sua opressão por si só? Há uma especificidade para a cultura da mulher, que é independente de sua subordinação por culturas machistas hegemônicas? [...] O binário masculino / feminino constitui não apenas a estrutura exclusiva em que essa especificidade pode ser reconhecida, mas em todos os outros aspectos a "especificidade" do feminino é mais uma vez totalmente descontextualizada e separada de classe, raça, etnia, e outros eixos de relações de poder que tanto constituem a "identidade" e tornando equivocada a noção singular de identidade [...] a fragmentação dentro do feminismo e a oposição paradoxal de "mulheres" que o feminismo afirma representar sugerem os limites necessários de política de identidade.¹³⁷

Comentando a obra de Judith Butler (1990) e sintetizando sua crítica contra a ideia de mulher como um conceito unitário e totalizante, Carla Rodrigues mostra como o uso do plural (“mulheres”) no lugar do singular (“mulher”) tentou dar conta da complexidade da definição

¹³⁷ No original em inglês: “*Is there a commonality among "women" that preexists their oppression, or do "women" have a bond by virtue of their oppression alone? Is there a specificity to women's culture that is independent of their subordination by hegemonic, masculinist cultures? [...] The masculine/feminine binary constitutes not only the exclusive framework in which that specificity can be recognized, but in every other way the "specificity" of the feminine is once again fully decontextualized and separated of class, race, ethnicity, and other axes of power relations that both constitute "identity" and make the singular notion of identity misnomer [...] the fragmentation within the feminism and the paradoxical opposition from "women" whom feminism claims to represent suggests the necessary limits of identity politics*” (BUTLER, 1990, p. 4).

da noção de identidade feminina à luz das múltiplas referências sociais que atravessam esta identidade nas sociedades contemporâneas:

Assim, teoria e militância passam a falar em nome das “mulheres”, a fim de apontar para o caráter abrangente da categoria “mulher” e responder às críticas sobre a suposta falta de representatividade do feminismo, que pretenderia falar em nome de uma totalidade impossível de ser resumida em um significante. Havia mulheres brancas, negras, ocidentais, orientais, jovens, idosas, escolarizadas, trabalhadoras, donas de casa, pobres, abastadas, e o substantivo “mulher” estava longe de poder dar conta de tamanha diversidade (RODRIGUES, 2012, p. 149).

Outras críticas à concepção totalizante e homogeneizante de “mulher”, como construída na linha de argumentação feminista apresentada por Catherine MacKinnon (1987) são compartilhadas e expressadas por outras perspectivas teóricas, notadamente nas obras de Jurgen Habermas (1997)¹³⁸ e Martha Nussbaum (2010)¹³⁹, ainda que as respectivas análises pouco tenham em comum e construam críticas ao modelo de identidade feminina de

¹³⁸ Habermas se aproxima da crítica feita por Martha Minow à pretensão universalizante da ideia de mulher e seus riscos, mas o faz fora do campo teórico do feminismo. Nas palavras de Jurgen Habermas, “o princípio da teoria do poder inserido na teoria do direito feminista é mais vantajoso do que os princípios da teoria da distribuição, pois, ao caracterizar o sentido emancipatório da igualdade de direitos, leva em conta também a autonomia do indivíduo e dos parceiros do direito reunidos, como núcleo do sistema de direitos”. Habermas adverte, contudo, que este princípio “tende a estilizar os sexos como unidades monolíticas, do mesmo modo que o marxismo ortodoxo tinha objetivado as classes sociais, transformando-as em macrossujeitos”, mencionando expressamente Catherine MacKinnon e sua obra, *Towards a Feminist Theory of the State* (HABERMAS, 1997, p. 161).

¹³⁹ O trabalho de Martha Nussbaum é uma tentativa de reaproximar o feminismo do universalismo a partir de uma abordagem liberal – o pensamento da autora foi denominado de “teoria das capacidades humanas”. Trata-se no entanto de uma perspectiva liberal crítica de si própria, como explica Siobhán Mullally, ao comentar a obra de Martha Nussbaum, que enfrenta as razões e os modos pelos quais se diferenciam o público e o doméstico, o político e o não político (MULLALLY, 2006, p. 59). A própria Martha Nussbaum, ao enfrentar a crítica feminista ao liberalismo, retoma a tradição liberal para argumentar que “ela referencia o mundo, seu mistério e sua maravilha. E ela reverencia a capacidade das pessoas de escolher um modo de vida. Essa capacidade não tem gênero, de modo que o liberal não reverencia distinções de gênero estabelecidas mais do que o equipamento deslumbrante dos reis” (*she feels reverence for the world, its mystery and its wonder. And she reveres the capacity of persons to choose a fashion of life. That capacity has no gender, so the liberal does not revere established distinctions of gender any more than the dazzling equipment of kings*). A defesa das capacidades humanas de Nussbaum procura, então, entender as mulheres a partir de uma concepção universal de pessoa humana e de suas capacidades, vistas como parte de “uma comunidade de pessoa que consideram umas às outras como livres e iguais, mas também como finitas e necessitadas - e elas se esforçam para organizar suas vidas em relações de justiça e liberdade. Em um mundo regido por hierarquias de poder e de moda, esta ainda é [...] uma visão radical [...]; é sempre radical demandar ver e ser visto como humano e não como senhor de alguém ou objeto de alguém”, defendendo que as mulheres abracem esta visão e façam esta demanda (“*a community of persons regard one another as free and equal but also as finite and needy - and they strive to arrange their relations of justice and liberty. In a world governed by hierarchies of power and fashion, this is still [...] a radical vision [...] it is always radical to make the demand to see and to be seen as human rather than as someone’s lord or someone’s subject. I believe it is best for women to embrace this vision and make this demand*”) Sem descuidar das singularidades das mulheres, Nussbaum procurar assim reconduzir o feminino ao universal, entendendo que as mulheres devem buscar compartilhar os ideais universais de justiça e liberdade com as demais pessoas e defende as capacidades humanas como algo que independe de gênero, por serem desdobramentos da razão e da autonomia moral que todas as pessoas possuem, incluindo as mulheres. Nussbaum defende assim uma reaproximação entre feminismo e universalismo mediada pelo liberalismo, pela crença na razão, retomando, em certa medida o liberalismo idealista de Kant.

MacKinnon em diferentes bases.

Assim, as interações entre homens e mulheres e seus desdobramentos na vida familiar, no casamento e no relacionamento afetivo puro são atravessadas por outras questões de variadas matizes – em outros termos, o “contrato móvel” mencionado por Giddens é atravessado e preenchido por diversas outras “cláusulas” que não necessariamente a questão de gênero (diferenças salariais, visões religiosas, raça, origem nacional, ocupação profissional etc.).

O que se pode extrair destes ponto e contraponto entre concepções feministas e mesmo não feministas da igualdade entre os sexos, a partir do posicionamento de MacKinnon (1987) e das críticas que podem a ele ser feitas, é o debate entre as concepções de igualdade, colocando em relevo a relação homens e mulheres, especialmente quanto se trata de uma esfera da intimidade democratizada, a partir da qual se determina a natureza desta igualdade e de seu impacto no espaço público.

Diante de toda a argumentação desenvolvida, no espaço da privacidade familiar em articulado a partir dos valores da esfera pública democrática, homens e mulheres são complementares e interativos (diferente do que defende MacKinnon (1987)), e a igualdade torna-se o cerne da ideia de Estado de Direito e de sua aplicação nas relações de gênero (bem como no que tange à sexualidade e à orientação sexual).

Em sua concepção formal, o Estado de Direito é a realização da igualdade como reciprocidade: a noção de que a lei é igualmente aplicada a todas as situações idênticas para todos os cidadãos, sem qualquer discriminação não razoável, e que estes podem confiar que o governo os tratará de forma igual quanto aos direitos e prerrogativas constantes na ordem jurídica, assim como que a própria autoridade pública se vinculará à ordem jurídica que propõe.

Já em uma concepção substantiva de Estado de Direito orientada pela questão de gênero, ou pela perspectiva feminina, a igualdade é construída como igualdade-relação: homens e mulheres são iguais em direitos e dignidade, com autonomia para construir sua relação e suas vidas em conjunto, mas devem ter observadas as suas singularidades e como estas compõem a interação entre eles e elas.

Esta igualdade como encontro das singularidades masculinas e femininas, e de como elas se complementam e se suplementam, deve se desenvolver à luz da cidadania que lhes é comum e das prerrogativas igualitárias no espaço público e na vida privada, respeitando-se as peculiaridades de cada espaço.

Em ambos os casos, os direitos humanos e fundamentais, a partir de Textos

Constitucionais ou mesmo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como já mostrado nos capítulos anteriores, oferecem fundamentos jurídico-políticos para transformar a dinâmica das relações de gênero.

Quando os direitos humanos e os direitos fundamentais desempenham uma função de direitos de defesa (ainda que não somente neste caso), tornam-se instrumentos que impedem o arbítrio do Estado sobre os cidadãos e cidadãs, bem como sobre suas respectivas vidas, a partir da ideia de que os cidadãos são merecedores de igual respeito e consideração da comunidade política, como bem observa Ronald Dworkin (2005, p. 1; 16):

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os seus cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania [...] o princípio da igual importância exige que os indivíduos ajam com igual consideração em relação a alguns grupos de pessoas em certas circunstâncias. A comunidade política exerce domínio sobre seus próprios cidadãos, e lhes exige fidelidade e obediência às leis, deve adotar uma postura imparcial, objetiva, com relação a eles, e cada um de seus cidadãos devem votar, e seus representantes devem promulgar leis e elaborar políticas governamentais, com essa responsabilidade em mente. Como já disse, a igual consideração é a virtude especial e indispensável dos soberanos.

A partir do exposto por Dworkin (2005), os direitos humanos e fundamentais acabam criando espaço para a autonomia individual de homens e mulheres, à luz de uma pauta comum e reciprocamente referida de direitos e deveres entre eles, os quais vinculam não somente ao Estado (tendo como correspondência a sujeição às leis e aos atos estatais), mas também aos/às outros/as participantes da comunidade política.

Aqui, todas as pessoas, independentemente de sexo/gênero, depositam sua confiança no cumprimento e no respeito destes direitos que o Estado promulgou e se propôs a respeitar em troca da obediência à ordem jurídica.

Os direitos humanos e direitos fundamentais incidentes nas relações de gênero, em particular na vida privada familiar, são assim direitos de todos e de todas, para além da moral, dos costumes e da tradição.

São os mesmos para homens e mulheres, e devem ser igualmente garantidos pelo Estado, pois cidadãos e cidadãs depositam sua confiança nesta pauta igualitária que constitui o Estado de Direito.

Ao mesmo tempo, os perigos e riscos à igualdade (formal e/ou substancial) de gênero não provém somente do Estado, mas também a partir de agentes privados, cujo fundamento de sua ação pode ser proveniente da própria tradição moderna ou de outras visões, religiosas

ou morais, que consagram um predomínio do masculino sobre o feminino.

Entra em cena a função dos direitos humanos e fundamentais de proteção perante terceiros, pois se trata de uma responsabilidade de cada cidadão/cidadã, como indicou Dworkin, ter igual respeito e consideração pelo outro/a, cabendo ao Estado zelar pela observância deste preceito.

Aqui, os direitos humanos e os direitos fundamentais desempenham um papel de proteção perante terceiros nas relações de gênero – é dizer, impedem que o arbítrio privado ou que a dominação a partir de uma matriz masculina frustre a igualdade das mulheres em relação aos homens.

É o que acontece quando os direitos humanos e fundamentais tornam-se um meio para afastar a violência contra mulher no espaço da privacidade, ou quando equiparam seus direitos e prerrogativas aos dos homens nas relações do casamento e da família, permitindo que ambos possam constituir uma parceria na construção de sua relação à luz da autonomia e da singularidade.

Se a função de direitos de defesa dos direitos humanos impede o Estado de ser institucionalmente o promotor da desigualdade de gênero,¹⁴⁰ pela função de proteção perante terceiros, o Estado é impedido de ser omissivo contra violências ou negações de direitos e dignidade promovidas no espaço privado, familiar ou não, contra a mulher e procura elaborar pautas igualitárias entre homens e mulheres com base em suas singularidades.

Finalmente, a função de não discriminação articula as duas funções citadas e promove igualdade de direitos e de autonomia para homens e mulheres igualmente, sem negligenciar suas singularidades e sua capacidade de constituir livre e igualitariamente suas relações na esfera da intimidade, mas sem que a privacidade se torne um bloqueio dos valores de cidadania do espaço público e o domínio do arbítrio. É a partir desta função que se desdobram as outras duas anteriormente citadas.

¹⁴⁰ Neste sentido, Eduardo Appio relata que “o princípio mais importante do sistema constitucional norte-americano é o da equidade (*fairness*), ou seja, o direito do cidadão a um tratamento com igual consideração e respeito”. Observa o autor ainda que “sempre que as leis (ou atos administrativos) fixarem distinções entre os indivíduos a partir da consideração de que existem determinadas pessoas ou grupos de pessoas que não merecem o mesmo tratamento que os demais, sem que apresente um propósito público racionalmente justificável, a inconstitucionalidade estará presente por conta da clara violação da cláusula da igual proteção” (APPIO, 2009, p. 198-199). O que a cláusula de igual proteção do Direito norte-americano expressa nada mais é do que a concepção de Estado de Direito formal e sua ideia de igualdade como reciprocidade, como anteriormente exposto, o que é alcançado pelo desempenho das funções de direitos de defesa, de proteção perante terceiros e de não discriminação dos direitos fundamentais.

3.2.2 Judicialização e publicização da intimidade como afirmação da singularidade: liberdade de vida familiar, casamento igualitário e diversidade de orientação sexual na experiência constitucional: a jurisprudência dos tribunais

Da mesma forma que a construção da igualdade entre homens e mulheres no constitucionalismo contemporâneo e sua aplicação no casamento e na vida familiar, a reivindicação de gays e lésbicas pelos mesmos direitos civis, notadamente aqueles concernentes à família, está relacionada com a dinâmica da relação espaço público/esfera privada e tem profunda conexão com a afirmação dos direitos humanos como instrumentos de luta política e jurídica por visibilidade, respeito e igual consideração.

A luta por igualdade entre os sexos/gêneros e seus desdobramentos na intimidade familiar formaram as bases para a primeira formulação da ideia de que o casamento poderia ser uma instituição igualitária. Uma parte deste ideal está relacionada à pretensão de interação de singularidades na dinâmica do relacionamento afetivo, aquilo que Giddens (1992) denominou de “contrato móvel”.

Se o casamento e a família na modernidade foram meios de “naturalização” das diferenças entre homens e mulheres, da construção da inferioridade do feminino em relação ao masculino, também foi o lugar de libertação da pessoa das redes de solidariedade e dependência baseadas na tradição pré-moderna do Antigo Regime, questionadas por meio do casamento por amor e fundado no companheirismo.

Este ideal iluminista e, posteriormente, romântico, tem uma função de afirmar os direitos da pessoa de utilizar sua autonomia para escolher seu destino, tornando a privacidade familiar uma forma de realização pessoal e de libertação das imposições pré-estabelecidas pela tradição. Ainda que não igualitária, a família moderna foi revolucionária ao seu tempo.

Mesmo que a primeira versão dos direitos ao casamento e à vida familiar tenha sido fundada naquilo que Giddens (1992) chamou de “separados, mas iguais”, no sentido que homens e mulheres tinham atribuições diferentes na sociedade conjugal da sociedade liberal, houve uma ruptura com a ideia de casamento como status determinado por redes sociais mais amplas do Antigo Regime.

A mesma ideia surge a partir da segunda metade do século XX, com o advento de provisões constitucionais e legais de igualdade entre homens e mulheres no casamento: a superação de uma tirania – no século XVIII, da tradição e da sociedade; no século XX do

masculino sobre o feminino, legitimada pela ordem jurídica e social.

O objetivo deste movimento, que foi uma pequena parte de toda a luta pela afirmação da condição cidadã da mulher e da conquista de seus direitos, não era a ruptura com a ideia de casamento, mas sim a redefinição igualitária de seus termos, e a negação de sua aplicação como forma de tirania na intimidade.

Posteriormente, lembrando Charles Taylor e Nancy Fraser, a própria ideia de monopólio da vida familiar pelo modelo de família fundado no casamento é colocada em xeque por novas aspirações de realização íntima por meio do relacionamento afetivo puro.

Mas há um movimento que começa no plano do relacionamento puro e depois busca justamente as formas jurídicas para se equiparar ao casamento: o ideal igualitário de gays e lésbicas (ou da comunidade LGBT, para ser mais ampla) de ter acesso aos mesmos direitos dos heterossexuais quanto à família e ao casamento.

Ainda que imerso em suas próprias contingências, o ideal igualitário de gays e lésbicas em relação aos heterossexuais, materializado nas pretensões quanto à família e ao casamento, redefinindo-os como direitos e não como status, compartilha com o movimento feminista um legado emancipatório fundado na autonomia individual contra a opressão do coletivo e no discurso dos direitos¹⁴¹, com um potencial revolucionário se projeta nas demandas de direitos da comunidade LGBT quanto à privacidade familiar.

O casamento igualitário não diz respeito a um ideal apenas quanto ao casamento, mas

¹⁴¹ Esta perspectiva não é consensual, no entanto, nem no interior do movimento feminista nem nos movimentos de gays e lésbicas, visto que há setores de ambos que veem o casamento como instrumento de dominação, como explica David Paternotte (2009, p. 64): “Historicamente, com efeito, militantes e intelectuais afins às reivindicações têm denunciado a natureza opressiva do casamento, civil e religioso, não podendo esta instituição em nenhum caso produzir igualdade. Muitos militantes consideram o casamento como instituição patrimonial projetada para resolver comércio entre as famílias, mesmo em uma descendência patrilinear. Portanto, era estranho a todas as formas de união amorosa. Pelo contrário, dada a falta de reconhecimento legal, as experiências de gays e lésbicas foram fundadas, segundo eles, no amor. Ao mesmo tempo, alguns ativistas descreveram uma crítica ainda mais radical o casamento como um obstáculo à liberdade individual, um limite para as possibilidades experimentais de casais, um mecanismo de reprodução das relações de dominação e fonte de violência, hipocrisia e frustração [...]. No plano teórico, tanto os estudos feministas como os de gays e lésbicas têm destacado a medida em que o casamento não tem sido historicamente um direito ao gozo aberto a todos, mas sim um privilégio reservado para o uso exclusivo de certas categorias sociais” (“*Históricamente, en efecto, militantes e intelectuales afines a las reivindicaciones homosexuales han más bien denunciado la naturaleza opresiva del matrimonio, tanto civil como religioso, no pudiendo esta institución en ningún caso ser productora de igualdad. Muchos militantes consideraban el matrimonio como una institución patrimonial destinada a solucionar intercambios entre familias, incluso la filiación en un sistema patrilineal. Por esta razón, era extranjera a toda forma de unión amorosa. Al contrario, dada la ausencia de reconocimiento legal, las vivencias de gays y lesbianas se fundaban según ellos en el amor. En la misma época, ciertos militantes describían de manera aún más radical el matrimonio como un freno a la libertad individual, un límite a las posibilidades de experimentación de las parejas, un mecanismo de reproducción de las relaciones de dominación y una fuente de hipocresía, de violencia y de frustración [...]. En el plano teórico, tanto los estudios feministas como gays y lésbicos, han subrayado hasta que punto el matrimonio no ha constituido históricamente tanto un derecho abierto al disfrute de todos, como un privilegio reservado al uso exclusivo de categorías sociales determinadas*”).

a uma transformação da própria intimidade pela busca de igualdade de gays e lésbicas nesta seara, por meio da reivindicação de que relações homoafetivas que existiam ou existem como arranjos informais ou na dinâmica do relacionamento puro possam alcançar reconhecimento jurídico e social.

Um dos caminhos escolhidos pelos homossexuais, bissexuais e transexuais na busca pela efetivação deste ideal foi o da afirmação pelo próprio sistema jurídico-constitucional, pelo recurso à linguagem dos direitos.

Por que a família e o casamento tornaram-se importantes para uma pessoa homossexual/bissexual e por que a busca por este ideal tem se traduzido no recurso ao sistema dos direitos por meio das instituições constitucionais, particularmente o Poder Judiciário? Quais os limites e possibilidades de sindicabilidade judicial da pretensão de igualdade de orientação sexual em relação à família e ao casamento, com base nas funções dos direitos humanos e direitos fundamentais?

A primeira parte do problema foi enfrentada no capítulo anterior e na primeira parte deste: a discriminação relativa à orientação sexual existe como uma forma de invisibilidade social de gays, lésbicas e homossexuais, impedindo-se de exercer as prerrogativas de cidadania do espaço público por meio da proteção de um modelo heterossexual e masculino de intimidade familiar como “natural”.

A produção desta invisibilidade social dos homossexuais, bissexuais e transexuais resulta assim em uma negação do Estado de Direito, ao menos na sua formulação de igualdade como reciprocidade.

Parte da oposição à diversidade sexual se dá por construções morais decorrentes das diversas tradições, inclusive da própria modernidade, no sentido de ver a homossexualidade/bissexualidade como ameaça a um padrão normativo de vida e de sexualidade,¹⁴² visões estas ainda presentes mesmo em sociedades ocidentais democráticas,

¹⁴² Martha Nussbaum elenca alguns dos argumentos utilizados para manifestar a oposição à extensão dos direitos à vida e ao casamento aos homossexuais: 1) casamento entre pessoas do mesmo sexo seria imoral e contrário à natureza (“same-sex marriage is imoral and unnatural”); 2) o propósito do casamento é a procriação e educação dos filhos (“purpose of marriage is procreation and rearing of children”); 3) a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo forçaria as pessoas que são contrárias a aprovar ou abençoar algo com o que não concordam, violando suas consciências (“by conferring state approval on something that many people believe to be evil, same-sex marriage will force them to “bless” or approve it, thus violating their conscience”); 4) a defesa do casamento tradicional diante da crise que a instituição atravessa (NUSSBAUM, 2010, p. 142-145). Os argumentos 2, 3 e 4 serão enfrentados da continuação deste capítulo, na medida em que dizem respeito à suposta exigência da filiação como pressuposto e, ao mesmo tempo, objetivo do casamento (2), a suposta redução de direitos das pessoas heterossexuais pela aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo (3), a questão da tolerância (3 e 4) e o próprio sentido da família e como casamento (status ou direitos?) (4). Quanto ao primeiro argumento, Nussbaum explica que pode ser uma boa razão para membros de algumas religiões não aderirem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas não o

como traz Martha Nussbaum (1999) em relação à sociedade norte-americana e sua receptividade aos gays e lésbicas até o início da década de 1990, que:

A sociedade americana na década de 1990 [...] parece disposta a tolerar, a contragosto, a existência de gays e lésbicas – desde que ele não tenha que deparar-se com a felicidade deles, que é (como uma condição mínima necessária), o seu pleno gozo de completa igualdade, em todas as principais áreas da vida que são afetados por leis e políticas públicas. Enquanto diversos encargos decorrentes da discriminação podem ser impostos a eles, lembrando-lhes que eles não devem exigir os finais felizes reservados para os heterossexuais no cinema e história, até agora sua presença pode ser tolerada. Tão sobrecarregados, eles não podem constituir uma propaganda para a sua forma de vida (NUSSBAUM, 1999, p. 184).¹⁴³

Diante do exposto, as reivindicações de igualdade em relação à orientação sexual por meio da judicialização de demandas envolvendo direitos humanos/fundamentais foi, e tem sido, em primeiro uma estratégia de visibilidade dos movimentos LGBT, visando demonstrar a “existência” de outras identidades sexuais frente ao Estado e suas instituições como forma de enfrentar preconceitos, convenções e imposições morais deles decorrentes das sociedades atuais.

A afirmação dos direitos LGBT tem se traduzido então em uma luta conduzida pelas instituições constitucionais, ora pela ação legislativa no Parlamento, ora pela via jurisdicional, como uma demanda de aplicação aos gays, lésbicas e transexuais da ideia de igual respeito e consideração e da pretensão de imparcialidade contidas na concepção formal de Estado de Direito e na ideia de igualdade como reciprocidade dela decorrente.

Essa é uma tendência verificada nos desenvolvimentos do Direito Constitucional Comparado nas últimas duas décadas, além do que já fora exposto no capítulo anterior (inclusive com repercussões no plano internacional), conforme relato de Daniel Sarmento (2008, p. 627-628):

No mundo ocidental, tem se manifestado nos últimos quinze anos uma tendência no sentido de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que revela os avanços na superação do preconceito contra os homossexuais. De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Canadá, na África do Sul e nos Estados americanos de Massachusetts e New Jersey. Por outro

suficiente para torná-lo ilegal em uma sociedade pluralista (“[...] *good reasons for members of some religion not to engage in same-sex marriage, but not suficiente reasons for making them illegal in a pluralistic society*”) (NUSSBAUM, 2010, p. 142).

¹⁴³ No original em inglês: “*American society in the 1990s [...] appears willing to tolerate, somewhat grudgingly, the existence of lesbians and gay men - provided that it does not have to put up with their happiness, that is (as a minimum necessary condition), their enjoyment of full equality in all the major areas of life that are affected by law and public policy. As long as various burdens of discrimination can be imposed upon them, reminding them they are not to demand the happy endings reserved for heterosexuals in film and story, thus far their presence can be countenanced. So burdened, they do not constitute an advertisement for their form of life* (NUSSBAUM, 1999, p. 184).

lado, estas uniões são reconhecidas sem o status do casamento e com denominações variadas, na França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia (sic), Letónia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, algumas regiões da Itália, em Israel, África do Sul, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Colômbia, Nova Zelândia, na cidade autônoma de Buenos Aires e na província de Rio Negro – ambas na Argentina –, na cidade do México, e nos Estados norte-americanos da Califórnia, Vermont, Connecticut, Hawaii, Maine e no Distrito de Columbia (Washington DC). Ademais, no continente europeu, o Parlamento da União Europeia editou importante resolução a considerarem aos homossexuais plena igualdade de direitos. Dentre as recomendações contidas no texto, encontrava-se a legalização do casamento ou de alguma forma correspondente de união entre pessoas do mesmo sexo.

O levantamento realizado por Daniel Sarmiento (2008) refere-se ao panorama constitucional existente sobre reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo em 2008, o que exclui alguns avanços recentes ou em curso em diversos países. No primeiro caso estão Portugal, Argentina e Espanha. No segundo caso, encontram-se as discussões atuais sobre o tema no Reino Unido e na França.

Em Portugal, a Lei número 9/2010, de 31 de maio de 2010, instituiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em Portugal (art. 1º). A lei alterou ainda diversos dispositivos do Código Civil português para compatibilizá-lo com a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2010).

A lei, no entanto, só foi sancionada após a provocação da fiscalização preventiva de constitucionalidade pelo então Presidente de Portugal, Cavaco Silva, que era contrário à lei.¹⁴⁴ O Tribunal Constitucional de Portugal pronunciou-se pela constitucionalidade da lei no Acórdão 121/2010, relatado pelo Conselheiro Vitor Gomes (PORTUGAL, 2010).

Na Argentina, a regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo deixou o plano provincial, como narrado por Daniel Sarmiento, e tornou-se objeto de uma lei federal, a Lei número 26618, de 2010, que instituiu o casamento igualitário.

O art. 2º da Lei modificou o art. 172 do Código Civil argentino, para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo nos seguintes termos: “o casamento terá os mesmos requisitos e efeitos, independentemente dos contraentes serem do mesmo ou de diferentes sexos”¹⁴⁵. Na ocasião, a Argentina tornou-se o primeiro país da América Latina e o 10º país do mundo a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Breves referências sobre o processo de aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal, inclusive quanto à postura do Presidente português sobre ao assunto (OPERAMUNDI, 2010a).

¹⁴⁵ No original em espanhol: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

¹⁴⁶ Segundo o Portal Opera Mundi, A cidade de Buenos Aires já permitia a união civil entre pessoas do mesmo sexo, o que dava aos casais gays alguns direitos municipais iguais aos dos casais heterossexuais. Na América

A Espanha, por sua vez, admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde 2005, pela Lei 13/2005, aprovada durante o governo socialista do Ex-Primeiro Ministro José Luiz Zapatero, tendo, no entanto, sido contestada por setores conservadores, o que levou o Partido Popular, a então oposição conservadora, a questionar a constitucionalidade da lei no Tribunal Constitucional espanhol (UOL, 2005).

Em 2012, porém, já sob um governo de maioria parlamentar do Partido Popular, o Tribunal Constitucional espanhol ratificou a constitucionalidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (RTVE.ES, 2012), resultando na Sentença 198/2012, na qual, por maioria de oito votos, o Tribunal rejeitou os argumentos do Partido Popular, contra três votos que acolhiam a ação de inconstitucionalidade do Partido Popular (ESPAÑA, 2012), que por sua vez decidiu acatar a decisão da Corte Constitucional espanhola (OPERAMUNDI, 2012).

Além dos países citados, no Reino Unido e na França existem projetos de lei em tramitação (em dezembro de 2012) no sentido de estabelecer o casamento de pessoas do mesmo sexo. No Reino Unido, o Projeto foi apresentado em março de 2012 pela coalização de governo da qual fazem parte o Partido Conservador e o Partido Liberal – Democrata (REVISTA EXAME, 2012). Ainda, reportagem do jornal britânico The Telegraph (HOPE, 2012).

Na França, o projeto de lei que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁴⁷ foi apresentado pelo governo socialista liderado pelo Presidente François Hollande (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012), eleito em 2012, e tem mobilizado a sociedade francesa, com forte oposição de grupos conservadores e religiosos (RFI, 2012).

O panorama traçado a partir da obra de Daniel Sarmento e os exemplos recentes na experiência constitucional de afirmação da igualdade de orientação sexual na vida familiar e no casamento têm sido articulados a partir de duas vertentes: a ação legislativa nos parlamentos nacionais e a judicialização da pretensão igualitária de gays e lésbicas quanto ao casamento e à família, como aconteceu em Portugal, na Espanha e, em 2011, no Brasil.

Na maioria dos casos, a vertente legislativa foi a utilizada, mas há exemplos no Direito Constitucional Comparado em que a questão foi enfrentada por meio da jurisdição

Latina, o Uruguai e a cidade do México já têm leis permitindo a união civil entre homossexuais, mas a lei argentina foi a primeira a permitir o casamento. Naquela ocasião, admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo os seguintes países, segundo o Portal: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal e Islândia (OPERAMUNDI, 2010b).

¹⁴⁷ Importante lembrar, como faz Luiz Roberto Barroso, que na França existe o *Pacte Civil de Solidarité* (PACS), aprovado em 1999 pela Lei número 207, um contrato que possibilita uma união entre casais do mesmo sexo, ou mesmo de sexos diferentes, que não sejam ligados pelo matrimônio e pelo qual são atribuídos aos contratantes um conjunto de direitos e deveres recíprocos, tendo o objetivo de organizar a vida em comum de ambos (BARROSO, 2008, p. 668).

constitucional, diante da inércia ou do desrespeito dos direitos dos homossexuais pelas instâncias políticas, como no Canadá, na Hungria, em Israel, na África do Sul, na Colômbia e nos Estados americanos do Havaí, Alaska, Vermont, Massachusets e New Jersey (SARMENTO, 2008).¹⁴⁸

Mas o que realmente está em jogo? Como a família e o casamento traduzem-se constitucionalmente em direitos? E quem são aqueles que invocam este “casamento igualitário” entre pessoas do mesmo sexo? Por que este direito é ou seria importante para gays e lésbicas? Além disso, por que e como a judicialização tem ocorrido e qual o motivo que a torna necessária?

Em primeiro lugar, como já comentado neste capítulo, a modernidade produziu a libertação da intimidade da pessoa das redes de solidariedade e dependência da ordem estamental do Antigo Regime – a base desta transformação é a reivindicação do casamento como uma comunidade fundada no amor e no companheirismo, na escolha dos cônjuges.

Isto foi instrumentalizado pelo discurso dos direitos naturais e, no movimento LGBT da atualidade, tem sido reivindicado a partir da gramática dos direitos humanos: a ideia de que toda pessoa humana pode formar uma família e manter um “contrato móvel” baseado no afeto e na construção comum da vida cotidiana contra as dificuldades do mundo.

O casamento igualitário pretendido por gays, lésbicas e bissexuais nada mais é então do que o herdeiro contemporâneo do casamento por amor do século XIX e dos ideais do individualismo, mas enriquecido pela retórica e pelos fundamentos filosófico-políticos dos direitos humanos.

E o que buscam os homossexuais, bissexuais e transexuais? Os mesmos direitos relativos à família e ao casamento que as pessoas heterossexuais possuem. Mas como definir a família e o casamento como direitos? Isto se dá quando pensamos a vida familiar como um direito individual, nos termos do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Surge, assim, a liberdade de vida familiar, a que se refere José Adércio Leite Sampaio nos seguintes termos:

A liberdade de vida familiar ou das relações familiares, como definida pelos órgãos da Convenção Europeia, significa a autonomia dos membros de uma comunidade familiar de “viver uma vida normal sobre o mesmo teto”, impondo uma obrigação positiva ao Estado de respeitar e promover essa autonomia, englobando aí os direitos

¹⁴⁸ Daniel Sarmiento (2008, p. 629-634) faz um breve comentário destas experiências constitucionais em seu artigo “*Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais*”, para defender a viabilidade do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo pelo Poder Judiciário a partir da invocação dos princípios constitucionais, sem a necessidade de edição de quaisquer normas pelo legislador.

às relações entre seus membros [...]. Enfim, a liberdade da vida familiar pode ser apresentada como o poder de organizar e desenvolver a vida em uma comunidade formada pelos cônjuges, assim como por estes e por sua descendência (SAMPAIO, 1998, p. 319-320).

Por sua vez, o Tribunal Constitucional português definiu o casamento como um direito ou liberdade fundamental na Sentença 121/2010 nos seguintes termos:

O direito fundamental ao casamento compreende, além da liberdade individual de casar ou não casar, a exigência de que para o efeito o Estado organize procedimentos e mantenha estruturas oficiais (o procedimento preliminar, a celebração, o registo público), mas ainda – como os demais direitos fundamentais que se analisem em pretensões a estatutos – o de que a ordem jurídica comporte normas reguladoras da constituição e extinção da situação jurídica correspondente e dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Trata-se de um direito subjectivo público que pressupõe conceptualmente a existência do correspondente instituto jurídico de direito privado, cuja preexistência fornece elementos de interpretação do âmbito normativo objectivo da norma constitucional consagradora do direito fundamental. É, efectivamente, possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida juridicamente ordenados e conformados (PORTUGAL, 2010).

Como direitos ou liberdades fundamentais de cidadãos e cidadãs, o casamento e a família tornam-se um instrumento de resistência à opressão, particularmente do Estado, na medida em que são articulados como formas de preservação da autonomia individual, mas também exigiriam uma postura ativa do Estado, por meio de uma prestação, visto que a prerrogativa de conceder a licença para casar constituiria em um poder constitucional do Estado:

As chaves do reino dos casados podem ter estado nas mãos dos particulares – entidades religiosas e seus líderes, outras partes da sociedade civil. Assim tem sido em muitas sociedades ao longo da história. Nos Estados Unidos hoje, no entanto, como na maioria das nações modernas, o governo detém as chaves. Mesmo que as pessoas se casem no seio de sua própria igreja ou grupo religioso, elas não serão casadas no sentido de que realmente conta para fins sociais e políticos, a menos que tenham sido concedida uma licença de casamento pelo Estado. Ao contrário de atores privados, no entanto, o Estado não tem total liberdade para decidir quem pode e não pode se casar. O envolvimento do Estado levanta questões sobre padrões de igualdade e cidadania (NUSSBAUM, 2010, p. 127).

Assim, o casamento, como instituição civil, somente existe mediado pela ação estatal. Não basta apenas a abstenção, a omissão, a não interferência; o casamento como ato constitutivo da família exige do Estado uma postura ativa e é, neste sentido, uma liberdade positiva, construindo pela pessoa à luz dos padrões normativos definidos pela autoridade política.

A liberdade de vida família e o direito ao casamento se traduziriam então em um conjunto de prerrogativas que pode ser sintetizado da seguinte forma: a) direito à formação de entidade familiar pelo casamento ou união, seu reconhecimento jurídico e social e o estabelecimento de direitos e deveres entre os cônjuges; b) direito de planejar e estabelecer descendência (filhos), pelo recurso aos meios existentes para tanto; c) direito ao planejamento, estabelecimento e desenvolvimento da vida econômica da família.

E quem reivindica o exercício desta liberdade de vida familiar e seus desdobramentos? Certamente os heterossexuais, mas a luta das mulheres (particularmente as casadas) pela igualdade na família e no casamento tem concorrido para ampliar e redefinir o casamento e seu alcance na atualidade.

Mas e os homossexuais? Quem são eles e como definí-los? Martha Nussbaum (2010) mostra que não é tão fácil definir quem são os novos pretendentes a este (novo?) direito à vida familiar:

Esta não é uma pergunta fácil. Disputas jurídicas e políticas às vezes falam de “gays e lésbicas”, às vezes de “gays” apenas, às vezes de “gays, lésbicas e bissexuais”. Além disso, existem duas formas diferentes de definir estes grupos, cada uma das quais contém uma pluralidade interna de definições frequentemente em conflito. Um foco mais amplo recai na classe da conduta, outro na orientação. Começemos pela conduta [...]. Gays e lésbicas são todos e apenas as pessoas que cometem atos sexuais com parceiros do mesmo sexo biológico [...]. No entanto, há problemas: 1) Quais atos? 2) Quantos destes atos? [...]. Então, a velha política especificando “ato homossexual” de forma solta [...] na verdade construiu a base para a definição de “orientação homossexual” em vez de atos homossexuais, atos utilizados apenas como uma prova de orientação, e definindo “orientação” em termos de desejo de qualquer um pelo grande menu de atos sexuais a serem realizados com alguém do mesmo sexo [...]. Podemos definir a categoria de uma forma útil? Qualquer boa definição deve reconhecer que a orientação sexual é em si múltipla e complexa. Os tipos de atores sexuais reconhecidos, e a base para a atribuição de indivíduos com os estereótipos, tem variado muito na história. O sexo biológico do parceiro pode ser apenas uma parte do que é um dos desejos individuais em um parceiro. Em muitas culturas, tanto históricas e modernas, sexo biológico é tradicionalmente considerado menos saliente do que o papel desempenhado na relação (por exemplo, o ativo ou o passivo) [...]. A "orientação" da maioria das pessoas tem outros desideratos, muitas vezes inescrutável e complexos: pessoas de um certo tipo étnico, ou de um certo nível de inteligência, ou que riem de uma certa forma, ou que são semelhantes a um dos pais [...]. Quando percebemos o quão áspera mesmo uma definição relativamente cuidadosa é, e quão pouca é a compreensão – histórica, cultural e pessoal – que engloba, temos fortes razões para nos abstermos de utilizar tais categorizações para interferir com a vida das pessoas, ou para infligir desvantagens legais ou cívicas sobre elas (NUSSBAUM, 2010, p. 186-189).¹⁴⁹

¹⁴⁹ No original em inglês: *This is no easy question. Legal and political disputes sometimes speak of "gays and lesbians", sometimes of "gays" only, sometimes of "gays, lesbians and bisexuals". Moreover, there are two different ways of defining these groups, each of which contains an internal plurality of frequently conflicting definitions. One broad classe focus on conduct, one on orientation. Conduct first [...]. Gays and lesbians are all and only the people who commit sex acts with partners of the same biological sex [...] however, there are problems: 1) What acts? 2) How many such acts? [...]. So the old policy specifying "homosexual act" in a loose way [...] actually made the basis for discharge "homosexual orientation" rather than homosexual acts,*

A partir do trecho destacado da obra de Martha Nussbaum (2010), é possível afirmar que, assim como no caso das mulheres, ver os homossexuais, bissexuais e transexuais como categorias universais e homogêneas é um algo arriscado (tanto quanto o é em relação às mulheres), na medida em que a identidade decorrente da orientação sexual é atravessada por várias influências e diversos impulsos.

O tratamento desta questão, seja sob a perspectiva jurídica, seja do ponto de vista político, requer, assim, muito cuidado em todas as generalizações concernentes a este tema, ainda mais se considerando as complexidades atinentes às noções de orientação sexual e mesmo de sexualidade.

Neste sentido, a orientação sexual (assim como o gênero) é construída como uma singularidade e, como tal, “só pode tomar forma em sua relação com o outro”, como adverte Pierre Rosanvallon; segundo ele, a igualdade de singularidades “implica que cada indivíduo se manifeste a partir do que lhe é próprio, encontre seu caminho e converta-se em dono de sua própria história, visto que somos todos igualmente únicos”¹⁵⁰ (ROSANVALLON, 2012, p. 317).

Rosanvallon (2012) afirma então que a constituição de uma sociedade de singularidades implica, em primeiro lugar, proporcionar aos indivíduos os instrumentos de sua singularidade¹⁵¹. Estes instrumentos seriam os direitos, pelos quais cada um poderia construir e ser “dono” de sua própria vida, a partir da relação com outras pessoas.

E isto enseja enfrentar a razão pela qual a união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo é parte significativa de um projeto igualitário apoiado em direitos de defesa contra a opressão do Estado, da sociedade e de outros indivíduos, e de garantia de não discriminação. É o que faz Martha Nussbaum (1999, p. 201):

used acts only as an evidence of orientation, and defined "orientation" in terms of desire for any of the large menu of acts [...]. Can we define the category in a useful way? Any good definition should recognize that sexual orientation is itself multiple and complex. The types of sexual actors recognized, and the basis for the assignment of individuals to types, has varied greatly in history. The biological sex of the partner may be just part of what an individual desires in a partner. In many cultures, both historical and modern, biological sex is traditionally considered less salient than sexual role (e.g. the active or the passive)[...] most people's "orientation" has other desiderata, often inscrutable and complex: persons of a certain ethnic type, or a certain level of intelligence, or a certain way of laughing, or a resemblance to a parent [...] when we notice how crude even a relatively careful definition is, and how little understanding - historical, cultural, and personal - it encompasses, we have strong reasons to refrain from using such categorizations to interfere with people's lives, or to inflict legal and civic disadvantages on them.

¹⁵⁰ No texto original da versão em espanhol: “*la aspiración a la singularidade solo puede tomar forma em la relación con el outro [...] la igualdad de singularidades [...] implica que cada individuo se manifieste a través de lo que le es próprio [...] significa que cada uno puede encontrar su caminho y convertirse em dueño de su propia historia* (ROSANVALLON, 2012, p. 317).

¹⁵¹ No texto original da versão em espanhol: “*la constitución de una sociedade de singularidades implica em primer lugar proporcionar a los individuos los instrumentos de su singularidade*” (ROSANVALLON, 2012, p. 323).

Por que os direitos do casamento são importantes para lésbicas e gays? Legalmente, o casamento é uma fonte de muitos benefícios, incluindo tratamento fiscal favorável, herança e seguro, direitos de imigração, o direito de receber benefícios de desemprego se um parceiro sai um trabalho para se deslocar para estar onde o seu parceiro tiver encontrado emprego, o privilégio do cônjuge à dispensa de prestar testemunho relativo a fatos que envolvam o outro cônjuge, o direito de propor uma ação de indenização decorrente de homicídio na morte negligente de um dos cônjuges, o direito aos privilégios de visitas de familiares em hospitais, decisões sobre o enterro e assim por diante. Muitos gays e lésbicas descobriram da maneira mais dolorosa que eles não têm esses direitos, embora possam ter convivido com lealdade durante anos.¹⁵²

No Brasil, a defesa do casamento igualitário (entre pessoas do mesmo sexo) feita pelo ativista gay e Deputado Federal Jean Wyllis coloca em evidência não somente os direitos materiais que podem ser estendidos a gays e lésbicas e que hoje lhe são negados, como destacado no trecho apresentado da obra de Martha Nussbaum (1999), mas também o caráter do casamento como celebração pública e como comunidade fundada no amor e companheirismo que merece o mesmo respeito que a família heterossexual:

Em primeiro lugar, considero necessário esclarecer o que significa, para nós, gays e lésbicas, o direito ao casamento civil. Tem gente que pensa que se trata, apenas, de uma série de direitos materiais: inscrição do(a) parceiro(a) como dependente no plano de saúde, direitos migratórios, benefícios fiscais, acesso ao crédito como casal, adoção conjunta e reconhecimento da paternidade/maternidade, direitos trabalhistas, herança, pensão etc. Claro que tudo isso é importante — perguntem, se não, por exemplo, ao viúvo que foi expulso da casa onde morara durante décadas junto ao parceiro, quando os sogros que nunca o reconheceram como genro apareceram e reclamaram os bens que eram do casal mas, segundo a lei, eram apenas de quem morreu —, mas isso tudo poderia ser resolvido com leis específicas ou com um instituto separado, especial, como a “união civil” que existe em alguns países. No entanto, eu jamais votaria a favor da “união civil” ou de qualquer lei segregacionista, mesmo que, em troca de aceitar a segregação, a gente conquistasse aqueles direitos materiais e ficasse numa situação semelhante à dos casados. Reclamar os mesmos direitos com os mesmos nomes significa dizer, bem alto, que, numa democracia, não pode haver cidadãos de segunda, cujos direitos são regulados por leis também de segunda. O casamento civil igualitário, além de garantir direitos específicos, garante a igualdade perante a lei, a cidadania plena e o reconhecimento simbólico do Estado — e também vai ser, quando aprovado, um pedido de desculpas a gays e lésbicas, por tantos séculos de discriminação. Que fique claro: o casamento civil igualitário não é apenas uma lei que reconhece direitos. É uma lei que diz que os casais homossexuais valem o mesmo que os casais heterossexuais, não são melhores nem piores e merecem o mesmo trato, a mesma proteção, o mesmo reconhecimento e a mesma celebração. Porque o casamento também é isso: uma celebração pública [...] (WYLLIS, 2012, s.p.).

¹⁵² No original em inglês: “*Why are marriage rights important to lesbians and gay men? Legally, marriage is a source of many benefits, including favorable tax, inheritance, and insurance status; immigration; the right to collect unemployment benefits if one partner quits a job to move to be where his or her partner has found employment; the spousal privilege exception when given testimony; the right to bring a wrongful death action upon negligent death of a spouse; the right to the privileges of next-to-kin in hospital visitations, decisions about burial, and so forth. Many gays and lesbians have discovered in the most painful way that they lack these rights, although they may have lived together loyally for years*” (NUSSBAUM, 1999, p. 201).

Neste sentido, a extensão do direito ao casamento e à vida familiar a este grupo não significa uma imposição, ou “aculturação”, no sentido de que eles e elas sejam assimilados e assimilem o modo de vida da família heterossexual, mas sim um instrumento para que eles e elas construam suas vidas e a própria definição de casamento e família à luz de suas subjetividades, identidades e trajetórias.¹⁵³ Ou mesmo que não possuam família alguma, se assim preferirem, mas desde que a escolha esteja já disponível para eles e elas, como para qualquer outro cidadão e cidadã heterossexual (igualdade como reciprocidade).

Finalmente, cabe enfrentar a questão do motivo pelo qual a judicialização das demandas envolvendo pretensões igualitárias de gays e lésbicas no que concerne ao casamento e à família (sem prejuízo de que esta análise seja válida para outras situações) tem sido um caminho tão recorrente na experiência constitucional comparada recente, em especial no Direito brasileiro.

O fenômeno da judicialização se identifica com uma política de direitos desenvolvida por grupos de interesses ou minorias¹⁵⁴ nos tribunais serve como forma de trazer para a cena política e social aqueles que se encontram alijados do processo decisório majoritário, caso das mulheres e dos homossexuais, bissexuais e transexuais.

Isto, como destacou Ingo Sarlet, a partir da obra de Jorge Miranda em menção reproduzida no capítulo anterior, nada tem de anormal, pois “é tarefa dos juízes e tribunais, por meio da interpretação, aplicação e integração, outorgarem máxima efetividade às normas de direitos humanos e direitos fundamentais no âmbito do sistema jurídico” (SARLET, 2007, 396b). Isto é próprio do constitucionalismo democrático, como traz Gisele Cittadino (2003, p. 34-35):

¹⁵³ Há uma preocupação acerca do fato de que a extensão do casamento e da família aos homossexuais e transexuais terminaram por moldá-lo à luz de uma norma social de conduta sexual dominante por meio do casamento, desprezando tudo que não se enquadrasse neste modelo, tornando outras formas de expressão sexual ilegítimas. Judith Butler parece oscilar entre a crítica ao ideal igualitário de gays e lésbicas quanto ao casamento pelo recurso à gramática dos direitos, ao mesmo tempo em que reconhece (com alguma resignação) a importância desta via. Diz Butler (2004, p. 26) que: “Os esforços recentes para promover o direito ao casamento de gays e lésbicas também promovem uma norma que ameaça tornar ilegítimos e abjetos aqueles arranjos sexuais que não estejam em conformidade com a norma do casamento em sua forma existente ou na sua forma passível de revisão. Ao mesmo tempo, as críticas homofóbicas ao casamento gay e lésbica se expandem para fora pro meio da cultura para afetar todas as vidas queer. Uma questão crítica torna-se, assim, como se opor à homofobia sem abraçar o casamento como norma ou arranjo exclusivo ou mais valorizado socialmente para a vida sexual homossexual? [...] Sem dúvida, o casamento, e parcerias domésticas entre pessoas do mesmo sexo devem estar disponíveis como opção, mas instalá-los como modelos de legitimidade sexual é precisamente restringir a sociabilidade do corpo em formas *aceitáveis*”.

¹⁵⁴ Ao perguntar-se quem são as minorias, Eduardo Appio traz uma reflexão construída a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmando que: “a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de diversos precedentes, busca identificar as minorias a partir da consideração de que determinadas classes de pessoas não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam sua singularidade no meio social” (APPIO, 2008, p. 200).

A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países [...] ainda que o ativismo judicial [...] transforme em questão problemática os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, isto não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

A judicialização das relações de gênero e de orientação sexual faz parte assim da própria judicialização das relações sociais e, neste sentido, torna necessário que os tribunais desempenhem o papel de “regentes republicanos” dos direitos e liberdades dos cidadãos, a que se refere Gisele Cittadino (2003).

Mas tanto quanto o “regente” desempenha seu papel nos limites do seu auditório, de acordo com cada obra musical que será apresentada ao público e tendo em conta as particularidades de cada instrumento, juízes e tribunais devem consagrar e efetivar direitos e liberdades dos cidadãos e cidadãs à luz dos parâmetros institucionais do sistema jurídico e tendo em conta os aspectos funcionais dos direitos a serem defendidos.

Segue, então, o enfrentamento da construção e aplicação da liberdade de vida familiar e suas dimensões no Direito brasileiro, tendo em conta gênero e orientação sexual, considerando ainda o diálogo com jurisprudência constitucional, bem como outras fontes, brasileiras e estrangeiras.

3.2.2.1 Direito à constituição da vida familiar e seu conteúdo: casamento e união estável. Publicidade e a importância do registro civil

As uniões entre pessoas do mesmo sexo e o regime jurídico a elas aplicado (casamento, união estável, parceria civil para fins patrimoniais) tem sido objeto de intensa reflexão nas atividades da jurisdição constitucional ao longo das últimas décadas, como apresentada anteriormente. O Brasil não é exceção.

O tema das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem sido enfrentado pelos tribunais brasileiros com relativa intensidade desde, pelo menos, a promulgação da Constituição brasileira de 1988.

Daniel Sarmiento (2008) reconstrói parte do desenvolvimento histórico da jurisprudência sobre o tema, localizando uma primeira decisão judicial que equiparou a união

entre pessoas do mesmo sexo a uma sociedade de fato¹⁵⁵ no ano de 1989, em processo relativo aos bens do artista plástico Jorge Guinle Filho.

Daniel Sarmento (2008) aponta então que a primeira tendência jurisprudencial sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo no Brasil procurou regular tais relações a partir do Direito das Obrigações.

Esta jurisprudência, que já vinha sendo objeto de lenta redefinição por meio de precedentes de instâncias inferiores (SARMENTO, 2008) foi radicalmente alterada pelo julgamento em 2011 da ADI 4277 e da ADPF 132, levando a questão do tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil a um novo patamar.

Retomando a narrativa a partir do seu princípio, em 2008 o então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, cujo pedido foi sintetizado pelo Relator, Ministro Carlos Ayres de Britto, nos seguintes termos constantes do Relatório da referida ação:

Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta: I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual; II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”. 2. Nessa linha de clara irrisignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui ‘fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros’. Cabendo lembrar que o ‘papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos’.

Antes que esta ação fosse julgada, em 27 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República ajuizou outra ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, originalmente autuada como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

¹⁵⁵ Note-se que na segunda metade do século XX o primeiro argumento utilizado por juízes e tribunais para estender direitos a entidades familiares não fundadas no casamento civil, em particular o concubinato (especialmente quando o homem já era casado), foi o de equipar tais relações a sociedades de fato. Há uma simetria de trajetória e argumentação na afirmação da liberdade de vida familiar, ainda que em épocas e sob modelos jurídicos distintos, que reforçam a conexão entre democratização da família, luta feminista e a diversidade de orientação sexual. Cabe apenas esclarecer que a evolução das relações de gênero à luz da jurisprudência de Direito de Família anterior à Constituição de 1988 já foi objeto de consideração nos capítulos anteriores.

178 (BRASIL, 2011), a qual posteriormente foi convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277.¹⁵⁶

O pedido da ADI 4277 (originalmente ADPF 178) é sintetizado no Relatório do Min. Ayres Britto nos seguintes termos:

[...] anoto que apresente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: ‘a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo’. Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.

As duas ações tiveram como Relator no Supremo Tribunal Federal o Ministro Carlos Ayres de Britto, aposentado do cargo em 2012, e foram julgadas no primeiro semestre de 2011, mais especificamente no mês de maio.

O processo de tramitação das duas ações ouviu diversos atores políticos, institucionais e sociais. Manifestaram-se Tribunais de Justiça estaduais, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral da República, a Advocacia Geral da União, Congresso Nacional e diversas entidades da sociedade civil organizada,¹⁵⁷ tanto favoráveis ao pedido deduzido nas duas ações quanto aquelas contrárias, ainda que as primeiras fossem a maioria.

Dentre as diversas considerações feitas pelo Relator em seu voto, uma delas, atinente à liberdade de vida familiar, se propõe a “perguntar se a Constituição Federal sonega aos

¹⁵⁶ A explicação para esta alteração processual é fornecida pelo próprio Ministro Relator Carlos Ayres de Britto: “esta ação objetiva foi examinada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal. Ministro que deu pela indeterminação do objeto da causa, para conhecer o processo como ação direta de inconstitucionalidade. E o fez por entender que a ação tem por objeto a interpretação “conforme a Constituição” do art. 1723 do Código Civil, o que levou Sua Excelência a aplicar, ao caso, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999” (BRASIL, 2011).

¹⁵⁷ Nas ações constam como *amici curiae* as seguintes entidades: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT), Conectas Direitos Humanos, Associação de Incentivo à Educação e à Saúde do Estado de São Paulo, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Grupo Gay da Bahia, Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Referência GLBTTT de Minas Gerais, Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Sociedade Brasileira de Direito Público, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil e Fundação Eduardo Banks, as duas últimas formularam manifestações pela improcedência dos pedidos formulados nas ações e, conseqüentemente, contra o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares e como uniões estáveis. Informações obtidas a partir dos julgados publicados no site do STF (BRASIL, 2011).

parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade” (BRASIL, 2011).¹⁵⁸

Ao desenvolver suas considerações para responder a própria indagação feita, o Ministro Carlos Ayres de Britto tece considerações sobre a proteção constitucional à família, terminando por configurar, nos termos do sistema constitucional brasileiro, o que seria a liberdade de vida familiar e sua igual aplicação a uniões heteroafetivas e homoafetivas:

Para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção [...]. Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, verbis: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (caput do art. 226) [...] salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico) [...] a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica [...] esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art.5º) [...] a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser (BRASIL, 2011).¹⁵⁹

A partir do voto do Ministro Carlos Ayres de Britto, os demais integrantes do STF passaram a enfrentar a questão. Interessante destacar que a ADI 4277 e a ADPF 132 foram julgadas procedentes pela unanimidade dos Ministros do STF, ainda que o resultado final do julgamento traga pontos de divergência emblemáticos e argumentações distintas para fundamentar a procedência das ações.

O ponto mais interessante, para fins deste trabalho, reside nas oscilações dos Ministros em enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo como uma forma de união estável, ou em considerá-la uma outra forma de entidade familiar implicitamente admitida pela Constituição a partir de uma interpretação sistemática.

O julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 é, assim, importante para compreender a importância da qualificação jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo (casamento,

¹⁵⁸ O voto do Ministro Relator do STF.

¹⁵⁹ O voto do Ministro Relator do STF.

união estável ou algo a eles equiparado, ainda que sem a mesma denominação), e o significado político e simbólico ao adotar-se uma determinada figura jurídica.

Retornando aos votos dos Ministros, cabe destacar o do Ministro Luiz Fux, convergente com o do Relator, que destacou a questão do tratamento desigual ao assinalar que “submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades” (BRASIL, 2011)¹⁶⁰. Ainda segundo Fux em seu voto no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132:

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros.

O Ministro Luiz Fux também conecta a questão do reconhecimento com a previsibilidade, um dos elementos integrantes de uma concepção formal de Estado de Direito:

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

Por sua vez, os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluzo, mesmo considerando procedentes ambas as ações, pontuaram o entendimento de ser impossível enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas (decorrentes do casamento, da união estável ou monoparental), mas reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar (BRASIL, 2011).¹⁶¹

O Ministro Ricardo Lewandowski discorreu sobre este ponto em seu voto nos seguintes termos, inicialmente rejeitando o enquadramento da união entre pessoas do mesmo

¹⁶⁰ O voto do Min. Luiz Fux do STF.

¹⁶¹ Conforme define o ponto 6 da ementa do julgado. Texto do acórdão da ADI 4277.

sexo nas formas de família previstas na Constituição, recorrendo inclusive ao expediente da interpretação histórica, para comprovar que os constituintes originários haviam rejeitado esta possibilidade:

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental [...] segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]. Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável [...]. Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos.

O Ministro Ricardo Lewandowski, porém, admitiu que a união entre pessoas do mesmo sexo seria uma entidade familiar não prevista, mas admitida pela Constituição brasileira, por meio do recurso à interpretação sistemática e com base no princípio da vedação de discriminação de orientação sexual:

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise. Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito [...]. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso [...]. Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional [...]. Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus

descendentes, explicitadas no texto constitucional [...] (BRASIL, 2011).¹⁶²

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski e daqueles que compartilharam sua linha de argumentação, ainda que todos tenham sido pela procedência, coloca em questão se a extensão do casamento e da união estável às uniões de pessoas do mesmo sexo é um imperativo igualitário decorrente da não discriminação, ou se isto poderia ser atendida por uma formulação jurídica que garantisse os mesmos direitos, mas sem denominar a relação homoafetiva da mesma forma que a heteroafetiva.

No sentido de defender que a não discriminação e a proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo estaria protegido sem a necessidade de equiparação quanto ao direito ao casamento civil, o então Presidente de Portugal, Cavaco Silva, no julgamento da Sentença 121/2010 (fiscalização preventiva de constitucionalidade) ofereceu manifestação à Corte Constitucional portuguesa declarando que:

A opção pela união civil com registo foi considerada, de resto, pela jurisprudência constitucional alemã como uma decorrência do princípio da igualdade: tratando-se de realidades distintas importaria consagrar regimes diferentes, casamento para pessoas de sexo diferente; união civil com registo para pessoas do mesmo sexo (PORTUGAL, 2010).¹⁶³

A ordem de ideias defendida pelo Presidente português Cavaco Silva e pelo Ministro Ricardo Lewandowski esboça-se na conhecida fórmula do “separados, mas iguais”, aplicada aqui às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mas, como se perguntou o casal Tom Freeman e Katherine Doyle (mencionados na introdução): se o amor é igual, por que as instituições também não o são, se não há razões para que sejam?

A fórmula do “separados, mas iguais”, traduzida aqui nas manifestações do Presidente português Cavaco Silva e do Ministro Ricardo Lewandowski (e daqueles que o acompanharam) negligencia que a ausência do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo implica na negação de direitos às pessoas homossexuais que as pessoas heterossexuais já possuem.

Mais do que isto, não se pode produzir direitos iguais por meio de discriminações sem fundamento – como bem apontou o casal britânico mencionado, não há uma razão para que gays e lésbicas não acessem o casamento e a união estável da mesma forma que pessoas heterossexuais. E isso inclui o acesso aos institutos jurídicos de forma igualitária, inclusive

¹⁶² Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão da ADI 4277.

¹⁶³ O parecer jurídico ofertado pela Presidência da República Portuguesa encontra-se transcrito nos pontos principais de argumentação no relatório da Sentença 121/2010 (PORTUGAL, 2010).

quanto ao nome utilizado.

Pensar em uma denominação jurídica distinta para a relação homoafetiva é por si só discriminatório, tanto quanto achar que pessoas de raças diferentes podem ser iguais quando segregadas no acesso à escola, ou ser nos transportes públicos acomodadas em partes separadas de um ônibus ou em diferentes vagões de trem em razão de critérios de raça, pois instituições separadas são inequivocamente desiguais, quando não há motivo para que o tratamento seja diferente.¹⁶⁴

A diferença no acesso de gays e lésbicas ao casamento ou à união estável deve se dar em razão das pretensões dos indivíduos e casais homossexuais, de se constituir um arranjo conjugal formal, ou de ter uma relação informal, porém protegida pelo Direito. Ambos, sem exceção, devem estar acessíveis, tanto para heterossexuais quanto para pessoas pertencentes à comunidade LGBT.

Cabe ainda destacar que Sentença 121/2010 do Tribunal Constitucional português¹⁶⁵ enfrentou a questão do conceito constitucional de casamento e, na sua fundamentação, deixou claro que a geração de descendência não é suficiente para impor a diversidade de sexos no casamento como critério para legitimar diferentes qualificações constitucionais às uniões heterossexuais e homossexuais:

É certo que a geração de filhos biologicamente comuns depende da diversidade de sexo. E, conseqüentemente, que ao matrimônio entre cônjuges do mesmo sexo, não podendo assegurar a geração de filhos comuns, não pode ser creditada a função comunitária de contributo potencial para a reprodução da sociedade. Porém, esta potencialidade não pode ser erigida numa finalidade absolutamente essencial à garantia constitucional em causa porque não integra sequer o actual conceito de casamento heterossexual. Apesar de proposta nesse sentido do “Projecto Gomes da Silva”, inicialmente acolhida pelos “Anteprojectos” saídos da 1.ª e 2.ª Revisões

¹⁶⁴ Aqui está se fazendo uma referência à oscilação da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA no que se refere à igualdade racial desde Plessy vs. Ferguson até a decisão em Brown vs. Board of Education of Topeka, como relata Canotilho: “A Constituição Americana (Emenda XIV, Secção 1ª) estabelece em termos peremptórios... ‘nor deny to any member within its jurisdiction the equal protection of the laws’. O problema que se debateu largamente nos tribunais Americanos foi o de saber se o princípio de igual proteção era compatível com a segregação racial nas escolas públicas. A resposta foi sim: é com o princípio da igualdade, a doutrina de ‘separate but equal’. Até que no caso [...] o juiz Warren registrou em termos paradigmáticos um novo candidato positivo do corpus constitucional – a integração racial nas escolas públicas como princípio constitucional: ‘we conclude that in the field of public education the doctrine of ‘separate bu equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal’” [...] (CANOTILHO, 1999, p. 1064). O que é dito no trecho sobre acesso à escola pode ser estendido para os meios de transporte, e, no caso das relações de orientação sexual, para o acesso às instituições do casamento e da união estável.

¹⁶⁵ Em 2012, também o Tribunal Constitucional espanhol enfrentou a questão e afirmou categoricamente na Sentença 198/2012 que a Constituição não faz o conceito constitucional de família depender exclusivamente da entidade familiar que tem origem no matrimônio e nem mesmo daquela família capaz de gerar descendência (“el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendência”) (ESPAÑA, 2012).

Ministeriais, foi abandonada na versão final do Código Civil de 1966 (vid. os excertos destes trabalhos preparatórios em “Direito da Família segundo o Código Civil de 1966”, vol. I, pág. 20, de Rodrigues Bastos). A vontade inicial e constante dos cônjuges de não terem filhos não os impede de contrair casamento e de se manterem casados. Como o não impedem ou invalidam a esterilidade ou a impotência, por si mesmas. Aliás, como lembra Pedro Múrias, “os casamentos em idades estereis são frequentes e, pela sua relevância, têm inclusive previsão legal [...]. O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais [...]. O casamento, sob pena de desfiguração do seu núcleo essencial e, portanto, do próprio âmbito de protecção como direito (subjectivo) fundamental, deverá contemplar o estabelecimento de uma relação de comunhão de vida entre duas pessoas, estabelecida mediante um acto como tal designado, com efeitos vinculativos legalmente fixados, livre, incondicional e inaprazável. Contrair casamento (casamento *in fieri*) é aceder ao estado de casado (casamento *in facto esse*) que se define em função dos efeitos jurídicos que o casamento opera [...]. Efectivamente, se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento. Essa diversidade de sexos seria apenas imprescindível para que a comunhão no plano sexual pudesse levar à geração de filhos biologicamente comuns, finalidade a que o casamento não está constitucional nem legalmente adstrito (PORTUGAL, 2010).

Além do exposto, o reconhecimento dos direitos dos homossexuais, bissexuais e transexuais ao casamento civil e à união estável não reduz ou ameaça nenhum direito substantivo dos heterossexuais, como afirmou a Suprema Corte do Canadá a partir de questionamento preventivo de constitucionalidade feito pelo Governador Geral do Canadá.¹⁶⁶

¹⁶⁶ O referido caso chegou à Suprema Corte do Canadá a partir de fiscalização preventiva de inconstitucionalidade desencadeada por uma consulta feita em julho de 2003 pelo Governador Geral do Canadá (Governor in Council), representante legal da Coroa britânica no Canadá, concernente a uma então proposta legislativa do governo federal canadense de introduzir uma alteração legislativa para viabilizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não foi a primeira vez que a jurisdição constitucional canadense enfrentou a questão, como bem observou Daniel Sarmiento (2008, p. 629). Um dos precedentes mais importantes, mencionado inclusive por Daniel Sarmiento, foi o caso *M vs. H*, no qual se questionou a provisão constante no Estatuto de Direito de Família do Canadá (*Family Law Act*), mais especificamente seu art. 29, o qual estabelecia, em sua redação vigente ao tempo do julgamento, que “permite que um homem ou uma mulher pudesse pedir apoio material, reconhecendo que a dependência financeira pode surgir em um relacionamento íntimo em um contexto completamente independente de qualquer relação com a criação dos filhos ou a qualquer discriminação com base no gênero existente em nossa sociedade”, conforme anota o texto do acórdão (*The legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recognizing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society*). O problema estava no fato de que o texto legal restringia o alcance da norma às uniões conjugais formadas por casais de sexos opostos, como o texto do acórdão revela: “a Seção 15 (1) da Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais do Canadá é violada pela definição de ‘cônjuge’ no art. 29 do Estatuto de Direito de Família. Esta definição, que só se aplica a Parte III do FLA, estabelece uma distinção entre os indivíduos em relações conjugais de sexos opostos de um grau específico de duração e indivíduos em relações conjugais entre pessoas do mesmo sexo, de um grau específico de duração [...]. Essencialmente, a definição de “cônjuge” no art. 29 do Estatuto de Direito de Família estende a obrigação de fornecer o apoio do cônjuge, encontrado na Parte III do Estatuto, além das pessoas casadas para incluir os indivíduos em relações conjugais com pessoas de sexos opostos de alguma permanência. Pessoas do mesmo sexo são capazes de ser tanto conjugais como estáveis, mas aos indivíduos em tais relações é, no entanto, negado o acesso ao sistema judicialmente sindicável de apoio material fornecido pelo Estatuto. Este tratamento diferencial está na base de uma característica pessoal, ou seja a orientação sexual [...]” (*Section 15(1) of the Charter is infringed by the*

Trata-se do julgamento denominado *Reference re Same-Sex Marriage*, de 9 de dezembro de 2004, quando a Suprema Corte canadense entendeu que a medida legislativa pretendida – a equiparação dos direitos dos homossexuais àqueles já existentes para os heterossexuais em relação ao casamento - era compatível com a Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais do Canadá:

O mero reconhecimento dos direitos de igualdade de um grupo não pode, por si só, constituir uma violação dos direitos de outros. A promoção dos direitos e valores da Carta enriquece a nossa sociedade como um todo e à promoção desses direitos não pode prejudicar os próprios princípios da Carta era para promover (CANADA, 2004).¹⁶⁷

No mesmo julgamento, a Suprema Corte do Canadá afirmou ainda, a partir da constatação do caráter pluralista da sociedade canadense, que

o casamento, do ponto de vista do Estado, é uma instituição civil. O raciocínio dos ‘conceitos congelados’ contraria um dos princípios mais fundamentais da interpretação constitucional canadense: que a nossa Constituição é uma árvore viva que, por via de interpretação progressiva, acomoda e aborda as realidades da vida moderna (CANADA, 2004).

A questão do casamento e da família não pode assim permanecer “congelada no tempo” ou petrificada em concepções morais supostamente absolutas, ou imunes ao escrutínio da Constituição e dos direitos humanos fundamentais, visto que as sociedades mudam e com ela mudam as visões sobre a vida familiar e conjugal, como a própria dinâmica das relações entre homens e mulheres no casamento mostra.

Este ponto dá ensejo à possibilidade de uma interpretação evolutiva da Constituição, a que se referiu o Tribunal Constitucional espanhol na Sentença 198/2012, para defender a

definition of “spouse” in s. 29 of the FLA. This definition, which only applies to Part III of the FLA, draws a distinction between individuals in conjugal, opposite-sex relationships of a specific degree of duration and individuals in conjugal, same-sex relationships of a specific degree of duration. [...]. Essentially, the definition of “spouse” in s. 29 of the FLA extends the obligation to provide spousal support, found in Part III of the FLA, beyond married persons to include individuals in conjugal opposite-sex relationships of some permanence. Same-sex relationships are capable of being both conjugal and lengthy, but individuals in such relationships are nonetheless denied access to the court-enforced system of support provided by the FLA. This differential treatment is on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation). A Corte, seguindo os votos dos Juízes Cory e Iacobucci, entendeu que a exclusão de casais do mesmo sexo dos direitos aos alimentos a partir da definição de “cônjuge” no art. 29 do Estatuto de Direito de Família viola os direitos de igualdade garantidos no art. 15, 1, da Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais e, ao mesmo tempo, não se justificando em uma sociedade livre e democrática, como pontuou na ocasião o Juiz Bastarache (CANADA, 1999).

¹⁶⁷No original em inglês: “*The mere recognition of the equality rights of one group cannot, in itself, constitute a violation of the rights of another. The promotion of Charter rights and values enriches our society as a whole and the furtherance of those rights cannot undermine the very principles the Charter was meant to foster*”.

constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo:

A interpretação evolutiva a que nos referimos facilita a resposta dada à questão de saber se o casamento, tal e como o resultado da regulação impugnada, ainda é reconhecível no contexto sócio-jurídico atual como tal casamento. Após reformas no Código Civil, pela Lei 13/2005, de 01 de julho, a instituição do casamento, em termos de imagem continua a ser claramente reconhecível, depois de uma evolução evidente que temos na sociedade espanhola em relação ao casamento, visto como uma comunidade de afeto que gera um vínculo, ou sociedade de ajuda mútua entre duas pessoas com posição idêntica dentro da instituição, e que, voluntariamente, optam por participar de um projeto comum da vida familiar, dando o seu consentimento para os direitos e deveres que fazem a instituição e expressamente manifestando-o através das formalidades estabelecidas na ordem jurídica. Assim, a igualdade dos cônjuges, a vontade livre para casar com a pessoa de sua livre escolha e a manifestação da vontade são os elementos essenciais do matrimônio, já no Código Civil, antes da reforma de 2005, e que continuam a ser reconhecidos na nova instituição como foi concebido pelo legislador. Resta claro, portanto, que a única diferença entre a instituição do casamento, antes e depois de Julho de 2005, refere-se ao fato de que as partes podem pertencer ao mesmo sexo, de modo o casamento pode ser entre pessoas de sexos diferentes e entre as pessoas mesmo sexo [...] a Lei 13/2005 é uma modificação das condições de exercício do direito constitucional de se casar, e esta alteração, depois de analisar a legislação europeia comparativa, a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo e do Direito da União Europeia, se manifesta na tendência para a equiparação do status legal de homossexuais e heterossexuais. Esta evolução parte da descriminalização da conduta homossexual [...], e envolve o reconhecimento da proteção antidiscriminação contra a discriminação das pessoas em razão da orientação sexual (ESPAÑA, 2012).¹⁶⁸

Surge então a necessidade de saber se a jurisdição constitucional é em si legítima para, apoiando-se na ideia de Estado de Direito e na interpretação dos princípios dele decorrentes e dos direitos humanos fundamentais, aplicar diretamente a Constituição para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como família, ou estender a elas os direitos à família e ao casamento.

¹⁶⁸ No original em espanhol: “*La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador. Estando claro, por tanto, que la única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005 se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo de modo que el matrimonio puede ser tanto entre personas de distinto sexo como entre personas del mismo sexo [...] La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterossexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales [...], y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas*”.

Isto engloba outro conflito: a tensão entre os direitos da maioria e a proteção de minorias vulneráveis. Até que ponto o processo decisório majoritário das democracias contemporâneas pode impor às minorias um tratamento discriminatório, seja pela afirmação da desigualdade ou pelo silêncio em tratar grupos minoritários, no caso as pessoas da comunidade LGBTTT, com igual respeito e consideração? Pode a jurisdição constitucional ter um papel corretivo do processo majoritário?

Isto é uma questão importante em termos de legitimidade política das decisões que consagram a igualdade de orientação sexual, ainda mais porque no Brasil, diferente de Portugal, da Espanha e do Canadá, não houve uma participação do Congresso Nacional no sentido de propor uma legislação; o reconhecimento jurídico-constitucional das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil se deu à margem do processo legislativo no Congresso.

Ainda assim, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser legítima e extensão do reconhecimento do status de família às uniões de pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, ainda que sua fundamentação para a procedência dos pedidos na ADI 4277 e na ADPF 132 tenha particularidades com relação ao voto do Relator.

O Ministro Gilmar Mendes posicionou-se sobre a questão majoritária e o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo nos seguintes termos:

[...] no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discriminação. Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar [...]. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar [...]. É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos [...]. A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização, acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação. Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação. De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos

fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados [...] (BRASIL, 2011).¹⁶⁹

À luz dos direitos humanos fundamentais, a extensão dos mesmos direitos quanto à família, ao casamento e à união estável para as pessoas da comunidade LGBT, implica então em possibilitar que eles e elas possam, desta forma, viver publicamente uma vida marcada pelo companheirismo e pelo afeto, e poder dar visibilidade a esta escolha é parte central da concretização não somente do direito à igualdade, mas também da própria liberdade e da intimidade familiar redefinida a partir do diálogo com os valores do espaço público.

Neste sentido, o caráter público da união ou do casamento se dá pelo seu registro civil, como modo de formalização perante o Direito e como articulação de reconhecimento jurídico com o social. No Brasil, o julgamento da ADI 4277 possibilitou que as uniões homoafetivas possam ser registradas no cartório civil como as uniões estáveis heteroafetivas.

Na falta de uma lei regulamentando especificamente o assunto, Tribunais de Justiça estaduais têm baixado provimentos para regular a questão, como fez o Tribunal de Justiça da Bahia, ao editar o Provimento por meio de sua Presidência, da Corregedoria Geral de Justiça e da Corregedoria das Comarcas do Interior o Provimento Conjunto CGJ/CCI - 12/2012 (BAHIA, 2012).

Tal Provimento introduz regras para a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva (arts. 28 a 43), dispondo no art. 28 que é permitida a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união afetiva, entre pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo.

Já o art. 29 do Provimento Conjunto CGJ/CCI do TJ/BA estabelece que a escritura fará prova para os casais, inclusive de pessoas do mesmo sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

Discussão mais recente, no entanto, tem se voltado para a possibilidade, aventada desde o julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 sobre a possibilidade de reconhecimento não só da união estável homoafetiva, como decidiu o STF nas ações mencionadas, como também do próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo, pela via da conversão da união estável homoafetiva em casamento civil.

Com efeito, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI

¹⁶⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132.

4277 e da ADPF 132 estabeleceu que:

[...] 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 (BRASIL, 2011).

E quais seriam estas regras e consequências? Com efeito, a Constituição brasileira estabelece no art.226, parágrafo 3º, que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Logo, isto implicaria, por exemplo, na possibilidade de adoção do sobrenome de um companheiro(a) homoafetivo(a) pelo outro, em interpretação analógica para a união estável (hetero ou homoafetiva) do disposto no art. 1565, parágrafo 1º, do Código Civil para o casamento.

Mais importante, porém, foi a possibilidade surgida de, por meio de um registro de união homoafetiva e sua posterior conversão, legitimar juridicamente no Brasil o caminho para o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a partir da fórmula delineada pelo STF no acórdão da ADI 4277 e sua aplicação em conjunto com a parte final do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição.

Logo após a decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132 começaram a surgir as primeiras notícias de conversão de união homoafetiva em casamento, tendo a primeira notícia a esse respeito dado conta da autorização da conversão de uma união homoafetiva em casamento civil gay na cidade de Jacareí (SP), já em junho de 2011,¹⁷⁰ embora outras decisões judiciais tenham, inicialmente, negado tal possibilidade.¹⁷¹

Mais do que divergências de interpretação judicial, o que está em jogo no caso da possibilidade de conversão é o próprio embate revelado no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, entre os que reconheceram que os homossexuais possuem os mesmos direitos à união estável e à vida familiar (e conseqüentemente ao casamento também) que detêm os

¹⁷⁰ “O cabeleireiro Sérgio Kauffman Sousa e o comerciante Luiz André Moresi buscaram na manhã desta terça-feira (28) no Cartório de Registro Civil de Jacareí, no interior de São Paulo, a certidão do primeiro casamento civil gay do Brasil. O documento é consequência de uma decisão do juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara da Família e das Sucessões do município, que converteu nesta segunda-feira (27) a união estável deles em casamento [...]. Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), é o primeiro caso de casamento civil homoafetivo no país. Com a decisão, os dois se tornaram oficialmente casados e passarão a usar o mesmo sobrenome: Sousa Moresi’ (PIZA, 2011).

¹⁷¹ “Depois de fazer o primeiro contrato de união homoafetiva estável do Ceará em maio deste ano, Leonardo de Carvalho Praxedes, 36, e José Irapuã Mendes Brandão, 35, resolveram converter a união em casamento civil e tiveram o pedido negado por uma juíza da 18ª Vara de Família [...]. De acordo com o auxiliar administrativo, a juíza que negou o pedido de conversão de união estável para registro civil se baseou em uma questão de gênero. ‘A juíza alegou que casamento é entre homem e mulher’” (ALVES, 2011).

heterossexuais (o que incluiria o casamento), ou se a união homoafetiva é outro tipo de arranjo da intimidade que merece a proteção como família, mas ao qual não se aplicam as regras do casamento civil, restrito aos heterossexuais.

Ainda não há uma resposta definitiva em termos jurisprudenciais, mas gradativamente a primeira linha de fundamentação dos direitos das pessoas LGBT quanto ao casamento e à família tem prevalecido, inclusive com a existência já de precedente importante no Superior Tribunal de Justiça a este respeito, o Recurso Especial número 1183378,¹⁷² cuja ementa traduz-se em síntese dos argumentos que legitimam os direitos de gays e lésbicas ao casamento e à vida familiar.

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. [...] 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 [...] 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. [...]. 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. [...] 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

¹⁷² Conforme traz o Relatório apresentador pelo Ministro Luiz Felipe Salomão (Relator), o caso em questão diz respeito à situação de duas mulheres, alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requererem habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares. Em seguida, em 25.3.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem. A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher. Em grau de apelação, a sentença foi mantida. O recurso especial foi então interposto contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que manteve a sentença de primeira instância. Embora os fatos e as decisões judiciais enfrentados no Recurso Especial número 1183378 sejam anteriores à decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 no STF, é inegável que o acórdão do referido recurso especial no STJ foi influenciado já pelos fundamentos das ações julgadas no STF, mostrando a importância da jurisdição constitucional na questão de orientação sexual como um vetor para impulsionar novos desdobramentos e interpretações que ampliam e efetivem os direitos fundamentais de gays, lésbicas e transexuais, notadamente junto ao Poder Judiciário (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

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 [...]. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação 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. [...] 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. [...]. 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. [...]. 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.

Assim, as decisões proferidas no julgamento do Resp 1183378 e no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 no Supremo Tribunal Federal brasileiro foram emblemáticas, na medida em que colocaram em evidência as tensões geradas por meio das reivindicações igualitárias de gays e lésbicas quanto ao casamento e à família, transformando a jurisdição constitucional em um espaço de afirmação de direitos desta minoria.

É possível identificar esta tendência não somente nos desdobramentos na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, mas também quando são analisadas outras decisões de Tribunais Constitucionais proferidas ao longo das últimas duas décadas.

Neste sentido, o panorama jurisprudencial da questão no Direito Constitucional Comparado (SARMENTO, 2008) traz diversos outros precedentes, em um quadro rico e complexo de argumentações e trajetórias judiciais sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Além dos casos já destacados, merecem análise os precedentes constitucionais da África do Sul e da Colômbia, na medida em que são decisões representativas da argumentação em prol do casamento homossexual na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no peso dado à questão da igualdade e do caráter de reconhecimento do status jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo como representativo do ideal de família como comunidade fundada no afeto e na solidariedade entre seus membros.

Com efeito, Daniel Sarmento narra a experiência constitucional sul-africana quanto ao casamento igualitário (homossexual ou homoafetivo) (SARMENTO, 2008), destacando precedentes judiciais e a própria vedação à discriminação quanto a orientação sexual existente na Constituição sul-africana.

Com relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, Sarmento cita a decisão da Corte Constitucional sul-africana em *Minister of Home Affairs and Another vs. Marie Adriaana Fourie and Another* (2005).

A decisão mencionada diz respeito ao litígio constitucional promovido por um casal de lésbicas para obter o mesmo status, os benefícios e responsabilidades que decorrem do casamento entre pessoas heterossexuais. Após tramitar nas instâncias judiciais inferiores, o caso chegou à Corte Constitucional sul-africana, que se manifestou acerca do tema nos seguintes termos:

A lei que cria instituições que permitem aos casais heterossexuais declarar seu compromisso público um com o outro e alcançar o estatuto, direitos e responsabilidades que decorrem do casamento, mas não fornece qualquer mecanismo para casais do mesmo sexo para conseguir o mesmo, discrimina injustamente os homossexuais. Dá-se a uns e não aos outros. Os instrumentos criados pelo sistema legal excluem do seu alcance as pessoas que têm direito a ser protegidas por ele. São esses instrumentos que estão sendo identificados como sendo inconsistentes com a Constituição, e não "a lei" como uma abstração. A lei deve ser medida no contexto do que está previsto no sistema jurídico como um todo. A este respeito, a exclusão pelo silêncio e omissão é tão eficaz na lei e na prática, como se fosse feita pela linguagem expressa. Uniões do mesmo sexo, de fato, continuam a ser tratadas com o mesmo grau de repúdio que o Estado até duas décadas atrás reservava para uniões inter-raciais, o formato legal pode ser diferente, mas o efeito é o mesmo. O impacto negativo não é apenas simbólico, mas também prático [...]. Assim, não seria suficiente apenas lidar com todas as consequências práticas de exclusão do casamento. Além disso, seria necessário conceder aos casais do mesmo sexo um status público e privado igual ao que casais heterossexuais alcançam quando se casam [...]o fracasso da Common Law e da Lei do Casamento de fornecer os meios pelos quais casais do mesmo sexo possam gozar do mesmo estatuto, direitos e responsabilidades concedidos aos casais heterossexuais através do casamento, constitui uma violação injustificável do seu direito à igual proteção da lei ao abrigo da seção 9 (1), e não ser discriminado injustamente nos termos da seção 9 (3) da Constituição. Além disso, e para as razões dadas em *Home Affairs*, tal falha representa uma violação injustificável de seu direito à dignidade nos termos da seção 10 da Constituição (SOUTH AFRICA, 2005).¹⁷³

¹⁷³ No original em inglês: “[...]A law that creates institutions which enable heterosexual couples to declare their public commitment to each other and achieve the status, entitlements and responsibilities that flow from marriage, but does not provide any mechanism for same-sex couples to achieve the same, discriminates unfairly against same-sex couples. It gives to the one and not to the other. The instruments created by the legal system exclude from their reach persons entitled to be protected by them. It is those instruments that stand to be identified as being inconsistent with the Constitution, and not ‘the law’ as an abstraction. The law must be measured in the context of what is provided for by the legal system as a whole. In this respect, exclusion by silence and omission is as effective in law and practice as if effected by express language. Same-sex unions continue in fact to be treated with the same degree of repudiation that the state until two decades ago reserved for interracial unions; the statutory format might be different, but the effect is the same. The negative impact is not only symbolic but also practical [...]. Thus, it would not be sufficient merely to deal

O voto que conduziu a elaboração ao acórdão foi proferido pelo Juiz Sachs e seguido pelos Juízes Langa, Moseneke, Mokgoro, Ngcobo, Skweyiya, Van der Westhuizen e Yacoob, com apenas uma divergência parcial do Juiz O'Regan quanto a aspectos relativos ao efeito da decisão (SOUTH AFRICA, 2005).

Já no caso da Colômbia, trata-se da Sentença C-075/2007, como menciona Daniel Sarmiento (2008). A referida decisão foi proveniente de uma ação pública de inconstitucionalidade, que questionou o art. 1º da Lei 54, de 1990.

O referido dispositivo estabelecia que “para todos os efeitos civis, a união conjugal de fato para fins patrimoniais como aquela formada por um homem e uma mulher que, sem estar casados, constituem uma comunidade de vida permanente e singular” (*“A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”*).

A Corte Constitucional colombiana considerou inconstitucional a não aplicação do regime das uniões estáveis para fins patrimoniais aos casais homossexuais, na medida em que isto configuraria tratamento discriminatório, pelos motivos sintetizados na ementa do julgado:

A lei, ao regulamentar a chamada "união estável", introduzindo um sistema de proteção do patrimônio para os membros de casais heterossexuais, não faz o mesmo para casais homossexuais [...]. Para o Tribunal, a ausência de proteção no campo patrimonial para os casais homossexuais é prejudicial à dignidade da pessoa humana, é contrária ao direito de livre desenvolvimento da personalidade e do comportamento, e uma forma de discriminação, proibida pela Constituição [...]. O regime da Lei 54 de 1990, alterada pela Lei 979 de 2005, na medida em que se aplica apenas a casais heterossexuais e exclui do seu âmbito o casal gay, é discriminatório. Assim, não obstante as diferenças objetivas entre os dois tipos de grupos, e as considerações específicas que levou o legislador, em 1990, para estabelecer esse sistema de proteção, com base na necessidade de proteger as mulheres e a família, não é menos verdade que hoje pode ser visto que os casais homossexuais têm as mesmas demandas de proteção e que não há razões objetivas para tratamento diferenciado [...]. Isto significa que o casal gay que satisfaça as condições especificadas na lei para uniões estáveis de fato, isto é, sejam uma comunidade de vida única e permanente, mantida por um período de pelo menos dois anos, acessa ao regime de proteção disposto na lei, de modo que ele é coberto pela presunção da sociedade patrimonial e seus membros poderão, individual ou conjuntamente, ir para os meios previstos na lei, para estabelecê-la, conforme

with all the practical consequences of exclusion from marriage. It would also have to accord to same-sex couples a public and private status equal to that which heterosexual couples achieve from being married [...] the failure of the common law and the Marriage Act to provide the means whereby same-sex couples can enjoy the same status, entitlements and responsibilities accorded to heterosexual couples through marriage, constitutes an unjustifiable violation of their right to equal protection of the law under section 9(1), and not to be discriminated against unfairly in terms of section 9(3) of the Constitution. Furthermore, and for the reasons given in Home Affairs, such failure represents an unjustifiable violation of their right to dignity in terms of section 10 of the Constitution”.

considerarem adequado (COLÔMBIA, 2007).¹⁷⁴

A decisão colombiana se mostra importante na medida em que foi o primeiro precedente significativo de afirmação do casamento igualitário homossexual em uma Corte Constitucional latino-americana, antecedendo tanto a lei aprovada na Argentina sobre união de pessoas do mesmo sexo quanto a decisão no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 no Brasil.

3.2.2.2 O direito ao planejamento quanto à filiação ou à descendência: adoção e acesso às técnicas de reprodução assistida

Como visto na seção antecedente, em um primeiro momento a liberdade de vida familiar tem por objetivo a própria formação ou constituição da família, com o estabelecimento dos direitos e deveres entre os cônjuges e o reconhecimento social e jurídico da sociedade conjugal amparada na união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar digna de igual respeito e consideração, bem como dotada dos mesmos requisitos de constituição e desenvolvimento que aquelas uniões formadas por casais heterossexuais.

Um segundo (e mais controverso) desenvolvimento da liberdade de vida familiar e sua extensão aos casais homoafetivos diz respeito ao direito ao planejamento de ter filhos/as ou mesmo o acesso aos meios efetivos para realizar tal objetivo, incluindo desde a possibilidade de realizar esta escolha até a própria concepção ou registro de filiação. Nas palavras de Paulo Lôbo (2008, p. 195):

¹⁷⁴ No original em espanhol: “La ley, al regular la denominada “*unión marital de hecho*”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales [...] para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución [...] El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado [...] Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (doadores anônimos de gametas masculinos ou femininos – art. 1597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental, ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.

Ao referir-se a “outra entidade implicitamente constitucionalizada”, Paulo Lôbo (2008) abre a possibilidade de admitir-se o direito ao planejamento da filiação aos casais formados por homossexuais ou transexuais, nos termos do que decidiu o STF na ADI 4277 e da ADPF 132.¹⁷⁵

No entanto, há, no discurso político contemporâneo, uma controvérsia ou tensão entre o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de estender a elas o direito ao planejamento de sua descendência. Por vezes, procura-se dissociar uma coisa da outra, baseando-se a resistência em admitir a adoção ou criação de crianças por casais do mesmo sexo como algo contrário ao próprio interesse da criança.¹⁷⁶

Registre-se, por exemplo, que a mesma Lei 9/2010 que reconheceu em Portugal o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo na forma de casamento civil negou a estes arranjos familiares o acesso à adoção, na forma do art. 3º da Lei, que estabelece que as alterações introduzidas pela Lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2010).¹⁷⁷

Na França, onde a aprovação de um projeto que legaliza o casamento gay (proposta do governo socialista, liderado pelo Presidente François Hollande) ainda está em tramitação, a sociedade se divide: enquanto cerca de 63% das pessoas defendem que os casais homossexuais tenham o direito de se casar, metade da população francesa, entretanto, é contrária à adoção – aproximadamente 51% dos entrevistados se declararam reticentes em

¹⁷⁵ Apenas a título de esclarecimento, a edição da obra citada do autor é anterior às decisões mencionadas do STF. Embora não seja possível afirmar peremptoriamente que o mesmo tivesse em conta as uniões entre pessoas do mesmo sexo como “entidade implicitamente constitucionalizada” capaz de planejar a filiação, articulando a passagem destacada e o texto do acórdão do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, é viável defender que as famílias homoafetivas se inserem no campo de titulares do direito ao planejamento da filiação nos termos defendidos pelo autor.

¹⁷⁶ Reportagem da Radio France International de dezembro de 2012 noticia a oposição do Papa Bento XVI à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, ao reproduzir o seguinte trecho da fala do Papa: “[...] Sobre a adoção por casais do mesmo sexo, o papa disse, [...], que ‘a criança perdeu seu espaço e dignidade e se tornou um objeto’” (RFI, 2012).

¹⁷⁷ Apenas registre-se que este foi o único artigo que não foi impugnado em fiscalização prévia de constitucionalidade pelo Presidente de Portugal, Cavaco Silva, conforme mostra o texto da Sentença 121/2010 do Tribunal Constitucional português:

relação à iniciativa, e 49%, favoráveis, segundo recente pesquisa mencionada pela Radio France International¹⁷⁸ e divulgada em janeiro de 2013.

Há diversas nuances desta discussão, que nada mais é do que um novo desdobramento do suposto embate entre natureza e cultura (direitos humanos). Por um lado, há situações em que homossexuais tiveram (ou têm) filhos antes de integrar uma união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo (ou mesmo fora de qualquer arranjo conjugal). Martha Nussbaum (1999) traça um breve panorama desta situação e também das outras possibilidades pelas quais gays e lésbicas podem acessar a parentalidade:

Gays e lésbicas têm e criam filhos. Em uma pesquisa de 1970 na Califórnia, 20% dos homossexuais masculinos e mais de um terço das mulheres homossexuais foram casados, muitos dos quais tiveram filhos. Casais de lésbicas podem ter filhos através de inseminação artificial ou sexo com um homem, um homem gay pode obter uma criança através de algum tipo de arranjo de barriga de aluguel (NUSSBAUM, 1999, p. 204).¹⁷⁹

O problema aqui é, em primeiro lugar, um problema de guarda e de pleno exercício do poder familiar – é dizer, homossexuais e transexuais teriam os mesmos direitos, deveres e prerrogativas quanto a seus descendentes, ou ao menos quanto àqueles “naturalmente” concebidos?

Primeiro, é preciso enfrentar a questões em relação a filhos já concebidos naturalmente (biológicos) de um dos/das parceiros/as homossexuais. A ideia de que uma pessoa homossexual ou transexual não pode criar seus filhos se conecta à ideia de homossexualidade/transexualidade como desvio, como falta de idoneidade moral, de pecado. É uma colonização do Direito por uma moral positiva diretamente vinculada à religião ou, ao menos, implicitamente nela baseada.

É o tipo de visão que está presente, por exemplo, no caso *Bottoms vs. Bottoms*¹⁸⁰,

¹⁷⁸ “Os franceses ainda continuam divididos sobre o projeto de lei do governo que autorizaria a adoção para casais homossexuais, mas a maioria aprova o casamento, segundo uma pesquisa do Instituto francês Ifop, publicada neste sábado. Neste domingo, uma nova manifestação a favor da nova legislação deverá reunir milhares de pessoas em Paris. Cerca de 63% das pessoas que participaram da pesquisa defendem que os casais homossexuais tenham o direito de se casar, o que representa três pontos a mais em relação ao início de janeiro. Metade da população francesa, entretanto, é contrária à adoção. Aproximadamente 51% dos entrevistados se declararam reticentes em relação à iniciativa, e 49%, favoráveis. Participaram da pesquisa 1026 pessoas de mais de 18 anos [...]” (RFI, 2013).

¹⁷⁹ No original em inglês: “*gays and lesbians have and raise children. In a 1970 survey, 20% of male homosexuals and more than a third of female homosexuals have been married, and many of those have had children. Lesbian couples can have children through artificial insemination or sex with a male, a gay man can obtain a child through some sort of surrogacy arrangement*” (NUSSBAUM, 1999, p. 204).

¹⁸⁰ Análise das implicações jurídicas, podem ser obtidos a partir do texto de Douglas A. Steinberg (1994), *Bottoms vs. Bottoms: A Comment*. O autor comenta a decisão na Corte de Apelações da Virgínia, que havia sido favorável à mãe, o que posteriormente foi revertido pela Suprema Corte da Virgínia.

conforme relata Martha Nussbaum (1999), processo em que uma mãe perdeu a guarda de sua filha para a avó da criança porque o tribunal considerou que uma mulher homossexual não teria condições de criar uma criança.¹⁸¹

Outro caso emblemático que evidenciou como este padrão discriminatório ainda é atual foi o julgamento recente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) do caso Atala Riffo e Filhas vs. Chile.

O caso foi apresentado à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em setembro de 2010, após a petição inicial apresentada perante a Comissão por Karen Atala Riffo, juíza de direito chilena, que aduzia alegações de responsabilidade internacional do Estado em razão do tratamento discriminatório e da interferência arbitrária em sua vida privada por causa de sua orientação sexual no processo judicial que resultou na retirada da guarda e custódia de suas filhas menores de idade (CORTE..., 2012).

Com efeito, a disputa judicial pela guarda das três filhas menores entre Karen Atala Riffo e seu ex-marido colocou em evidência a questão da orientação sexual da Sra. Atala Riffo, como os argumentos iniciais do pai das crianças perante o juiz de menores relatados na exposição do Caso Atala na Corte Interamericana:

A Associação Americana de Psicologia (American Psychology Association) participou do processo como *amicus curiae*, apresentando, em conjunto com outras entidades, uma manifestação escrita perante a Suprema Corte da Virgínia. A página do caso na APA faz um pequeno resumo do resultado final do julgamento nos seguintes termos: “A Suprema Corte da Virgínia considerou que havia provas suficientes para sustentar as conclusões do tribunal de que a presunção em favor da custódia da mãe foi contrariada pelas provas claras e convincentes de inaptidão e que o melhor interesse da criança seria servido através da atribuição de guarda à avó. Constatou-se que a conduta sexual criminoso inerente ao lesbianismo foi uma consideração importante na determinação da incapacidade da mãe para a guarda da criança, e que a criança ter amaldiçoado a mãe, os distúrbios emocionais apresentados em visitação com a mãe, e ter permanecido de pé em um canto durante a visita provam que a criança tinha sido prejudicada por condições de vida da mãe [...]. A Suprema Corte da Virgínia [...] modificou substancialmente os termos de visitação que proibia todo o contato entre a criança e a amante da mãe [...] (*“The Supreme Court of Virginia held that there was sufficient evidence to support the trial court’s findings that a presumption in favor of mother’s custody was rebutted by clear and convincing evidence of unfitness and that the child’s best interests would be served by awarding custody to the grandmother. It found that felonious sexual conduct inherent in lesbianism was an important consideration in determining the mother’s unfitness for custody of the child, and that the child’s cursing, emotional upset at visitation with the mother, and standing in a corner proved that the child had been harmed by the mother’s living conditions... Supreme Court reversed the decree dismissing the mother’s “show cause petition” and substantially modifying the terms of visitation that prohibited all contact between the child and the mother’s lover”*) (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 2013).

¹⁸¹ Segundo Martha Nussbaum (1999, p. 204b) “[...] Para citar apenas um caso notável, em *Bottoms vs Bottoms*, em 1995, o Supremo Tribunal da Virgínia confirmou a negação da guarda da criança de Bottoms Sharon, que estava vivendo em um relacionamento estável com outra mulher, e concedeu guarda para a avó da criança. O Tribunal considerou que uma mãe lésbica, mesmo vivendo em um relacionamento estável, era presumivelmente incapaz de ter a custódia de seu filho” (*“To mention just one notable case, Bottoms vs. Bottoms, in 1995 the Virginia Supreme Court upheld the denial of custody of her child to Sharon Bottoms, who was living in a committed same-sex relationship, and awarded custody to the child’s grandmother. The court held that a lesbian mother, even one living in a committed relationship, was presumptively unfit to have custody of her child”*)

Em 14 de Janeiro de 2003, o pai de três meninas ajuizou um pedido de custódia perante o Tribunal de Menores de Villarrica ao considerar que o ‘desenvolvimento físico e emocional (das meninas) estaria em grave perigo’ ao continuar sob os cuidados de sua mãe. Na denúncia, o Sr. Lopez alegou que a Sra. Atala ‘não era capaz de assistir e cuidar [das três meninas] em razão de sua nova opção de vida nova sexual juntamente com a coexistência lésbica com outra mulher; estes fatos produzem [...] consequências danosas para o desenvolvimento dessas crianças, pois a mãe não havia mostrado interesse algum em garantir e proteger [...] o desenvolvimento das filhas menores’. Além disso, o Sr. Lopez argumentou que ‘o incentivo a considerar dar o mesmo status dentro da ordem jurídica aos casais do mesmo sexo distorce o significado de casal humano, formado por homem e mulher, e, portanto, alterando o sentido natural da família, [...] afetando os valores fundamentais da família, como o núcleo da sociedade, pelo que a opção sexual exercida pela mãe impede a convivência saudável, justa e normal a que teriam direito as garotas. Finalmente, o Sr. Lopez argumentou que seria importante acrescentar as consequências biológicas decorrentes de conviver sob o mesmo teto com um casal de lésbicas, que por suas práticas sexuais estariam permanente em risco de contrair herpes e AIDS’.¹⁸²

A disputa judicial entre Karen Atala Riffo e seu ex-marido tramitou pelas instâncias ordinárias da Justiça chilena, até chegar à Suprema Corte de Justiça do Chile. O ex-marido obteve a guarda provisória das crianças, que foram entregues pela Sra. Atala Riffo ao pai. A sentença de 1ª instância, no entanto, foi favorável à Sra. Atala Riffo, mas o pai conseguiu manter a guarda em razão de medida cautelares deferidas nos Tribunais Superiores.

Finalmente, em maio de 2004 a Quarta Sala da Suprema Corte do Chile concedeu a guarda definitiva ao pai, alegando que havia ocorrido a deterioração do entorno social, familiar e educacional das crianças desde que a mãe começou a viver em casa com sua parceira homossexual e que as meninas passaram a ser objeto de discriminação decorrente deste fato. Além disso, a Suprema Corte chilena afirmou que:

Não é possível desconhecer que a mãe das crianças, ao tomar a decisão de expor a sua homossexualidade, como qualquer um pode fazê-lo livremente no âmbito dos seus direitos pessoais de gênero, portanto, sem merecer por isso qualquer censura ou reprovação jurídica [...] colocou seus próprios interesses, em detrimento dos de suas filhas, sobretudo quando se inicia a vida com o sua parceira homossexual na mesma casa em que levava a cabo a criação e o cuidado de suas filhas separadamente do pai

¹⁸² Informações retiradas da versão em espanhol do Caso Atala. No original: *El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el “desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”. Además, el señor López argumentó que “[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, [...] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[en]drían derecho [las niñas M., V. y R.]”. Por último, el señor López arguyó que “habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[arían] expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida” (CORTE..., 2012).*

delas [...] apesar dos efeitos que esta coexistência pode causar ao desenvolvimento psicológico e emocional de suas filhas, considerando as idades em que elas se encontram, a eventual confusão dos papéis sexuais pode ser produzida pela falta no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino, configurando uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores (CORTE..., 2012).¹⁸³

Diante do exposto e do conjunto de provas e argumentos deduzidos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que ainda que as instâncias judiciais chilenas, marcadamente a Suprema Corte do Chile, tenham tido em conta o melhor interesse das crianças, não se comprovou que as decisões judiciais chilenas tenham sido adequadas para alcançar este fim, nem que a convivência da Sra. Atala Riffo com sua parceira/companheira tenha causado efetivo dano às crianças, tendo o Poder Judiciário chileno recorrido a argumentos abstratos, estereotipados e discriminatórios.¹⁸⁴

O caso Atala Riffo e Filhas vs. Chile e as decisões judiciais chilenas que ensejaram a responsabilidade internacional do Estado chileno colocam em evidência toda uma série de preconceitos que se põem a casais homossexuais para o pleno acesso à paternidade/maternidade, visto que o recurso às alegações abstratas de interesse da criança, estereótipos sobre a relação homossexual ou convenções estabelecidas sobre papéis de gênero e sua tradução em linguagem jurídico-formal, particularmente por uma alegada preocupação com os direitos e interesses das crianças envolvidas, o que termina por “camuflar” o tratamento discriminatório.

Cabe destacar, porém, que os preconceitos quanto aos homossexuais e transexuais não se resumem aos casos de guarda e exercício do poder familiar, mas principalmente se eles e

¹⁸³ No original em espanhol: “[...] *respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho [...] “no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno [...] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas” [...] “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”.*

¹⁸⁴ A Corte Interamericana de Derechos Humanos destacou que a Convenção Americana de Direitos Humanos não consagra um modelo fechado de família, nem consagra a proteção apenas a um modelo tradicional. Assim, tendo em conta os limites de atuação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (a Corte Interamericana não constitui uma “quarta instância” ou grau recursal das jurisdições nacionais, apenas atua quando se esgotam os recursos internos), a Corte Interamericana decidiu, pelos fatos e fundamentos analisados, que o Chile era responsável por violações aos direitos à igualdade e não discriminação de Karen Atala Riffo e suas filhas, bem como pela violação dos direitos à vida privada e à imparcialidade em relação a Karen Atala Riffo e pela violação das garantias judiciais das filhas de Karen Atala Riffo, estabelecendo, nos termos da sentença da Corte, formas de reparação em favor das peticionantes/demandantes. Informações retiradas da versão em espanhol do Caso Atala (CORTE..., 2012).

elas poderão planejar e escolher ter filhos que não sejam de uma relação heterossexual anterior, ou seja, se o público LGBT poderá acessar os meios jurídicos e materiais para constituir sua filiação ou descendência.

Na Apelação Cível número 0004884-79.2011.8.26.0457, julgada em 23 de julho de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo apreciou recurso de apelação de casal de lésbicas que teve sua inscrição no cadastro de pretendentes à adoção da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Pirassununga, mas com a ressalva proposta pela Promotoria e aceita pelo Juízo de que as duas não poderiam optar pela adoção de um menino, pois “a adoção de um garoto por mulheres em união homoafetiva não se mostraria adequada, vez que, a figura paterna é essencial para a formação da personalidade da criança” (SÃO PAULO, 2011).¹⁸⁵

O argumento dos direitos ou interesses da criança (na visão da autoridade pública) também é invocado na Apelação Cível número 1.0480.08.119303-3/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 24 de maio de 2011. O processo original de adoção era proveniente de Juízo de 1ª instância da Comarca de Patos de Minas.

No caso em questão, o Ministério Público estadual recorreu contra decisão judicial de 1ª instância que declarou a perda de poder familiar e deferiu pedido de adoção por casal de lésbicas de uma criança do sexo masculino, em relação à qual já possuíam a guarda provisória, em virtude do fato de a mãe biológica supostamente não possuir condições afetivas, psicológicas e financeiras de criar o menino (MINAS GERAIS, 2011).

A justificativa para o recurso do Ministério Público? “A adoção de menor por casal homossexual poderá gerar-lhe constrangimentos futuros, eis que terá que se apresentar como filho de duas mulheres. Narra que, acaso mantida a sentença, não estará mantido o melhor interesse da criança” (MINAS GERAIS, 2011).

¹⁸⁵ Cabe apenas destacar que a referida Apelação foi provida e a decisão de 1ª instância reformada, conforme os termos da ementa do julgado: “Apelação – Procedimento de habilitação no cadastro de pretendentes à adoção, por casal em união homoafetiva – Deferimento, com ressalva de vedação à adoção de infante masculino – Alegação do Juízo de que a adoção de um garoto por mulheres em união homoafetiva não se mostra adequada, vez que a figura paterna é essencial para a formação de sua personalidade – Inadmissibilidade – Adoção deve em tudo se assemelhar à família naturalmente constituída – Conduta da sexagem (possibilidade de escolha do sexo do bebê) que não é admitida nos nascimentos naturais e, assim, não deve ser imposta às pretensas adotantes – Adoção que, acima de tudo, é medida protetiva de colocação da criança em família substituta e, como tal, não deve encontrar obstáculos, senão aqueles legalmente previstos – Situações hipotéticas não podem basear as decisões judiciais – Lesão a direitos constitucionalmente reconhecidos – Às autoras, o direito constitucional à família. À criança, ou adolescente, o direito a ampla proteção – Estado que tem o dever de proteger a criança e o adolescente, não podendo, assim, restringir a adoção por pares homoafetivos, que comprovadamente possuam convivência familiar estável – Tramitação idêntica do processo de adoção requerido por pessoa heterossexual deve ter aquele solicitado por homossexual – Estudos favoráveis juntados aos autos – Obstáculo que é vedado por disposição constitucional (artigo 5º) e representa prejuízo ao melhor interesse das crianças e adolescentes – Apelo ao qual se dá provimento, para reformar parcialmente a sentença a fim de excluir dela a vedação para eventual adoção de criança do sexo masculino”.

Assim, na argumentação aduzida pelo MPE/MG em primeira instância, crescer em uma família homoafetiva ou ser criado por casal de pessoas do mesmo sexo seria algo que inferiorizaria a criança e lhe causaria vexame, visto que toda criança deveria, em tese, ser criada em um modelo heteronormativo, pelo que se depreende da argumentação do órgão do Ministério Público.

A extensão de convenções e preconceitos sociais contra homossexuais e transexuais não é novidade no discurso político contemporâneo – é preciso lembrar que o discurso de que os gays são ameaça às crianças já está presente nos Estados Unidos dos anos 1970: na “cruzada” da Anita Bryant (*Save Our Children Crusade*) se difundiu a ideia de que os homossexuais seriam responsáveis por molestar, recrutar e converter crianças, em razão de sua incapacidade biológica de reprodução natural.

Se o Senador John Briggs já defendia que a figura o risco da reprodução da homossexualidade por meio de modelos de emulação de autoridade como a de um professor (CHAPARRO; VARGAS, 2011), razão pela qual introduziu a iniciativa 6 (já destaca em passagem no capítulo anterior), o risco não seria menor, dentro de uma visão que considere a homossexualidade como desvio ou risco para crianças, em inserir meninas ou meninas na convivência com arranjos entre pessoas do mesmo sexo.

Uma vez mais, o discurso da natureza como imposição à cultura humana fundamentava convenções e preconceitos que, convertidos em tradição, procuravam sobrepor-se aos direitos e à autonomia dos grupos minoritários em relação à orientação sexual.

Assim, foi com base nas premissas de que é interesse da criança crescer em família “normal” (heterossexual) que a cabelereira transexual Roberta Góes Luiz perdeu em 2008 a guarda de filho menor após 8 meses convivendo com a criança, como mostra reportagem da revista eletrônica Consultor Jurídico:

Por ser transexual, a cabelereira Roberta Góes Luiz, de 30 anos, perdeu a guarda de um bebê de 11 meses adotado por ela e por seu companheiro em São José do Rio Preto (SP). A decisão é do Tribunal de Justiça de São Paulo, que acolheu recurso do Ministério Público paulista. No pedido para retirada da guarda da criança, o promotor Cláudio Santos Moraes considerou o casal “anormal”. Com a decisão a criança foi enviada para um abrigo até ser determinada a guarda definitiva. No processo, o promotor argumentou que a criança não levaria uma vida “normal” sem a presença de um pai e de uma mãe. Alegou, ainda, que a criança poderá ficar revoltada quando descobrir que foi criada por uma família homossexual. “É uma convicção minha. Uma família normal tem mãe mulher e pai homem. Roberta é homem. Uma criança não pode viver neste ambiente, precisa de uma família decente. O dia em que eu, como promotor, não puder fazer prevalecer minha convicção, desisto” [...] Segundo Moraes, ele não quer ser culpado, caso a criança, não se sinta feliz, no futuro, de ter sido adotada por um casal de homossexuais. Para ele, o menino precisa de pais adotivos que tenham condições morais, sociais e psicológicas e por ser “anormal”, o casal não tem condições sociais para adotar uma

criança (CONSULTOR JURÍDICO, 2008).

A negação da adoção aos homossexuais e transexuais se apresenta, a rigor, como um preconceito de ordem moral, que é invocado, com peso absoluto em sua suposta procedência a partir da “natureza”, para suprimir os direitos de igualdade de gays e lésbicas quanto ao livre desenvolvimento de sua personalidade e como forma de bloquear seu projeto de realização pessoal pela constituição de família e a parentalidade a ela relacionada, como explica Martha Nussbaum (1999, p. 205) ao traçar breve panorama sobre a matéria no Direito Constitucional norte-americano:

[...] Não há nenhuma evidência de que pais do mesmo sexo são pais piores do que os pais heterossexuais. Se fosse para discutir a partir de uma concepção de que uma criança será inevitavelmente alvo de preconceito social, não importa o quão bem seu pai esteja se saindo, parece plausível que a Constituição deve intervir para bloquear esse argumento. Em 1984, no caso *Palmore v Sidoti*, em que uma criança foi retirada da custódia de sua mãe (branca), porque ela se casou com um homem negro [...] a Suprema Corte dos EUA retornou a guarda para a mãe da criança, sustentando que a lei não pode dar legitimidade pública ao preconceito privado. Este caso foi citado em uma decisão do Alaska de 1985 concedendo a guarda de uma mãe lésbica. O tribunal considerou que um tribunal não deve confiar em ‘qualquer estigma real ou socialmente imaginado’ anexado ao status de um pai homossexual ao decidir acerca dos melhores interesses de uma criança em um caso de custódia. Na Flórida, em 1991, um tribunal estadual julgou a lei estadual que proibia a adoção por homossexuais inconstitucional, em violação das disposições da Constituição da Flórida sobre privacidade, assim como em violação às normas constitucionais federais e estaduais relativas ao devido processo e cláusulas de igual proteção perante as leis [...].¹⁸⁶

Especificamente no que se refere à adoção, há um argumento prévio, antecedente à própria argumentação desenvolvida por Martha Nussbaum (1999) em favor do direitos de adoção a homossexuais (e transexuais), que é o próprio caráter da ideia de adoção enquanto um instituto jurídico.

Como mostra Paulo Lôbo (2008, p. 247), “no Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para a filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento,

¹⁸⁶ No original em inglês: “[...] *there is no evidence that same-sex parents are worse parents than heterosexual parents. If one were to argue such a child will be inevitably be the target of social prejudice, no matter how well its parent is doing, it seems plausible that the Constitution will intervene to block that argument. In a 1984 case, Palmore v. Sidoti, in which a child was removed from its (white) mother’s custody because she had remarried to a black man [...] the U.S. Supreme Court returned custody to the child’s mother, holding that the law may not give public legitimacy to private prejudice. This case was cited in a 1985 Alaska decision granting custody to a lesbian mother. The court held that a court should not rely on “any real or imagined social stigma” attaching to a parent’s homosexual status when deciding the best interests of a child in a custody case. In Florida, in 1991, a state court found the state’s law banning adoptions by homosexuals in violation of the Florida Constitution’s privacy provisions, as well as federal and state due process and equal protection clauses [...]*” (NUSSBAUM, 1999, p. 205).

o adotado se converte integralmente em filho”.

Longe de apoiar-se em uma ideia absoluta de natureza, a adoção é a própria superação dos limites naturais, tomando como descendente aquele(a) que não veio de geração biológica própria, mas com quem se estabelecem laços de afeto, solidariedade e responsabilidade.¹⁸⁷ Em síntese, a adoção transforma a realidade fática,¹⁸⁸ criando vínculos afetivos e de parentesco onde a natureza não se fez presente.¹⁸⁹

Registre-se que não são apenas as pessoas sem filhos que adotam outras crianças ou pessoas. O que está em discussão não é quem adota, mas em que consiste a adoção e qual seu efeito sociojurídico. Como se disse antes, a adoção permite superar os limites postos pela natureza, e não é apenas um mero reflexo desta.

A tensão entre natureza e cultura subjacente à adoção é antecedente e equivalente ao fenômeno contemporâneo das técnicas de reprodução medicamente assistidas, como forma de superar as limitações biológicas e gerar descendência. Enquanto a adoção é um mecanismo jurídico, a reprodução assistida é um mecanismo técnico-científico com implicações jurídicas e sociais.

No Brasil, embora não exista regulamentação legal direta das técnicas de reprodução medicamente assistida, aplicando-se regras constitucionais e legais pertinentes à matéria sem que exista um estatuto específico, o Conselho Federal de Medicina editou recentemente a Resolução 1957/2010 acerca da matéria, com alcance ético-disciplinar, mas trazendo orientações sobre a aplicação das técnicas e profundas transformações quanto aos seus potenciais usuários, na medida em que:

Segundo a Resolução 1957/2010 (Parte II, inciso 1), todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com

¹⁸⁷ É preciso registrar que nem sempre a adoção refletiu um ideal igualitário quanto à filiação, mas uma proposta exatamente contrária: a desigualdade entre os filhos como resultado do status de cada um. O próprio Paulo Lôbo afirma que “nos quatrocentos e oitenta e oito anos anteriores da história da sociedade e do Direito brasileiro, perdurou o princípio da desigualdade e a clara distinção entre filho legítimo e filho adotivo, que não se integrava totalmente à família adotante” (LÔBO, 2008, p. 247b). O marco a que se refere o autor é o da Constituição de 1988. Fazendo uma reflexão histórica sobre o instituto da adoção no Direito brasileiro, Paulo Lôbo destaca a influência do Direito Canônico nas relações familiares e o papel que teve em relegar a adoção a um plano inferior, lembrando Arnoldo Wald para destacar que a Igreja Católica manifestava reservas quanto à adoção, entendendo-a como “forma de suprir o casamento e a constituição da família legítima e uma possibilidade de fraudar normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos” (WALD apud LÔBO, 2008, p. 250).

¹⁸⁸ Diz Paulo Lôbo que a adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos (LÔBO, 2008, p. 248).

¹⁸⁹ Paulo Lôbo lembra o caráter que a adoção já tinha no Direito Romano e sua importância para permitir a continuidade do culto aos ancestrais no caso das pessoas sem filhos: o filho adotado tornava-se *heres sacrorum*, renunciando ao culto de sua família de origem (LÔBO, 2008, p. 250).

a legislação vigente. A Resolução anterior (1358/92) dizia que toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado. Em relação aos direitos das mulheres, a alteração normativa ético-disciplinar do Conselho Federal de Medicina consagra uma igualdade de direitos independentemente do estado civil em consonância com o art. 12, 1, da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, que estabelece o seguinte: os Estados Partes da Convenção adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na esfera dos cuidados com a saúde, com vistas a assegurar-lhes, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços médicos, inclusive no que se refere aos temas que digam respeito à questão do planejamento familiar, como no caso do acesso às técnicas de reprodução assistida, conforme disposto na Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina. A grande modificação parece ser a não subsistência de qualquer de restrição para o tratamento ao casal ou mulher infértil na definição de pacientes de RA. Embora não explicita homossexuais e solteiros, isso abre espaço para o acesso às técnicas de reprodução assistida para as pessoas cujas relações sexuais não são férteis (casais homoafetivos) ou que não têm relações (solteiros). Assim, independentemente de estado civil ou opção sexual, qualquer pessoa pode recorrer às técnicas de reprodução assistida. Isto abre caminho para o pleno desenvolvimento das novas entidades familiares como as famílias monoparentais e homoafetivas. A ampliação do uso das técnicas de reprodução assistida para solteiros e também para famílias homoafetivas é a concretização do princípio constitucional da igualdade, conforme previsto no art. 5º, caput, da Constituição brasileira [...]. A regulamentação anterior da reprodução medicamente assistida era restritiva e os profissionais médicos tinham que consultar os conselhos de medicina para realizar os procedimentos de RA fora da previsão normativa. Agora, a redação adotada tem um grau de generalidade e abstração que pode abarcar seguramente as outras realidades familiares que não sejam o arranjo matrimonial ou união estável heteroafetivos (CAMPINHO, 2011, p. 6717-6718).

A reprodução assistida é a radicalização da adoção como forma de “correção” das limitações da natureza, na medida em que é o próprio material genético de ao menos um dos pretendentes que é utilizado para gerar a descendência, aqui a ciência se conecta ao Direito e cria condições, por meio da tecnologia, de superações técnica, social e jurídica das limitações da natureza, permitindo, no caso das famílias homoafetivas, a realização do projeto de constituir filiação própria.

A este argumento e ao da violação dos direitos dos pais e das mães homossexuais e transexuais no que concerne à negação do seu acesso à guarda, adoção e às técnicas de reprodução assistida junta-se um terceiro argumento que confronta a falta de razoabilidade deste impedimento: negar a adoção ou a constituição de filiação em geral pode ser a própria frustração do princípio do melhor interesse da criança, como mostra Martha Nussbaum (1999, p. 205-206):

Em geral, parece especialmente importante que as crianças não devem ser retiradas da guarda dos pais que amam e cuidam delas com sucesso, sem razão convincente

[...]. Os interesses das crianças são de fato melhor servidos por uma abordagem caso a caso flexível – mas não por aquela que impõe encargos enormes em gay, lésbicas e casais homossexuais. E, mais uma vez, a razão para recusar um casal homossexual não deve ser a existência de preconceito público contra o homossexualismo; ainda, nenhuma característica intrínseca à homossexualidade, como tal, tem demonstrado ter um efeito negativo sobre as crianças [...].¹⁹⁰

Assim, a possibilidade de adoção, guarda e custódia legal de crianças por casais do mesmo sexo, e o recurso de homossexuais e transexuais à reprodução assistida para planejar e ter filhos/as estão amparados pelos três aspectos mencionados: o próprio escopo da adoção e da reprodução assistida como mecanismo de superação dos limites da natureza, os direitos dos pais e mãe homossexuais e transexuais ao casamento e à vida familiar e o próprio interesse da criança na análise de cada caso concreto.

Ainda que os preconceitos e discriminações, mesmo no âmbito do Poder Judiciário, persistam, como apresentado pelos exemplos anteriores, há uma gradativa evolução em curso no Brasil, já anterior à decisão do STF na ADI 4277 e da ADPF 132, e que tem sido reforçada pelos termos destes julgados, na medida em que, como destacado, estabeleceu que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva (e, nos termos da cláusula de não discriminação, do casamento com diversidade de sexos igualmente).

Os próprios julgados citados anteriormente (a Apelação Cível número 1.0480.08.119303-3/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Apelação Cível número 0004884-79.2011.8.26.0457) tiveram resultados favoráveis aos casais homoafetivos, com a concessão de seus pleitos quanto à adoção, superando as manifestações discriminatórias de órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público em 1ª instância.

Neste sentido, outras decisões judiciais de 2ª instância podem ser citadas, revertendo sentenças ou negando recursos amparados em concepções discriminatórias quanto à adoção por casais do mesmo sexo: a Apelação Cível nº 9000004-19.2011.8.26.0576 no Tribunal de Justiça de São Paulo,¹⁹¹ os embargos infringentes na Apelação Cível nº 70034811810 no

¹⁹⁰ No original em inglês: “*In general, it seems especially important that children should not be removed from the custody of parents who love and care for them successfully, without compelling reason [...]. The interests of the children are indeed best served by a flexible case-by-case approach - but not by one that imposes such enormous burdens on concerned gay and lesbian adults and couples. And once again, the reason for refusing a homosexual couple must not be the existence of public prejudice against homosexuality; as yet, no feature intrinsic to homosexuality as such has been demonstrated to have a detrimental effect on children [...]*” (NUSSBAUM, 1999, p. 205-206).

¹⁹¹ Infância e Juventude. Inscrição no cadastro de adoção. Pretendente que admite manter relação homoafetiva. Deferimento com base em estudos psicossociais. Reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares. Ausência de circunstâncias incompatíveis com a natureza da adoção. Recurso improvido (SÃO PAULO, 2011)

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹⁹² e o julgamento do Recurso Especial nº 889.852-RS no Superior Tribunal de Justiça.¹⁹³

No plano internacional, recente decisão da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *X e outros versus Áustria*¹⁹⁴ considerou que o referido Estado violou os art. 8¹⁹⁵ e 14¹⁹⁶

¹⁹² Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta (RIO GRANDE DO SUL, 2010a).

¹⁹³ Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. situação já consolidada. estabilidade da família. presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da Lei 12.010/09 E 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deferimento da medida (RIO GRANDE DO SUL, 2010b).

¹⁹⁴ Segundo o relatório do caso, “a primeira e a terceira recorrentes são duas mulheres que vivem em uma relação estável. O segundo requerente é filho da terceira requerente e nasceu fora do casamento. Seu pai reconheceu a paternidade e sua mãe tinha a guarda exclusiva dele. Os requerentes foram viver em um lar comum desde que o segundo requerente tinha cinco anos de idade e as duas requerentes cuidavam dele de forma conjunta. Em 17 de Fevereiro de 2005, a primeira requerente e o segundo requerente, representado por sua mãe, concluíram um acordo pelo qual o segundo requerente seria adotado pela primeira requerente. A intenção deles foi a de criar uma relação jurídica entre ambos correspondente ao vínculo entre eles, sem romper o relacionamento com a mãe da criança, a terceira recorrente [...] os recorrentes pediram ao Tribunal Distrital para aprovar o acordo de adoção, no sentido de que tanto a primeira e a terceira requerentes seriam mães do segundo requerente [...] O primeiro requerente pretendia, assim, substituir o pai da segunda recorrente. Eles alegaram que o pai do segundo requerente não havia consentido com a adoção, sem dar razões da sua posição. Além disso, alegaram que ele havia apresentado o antagonismo extremo para com a família e que o tribunal deveria, portanto, substituir a sua recusa de autorização nos termos do artigo 181 § 3º do Código Civil austríaco, visto que a adoção era no melhor interesse do requerente segundo [...], o Tribunal Distrital se recusou a aprovar o acordo de adoção, sustentando que o artigo 182 § 2 do Código Civil não prevê qualquer forma de adoção produzir o efeito desejado pelos recorrentes [...] Os requerentes apelaram. Referindo-se aos artigos 8 e 14 da Convenção, que alegou que o artigo 182 § 2 do Código Civil austríaco era discriminatório na medida em que levou a uma distinção injustificada entre casais de sexos diferentes e os do mesmo sexo. A chamada adoção pelo segundo/a pai/mãe era possível para casais heterossexuais casados ou em união estável, mas não para casais do mesmo sexo” (*The first applicant and the third applicant are two women living in a stable relationship. The second applicant is the third applicant’s son and was born outside marriage. His father has recognised paternity and his mother had sole custody of him. The applicants have been living in a common household since the second applicant was about five years old and the first and third applicants care for him jointly. On 17 February 2005 the first applicant and the second applicant, represented by his mother, concluded an agreement whereby the second applicant would be adopted by the first applicant. The applicants’ intention was to create a legal relationship between the first and second applicants corresponding to the bond between them, without severing the relationship with the child’s mother, the third applicant [...] the applicants requested the District Court to approve the adoption agreement, to the effect that both the first and the third applicants would be the second applicant’s parents [...] The first applicant would thus replace the second applicant’s father. They noted that the second applicant’s father had not consented to the adoption, without giving any reasons for his position. Furthermore, they alleged that he had displayed the utmost antagonism towards the family and that the court should therefore override his refusal to consent under Article 181 § 3 of the Civil Code, as the adoption was in the best interests of the second applicant [...] the District Court refused to approve the adoption agreement, holding that Article 182 § 2 of the Civil Code did not provide for any form of adoption producing the effect desired by the applicants [...] The applicants appealed. Referring to Articles 8 and 14 of the Convention, they argued that Article 182 § 2 of the Civil Code was discriminatory in that it led to an unjustified distinction between different -sex and same-sex couples. So-called second-parent adoption was possible for married or unmarried heterosexual couples but not for same -sex couples*). Tanto a segunda instância quanto a Suprema Corte rejeitaram o pedido dos requerentes, o que os levou a buscar a jurisdição europeia de proteção aos direitos humanos. Informações do caso (EUROPEAN..., 2013).

da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao estabelecer um tratamento discriminatório às uniões entre pessoas do mesmo sexo em comparação aos casais heterossexuais no que tange ao direito de um/a dos/as companheiros/as homoafetivos/as adotar o filho do/a outro/a.

A decisão em *X e outros versus Áustria* considerou que os casais homossexuais não tinham os mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais não casados (ou seja, que estivessem em regime de união estável) quanto à adoção, visto que, enquanto nas uniões heterossexuais um dos companheiros poderiam adotar o/a filho/a do/a outro/a, esta prerrogativa não era estendida ao/à companheiro/a na união homoafetiva, em razão do disposto no Código Civil austríaco.¹⁹⁷

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o sistema de adoção austríaco diferenciava casais heterossexuais quanto ao direito à adoção tomando como base o fato dos mesmos serem casados – assim, não considerou que houvesse discriminação quanto aos casais homoafetivos porque a Áustria não admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a jurisprudência da Corte Europeia não obrigaria os Estados-parte a fazê-lo.¹⁹⁸

Mas a Corte Europeia considerou que haveria discriminação quanto à orientação

¹⁹⁵ Art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros (CONSELHO DA EUROPA, 2013).

¹⁹⁶ Art.14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, o pertencimento a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação” (CONSELHO DA EUROPA, 2013).

¹⁹⁷ Nos termos da decisão, “o Direito austríaco realmente cria um regime especial para os casados em matéria de adoção. Nos termos do artigo 179 § 2 do Código Civil, a adoção conjunta é aberta aos casais unidos pelo matrimônio somente. Por sua vez, os casais podem, em regra, apenas adotar conjuntamente [...]. À luz dessas considerações, o Tribunal conclui que a primeira e a segunda recorrente não estão em uma situação relevantemente semelhante a um casal heterossexual unido pelo matrimônio em relação à adoção pelo outro cônjuge” (*Austrian law indeed creates a special regime for married couples in respect of adoption. Under Article 179 § 2 of the Civil Code, joint adoption is open to married couples only. In turn, married couples may, as a rule, only adopt jointly [...] In the light of these considerations, the Court concludes that the first and third applicants are not in a relevantly similar situation to a married couple in respect of second-parent adoption*).

¹⁹⁸ Nos fundamentos da decisão, está expressamente disposto que “a Corte reitera, em primeiro lugar que o artigo 12 da Convenção não impõe a obrigação de os Estados Contratantes concederem a casais do mesmo sexo acesso ao casamento [...]. Também não pode o direito de casamento do mesmo sexo ser decorrente do artigo 14 tomadas conjugado com o artigo 8 [...] Se um Estado escolhe satisfazer casais do mesmo sexo, com um meio alternativo de reconhecimento legal, goza de uma certa margem de apreciação no que respeita ao estado exato conferido” (*It reiterates in the first place that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage [...] Nor can a right to same-sex marriage be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8 [...] Where a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of legal recognition, it enjoys a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred*) (EUROPEAN..., 2013).

sexual ao negar a adoção pela segunda companheira, quando os casais heterossexuais unidos pela união estável gozam deste direito. Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos

A Lei austríaca permite a adoção pelo/a companheiro/a do/a filho/a não comum do/a outro/a por um casal de sexo diferente. Em termos gerais, os indivíduos podem adotar nos termos do artigo 179 do Código Civil, e nada no artigo 182 § 2 do Código Civil, que regula os efeitos da adoção, impede que um/a companheiro/a em um casal heterossexual de adotar criança do/a outro/a parceiro/a sem romper os laços entre o/a parceiro/a e a criança. Em contraste, a adoção pelo segundo/a companheiro/a em um casal do mesmo sexo é juridicamente impossível. Isso decorre do artigo 182 § 2 do Código Civil, segundo o qual qualquer pessoa que adota substitui o pai ou a mãe biológico/a do mesmo sexo. No presente caso, como a primeira requerente é uma mulher, a adoção do segundo recorrente por ela só poderia romper o relacionamento com sua mãe, que também é parceira do mesmo sexo da primeira recorrente. A Adoção não pode, portanto, servir para criar uma relação pai-filho entre os requerentes de primeiro e segundo, além do relacionamento com sua mãe, a terceira recorrente [...]. Assim, não há dúvida de que a legislação aplicável leva a uma distinção entre casais heterossexuais em união estável e casais em uniões de pessoas do mesmo sexo em relação a adoção pelo/a companheiro/a [...] o Tribunal considera que houve uma diferença de tratamento entre os requerentes e um casal de sexo diferentes solteira em união estável em que um/a parceiro/a procurou adotar a criança do/a outro/a. Essa diferença foi inseparavelmente ligada ao fato de que a primeira e a terceira requerentes formam um casal do mesmo sexo, e foi assim, com base na sua orientação sexual (EUROPEAN..., 2013).¹⁹⁹

Com base no exposto, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, por dez votos a sete,²⁰⁰ que a não extensão do direito ao companheiro em união homoafetiva de adotar a criança do outro, da mesma forma que podem fazer heterossexuais em união estável, viola os art. 8º e 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos, ensejando a reparação dos danos aos requerentes (EUROPEAN..., 2013).

¹⁹⁹ Na versão em inglês da decisão: *Austrian law allows second-parent adoption by an unmarried different-sex couple. In general terms, individuals may adopt under Article 179 of the Civil Code, and nothing in Article 182 § 2 of the Civil Code, which regulates the effects of adoption, prevents one partner in an unmarried heterosexual couple from adopting the other partner's child without severing the ties between that partner and the child. In contrast, second-parent adoption in a same-sex couple is legally impossible. This follows from Article 182 § 2 of the Civil Code, according to which any person who adopts replaces the biological parent of the same sex. In the present case, as the first applicant is a woman, the second applicant's adoption by her could only sever the relationship with his mother, who is her same-sex partner. Adoption can therefore not serve to create a parent-child relationship between the first and second applicants in addition to the relationship with his mother, the third applicant [...] There is thus no doubt that the applicable legislation leads to a distinction between unmarried different-sex and same-sex couples in respect of second-parent adoption [...] the Court finds that there was a difference of treatment between the applicants and an unmarried different-sex couple in which one partner sought to adopt the other partner's child. That difference was inseparably linked to the fact that the first and third applicants formed a same-sex couple, and was thus based on their sexual orientation (EUROPEAN..., 2013).*

²⁰⁰ Os votos divergentes foram dos juizes Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, de Gaetano, Šikuta and Sicilianos. Eles dissentiram de forma conjunta (EUROPEAN..., 2013).

3.2.2.3 Direito ao planejamento econômico familiar: herança, propriedade privada e tratamento fiscal igualitário

Todo o exposto até aqui acerca do casamento igualitário envolvendo pessoas do mesmo sexo disse respeito a aspectos de planejamento e gestão dos interesses morais do casal (formação do vínculo, publicidade, filiação) como parte integrante de um direito à vida familiar igualmente estendido aos casais homoafetivos.

É preciso, porém, registrar que a vida conjugal como parte do direito ao casamento e à família para as uniões homoafetivas também implica na possibilidade de gestão econômica e patrimonial dos interesses conjuntos do casal e o tratamento fiscal igualitário com relação aos casais heterossexuais da parte da Administração Tributária.

Não se trata de um aspecto menor da vida conjugal, mas de algo importante, na medida em que a riqueza gerada pelo esforço conjunto não só deve ser partilhada equitativamente em caso de dissolução da sociedade conjugal formada por um casal homossexual ou transexual por divórcio ou morte, mas também deve estar acessível para uso da família.

Permitir aos casais formados por pessoas do mesmo sexo o pleno exercício de uma vida econômica conjunta a partir dos direitos de propriedade, contrato e herança, bem como da liberdade de trabalho, é um desdobramento coerente com a própria afirmação política da riqueza e da acumulação privada de bens como meio de subsistência da pessoa e da família, como pontua Hannah Arendt (2000, p. 74; 77; 80):

De origem inteiramente diferente e mais recente na história é a importância política da riqueza privada, na qual o indivíduo vai buscar os meios de sua subsistência [...]. O dito de Proudhon – de que a propriedade é um roubo²⁰¹ – tem sólida base de verdade nas origens do moderno capitalismo; e é particularmente significativo que até mesmo Proudhon tenha hesitado em aceitar o duvidoso remédio da expropriação geral, por saber muito bem que a abolição da propriedade traria, com toda certeza, o mal maior ainda da tirania [...]. A longo prazo, a apropriação individual de riqueza não tratará com maior respeito a propriedade privada que a socialização do processo de acumulação [...] a propriedade moderna perdeu seu caráter mundano e passou a situar-se na própria pessoa, isto é, naquilo que o indivíduo somente podia perder juntamente com sua vida. Historicamente, a premissa de Locke – de que o labor do corpo de uma só pessoa é a origem da propriedade – é mais do que duvidosa; no entanto, dado o fato de que já vivemos em condições nas quais a única propriedade em que podemos confiar é o nosso trabalho, é mais do que provável que ela venha se

²⁰¹ Em nota de rodapé em *A Condição Humana*, Hannah Arendt aponta comentário de Proudhon acerca desta frase em obra póstuma, e traz interessante reflexão do próprio autor da frase: para Proudhon, destaca Hannah Arendt, a propriedade em sua “natureza egoísta e satânica” é o “meio mais eficaz de resistir ao despotismo sem derrubar o Estado” (PROUDHON apud ARENDT, 2000, p. 77).

tornar verdadeira.

Embora não haja neste ponto da obra de Hannah Arendt (2000) uma preocupação de gênero ou orientação sexual, questões importantes podem ser desdobradas a partir do pensamento arendtiano para legitimar os aspectos econômicos e patrimoniais da liberdade de vida familiar por casais do mesmo sexo.

Primeiro, é uma forma de atribuir aos legítimos detentores o fruto do seu labor, para usar a terminologia arendtiana. É dizer que a riqueza gerada por um ou pelos dois cônjuges de uma união homoafetiva ou um casamento homoafetivo será por eles apropriada e partilhada de acordo com o respeito às regras sobre a propriedade privada que são previstas por uma sociedade em sua ordem jurídica, com atenção aos interesses dos filhos e aos direitos das outras pessoas (direitos de vizinhança, limites ambientais, direitos trabalhistas etc.), da mesma forma que em relação aos casais heterossexuais.

Segundo, que não só a propriedade do labor e seu resultado, o trabalho, pertencem a quem legitimamente produz, de modos que todos terão direito a acumular propriedade pelo seu trabalho para fins de sustento, uso, consumo e realização própria e da sua família, sem qualquer discriminação em razão da orientação sexual ou do tipo de arranjo familiar.

Terceiro, a partir do momento em que a propriedade reside na pessoa e na família, ela se torna instrumento de resistência à opressão e tirania do Estado²⁰² (como defendido por Hannah Arendt), mas também como limite à própria apropriação indevida ou ilegítima de riqueza produzida pelo trabalho de uma família homoafetiva por aqueles que dela não participaram – algo comum em matéria de herança quando as uniões entre pessoas do mesmo sexo não são reconhecidas, e em outras situação patrimoniais em que este reconhecimento não existe, como apontou Martha Nussbaum (2010) em passagem anteriormente citada.

É neste sentido que o art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros, e que ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade (ONU, 1948).

No âmbito do sistema constitucional brasileiro, isto se projeta na previsão do direito de propriedade no art. 5º, caput e incisos XXII e XXIII, e no art. 170, incisos II e III, neste caso

²⁰² Hannah Arendt (2000) faz uma importante ressalva, mostrando-se pouco otimista em associar apropriação privada da riqueza e liberdades individuais: “devo confessar que não vejo em que se baseiam os economistas liberais da sociedade atual (que hoje se chamam de conservadores) para justificar seu otimismo, quando afirmam que a apropriação privada de riqueza será bastante para proteger as liberdades individuais – ou seja, desempenhará o mesmo papel que a propriedade privada. Numa sociedade de detentores de empregos, estas liberdades só estão seguras na medida em que são garantidas pelo estado, e ainda hoje são constantemente ameaçadas, não pelo estado, mas pela sociedade, que distribui os empregos e determina a parcela da apropriação individual” (ARENDR, 2000, p. 78).

como princípio da ordem econômica, estando assegurada pela garantia do devido processo legal, de forma a impedir a expropriação indevida ou confisco (art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

No caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, seu direito de planejamento econômico-patrimonial conjunto decorre assim da conjunção entre o direito de propriedade e o direito fundamental à vida familiar, estando-a salva de agressões e apropriações indevidas do Estado e da sociedade pelo devido processo legal.

A frustração do elemento econômico da liberdade de vida familiar consiste também na vedação ao Estado de, por via de não reconhecimento, aproveitar-se transversalmente da riqueza decorrente do trabalho de um casal homoafetivo por meio de um tratamento tributário discriminatório em relação aos heterossexuais. Esta conclusão foi alcançada pelo Parecer PGFN/CAT/Nº 1503//2010, que admitiu a inclusão de dependente homoafetivo para fins fiscais, conforme os termos a seguir expostos:

O Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, encaminha a esta Coordenação-Geral de Assuntos Tributários - CAT, pela Nota Técnica nº 47/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, requerimento administrativo formulado por servidora pública federal, objetivando a inclusão cadastral de companheira homoafetiva como sua dependente para efeito de Imposto de Renda [...] A possibilidade de dedução de dependente da base de cálculo do IRPF encontra-se disciplinada nos arts. 4º, III e 8º, II, “b” e “c” da Lei nº 9.250/95, e no art. 77 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99). Ambos os normativos consideram como dependente “o companheiro ou a companheira, desde que haja vida em comum por mais de cinco anos, ou por período menor se da união resultou filho” (art. 35, II da Lei nº 9.250/95 c/c art. 77, § 1º, inciso II do Decreto nº 3.000/99). A expressão companheiro ou companheira não colhe definição na legislação tributária, seja no texto da Lei nº 9.250/95, seja no RIR/1999. Socorre-se o aplicador do conceito adotado pelo direito privado [...]. Sucede que o art. 109 do CTN deslegitima a transposição *tout court* de conceitos do direito privado para o direito tributário [...]. À luz do art. 145, §1º, da CF/88, o legislador ordinário obrigatoriamente deve escolher como critério de tributação a capacidade contributiva do sujeito passivo, na condição de fato indicativo de riqueza capaz de suportar a imposição fiscal. Consoante sustenta Regina Helena Costa, ‘Tal riqueza, portanto, é a única diretriz que pode ser seguida pela tributação não vinculada a uma atuação estatal’ [...]. No silêncio da legislação tributária quanto aos limites imanentes do conceito de companheiro ou companheira, há de compreendê-lo no contexto do núcleo econômico e estável da união, não da figura jurídico-biológica da relação, calcada em noção de sexualidade por vezes arcaica. O direito tributário não se presta à regulamentação e organização das conveniências ou opções sexuais dos contribuintes. O que importa, em sítio tributário, é a capacidade contributiva vinculada à união de afeto, sem qualquer adstrição à sexualidade das partes [...]. À luz do *novel* constitucionalismo, autoriza-se o reconhecimento da orientação sexual como direito oponível ao Estado. A afirmação da homossexualidade da união, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à fruição de direitos assegurados à união heterossexual. A lei tributária, vinculada à isonomia de tratamento, não colhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, sendo vedado ao intérprete limitar o que a lei expressamente não limita [...] a paridade de tratamento tributário é direito

constitucional que interdita qualquer exegese fundada na discriminação de gênero. Embora certo que na perspectiva biológica, sociológica ou antropológica constituam realidades distintas a união duradoura entre pessoas do mesmo sexo e a de duas pessoas de sexo diverso, no domínio tributário a equiparação de tratamento é fundamento material de incidência; as relações homoafetivas, à míngua de previsão explícita na legislação tributária, não podem ser tratadas como união de vida de 2ª categoria para efeitos fiscais. Não implica isso extravagância ou juízo de inconstitucionalidade, mas compreensão da lei tributária conforme a Constituição, dando-lhe sentido compatível com a norma fundamental (SÃO PAULO, 2010).

O referido parecer foi aprovado pelo Ministério da Fazenda em 2010 e permitiu que os casais homossexuais a emitirem declaração conjunta do Imposto de Renda (IR) a partir de 2011, exigindo para tanto apenas que os casais homossexuais comprovassem a união estável (BRASIL, 2010).

Neste sentido, parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional e toda argumentação em prol dos direitos patrimoniais e econômicos das uniões entre pessoas do mesmo sexo se coadunam com uma concepção formal de Estado de Direito, que se revela não somente pela igualdade como reciprocidade (ter a expectativa dos mesmos direitos e consideração que os demais cidadãos e que o Estado não frustrate esta prerrogativa, assim como baseie sua conduta nela), que se traduz no imperativo de imparcialidade por parte do Estado.

Ainda, a garantia do aspecto patrimonial da liberdade de vida familiar aos casais homossexuais também consiste na garantia da certeza e da previsibilidade necessárias para a condução da vida particular de cada um no seio de seu arranjo familiar, de acordo com suas próprias escolhas e convicções.

3.3 Não discriminação e a tolerância como reconhecimento: vida familiar, casamento igualitário e direitos humanos no contexto do estado constitucional de direito

A importância da afirmação moderna do casamento e da família a partir da ideia de uma comunidade fundada no afeto e no companheirismo constitui a raiz iluminista das grandes transformações vivenciadas pela família nos últimos trezentos anos e da sua progressiva passagem de um status para um direito humano. Há nesta jornada um grande número de tensões, entre controle e liberdade, entre natureza e cultura, entre indivíduo e sociedade, entre moral e o Direito.

A conquista e progressiva afirmação da igualdade entre homens e mulheres no acesso ao casamento e à família, a partir de um deslocamento da ideia de “separados, mas iguais”

para uma constituição igualitária da intimidade familiar, à luz de uma interação dialógica entre privacidade e espaço público democrático lançou as bases e gerou um legado que permitiu a construção do discurso contemporâneo do casamento igualitário e sua aplicação nas relações homoafetivas, como nova demarcação da fronteira entre público e privado.

Mais do que isto, os dois processos mencionados, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, representam a afirmação das funções dos direitos humanos fundamentais de defesa, proteção contra terceiros e não discriminação como dupla afirmação do Estado de Direito, enquanto ideal regulatório (concepção formal) e enquanto ideal de justiça (concepção substantiva).

Do Estado de Direito formal decorre a ideia de igualdade como reciprocidade e sua articulação com as noções de imparcialidade, previsibilidade e segurança, que também são elementos deste modelo de regulação da ação estatal. Surge então a confiança de que o Estado/governo trata seus cidadãos e cidadãs com igual respeito e consideração, assim como está vinculado, ele próprio, a esta diretriz, criando equilíbrio de implicações na vida social (ROSANVALLON, 2012).

A igualdade-reciprocidade construída a partir do Estado de Direito formal torna-se, assim, um dos pilares para a afirmação da igualdade entre os gêneros na vida familiar, formulada contemporaneamente como um direito humano fundamental, e constitui-se em legado para a reivindicação dos mesmos direitos quanto ao casamento e a família para heterossexuais e homossexuais.

Neste sentido, a decisão do STF e a jurisprudência constitucional comparada sobre o estatuto jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo evidenciam a possibilidade de efetivar direitos fundamentais ao casamento e à família pela via jurisdicional, com base em princípios constitucionais e como decorrência necessária da afirmação do Estado de Direito formal e de seus desdobramentos.

Preservar o núcleo do Estado de Direito e a sua projeção sobre o ordenamento jurídico a partir das funções desempenhadas pelos direitos humanos e fundamentais é tarefa essencial do Poder Judiciário, e por vezes é uma forma de preservar a ordem jurídica e a democracia contra imposições majoritárias voltadas para negar direitos e prerrogativas de cidadania aos grupos minoritários, particularmente, neste caso, os homossexuais, bissexuais e transexuais.

O segundo pilar para a afirmação da igualdade de gênero e também de orientação sexual quanto ao casamento e à vida familiar surge de uma concepção substantiva de Estado de Direito relacionada à ideia de uma sociedade livre e democrática.

Mais do que isto, a igualdade de gênero e de orientação sexual tornam-se, elas próprias, o cerne de uma concepção substantiva radical de Estado de Direito democrático, na medida em que promovem o reconhecimento das mulheres e do público homossexual e transexual como instrumento de visibilidade e de igual consideração moral a partir do pleno respeito aos direitos do outro.

Isto porque o recurso à jurisdição constitucional traz em si uma dupla visibilidade: no processo jurisdicional, gays, lésbicas, bissexuais e transexuais posicionam-se no espaço público, afirmando suas identidades, suas subjetividades e suas demandas igualitárias, surgindo da invisibilidade e reivindicando plena consideração e participação no espaço público.

Mostra-se significativo, neste contexto, o fato de o censo populacional de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ter realizado levantamento sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Isto nada mais é do que fruto de intensa mobilização nos planos pessoal, social e político de gays, lésbicas e transexuais, de seus desdobramentos judiciais já referidos, os quais terminaram por tornar-se um capítulo à parte na luta pela afirmação dos direitos LGBT à família e ao casamento.

A referida pesquisa²⁰³ pôs em evidência os arranjos conjugais entre pessoas do mesmo sexo, trazendo a conjugalidade formada por companheiros do mesmo sexo no rol de definições da pesquisa e traçando algumas características destas uniões:

[...] O Censo Demográfico 2010 abriu a possibilidade de registro de cônjuge ou companheiro de mesmo sexo que o responsável pelo domicílio. A investigação foi feita no Questionário Básico, que é aplicado à totalidade da população, com o intuito de identificar e enumerar as relações homoafetivas. Essas corresponderam a 0,1% do total de unidades domésticas, algo em torno de 58.000 no País. A distribuição por sexo das pessoas nesse tipo de união mostrou que 53,8% eram constituídas entre mulheres e 46,2% entre homens. Em relação ao nível educacional, 25,8% declararam possuir superior completo. Em termos religiosos, houve predominância de pessoas católicas (47,4%), seguida por pessoas sem religião (20,4%) [...] Mais da metade dessas uniões se encontrava na Região Sudeste [...] (IBGE, 2010).

Assim, além de pleitear juridicamente igualdade, gays, lésbicas e homossexuais buscam também reconhecimento jurídico e social de suas pessoas e de suas relações afetivas, forçando uma redefinição do espaço público democrático pela obrigatoriedade em fornecer

²⁰³ Embora a pesquisa completa só tenha sido divulgada em 2010, os Ministros do STF brasileiro Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo e Gilmar Mendes mencionaram-na em seus respectivos votos no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132. O Min. Luiz Fux faz referência à pesquisa nos seguintes termos: “De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE [...], atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país”.

respostas constitucionalmente coerentes e adequadas aos preceitos do Estado de Direito e às promessas de emancipação do constitucionalismo contemporâneo.

Para além de legitimarem um amplo escrutínio jurisdicional para efetivar o Estado de Direito e as manifestações de igualdade dele decorrentes contra opressões e violências do Estado e da sociedade, há uma radicalização democrática constitucionalizada a partir do momento que estas reivindicações igualitárias de mulheres e da comunidade LGBT, quanto ao casamento e à família, se tornam representativas de uma ética da tolerância que passa a se definir como uma ética de reconhecimento (respeito).

A transição de uma ética da tolerância para uma ética do respeito ou do reconhecimento é parte da própria afirmação da ideia política de tolerância na modernidade,²⁰⁴ como explica Nílson José Machado:

A tolerância se instaura a partir do reconhecimento da existência do outro, que além de ocupar um espaço, tem direitos e deveres, como eu, mas é essencialmente diferente de mim [...]. O outro não sou eu, pode não gostar do mesmo que eu gosto [...]. De fato, não basta o conhecimento da existência do outro, que se realiza no âmbito da razão prática, mas onde eu sou o sujeito e o outro permanece como objeto. Os navegantes espanhóis tiveram conhecimento da existência dos "índios", ainda que sua atitude em relação aos mesmos tenha se aproximado minimamente da idéia de tolerância [...] Além do conhecimento, é necessário compreender o outro, o que exige a disponibilidade para colocar-se em seu lugar e enriquecer a perspectiva pessoal com a percepção das relações que se estabelecem do ponto de vista do outro [...] A compreensão do outro costuma ocorrer por meio da assimilação de suas características pelo referencial daquele que compreende, como se realizasse certa tradução de seus horizontes na linguagem compreensiva. A tolerância, no entanto, deve fundar-se em outra atitude, que pressupõe o respeito, o reconhecimento [...]. Não se trata de dissolver o outro em minhas análises, de situá-lo em meu cenário, de traduzi-lo em minha linguagem, de apreendê-lo em minhas categorias; trata-se de respeitá-lo como outro, de reconhecer a legitimidade do cenário que vislumbra, diverso do meu, de colocar-me em disponibilidade para a comunicação com ele ainda que continuemos a falar línguas diferentes, ou a alimentar diferentes projetos [...] O reconhecimento do outro, ou o reconhecer-me diferente do outro, não me condiciona, portanto, em qualquer sentido, a uma comparação entre mim e ele, da qual resultaria uma desigualdade, um 'maior' e um 'menor' (MACHADO, 2002, p. 79; MACHADO, s.d., p. 2-4).

A ideia de tolerância é central à modernidade política, na medida em que implica justamente o desafio de promover a convivência com a diferença. É a grande questão que desafia o Ocidente europeu e sua concepção de mundo desde que as navegações deram ensejo

²⁰⁴ Luiz Paulo Rouanet reconstrói historicamente a ideia de tolerância até os nossos dias nos seguintes termos: "Dificilmente se pode falar do surgimento da noção de tolerância antes do século XVI. O que houve até então foi o confronto entre visões de mundo conflitantes ou mesmo opostas, umas procurando impor-se às outras. O mais próximo que temos no que concerne a um comportamento tolerante, por parte dos governantes, por paradoxal que seja, é o Império Romano. Este, mesmo impondo seu domínio em grande parte do mundo antigo, aceitava porém as leis e crenças locais. Nesse caso, portanto, a tolerância estava claramente a serviço da dominação [...] a noção de tolerância surge justamente em um século de intolerância e de guerras religiosas como foi o século XVI [...]" (ROUANET, 2001, p. 160).

ao encontro de novos povos e culturas, como evidenciou Nílson José Machado na passagem mencionada (mostrando que conhecimento do outro é diferente de reconhecimento do outro). Ou quando a reforma protestante dividiu a cristandade ocidental e obrigou-a a conviver com as diferenças fundadas nas diferentes concepções de fé e de crença religiosa – aqui, como bem lembra Saulo Henrique Souza Silva (2008, p. 12), surge a contribuição de John Locke, na medida em que “a partir das idéias expostas nessas Cartas sobre a tolerância, podemos entender que Locke defende a aceitação, ou melhor, a permissão da diferença, da diversidade de opiniões religiosas opostas em uma mesma sociedade”. Saulo Henrique Souza Silva (2008, p. 12b) prossegue na sua delimitação da ideia de tolerância em John Locke explicando que:

Como um acordo estabelecido por uma lei secular, a lei de tolerância, com o objetivo de manter a paz, a caridade e a gentileza fraterna na diversidade de opiniões existentes em matéria de religião. E o mantenedor desse dever positivo de tolerar é a autoridade política; a obrigação do poder estatal é cuidar para que as opiniões diferentes em matéria de religião sejam todas devidamente respeitadas.

A concepção de tolerância em Locke, como evidencia o trabalho de Saulo Henrique Souza Silva (2008), é a base para a primeira ética da tolerância, no sentido em que esta aparece como uma “concessão”: a diferença é permitida, suportada, ainda que nisto seja subjacente uma comparação, a partir da qual o diferente se constitui em algo inferior, como explicou Nílson José Machado.

Apesar disto, já existe um ganho em relação ao estado anterior, como defende Marcelo Andrade, pois “o conceito de tolerância surge como resposta contra a intolerância à diferença. Para além de um jogo de palavras, a bandeira da tolerância é a luta por negar a possibilidade de negar a diferença” (ANDRADE, 2007).

No entanto, no contexto de sociedades democráticas e pluralistas, e à luz de uma concepção de Estado de Direito informada pela diversidade que marca estas sociedades (no caso, a diversidade de gênero e de orientação) levam a ideia de tolerância a outro patamar, tanto ético quanto político, como explica Larissa Gondim (2011, p. 120-121):

A tolerância como reconhecimento, em seu sentido ético, é aquela que afirma que ser tolerante é reconhecer o outro como sujeito moral a partir de seus próprios paradigmas. A virtude ética da tolerância deixa de se relacionar com um o critério negativo, segundo o qual uma pessoa, o tolerante, suporta um mal moral produzido pelo tolerado simplesmente por não impedi-lo, ou seja, por inação. O movimento ético da tolerância como reconhecimento é, portanto, uma ação: o ato de reconhecer, de considerar o outro em seus termos [...] por outro lado, a tolerância como reconhecimento em seu sentido político [...] é reconhecer o outro como sujeito de direitos [...] a ação de reconhecimento político é anterior ao juízo de valor que o tolerante pode fazer em relação à crença do tolerado.

A tolerância em seu sentido contemporâneo constrói-se, como destaca Larissa Gondim (2011), como reconhecimento na medida em que eu identifico e respeito os direitos morais do outro e não procuro reduzi-los, assimilá-los ou traduzi-los de acordo com meu sistema de crenças, conforme defendeu Nílson José Machado (2002).

Suas bases política e jurídica são a própria gramática dos direitos humanos, como proclamado no Preâmbulo, ao afirmar-se que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948).

Neste sentido, a articulação das funções de não discriminação, defesa e proteção perante terceiros dos direitos humanos fundamentais é um corolário contemporâneo da ética da tolerância como reconhecimento, consagrando o Estado (o magistrado civil de Locke) de curador da tolerância, devendo implementar sua observância não como favor estatal, mas como um direito do diferente/singular fundados nos pressupostos ético e político apontados.

E é nesse sentido que o gênero e a orientação sexual se convertem em elementos de construção da tolerância como reconhecimento, a partir de constatação dos paradigmas próprios e específicos da identidade surgida destas singularidades, que não existem isoladas, mas sim em constante interação com outras identidades e permeadas pelos valores de cidadania igualmente compartilhados pelos domínios do público e do privado.²⁰⁵

Assim, mulheres e pessoas da comunidade LGBT são percebidas à luz da ética do reconhecimento como moralmente dignos de respeito e consideração e politicamente fortalecidos/as como sujeitos de direitos humanos, reconhecidos pela ordem jurídica como tal, o que impõe a obrigação positiva ao Estado Constitucional de proteger e promover estes direitos.

Esta ação termina por ampliar a esfera pública a partir de elementos de identidade sexual e de gênero surgidos no espaço privado, mas ainda assim reconhecidos e valorizados, e não inferiorizados ou passíveis de negação e exclusão.

²⁰⁵ Para Pierre Rosanvallon, “a valorização da singularidade possui uma dimensão diretamente social”, que não é pautada pelo “distanciamento do indivíduo em relação à sociedade”, mas sim “por uma expectativa de reciprocidade, de reconhecimento mútuo” (ROSANVALLON, 2012, p. 318).

4 DO RECONHECIMENTO À INCLUSÃO: ESTADO SOCIAL, DIREITOS HUMANOS E AS RELAÇÕES DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

4.1 Estado de direito e as funções dos direitos humanos sociais nas relações de gênero e na questão da orientação sexual

A trajetória de afirmação do Estado de Direito às relações de gênero e de orientação sexual até este momento foram vistas sob a perspectiva da não discriminação como meios para o reconhecimento, tanto ético quanto político. Direitos iguais para cidadãos e cidadãs iguais.

Para além dos direitos civis, porém, as funções de não discriminação, defesa contra o Estado e proteção perante terceiros revelam-se importantes em outro domínio: no estabelecimento de condições materiais para que a igualdade de gênero e de orientação sexual seja plena.

As referidas funções dos direitos humanos e fundamentais dão ensejo a mecanismos voltados para assegurar a igualdade de gênero e de orientação sexual – que passam a ser realizadas também por meio de liberdades positivas exigíveis do Estado na figura de prestações materiais.

Surge então a função prestacional dos direitos humanos e fundamentais, à qual se articula a ideia de não discriminação, de forma a criar condições materiais e sociais efetivas para que a igualdade de gênero e de orientação sexual possa prevalecer não só em relação ao Estado, como também no que diz respeito ao mercado e à sociedade civil.

É o que defende, por exemplo, Pierre Rosanvallon ao afirmar que “a constituição de uma sociedade de singularidades implica, em primeiro lugar, proporcionar aos indivíduos os instrumentos de sua singularidade, o que necessariamente leva a uma redefinição das políticas sociais” (ROSANVALLON, 2012, p. 323-324).²⁰⁶

²⁰⁶ No trecho original da versão em espanhol: “*La constitución de una sociedad de singularidades implica en primer lugar proporcionar a los individuos los instrumentos de su singularidad. Esto conduce a una redefinición de las políticas sociales*” (ROSANVALLON, 2012, p. 323-324).

Em outros termos, Antoni Domenèch²⁰⁷ (2009) relembra Marx ao afirmar que “quem não tem meios próprios de vida tem de pedir permissão a outros para viver, e por isso não é livre”. Ou seja, “liberdade não é ter que pedir permissão a outro para sobreviver” (DOMENÈCH, 2009).

E quais seriam os meios efetivos para se garantir a igualdade como relação a partir do pleno desenvolvimento das singularidades (no caso, de gênero e de orientação sexual)? Uma vez garantidas condições sociais básicas a todos, por meio do acesso a políticas e serviços sociais universais, isto dissolveria a discriminação fundada em status? Daniel Sarmiento (2008, p. 647) parece acreditar que sim:

Desde o advento do Welfare State, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre aspectos existenciais da vida humana, e não sobre decisões de conteúdo eminentemente patrimonial. Com efeito, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, autonomia contratual etc. – em nome de interesses da coletividade, por outro reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que recaiam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

²⁰⁷ A frase de Domenèch consta de entrevista concedida à Myriam Bautista, do Jornal El Tiempo, de Bogotá, e reproduzida no site Carta Maior. Domenèch fala sobre experiência de Sin Permiso. Trata-se de uma referência a um trecho do pensamento de Marx exposto em A Crítica ao Programa de Gotha: “Na medida em que o homem se situa de antemão como proprietário diante da natureza, primeira fonte de todos os meios e objetos de trabalho, e a trata como possessão sua, seu trabalho converte-se em fonte de valores de uso, e, portanto, em fonte de riqueza. [...] pois precisamente do fato de que o trabalho está condicionado pela natureza deduz-se que o homem que não dispõe de outra propriedade senão sua força de trabalho, tem que ser, necessariamente, em qualquer estado social e de civilização, escravo de outros homens, daqueles que se tornaram donos das condições materiais de trabalho. E não poderá trabalhar, nem, por conseguinte, viver, a não ser com a sua permissão”. O trecho destacado de A Crítica ao Programa de Gotha consta da apresentação da Revista *Sin Permiso*, periódico do qual Domenèch faz parte (<<http://www.sinpermiso.info/presentacion/index.php>>. Acesso em: 15 jan. 2013 e a versão em português foi obtida a partir do Portal Domínio Público, disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013). Cabe acrescentar que na entrevista ao Jornal El Tiempo, reproduzida pelo Portal Carta Maior, Domenèch deixa claro, a partir da citação feita, qual seria o programa político de universalização da liberdade republicana: “que ninguém tenha necessidade de ter de pedir permissão a outro para sobreviver, que ninguém seja escravo de outro”. Ainda que Domenèch se refira às questões sociais referentes ao capital e ao trabalho, ou seja, à dinâmica da justiça distributiva em uma sociedade, não é possível deixar de perceber que alguém que não possa viver de acordo com sua identidade ou que tenha que ser inferioridade por um padrão de status cultural, como as mulheres em sociedades patriarcais e machistas ou os homossexuais sob padrões heteronormativos, também terminam por ter que pedir permissão para viver ao padrão dominante, e se o ideal de um programa de universalização da liberdade republicana é fazer com que ninguém tenha que pedir permissão para viver, então isto deve incluir o respeito à diversidade sexual e à igualdade de homens e mulheres, bem como de quaisquer singularidades que não sejam traduzíveis somente pelo viés distributivo e econômico de classe – assim, a universalização da liberdade republicana, como defendida neste trabalho, só será plena quando a igualdade dela decorrente se traduzir na possibilidade de que as pessoas tenham os mesmos direitos e o mesmo reconhecimento de acordo com suas singularidades, e que o Estado e a sociedade possam oferecer instrumentos sociais efetivos para que isto se converta não somente em não interferência, mas em liberdade positiva, na plena capacidade material para viver sua singularidade e no suporte prestacional material que isto exige.

Em *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, o referido autor é mais categórico ainda ao atribuir ao Estado social um vetor emancipatório relacionado à ampliação e redefinição de direitos:

O advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação²⁰⁸ nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial na Europa, importaram numa mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança. Tais direitos sujeitar-se-ão doravante a uma nova leitura, que buscará captar outras possibilidades latentes no discurso emancipatório que lhes empresta lastro (SARMENTO, 2004, p. 133).

A crença de Daniel Sarmiento no Estado social e no seu papel de afirmação dos direitos fundamentais mostra-se atraente, mas infelizmente acabam recaindo no mito de origem do Estado social, como se o mesmo tivesse transformando radical e substancialmente as relações entre capital e trabalho e representado uma superação das hierarquias fundadas em status.²⁰⁹

Como evidenciado em menções anteriores à obra de Gøsta Esping-Andersen (1990), não houve e nem há uma concepção unitária de *welfare*²¹⁰, na medida em que diferentes

²⁰⁸ É um pouco delicado e complexo afirmar, como faz o autor, que os estudos de Direito Constitucional se tornaram sofisticados na Europa com o advento do Estado social e do constitucionalismo Pós-Segunda Guerra Mundial. Seria mais preciso e mais correto falar-se em uma mudança de paradigma teórico-epistemológico dominante, com a prevalência de modelos de maior intervenção estatal ou de prevalência de um olhar socializante em detrimento das perspectivas conservadoras e liberais presentes no pensamento político e jurídico do final do século XVIII e do século XIX, por exemplo.

²⁰⁹ Neste sentido, vale a pena registrar como contraponto os comentários de Lênio Streck e José Luiz Bolzan, de que “o desenrolar das relações sociais produziu uma transformação [...] dando origem ao Estado Social de Direito que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada questão social, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. Temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que se referem à busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. A lei assume uma segunda função, qual seja a de instrumento de ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção de condutas sociais desejadas. O personagem principal é o grupo que se corporifica diferentemente em cada movimento social. Ao final, o que se observa é uma certa identidade nestes modelos apresentados, podendo-se dizer que ambos têm como fim comum a adaptação social. Seu núcleo básico permanece intocado” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 102-103). Ainda que o tratamento dos autores também seja no sentido de abordar o Estado social sem atentar para suas contradições e modelos, Streck e Moraes conseguem perceber as limitações do referido modelo de ação estatal e sua continuidade com o Estado liberal como forma de privilegiar a adaptação social.

²¹⁰ Daniel Sarmiento (2004) chega a fazer uma reconstituição histórica do surgimento e afirmação do Estado social, mas não aborda as diversas nuances dos diferentes modelos de *welfare*, ainda que faça um aporte sobre a importância da questão democrática (expansão do sufrágio) para a afirmação do modelo do Estado social, sem problematizar, no entanto, suas limitações e contradições. Em obra posterior, *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional, teoria da Constituição e direitos fundamentais*, Sarmiento (2010) faz uma análise crítica da implantação do Estado social no Brasil durante a Era Vargas, apontando as contradições e limitações do constitucionalismo social brasileiro no seu nascedouro, mas sem

modelos, com diferentes concepções ideológicas a eles subjacentes (conservadorismo, liberalismo, doutrina social cristã, socialismo etc.), cada qual reforçando em maior ou menor grau as estruturas familiares e hierarquias sociais decorrentes das convenções sociais e morais vigentes na sociedade liberal-burguesa.

Neste sentido, a hipótese defendida pelo autor de que a partir do Estado social é possível identificar uma maior proteção à “liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que recaiam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana” não consegue se apoiar na realidade histórica e social que se descortina com o advento do Estado social – o apoio na noção de família e de privacidade da sociedade liberal como base para a construção de todo o arcabouço institucional do Estado Providência e suas políticas sociais.

Mesmo que a análise seja restrita ao constitucionalismo social e democrático surgido no Pós-Segunda Guerra Mundial, fruto da vitória sobre o nazifascismo, ainda assim foi só quase que no final da “Era de Ouro” (1945-1973), ou mesmo já na crise da década de 1970, que as reivindicações igualitárias com relação ao gênero e ao movimento LGBT tomaram a força e a expressão contemporaneamente conhecidas a partir da linguagem dos direitos humanos.

Então, por que refletir sobre a relação entre Estado social e direitos humanos nas relações de gênero e de orientação sexual? Justamente pelo que fora apontado no início do capítulo a partir da menção ao trabalho de Domenèch e Rosanvallon: não só quem perde permissão para viver não é livre, como não há liberdade plena sem os meios sociais (materiais) para realizá-la.²¹¹

colocar em evidência ou problematizar o *Welfare* e seus diversos modelos, mas apenas criticando a forma como o Estado Providência (ou do bem estar social) foi introduzido e consolidou-se no Brasil.

²¹¹ Também os direitos civis, pela articulação das funções de não discriminação, proteção contra terceiros e defesa dos direitos humanos e fundamentais constituem uma forma de viabilizar que a pessoa não tenha que pedir autorização ou permissão do Estado ou de quem quer que seja para viver plenamente sua privacidade de igual modo em relação aos demais cidadãos e cidadãs, sem hierarquizações de gênero e sem discriminação quanto a sua opção sexual. Mas a ideia de garantir a igualdade na vida privada às mulheres e às diversas identidades fundadas na orientação sexual não pode progredir se um emprego for negado em razão do gênero, estado civil ou orientação sexual, se a família diversa da tradicional, uma família com liderança da mulher ou entre pessoas do mesmo sexo, não tiver a proteção da moradia, ou se os/as filhos/as gerados e criados em arranjos familiares diversos não puderem frequentar a escola em razão da condição da mulher ou da opção sexual dos pais, ou se prestações de saúde não estiverem disponíveis para homossexuais e transexuais pela sua orientação sexual, ou se a mulher não puder decidir pelo uso dos meios contraceptivos ou não tiver a plena titularidade de seus direitos reprodutivos, ou se obras ou autores forem banidos das escolas pela sua orientação sexual, enfim, a gama de exemplos citados traz a importância e o caráter sensível de direitos a prestações sociais para o exercício pleno do livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia individual. Não por acaso, o próprio Daniel Sarmiento conclui que “no Estado social, o poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugidio ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado” (SARMENTO, 2004, p. 43).

Explicando mais detalhadamente, a questão que surge consiste em, com base na apontada continuação da dominação de um status masculino e heterossexista no Estado social, identificar em que medida são os direitos sociais (trabalhistas e prestacionais) reflexos da desigualdade de gênero e de orientação sexual apontada, reforçando estereótipos e hierarquizações.

Além disto, mostra-se necessário estabelecer os parâmetros para a aplicação dos direitos sociais, dentro da lógica dos direitos humanos e das concepções de Estado de Direito que os mesmos realizam, de forma a articular a não discriminação e o pleno reconhecimento social e jurídico das singularidades de gênero e de orientação sexual com os meios materiais para realizá-las.

Neste caso, trata-se também de estabelecer em que condições os direitos sociais podem ser aplicados nas relações de gênero e de orientação sexual de forma a equilibrar o respeito à singularidade e a universalidade a que almejam atingir as prestações a serem garantidas por tais direitos.

4.2 Não discriminação como inclusão: direitos sociais trabalhistas e relações de gênero

A categoria dos direitos sociais desdobra-se em duas vertentes: os direitos sociais trabalhistas e os direitos sociais prestacionais. Os primeiros são considerados direitos individuais e coletivos de caráter tutelar nas relações de trabalho,²¹² vinculando os empregadores, sejam eles públicos ou privados.²¹³ Estão previstos primordialmente nos art. 7º a 11ª da Constituição brasileira.

Os direitos sociais trabalhistas são direitos públicos subjetivos, exigíveis de imediato em relações jurídicas concretas. Representam a constitucionalização do Direito do Trabalho, e por vezes assumem o papel de direitos de defesa, como explica Ingo Sarlet (2007, p. 203-204):

Especificamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais na Constituição

²¹² Conforme trazem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “a Constituição contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais. É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho” (MENDES, 2012, p. 692).

²¹³ “Que trabalhadores disfrutem destes direitos? São os trabalhadores subordinados, aqueles que nutrem vínculo empregatício, que prestam serviços por conta e sob a direção de pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas ou privadas” (BULOS, 2008, p. 626).

de 1988, impõe-se aqui ao menos uma breve referência ao fato de que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa [...]. Assim, verifica-se que boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11º da nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), das normas relativas à prescrição (art. 7º, XXIX), das proibições consignadas no art. 7º, incisos XXX e XXXIII, da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7º, inciso XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8º), bem como do direito de greve (art. 9º), apenas para ficarmos nos exemplos mais evidentes. Em que pese a denominação de direito social [...] o fato é que estes dispositivos – de acordo com o critério da função desempenhada – contém típicos direitos de defesa [...].

Mas, se nos direitos civis ou no exercício dos direitos humanos e fundamentais como direitos de defesa, de proteção perante terceiros e de não discriminação haveria o predomínio de uma lógica de reconhecimento, ao se passar à análise da não discriminação na aplicação dos direitos sociais trabalhistas nas relações de gênero e de orientação sexual surge outra lógica: a da inclusão.

Quando a não discriminação atua em articulação com as funções de direitos de defesa e de proteção contra terceiros no âmbito dos direitos civis isto se dá sob uma ética do reconhecimento, da igual consideração e respeito, e como forma de atribuir a todos os cidadãos e cidadãs, independentemente de seu gênero ou orientação sexual (no caso) os instrumentos jurídico-formais para o pleno exercício de cidadania no espaço público.

Quando falamos dos direitos sociais trabalhistas, a não discriminação tem, além do sentido anteriormente exposto, uma lógica de inclusão, na medida em que cria condições para o igual acesso aos meios materiais de suporte da singularidade/diferença, ou seja, proporciona a efetivação das escolhas de vida relacionadas à personalidade e à identidade a partir de recursos para viabilizá-las.

Neste sentido, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição brasileira proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Cabe iniciar a análise pela questão de gênero, porque aqui há um fator de justiça distributiva aliado à questão do reconhecimento. Por que a igualdade de acesso e permanência no trabalho, bem como a de receber o mesmo salário que os homens, é importante? Relatório do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher enfrenta esta questão, ao mostrar como a igualdade de direitos entre homens e mulheres no trabalho transpõe a questão

da individualidade feminina e se reflete na família:

Há também o reconhecimento de que a igualdade substantiva para mulheres só seja alcançada através de uma série de outras leis e políticas para tornar o ambiente de trabalho mais acessível às mulheres. Central para o sucesso destas políticas é levar em consideração o fato de que em todos os países, as mulheres são primariamente responsáveis pelas tarefas domésticas e de criação dos filhos – trabalho não remunerado que tem impacto sobre sua capacidade de acessar mercado de trabalho em condições de igualdade com os homens. Isso limita suas opções para tirar vantagem das oportunidades formalmente iguais, normalmente relegando as mulheres a tempo parcial, trabalho temporário ou informal, que é menos bem pago e tem menos benefícios ou nenhum (UNITED..., 2011).²¹⁴

Obviamente, há questões mais complexas envolvidas no acesso das mulheres ao direito social ao trabalho, como a própria dinâmica entre mercado de trabalho formal e economia informal, mas a passagem transcrita do Relatório da ONU deixa claro que a igualdade substantiva das mulheres no acesso ao direito social ao trabalho tem um caráter redistributivo forte e implica impacto direto na vida familiar e, particularmente, no desenvolvimento de crianças e adolescentes sob seu cuidado.

Uma das formas de evitar a discriminação e produzir conjuntamente não reconhecimento e não inclusão das mulheres no ambiente do trabalho é a adoção de meios que proíbam a discriminação quanto ao sexo/gênero no acesso ao mercado de trabalho – aqui ocorre uma incidência da igualdade formal, ou igualdade de tratamento, podendo ainda mencionar-se a ideia de imparcialidade como decorrente de uma concepção formal de Estado de Direito e sua aplicação nas relações sociais. É o que faz, por exemplo, o art. 373-A da CLT, com redação dada pela Lei Federal 9799/1999.

Com efeito, dispõe o artigo 373-A que ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como

²¹⁴ No original em inglês: “*there is also recognition that substantive equality for women will only be achieved through a range of other laws and policies to make the workplace more accessible to women. Central to the success of these policies is taking into account the fact that in all countries, women are primarily responsible for household and child-rearing tasks – unpaid labour which impacts on their ability to access the labour market on equal terms to men. This limits their options to take advantage of formally equal opportunities, usually relegating women to part-time, temporary or casual work, which is less well paid and has fewer or no benefits*”.

variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.²¹⁵

A diretriz assinalada pelo art. 7º, XXX, da Constituição e especificada na Lei Federal 9799/1999 encontra eco na jurisprudência trabalhista, como demonstra o seguinte acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

ASSÉDIO MORAL. GRAVIDEZ. DISPENSA DO TRABALHO EM VIRTUDE DA GRAVIDEZ. DISCRIMINAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. O dano moral se caracteriza quando se atinge o patrimônio ideal, protegido pelo que a doutrina denomina de dignidade constitucional, constituído pelos valores inerentes à pessoa humana. O ato do empregador que manda que empregada grávida permaneça em sua residência, a fim de aguardar o transcurso da gestação sob a justificativa de o seu desempenho não corresponder às expectativas da empresa, pratica nítido assédio moral e, com isso, deve reparar o dano causado (BRASIL, 2007).

Em outro processo, desta vez julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a mulher foi submetida a exame de gravidez para verificar que no momento de sua demissão não estivesse grávida – a Corte admitiu a possibilidade, mas considerou que a forma como foi conduzida foi discriminatória e abusiva

DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE EXAME DE GRAVIDEZ NO ATO DA DISPENSA MEDIANTE PROCEDIMENTO CONSTRANGEDOR. ABUSO DE DIREITO. REPARAÇÃO DEVIDA. O fato de o empregador exigir comprovação de ausência de gravidez no ato da dispensa não configura crime, nos termos da Lei n. 9.029/95, podendo, revelar, de acordo com o procedimento adotado, inclusive, o cuidado de evitar a nulidade da rescisão contratual, atrelada à demanda judicial visando a reintegração da empregada gestante, eis que não é raro o desconhecimento do estado gravídico pela própria obreira. No entanto, a utilização de meios constrangedores, que exponham a trabalhadora à situação vexatória, constitui abuso de direito, sendo devida a reparação civil pela ofensa à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2005).

²¹⁵ A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consagrou o entendimento de que a cláusula de vedação da revista íntima no ambiente de trabalho se estende a ambos os sexos, e não apenas às mulheres, conforme a ementa do seguinte acórdão: “DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. CONDUTA OFENSIVA À HONRA E À DIGNIDADE DOS EMPREGADOS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO PELO TRIBUNAL REGIONAL. FIXAÇÃO NO MESMO PATAMAR PARA AMBOS OS SEXOS. PRETENSÃO DE DIFERENCIAÇÃO PELO TEMPO DE SERVIÇO. SÚMULA Nº 297, I E II, DO TST. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADAS. O recurso de revista não se sustenta, no que tange ao inconformismo dos recorrentes quanto à fixação do montante da indenização por danos morais no mesmo patamar para todos os empregados, sem se considerar o tempo de serviço de cada um na empresa. O Tribunal Regional não apreciou a controvérsia sob tal prisma, mas apenas sob o enfoque da afetação, na mesma intensidade, da conduta da reclamada na dignidade e na honra dos empregados de ambos os sexos [...]” (BRASIL, 2005).

Não necessariamente a discriminação contra a mulher no âmbito dos direitos sociais trabalhistas está relacionada à maternidade ou gravidez, embora a maternidade seja um direito social em si protegido pelo art. 6º. A discriminação da mulher no ambiente de trabalho pode dizer respeito a diversos aspectos da subjetividade feminina.

Daniel Sarmiento, por exemplo, traz interessante caso da jurisprudência alemã, mais especificamente do Tribunal Federal do Trabalho alemão. O caso é de 1957, mas mostra-se atual, na medida em que o julgado decidiu pela invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras em hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio (SARMENTO, 2004).

Outra perspectiva de afirmação da não discriminação quanto ao direito social do trabalho no que concerne às mulheres é a adoção de políticas afirmativas de gênero,²¹⁶ como faz o art. 7º, inciso XX, da Constituição brasileira, ao prescrever que a lei estabelecerá proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

O art. 373-A, parágrafo único, da CLT reforça esta diretriz geral ao buscar estabelecer que as práticas vedadas pelo artigo não obstem a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher (BRASIL, 2012).

Há políticas afirmativas de gênero previstas na própria Constituição brasileira, relativas especificamente à maternidade (que, como dito antes, constitui em si um direito social, junto com o trabalho, mas independente deste): licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, inciso XVIII, CRFB/1988) e estabilidade gestante, ou seja, a interdição constitucional da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (art. 7º, inciso I, da Constituição c/c art. 10, inciso II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Cláusulas de não discriminação que tenham caráter protetivo, articuladas a partir do art. 7º, XXX, da Constituição brasileira, têm plena justiciabilidade, na medida em que se mostram como uma face do caráter de defesa ou de proteção perante terceiros. Aqui há uma continuidade e uma equivalência com os chamados direitos civis.

Quanto às cláusulas que buscam a não discriminação por políticas afirmativas ou corretivas, há dois modos de analisar a questão. Aquelas concernentes à maternidade, por

²¹⁶ O tema das ações afirmativas e sua aplicação nas relações de gênero será objeto de análise mais detalhada no capítulo seguinte, ao tratar das questões envolvendo gênero, sexualidade e direitos políticos.

terem foro constitucional, seriam aplicáveis pela via jurisdicional, seja porque revelam proximidade com a vedação à discriminação, seja porque estão estabelecidas na Constituição em forma de regras, o que viabiliza uma aplicação judicial com menor possibilidade de violar o espaço decisório do legislador democrático infraconstitucional.

Quanto à cláusula constitucional prevista no art. 7º, inciso XX, esta se reveste de caráter de norma programática, ou seja, deve ser viabilizada por políticas públicas de inclusão de gênero a cargo dos poderes políticos, do governo/administração e do legislador democrático.

Não cabe ao judiciário aqui criar, sem legitimação para tanto, os programas de inclusão ou incentivo, ou definir as espécies de benefícios que podem ser estendidos às mulheres para corrigir as distorções e assimetrias no acesso ao mercado de trabalho e seus ganhos.

Tais programas e benefícios devem ser construídos pelo diálogo amplo e a ação política dos agentes públicos constituídos pelos mecanismos representativos democráticos, por instâncias de fiscalização e formulação de políticas públicas pela sociedade civil (caso do Conselho Nacional de Direitos da Mulher,²¹⁷ ou mesmo pela atuação do Conselho Nacional do Trabalho)²¹⁸ e, em última instância, pelo próprio diálogo com os agentes de mercado e outras instâncias privadas, como categorias profissionais, sindicatos e associações.

4.3 Não discriminação como inclusão: direitos sociais trabalhistas e orientação sexual

A cláusula de não discriminação pelo sexo pode admitir tanto a sua aplicação às

²¹⁷ Segundo a página de apresentação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, “o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985, vinculado ao Ministério da Justiça, para promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país. De 1985 a 2010, teve suas funções e atribuições bastante alteradas. Em 2003, passou a integrar a estrutura da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República, contando em sua composição com representantes da sociedade civil e do governo, o que amplia o processo de controle social sobre as políticas públicas para as mulheres. É também atribuição do CNDM apoiar a Secretaria na articulação com instituições da administração pública federal e com a sociedade civil”. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/conselho>>. Acesso em: 15 jan. 2013. A Secretaria de Políticas para Mulheres, por sua vez, articula a organização das Conferências Nacionais de Políticas para Mulheres, que por sua vez são convocadas por Decreto Presidencial, conforme se pode analisar a partir do histórico das Conferências já realizadas constantes na página da Secretaria, disponível em: <<http://sepm.gov.br/3a-conferencia-de-politicas-para-as-mulheres/Orientacao%20para%20as%20Conferencias.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²¹⁸ Instituído pelo Decreto Federal número 1617, de 4 de setembro de 1995, inserido na estrutura organizacional do Ministério do Trabalho (BRASIL, 1995).

relações de gênero (mulheres) quanto a sua aplicação quanto à orientação sexual, na medida em que o conceito de sexo aqui se articular com o previsto no art. 3º, IV, da Constituição, possibilitando a vedação às duas formas de discriminação.

Assim, esta seção irá explorar as possibilidades de aplicação dos direitos sociais trabalhistas e sua importância nas relações concernentes à orientação sexual a partir de uma simetria com a lógica de não discriminação como inclusão exposta para o gênero na seção anterior, mas pontuando eventuais peculiaridades.

No que se refere à orientação sexual, a efetivação do direito humano ao trabalho tem um papel primário de não discriminação como reconhecimento, a partir das funções de defesa.

O direito social ao trabalho para homossexuais e transexuais se realiza potencialmente e em primeiro lugar pela não discriminação, pelo acesso ao trabalho como forma de realização da dignidade humana, nos termos previstos no art. 1º, inciso III e IV, da Constituição brasileira.

A não discriminação no acesso ao emprego (trabalho) tem a função de evitar a repetição de estereótipos e preconceitos, garantindo a gays e lésbicas o pleno reconhecimento de sua identidade no exercício de suas escolhas econômicas e profissionais.

Além disso, o direito social ao trabalho no contexto da orientação sexual desempenha também uma tarefa de inclusão, na medida em que permite a gays e lésbicas os meios materiais para viabilizar suas escolhas existenciais quanto à identidade sexual, e a plena integração na vida social e econômica, individualmente ou em termos de grupo (no caso, minoritário quanto à opção sexual, como em arranjos familiares e comunitários específicos).

No contexto específico do direito social ao trabalho de homossexuais e transexuais surge a questão se há uma suposta tensão entre o acesso ao emprego (trabalho) e a liberdade de contratar do empregador, que poderia considerar sua visão moral para rejeitar certos modelos ou condutas com as quais as convenções a que adere não admitem – no caso, a homossexualidade/transexualidade.

Este discurso veria um conflito entre os direitos de terceiros e o direito social (ou liberdade) de trabalho de gays e lésbicas, surgindo também a questão de que seria prejudicial que eles/elas trabalhassem em atividades supostamente sensíveis, como a educação de crianças e adolescentes.²¹⁹ Martha Nussbaum (1999, p. 196) rejeita categoricamente esta

²¹⁹ Em 2011, a Deputada Estadual Myriam Rios, então no PDT/RJ, proferiu discurso contra a inclusão da orientação sexual como direito fundamental na Constituição estadual do Rio de Janeiro, e se utilizou justamente do argumento da liberdade de contratar e de seu suposto direito de não empregar gays e lésbicas, particularmente para atividades domésticas relacionadas ao cuidado de crianças, como mostra a matéria do Portal G1: “[...]Ao discursar na Assembleia Legislativa do Rio (Alerj), na última terça-feira (22), ela disse

linha de argumentação nos seguintes termos:

Existem áreas especiais de emprego em que uma política geral de não discriminação não faz sentido? Mesmo na área sensível do ensino primário e secundário, não há evidências que mostrem que a presença de professores gays e lésbicas prejudica crianças e adolescentes [...] nem há evidências que mostram que conhecer ou respeitar uma pessoa gay tem o poder para converter crianças para a homossexualidade [...] o assédio sexual a estudantes e colegas devem ser tratado com firmeza onde quer que ocorra. Além disso, o que as pessoas fazem na cama deve ser irrelevante para o seu emprego.²²⁰

Apesar do exposto, Martha Nussbaum (1999) problematiza a questão quando isto envolve a questão da orientação religiosa do empregador, trazendo contribuições para equilibrar liberdade de contratar e o direito ao trabalho:

O problema mais grave que surge em relação às leis de não-discriminação é o da liberdade religiosa. Tanto as instituições quanto os indivíduos podem, sinceramente, entender que tornar necessário tratar lésbicas e gays como candidatos iguais para postos de trabalho [...] é ser privado da liberdade de praticar a sua religião. Este argumento parece mais pertinente para algumas profissões do que para outras. Para contratar alguém como um professor pode ser plausivelmente visto como algo que confere um status de papel-modelo para a pessoa, enquanto que contratar alguém como contador dificilmente pode ser visto sob a mesma ótica [...]. Diversas respostas são possíveis [...] organizações religiosas devem ter, em alguns casos uma maior amplitude de seguir suas próprias crenças, mas quando há financiamento público e em grandes organizações profissionais, tanto com relação à sexualidade como em relação à raça, a liberdade de discriminar, para instituições religiosas, deve ser limitada pelas exigências comuns de justiça [...], portanto, seria errado exigir da Igreja Católica Romana que ordenasse mulheres como sacerdotes, embora se possa lamentar profundamente o fato de que ela não o faz, mas seria igualmente errado que a Igreja se opusesse se a uma lei local de não discriminação quando a contratação de uma equipe de zeladoria ou de secretariado está em questão (NUSSBAUM, 1999, p.

que não contrataria empregados gays para trabalhar em sua casa, já que eles poderiam praticar pedofilia contra seus filhos e utilizar a prerrogativa da PEC para se manter no emprego, mesmo após cometer o crime. “Eu tenho que ter o direito de não querer um funcionário homossexual na minha empresa, se for da minha vontade. Digamos que eu tenho duas meninas em casa, seja mãe de duas meninas, e resolva contratar *uma* babá. E essa babá mostra que a orientação sexual dela é de ser lésbica. Se a minha orientação sexual não for essa, for contrária, e eu ‘querer’ demití-la, eu não posso. Eu vou estar enquadrada nessa PEC, como preconceituosa e discriminativa. Ué, são os mesmos direitos”, afirmou [...] “Aqui em casa, eu gostaria que meus filhos crescessem pensando em namorar uma menina para perpetuar a espécie, como está em Gênesis. No momento em que eu descobrir que o motorista é homossexual e poderia, de uma maneira ou de outra, tentar bolinar o meu filho, eu não sei. De repente, poderia partir para uma pedofilia com os meninos. Eu não vou poder demití-lo. A PEC não permite porque eu vou estar causando um prejuízo a esse rapaz homossexual” (THUM, 2011). O argumento da Deputada Estadual Myriam Rios é, guardadas as circunstâncias, semelhante àquele utilizado nos anos 1970 pelo Senador Briggs na década de 1970 para legitimar a proposição 6 e a ideia de discriminação contra gays e lésbicas: o risco a crianças e adolescentes de estarem expostas à “conversão para o homossexualismo” pela projeção da conduta homossexual a partir de um modelo de autoridade (CHAPARRO; VARGAS, 2011, p. 69-70).

²²⁰ No original em inglês: “*Are there special areas of employment in which a general policy of nondiscrimination does not make sense? Even in the sensitive area of primary and secondary education, there is no evidence to show that the presence of gay and lesbian teachers harms children and adolescents [...] nor is there evidence to show that knowing or respecting a gay person has the power to convert children to homosexuality [...] the sexual harassment of students and colleagues should be dealt with firmly wherever it occurs. Beyond that, what one’s colleagues do in bed should be irrelevant to their employment*” (NUSSBAUM, 1999, p. 196).

197).²²¹

A partir do pensamento de Martha Nussbaum (1999), é possível reconhecer que a não discriminação quanto à orientação sexual em matéria de relações de trabalho precisa ser compatibilizada com outros direitos fundamentais constitucionais como a liberdade religiosa²²² e o direito de associação, permitindo certo espaço de liberdade a empregadores para privilegiar suas opções de vida e suas convicções morais, desde que o emprego,

²²¹ No original em inglês: “*The most serious issue that arises with regard to nondiscrimination laws is that of religious freedom. Both institutions and individuals may sincerely believe that to be required to treat lesbians and gays as equal candidates for jobs [...] is to be deprived of the freedom to exercise their religion. This argument seems more pertinent to some occupations than to others. To hire someone as a teacher may be plausibly be seen as conferring a certain role-model status on that person; to hire someone as an accountant can hardly be seen in this light [...] Various responses are possible [...] religious organizations should in some cases be allowed greater latitude to follow their own beliefs, but in publicly funded and in large professional organizations, with sexuality as with race, freedom to discriminate, for religious member institutions, should be limited by shared requirements of justice [...] thus it would be wrong to require the Roman Catholic Church to ordain women as priests, however deeply we may deplore the fact that it does not; it would be equally wrong for the Church to object if it was held to a local nondiscrimination law when the hiring of a janitorial or secretarial staff is in question*” (NUSSBAUM, 1999, p. 196).

²²² Letícia Martel (2011) observa inclusive que a noção de adaptação razoável surgiu no Direito Constitucional norte-americano justamente na seara das relações de trabalho, ao se exigir do empregador comprovar que não estaria apto a acomodar razoavelmente as práticas religiosas de seus empregados sem um ônus indevido. A autora explica a aplicação de ônus indevido feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos em bases muito tímidas, mesmo após a edição do Equal Employment Opportunity Act de 1972, na medida em que a jurisprudência formulada, segundo Martel (2011), considerava que “o exame do ônus indevido apenas entrará em cena se o empregador não estiver apto a oferecer qualquer acomodação que reputa razoável. Em assim sendo, uma proposta de acomodação, ainda que não aceita por quem a solicitou – pela sua insuficiência, ineficácia ou por ensejar perdas salariais ou de benefícios na relação de emprego ou até mesmo por ser estigmatizante – é genericamente razoável, sem que se possa exigir que o sujeito passivo do dever de acomodar incorra em custos extras para obtenção de uma acomodação mais adequada para os envolvidos. Uma vez razoável, sequer é exigida a prova do ônus indevido” (MARTEL, 2011, p. 94). Ao analisar o desenvolvimento da ideia de adaptação razoável na jurisprudência canadense, Letícia Martel (2011, p. 98) percebe a construção de outro entendimento, por se considerar “que o vocábulo razoável, ligado à acomodação, deveria ser concebido como dependente da prova de ônus indevido, isto é, em havendo ônus indevido, a acomodação tornar-se-ia não razoável”, ao mesmo tempo em que “a acomodação deixará de ser razoável se e somente se houver prova de que causará ônus indevido a quem deve acomodar” (MALHOTRA apud MARTEL, 2011, p. 98b). A análise de Letícia Martel menciona a origem do conceito de adaptação razoável e dos elementos que lhe são conexos, notadamente o ônus indevido, na compatibilização da liberdade religiosa com o ambiente de trabalho e a obra da autora se volta de forma mais específica para a investigação da aplicação do princípio quanto à acomodação das pessoas portadoras de deficiência no ambiente de trabalho. Mas as reflexões que ela faz sobre ônus indevido nas experiências dos EUA e do Canadá evidenciam a possibilidade de trazer estas noções para a questão da acomodação da orientação sexual nas relações de trabalho, principalmente porque a invocação da liberdade religiosa é feita pelo empregador como forma de não acomodar ou adaptar um/a empregado/a homossexual ou transexual. Embora não seja necessariamente uma temática que deva se expressar sobre uma dicotomia “tudo ou nada” (acomodação ou não acomodação), permitindo uma gradação de soluções, a grande importância da importação das noções sobre adaptação razoável para a questão da orientação sexual começa justamente na identificação dos contornos do que seria o ônus indevido e qual seria a extensão do dever do empregador em fundamentá-lo para justificar a não acomodação do/da empregado/a homossexual ou transexual, atribuindo claramente a quem acomoda (o/a empregador/a) a tarefa de provar que acomodar uma pessoa homossexual ou transexual acarreta ônus indevido em relação a sua opção religiosa ou outros direitos humanos ou fundamentais seus. Nas palavras de Letícia Martel (2011, p. 104), “se não houver ônus indevido, a ausência de adaptação razoável – se ela existir – configura discriminação. Há o direito de não ser discriminado, correlato ao dever de não discriminação”.

ocupação ou função tenha um perfil que admita, no caso concreto, esta ponderação.

Assim, uma Igreja cristã pode ter reservas quanto a um professor da disciplina religiosa que seja homossexual ou transexual, pois a doutrina que ele irá ensinar condena moralmente seu estilo de vida consubstanciado na sua orientação sexual.

Mas de forma alguma a Igreja poderá demitir o contador por ser gay, como argumentou Nussbaum, pois em nada a homossexualidade interfere no exercício da contabilidade, ainda que em uma organização religiosa. Não é possível estabelecer, a priori, quais profissões ou ocupações profissionais legitimam um veto à homossexualidade ou transexualidade.

Pelo contrário: a princípio, nenhuma profissão ou emprego pode admitir a discriminação contra a orientação sexual diversa, o ônus argumentativo de fundamentar a necessidade de levar a orientação sexual como algo relevante é do empregador e deve ser feito à luz de outros direitos humanos e fundamentais reconhecidos e consagrados, em uma ponderação no caso concreto.²²³

Esta relativa liberdade do empregador de contratar em certas circunstâncias levando em consideração a orientação sexual, de acordo com suas perspectivas morais, não pode ser um motivo para legitimar a discriminação quanto à orientação sexual no ambiente de trabalho, como mostra o seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho:

DISPENSA POR ATO DISCRIMINATÓRIO. HOMOSSEXUALIDADE. ART. 4º, II, DA LEI 9.029/95. Independentemente do pedido de indenização por danos morais e materiais, o eg. Regional considerou aplicável o que preceituado na Lei 9.029/95, em seu art. 4º, II (dobro da remuneração do período de afastamento), dado o caráter discriminatório da dispensa. Este Tribunal tem considerado que a Lei 9.029/95, em seu art. 1º, contém descrição que se entende meramente exemplificativa, sem esgotar as hipóteses. Assim, a dispensa levada a efeito em face

²²³ Não só a orientação sexual, mas qualquer outro traço da personalidade ou de identidade de grupo pode ser relevante na hora de definir a contratação ou permanência no emprego e pode ser objeto de resistência ou objeção do empregador. A situação de um(a) professor(a), profissional ou ministro(a) religioso em Igreja cristã reformada que é responsável por curso de noivos e, em certo momento, se divorcia da esposa ou esposa é emblemática – pode ser politicamente ou moralmente equivocado afastar uma pessoa que exerce seu trabalho de forma bem sucedida há algum tempo pela mera mudança no seu estado civil, mas a organização religiosa contratante tem o direito de exigir um certo perfil moral para a função, e entender que aquela pessoa, ao se divorciar, não possui mais este perfil. As exigências de certo perfil ou conduta por parte do empregador podem ter inclusive um caráter não religioso, mas filosófico, político ou moral: um jornalista ou colunista de jornal tem plena liberdade de consciência e crença política, mas se ele se recusa a respeitar no seu trabalho a linha editorial do veículo de imprensa, é legítimo ao empregador fazer valer sua visão política e deslocá-lo para outro setor no jornal, ou mesmo demití-lo, ao passo em que é ilegítimo demitir o jornalista que cumpre seu trabalho e segue a linha editorial determinada pelo editor do jornal, mas fora do ambiente de trabalho mantém blog pessoal com sua própria opinião política, distinta e conflitante com aquela do jornal. Os exemplos trazidos mostram como é difícil e sensível estabelecer ponderações a priori quando se articulam a liberdade de contrato, a liberdade de trabalho e as opções existenciais de empregadores e empregados, somente a ponderação caso a caso, a partir da natureza da ocupação e de suas atribuições, pode fornecer elementos para uma decisão constitucionalmente adequada.

da opção sexual do Reclamante, embora não expressamente inserida na exemplificação legal, constitui também situação ensejadora da indenização prevista no art. 4º, II, daquela lei, o qual não pode ser tido como vulnerado em face disso. Violação legal não configurada. Recurso de Revista não conhecido (BRASIL, 2009).

A discriminação em função da orientação sexual não está presente somente no caso de admissão ou demissão, mas na própria convivência no ambiente de trabalho, quando muitas vezes o empregador ou seus representantes agem de forma discriminatória com relação a gays e lésbicas ou são coniventes com o preconceito de outros empregados/as.

Interessante observar, neste sentido, o relato de prova testemunhal em primeira instância trabalhista reproduzido no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 69540-83.2008.5.09.0001, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 19 de maio de 2010:

A autora, na exordial, alegou que sofreu diversas discriminações advindas da reclamada devido a sua opção sexual. (fl. 05). Aduz que, por motivos discriminatórios, era exposta ao ridículo constantemente. A prova testemunhal corrobora sua tese. Vieram 3 testemunhas ao processo, 1 da autora e 2 da ré. As informações trazidas pela testemunha autoral são tão contundentes que merecem transcrição. A testemunha, que laborava junto com a autora, afirmou (fl. 53) que: 3 - que a encarregada dizia que a autora era homossexual, queriam dar serviço de homem para a autora e ficavam rindo; 4 - que presenciou uma vez a supervisora falar para a autora que ela deveria se trocar no banheiro masculino e não no feminino, sendo que a reclamante ficou constrangida e passou a vir uniformizada de casa; 5 - que na empresa os empregados trabalhavam em dupla, sendo que a autora trabalhava sozinha; 6 - que a supervisora fazia comentários sobre a autora na frente dos outros empregados; 7 - que certa vez uma empregada disse para a supervisora Marli que a reclamante estaria 'de olho nela no banheiro' e a supervisora chamou a reclamante em uma sala e esta saiu chorando, sendo que depois disso a reclamante foi transferida de turno; reperguntas da parte ré: 8 - que a encarregada era a Sra. Luciana e a supervisora era a Sra. Marli; 9 - que a Luciana dizia que a autora era 'sapatão', lavar banheiro dos homens, lavar calçada, trabalhar com máquina pesada; 10 - que a reclamante falou que não sabia trabalhar em máquina pesada, sendo que a Sra. Luciana perguntou: 'como não sabe trabalhar na máquina se é quase um homem? [...]' (BRASIL, 2010).²²⁴

²²⁴ O referido Agravo de Instrumento foi deferido nos seguintes termos: “**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. SÚMULA 357 DO TST.** “Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador” (Súmula 357/TST). Estando a decisão regional moldada a tal parâmetro, não pode prosperar o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT. **2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO.** O art. 5º, V, da Constituição Federal não estabelece critérios objetivos para fixação do “quantum” indenizatório, não se cogitando, assim, da possibilidade de sua ofensa por parte de Tribunal que, ao manter o valor arbitrado à indenização, considerou a sua razoabilidade. **3. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS.** Revelado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, correta a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. Por outro lado, sem divergência jurisprudencial específica (Súmula 296/TST), impossível o processamento da revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”. A discussão no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho se deu sobre a validade da admissão do testemunho em favor da autora e de sua parcialidade, mas o relato foi mantido, como declarou o próprio julgador, pelo grau de detalhe com que descreveu as situações de discriminação em razão

Outro julgado emblemático do Tribunal Superior do Trabalho em relação à discriminação quanto à orientação sexual no ambiente de trabalho é Recurso de Revista número 128600-30.2006.5.04.0022, cujo Relator foi o Ministro Maurício Godinho Delgado, tendo o julgamento ocorrido em 7 de março de 2012. No caso destacado, a ementa traz outro relato acerca da responsabilidade do empregador pela ocorrência de discriminação quanto à orientação sexual no ambiente de trabalho:

DANOS MORAIS. EMPREGADO VÍTIMA DE DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO EM FUNÇÃO DE SUA OPÇÃO SEXUAL E POR SER PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Porém, há requisitos essenciais para a responsabilização empresarial e, sem a conjugação desses requisitos, não se há falar em responsabilidade do empregador por qualquer das responsabilidades vindicadas, que, regra geral, são: o dano; o nexo causal, que traduz a causalidade entre a conduta do empregador ou de seus prepostos e o dano sofrido pelo empregado; e, regra geral, a culpa do empregador, excetuando-se as hipóteses de prescindibilidade de tal requisito, como por exemplo aquelas previstas nos arts. 927, parágrafo único, e 933 do CC. O Eg. Regional, cotejando as provas constantes nos autos, mormente o depoimento de testemunhas que trabalharam com o Autor, consignou que este era frequentemente vítima de piadas no que se refere à sua opção sexual, bem como excluído do convívio com os colegas, em vista também de ser portador do vírus HIV. Além disso, as constantes humilhações eram praticadas por seu chefe imediato. É patente a configuração do dano moral em face da discriminação e das agressões psicológicas perpetradas. Por outro lado, é responsabilidade da empresa velar por um bom convívio no ambiente de trabalho, resguardando seus empregados de práticas discriminatórias e preconceituosas. Afinal, o empregador é que tem a direção e o controle sobre o ambiente do trabalho e a prestação de serviços (art. 2º, *caput*, CLT), detendo a livre iniciativa (art. 1º, III, *in fine*, CF), que sempre tem de se subordinar à valorização do trabalho e da pessoa humana (art. 1º, IV, *ab initio*; art. 1º, III, da CF), tendo sempre função social (art. 5º, XXIII, CF). Estão presentes nos autos, pois, os elementos suficientes ao pagamento da indenização pleiteada: a) conduta culposa discriminatória perpetrada pelo chefe imediato do Autor no ambiente de trabalho; b) dano moral a direito da personalidade do Reclamante; e c) nexo causal entre a conduta e o dano [...] (BRASIL, 2012).

Em síntese, para legitimar a não admissão ou a dispensa de empregado ou trabalhador homossexual ou transexual com base em sua condição, de forma a afastar qualquer violação ao direito à honra e à dignidade de gays, lésbicas e transexuais decorrentes do exercício da liberdade de contratar com base na liberdade de religião ou de consciência, o empregador deve articular, no caso específico, a violação a seus direitos fundamentais e as características ou atribuições da função a ser desempenhada.

Assim, a regra é a prevalência da não discriminação quanto a orientação sexual no ambiente de trabalho, enquanto que qualquer ponderação em prol da liberdade de contratar e da liberdade de consciência, religiosa ou não, do empregador no caso concreto deve demonstrar que a orientação sexual da pessoa interfere no exercício do trabalho ou emprego e que isto gera uma ofensa direta a sua liberdade religiosa ou a sua autonomia moral, bem como aos valores dela decorrentes. Se isto não estiver suficientemente demonstrado, há discriminação trabalhista arbitrária em função da orientação sexual da pessoa.

E isto se restringe à instauração ou manutenção do vínculo trabalhista, não ensejando qualquer direito do empregador, ainda que decorrente de suas visões religiosas ou morais, de censurar a orientação sexual do empregado homossexual ou transexual em si ou de estimular ou ser omisso quanto ao preconceito contra a sexualidade do empregado, como o evidenciou o Recurso de Revista número 128600-30.2006.5.04.0022 no trecho destacado nas páginas anteriores.

Ademais, como lembrou Martha Nussbaum (1999), a existência ou não de financiamento público às atividades da pessoa ou entidade de caráter privado, assim como a dimensão e o tamanho das atividades da organização profissional são elementos relevantes a serem ponderados no caso – tais fatores seriam, a princípio, restritivos a uma ponderação em prol da liberdade de contratar em detrimento da liberdade de orientação sexual.

4.4 Gênero, orientação sexual e os direitos sociais prestacionais

O desafio da igualdade de gênero e de orientação sexual é maior do que simplesmente promover o acesso de mulheres e da comunidade LGBT ao mundo do trabalho, mas pensar a própria ideia de direitos sociais e das políticas que lhes são atinentes a partir da singularidade de gênero e da diversidade de orientação sexual.

Isto adquire uma importância ainda maior quando se falam nos direitos sociais prestacionais, na medida em que tais direitos exercem a função de mediar vida privada, comunidade política e mundo do trabalho, por meio de prestações que se dirigem para a satisfação dos interesses transindividuais e coletivos, consubstanciados na perspectiva não somente dos trabalhadores e das trabalhadoras, mas da pretensão universal de atender a demandas de todos os cidadãos e cidadãs.

Os direitos sociais prestacionais referem-se aos direitos sociais que demandam uma prestação material por parte do Estado (PESSANHA, 2006), encontrando-se disciplinados principalmente no art. 6º da Constituição brasileira, assim como nas disposições constitucionais contidas no Capítulo da ordem social (art. 193 e seguintes da Constituição). Os direitos sociais prestacionais exigem, assim, um maior comprometimento do Estado na realização da igualdade social, como evidencia o discurso de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 232):

Os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades [...].

É importante destacar o que está implícito na discussão sobre a forma jurídica de realização dos direitos sociais prestacionais: se tais direitos têm caráter de direitos subjetivos, se são normas programáticas que indicam decisões políticas que vinculam o legislador e a Administração Pública, ou se convivem os aspectos de direitos subjetivos com o de políticas públicas, realizáveis segundo os critérios e possibilidades demarcadas pelos poderes políticos.²²⁵

Como destaca Érica Pessanha (2006, p. 310), “além dos direitos sociais estarem dispostos de maneira confusa na própria Constituição, propiciando divergências quanto a sua própria definição e fundamentalidade, eles ainda possuem objetos amplos demais, o que dificulta a sua delimitação”.

A generalidade surge, então, como um dos problemas relacionados aos direitos prestacionais, gerando aqui uma imprecisão que pode se traduzir, quanto à singularidade, em não inclusão, quando conceitos amplos relacionados aos direitos sociais prestacionais são interpretados pelos parâmetros da maioria contra as aspirações das minorias e suas singularidades.

Note-se que quando os direitos sociais prestacionais são concebidos como direitos “*prima facie*”, como faz Carlos Bernal Pulido (2008), surge o problema da sua concretização

²²⁵ Segundo Carlos Bernal Pulido (2008, p. 151), “o problema que dá lugar às diferentes concepções sobre os direitos sociais consiste em estabelecer se a partir das disposições constitucionais sobre os direitos sociais se podem derivar verdadeiros deveres legislativos e administrativos que se concretizem em posições subjetivas exigíveis judicialmente; ou se, pelo contrário, em nenhum caso podem-se determinar estes deveres e então deve concluir que os direitos sociais têm unicamente um sentido político, não vinculante para o legislador e para a administração”.

à luz da possibilidade de restrição e da exigência de proporcionalidade na aplicação de medidas restritivas a estes direitos, como bem observa o referido autor:

Os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições jurídicas *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas. Estas restrições podem estar justificadas em razão das limitações econômicas, e ainda em razão das exigências que se desprendem de outros direitos fundamentais sociais, democráticos ou de liberdade, ou de outros bens constitucionais. Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos sociais. A análise da proporcionalidade das restrições a estes direitos indica se, nos casos concretos, as posições em que se concretizam estes direitos valem apenas *prima facie*, ou se também valem de maneira definitiva [...]. Segundo esta teoria, as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar – assim como em deveres de atuação que pesam sobre a administração e sobre o poder judiciário [...]. Nesta estrutura, o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas. Mas este máximo não é exigível do Estado de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o impeçam, e se isto for demonstrável mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade [...]. Pense-se, por exemplo, que seja o caso de demonstrar que a seguridade social não possa dar conta das operações estéticas, pois a subvenção destes procedimentos implicaria a inversão de recursos destinados à atenção de urgências ou comprometeria o oferecimento de medicamentos básicos para combater enfermidades que tenham relação imediata com a sobrevivência (PULIDO, 2008, p. 168-169).

Ricardo Lobo Torres (2008, p. 336) considera, por sua vez, que “os direitos sociais, que não são fundamentais (na visão dele), representam direitos *prima facie*, que necessitam da interpositivo legislatoris, para se tornarem definitivos”, bem como, segundo o autor, são direitos que “abrem-se, portanto, à otimização progressiva e à reserva do possível, tornando-se inteiramente dependentes de políticas públicas e sociais”.

Ao introduzir o conceito de reserva do possível, Lobo Torres (2008, p. 324) explica que este equivale a “reserva democrática”, significando, segundo o autor, que “as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela concessão discricionária do legislador”.

Fatores inerentes à própria configuração jurídica dos direitos sociais prestacionais, particularmente sua pretensão universalista e sua definição pela maioria política a serviço de um modelo abstrato de cidadão, trazem complexidade na sua concretização nas relações de gênero e no que concerne à orientação sexual.

Neste sentido, ocorre, na concretização dos direitos sociais prestacionais, uma tensão entre a sua pretensão universal, representada pela maioria democrática consubstanciada nos poderes políticos eleitos (legislativo e executivo), e a reivindicações de singularidade

decorrentes de identidades e grupos minoritários, que podem até ter alguma representação política, mas não detém o controle decisório do processo democrático, como as mulheres e a população LGBT.

Como conciliar os direitos da maioria no acesso a prestações sociais, ou mesmo na própria definição destas prestações, e como realizar a inclusão das minorias relacionadas ao gênero e à orientação sexual, para que tenham os meios sociais e materiais de realização plena de suas respectivas trajetórias subjetivas e possam ser e estar no mundo de acordo com suas escolhas existenciais? É possível articular direitos sociais prestacionais, pluralismo, não discriminação e inclusão? Isto pode ser realizado ou adjudicado pelos juízes, agentes públicos não eleitos?

O caminho para enfrentar estas questões e para compreender as influências das singularidades de gênero e de orientação sexual na formulação e aplicação de liberdades sociais positivas (por intermédio do Estado), consubstanciadas nos direitos sociais prestacionais, passa pela análise de como as questões de reconhecimento constituídas a partir do ideal do Estado de Direito e das pretensões igualitárias baseadas em direitos humanos podem transformar as estruturas de seguridade social²²⁶ e realizar a pretensão de pluralidade quanto ao gênero e à sexualidade.

Surgem então três questões emblemáticas sobre a afirmação dos direitos prestacionais relacionadas à seguridade social:²²⁷ a) como a questão de gênero perpassa e, de certa forma, molda prestações da seguridade social,²²⁸ particularmente na efetivação do direito à

²²⁶ A escolha pela seguridade social como fio condutor da análise da incidência da função prestacional dos direitos humanos nas relações de gênero e quanto à orientação sexual não implica ser este o único direito em que isto ocorre, mas sim aquele em que questões privilegiadas sobre a dinâmica entre privacidade e espaço público no constitucionalismo contemporâneo surgem, justamente a partir das identidades femininas e homossexual/transsexual, colocando em evidência o acesso e a própria definição das prestações positivas asseguradas pelo Estado. Certamente, há implicações de gênero e quanto à orientação sexual na afirmação de outros direitos sociais prestacionais, como educação e moradia, e embora sejam mais comumente reconduzíveis às funções de defesa ou de não discriminação dos direitos humanos podem, eventualmente, abarcar também questões prestacionais, como evidencia Martha Nussbaum (1999), ao estabelecer que um direito a ter igual oportunidade de aprender sobre gays e lésbicas, e sobre a homossexualidade em si, o que constitui uma discussão sobre o conteúdo do direito à educação enquanto prestação positiva (não só igual acesso ao ensino e à educação, mas também a possibilidade de um conteúdo plural, o que interfere sobre a realização da prestação em si).

²²⁷ Segundo José Afonso da Silva (2006), seguridade social é um espanholismo adotado pela Constituição brasileira para se referir à “segurança social”, ou seja, um conjunto de meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas.

²²⁸ Segundo Fábio Ibrahim Zambitte (2010), a seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento das pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.

assistência social²²⁹ como suporte ao mundo do trabalho; b) a pretensão dos casais homoafetivos ao mesmo acesso aos benefícios previdenciários que possuem os casais heteroafetivos, como tensão entre universalidade e singularidade no acesso às prestações; c) as definições da maternidade e da paternidade sob o ponto de vista dos direitos humanos e fundamentais sociais, notadamente os prestacionais, como tensão entre singularidades e com a universalidade na definição e implementação das prestações.

Cada uma das situações apontadas será analisada a seguir, no sentido de buscar as implicações sociojurídicas das idades de gênero e da orientação sexual na efetivação de certos direitos prestacionais, e os níveis de atribuição de responsabilidade do Estado, demarcando em que casos e em que medida pode ocorrer sua judicialização no contexto dos padrões constitucionais vigentes.

4.4.1 A identidade de gênero, suas projeções nos direitos sociais e na sua função de articulação entre mundo do trabalho e seguridade social

Pierre Rosanvallon (2012, p. 325) observa que os direitos sociais, “concebidos sob o modelo dos direitos civis e dos direitos políticos, se dirigem ao indivíduo universal e estão, portanto, constituídos por possibilidades automáticas e incondicionadas de acesso a prestações e serviços”.²³⁰

A partir destas observações do autor, é possível reconduzir a questão da formulação e aplicação dos direitos sociais à tensão entre maioria e minoria, entre universalidade e singularidade, na medida em que a desigualdade não conhece uma só face, e a pobreza socioeconômica não é a única forma de violação da igualdade e do Estado de Direito.

A pretensão de universalidade dos direitos sociais prestacionais e sua definição como prestações em prol da coletividade os coloca sob a influência dos desígnios da maioria, sem

²²⁹ Segundo o art. 1º da Lei 8742/1993, A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

²³⁰ No trecho original da edição espanhola: “*aunque los derechos sociales se conciben según el modelo de los derechos civiles e políticos, se dirigen al individuo universal y están por tanto constituídos por posibilidades automáticas e incondicionadas de acceso a las prestaciones o a los servicios. En este marco es imposible e impensable cualquier individualización*” (ROSANVALLON, 2012, p. 323).

levar em conta as singularidades de certos grupos sociais específicos²³¹, como bem notou Rosanvallon (2012).

Cumpra notar que as identidades decorrentes do gênero são singularidades que se colocam para além do problema de distribuição de riqueza econômica (dicotomia pobres x ricos), ainda que adquiram contornos específicos no contexto socioeconômico em que se inserem.²³²

É o que traz, por exemplo, Nancy Fraser (1996, p. 222), quando apresenta o combate à pobreza (*antipoverty principle*) como parte da ideia de igualdade de gênero, declarando que “prevenir a pobreza é crucial em atingir a igualdade de gênero hoje, após o salário da família, considerando as altas taxas de pobreza nas famílias monoparentais lideradas por mulheres e a crescente probabilidade de que mulheres e crianças nos Estados Unidos viverão nestas famílias”.²³³

Assim, as liberdades sociais positivas que são conhecidas como direitos sociais prestacionais têm em conta, na sua formulação, o indivíduo/cidadão em sua generalidade e de forma abstrata, e, como notou Rosanvallon (2012), priorizam o acesso universal, sem considerar as singularidades e seus desdobramentos, especialmente no que se refere ao gênero e à orientação sexual.

Por vezes, ainda quando os direitos e políticas sociais prestacionais levam em conta a singularidade, isto não está isento de preconceitos e estereótipos, ainda mais quando o modelo de Estado social (conservador, liberal, social-cristão etc.) se torna uma parte da equação.

²³¹ Como evidenciado nos capítulos II e III deste trabalho, o Estado social, na perspectiva das relações do gênero e da sexualidade, foi a continuidade da dominação das hierarquias provenientes do status e do familiarismo por outros meios, tanto quanto as políticas socioeconômicas redistributivas ensejaram nada mais do que uma continuação da acumulação capitalista por outros meios. Isto está evidente quando vemos o surgimento do Estado social na América Latina, construído como concessão do Estado aos trabalhadores, e como este manteve a estrutura da família tradicional a salvo de todos os questionamentos e ameaças – fato verificável, por exemplo, ao examinar-se como a legislação social surgida no Brasil no Estado Novo e na breve redemocratização que se seguiu regulou o trabalho da mulher a partir de um modelo paternalista, e manteve a salvo de contestações a família tradicional fundada no casamento.

²³² Neste sentido, o Relatório da ONU Mulher 2011-2012 (p. 34) evidencia o quão importante o contexto socioeconômico pode ser na realização dos direitos das mulheres, na medida em que “estender a proteção do Estado de Direito para a economia informal e o trabalho vulnerável é de vital importância para a redução da pobreza e da desigualdade, bem como para a garantia dos direitos das mulheres. Isto é particularmente crítico na economia global de hoje, na qual os mercados de trabalho foram desregulamentados e padrões flexibilizados, gerando como resultado que mais e mais empregos sejam informais, com os trabalhadores a perder a proteção social e legal” (*Extending the protection of the rule of law to informal and vulnerable work is vitally important to reducing poverty and inequality, as well as to ensuring women’s rights. This is particularly critical in today’s global economy, as labour markets have been de-regulated and standards relaxed, with the result that more and more jobs have been informalized, with workers losing legal and social protection*) (UNITED..., 2011).

²³³ No original em inglês: “[...] Preventing poverty is crucial to achieving gender equality now, after the Family wage, given the high rates of poverty in solo-mother families and the vastly increased likelihood that U.S. women and children will live in such families” (FRASER, 1996, p. 222).

Neste sentido e considerando o exposto nos dois últimos parágrafos, as relações de gênero nas sociedades pós-industriais²³⁴ colocam um desafio à afirmação do direito das mulheres ao trabalho, tanto como meio de desenvolvimento da personalidade como forma de sustento próprio e da família, o que produz, nas duas vertentes, inclusão.

A melhoria das condições de trabalho e emprego das mulheres por meio da aplicação de padrões de direitos humanos foi defendida pela ONU Mulher, que em seu relatório 2011-2012 defendeu que uma igualdade substantiva para as mulheres, contra a precariedade das relações de trabalho e a dupla jornada (doméstica e não-doméstica) atribuída às mulheres (UNITED..., 2011).

Por um lado, as mudanças socioeconômicas nas sociedades atuais comprovam o avanço das mulheres sobre o mundo do trabalho, com transformações estruturais significativas em relação ao tipo de ocupação.

Gøsta Esping-Andersen analisa dados empíricos de sobre ou sub-representação das mulheres nas ocupações tradicionais e pós-industriais nas relações de trabalho em três países Suécia, Alemanha e Estados Unidos entre 1960 e 1985 e traz a seguinte conclusão:

Com pequenas exceções, há um declínio na segregação ocupacional baseada no gênero. As mulheres foram bem sucedidas em ingressar em trabalhos “masculinos”, como a gestão e em profissões técnicas; a sobrerrepresentação delas no gueto dos empregos femininos diminuiu, assim como nos ‘empregos precários’ (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 209).²³⁵

Esping-Andersen (1990, p. 212) nota, ainda, a partir de dados sobre a distribuição de mulheres entre empregos tipicamente masculinos e tipicamente femininos, que “as mulheres estavam se concentrando em empregos femininos (enfermagem, escritório e educação) e também ganhando terreno em ocupações tradicionalmente masculinas”.

²³⁴ As mudanças na família decorrentes das transformações vivenciadas nas sociedades pós-industriais foram objeto de análise de Nancy Fraser (1996), reproduzidas no capítulo anterior.

²³⁵ No original em inglês: “*with a few exceptions, there is a decline of women in gender-based occupational segregation. Women have been quite successful in entering privileged ‘male-jobs’, such as management and the professions; their over-representation in the female-ghetto jobs has lessened, as has their over-representation within the ‘junk-jobs’*” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 209). Esping-Andersen nota, contudo, que “o padrão mais intenso verificado é a saída das mulheres dos empregos industriais. Isso pode ser interpretado de duas formas: 1) a desindustrialização tem atingido especialmente as indústrias tradicionalmente “femininas”, como as têxteis; 2) tendo menos antiguidade e ligações mais fracas com o emprego, as mulheres podem ter que suportar o peso da decadência industrial. Em todo caso, esta rede resulta no fato de que é mais provável encontrar as mulheres no setor pós-industrial” (*The single most dramatic trend is women’s departure from industrial-worker jobs. This may be interpreted in two ways: 1) de-industrialization has been especially sweeping within the conventional ‘female’ industries, such as textiles; 2) having less seniority and weaker job-attachments, women are have been made to bear the brunt of industrial redundancy. Whichever is the case, the net result is that women are much more likely to be found within the post-industrial sector*) (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 209b).

O trabalho feminino assalariado no contexto de uma economia capitalista não é um fato novo, já estando presente desde a sociedade industrial do século XIX, como notou Eric Hobsbawn (1995).

Neste sentido, o Estado social (*welfare*) não desconhecia a estratificação de gênero no mundo do trabalho, mas sua resposta em termos de direitos sociais foi limitada, permanecendo presa a desigualdades de gênero substantivas, ainda quando as Constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial tenham proclamado solenemente a igualdade entre homens e mulheres, seja em sentido amplo, sejam em sentidos mais restritos (a Constituição brasileira de 1946 limitou-se a estabelecer a igualdade salarial).

Assim, o desafio do Estado Constitucional nas sociedades pós-industriais contemporâneas é enfrentar a questão das desigualdades entre homens e mulheres e na formulação de direitos sociais aplicáveis segundo padrões de igualdade substantiva entre os sexos/gêneros.

A questão é que não há uma única resposta para o desafio de promover igualdade substantiva para mulheres no mundo do trabalho a partir da implementação de padrões de direitos humanos, nem envolve uma única função destes direitos, tampouco é atribuída exclusivamente ao Estado (mas igualmente ao mercado e à sociedade civil).

Do ponto de vista dos modelos de intervenção política para a realização da igualdade de gênero, Nancy Fraser apresenta duas concepções distintas surgidas nas sociedades pós-industriais²³⁶, com suas diversas nuances: o modelo do(a) mantenedor(a) universal (*the universal breadwinner model*) e o modelo da paridade do(a) cuidador(a) (*the caregiver parity model*).

Em comum, ambos os modelos trazem políticas, direitos e intervenções que unem família, relações do trabalho e políticas sociais estatais consubstanciadas em prestações materiais²³⁷. Existem, porém, algumas diferenças sobre a abordagem da questão de gênero e

²³⁶ Segundo Gøsta Esping-Andersen, “a ideia de uma sociedade pós-industrial emergiu na década de 1960, gerada por revoluções contemporâneas na tecnologia, na gestão, no consumo e no emprego. Ela evidencia um novo mundo onde técnicos, profissionais e gestores predomina; onde o trabalho manual à moda antiga desaparece; onde o ‘apetite’ dos consumidores se volta para os serviços” (*the idea of post-industrial society emerged in the 1960s, provoked by contemporary revolutions in technology, management, consumption and employment. It portrays a new world where technicians, professional, and managers predominate; where old-fashioned manual labor disappears; where consumers’ appetites are driven towards services*) (Esping-Andersen, 1990, p. 191).

²³⁷ Nancy Fraser comenta que o modelo do/da cuidador(a) universal projeta um cenário ambicioso para uma sociedade pós-industrial, o que demanda novos programas e políticas, algumas voltadas para permitir o trabalho feminino, como creche e assistência aos mais velhos, “com o objetivo de libertar as mulheres de responsabilidades não pagas para que eles pudessem ter emprego a tempo inteiro em termos comparáveis aos homens” (*aimed at freeing women from unpaid responsibilities so they could take full-time employment on*

de qual deve ser o papel do Estado na concretização de um direito a assistência social por meio de políticas públicas.

Nancy Fraser (1996, p. 226-227) apresenta o modelo do(a) mantenedor(a) universal nos seguintes termos:

Em uma visão de sociedade pós-industrial, a idade do salário família iria dar lugar à idade do/da chefe de família universal. Esta é a visão implícita na prática política atual da maioria das feministas norte-americanas e dos liberais. (Foi também assumida em ex-países comunistas!). Pretende alcançar a equidade de gênero, principalmente, através da promoção de emprego das mulheres. O ponto é que as mulheres possam sustentar a si e suas famílias através de seu próprio trabalho assalariado. O papel de ganha-pão é para ser universalizado, em suma, para que as mulheres também, pode ser cidadãs-trabalhadoras [...]. Como este modelo concilia trabalho e cuidado? A maior parte desse trabalho de cuidado seria deslocada da família para o mercado e o Estado, onde seria realizado pelos funcionários remunerados para tal [...]. O/a mantenedor(a) universal, então, é necessariamente um modelo comprometido com uma política de "valor comparável": ela deve corrigir a desvalorização generalizada das competências e dos empregos atualmente codificadas como femininos ou "não-brancos", e deve remunerar esses empregos com nível salarial apto a sustentar a família.²³⁸

terms comparable to men) (FRASER, 1996, p. 226). Outras políticas exigiriam mudanças culturais, de forma a dissociar a manutenção do espaço doméstico e a masculinidade (*breaking the cultural association of breadwinning with masculinity*) (FRASER, 1996). Por sua vez, ao se referir ao modelo da paridade de cuidado universal, Fraser (1996, p. 231) explica que nele “muitas (se não todas) as mulheres seguirão o padrão atual das mulheres nos Estados Unidos de alternar períodos de trabalho em tempo integral, períodos de trabalhos de cuidados domésticos e períodos que combinem o trabalho em tempo parcial e trabalho de cuidados doméstico igualmente em tempo parcial” (*on this model, many – though not all – women will follow the current U.S. female practice of alternating spells of full-time employment, spells of full-time care-work, and spells that combine part-time care-work with part-time employment*). Isso, segundo Nancy Fraser, demandará vários programas de intervenção social, incluindo “um programa de subsídios para compensar o nascimento e a criação dos filhos, tarefas domésticas, e outras formas de trabalho domésticos socialmente necessários”, bem como “um programa de reformas nos locais de trabalho, a necessidade óbvia é um programa de suporte à gravidez e de retirada para o âmbito da família, de forma que os/as cuidadores/as possam alternar entre o trabalho de cuidado e emprego sem perder a cobertura da seguridade, e os benefícios associados a ambos devem ser integrados em um único sistema, de modo que os empregos a tempo parcial e apoio aos trabalhos de cuidado devem ser cobertos na mesma base de empregos a tempo inteiro” (*a program of caregiver allowances to compensate childbearing, child-raising, housework, and other forms of socially necessary domestic labor [...] also required is a program of workplaces reforms [...] the obvious necessity is a program of mandated pregnancy and family leave so that caregivers can exit and enter employment without losing security or seniority [...]. To assure continuous coverage for people alternating between care-work and employment, benefits attached to both must be integrated in a single system, part-time jobs and supported care-work must be covered on the same basis as full time jobs*) (FRASER, 1996, p. 230-231b).

²³⁸ No original em inglês: *In one vision of postindustrial society, the age of the family wage would give way to the age of the universal breadwinner. This is the vision implicit in the current political practice of most U.S. feminists and liberals. (It was also assumed in former communist countries!). It aims to achieve gender equity principally by promoting women's employment. The point is to enable women to support themselves and their families through their own wage-earning. The breadwinner role is to be universalized, in sum, so that women too, can be citizen-workers [...]. How would this model organize care-work? The bulk of such work would be shifted from the family to the market and the state, where it would be performed by employees for pay [...]. Universal breadwinner, then, is necessarily committed to a policy of "comparable worth": it must redress the widespread undervaluation of skills and jobs currently coded as feminine or "nonwhite", and it must remunerate such jobs with breadwinner-level pay* (FRASER, 1996, p. 226-227).

O/a mantenedor(a) ou o/a provedor(a) universal (também podendo ser chamado de chefe de família universal) parece ser o modelo que orienta a definição constitucional dos direitos sociais trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, particularmente ao enunciar a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais (art. 6º) e, no art. 7º, quando garante a licença-gestante (inciso XVIII), a proteção ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX), ou a vedação de diferenças salariais fundadas no sexo (inciso XXX).

Não custa também lembrar que o art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais estabelece a chamada estabilidade gestante, a garantia à mulher de que não poderá ser demitida da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O modelo também se projeta no âmbito da seguridade social e da realização dos direitos prestacionais a ela relacionados, na medida em que um dos princípios da previdência social é a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, inciso II), ao mesmo tempo em que a proteção da maternidade é mencionada como princípio da assistência social (art. 203).

Este é um conjunto de provisões que se aproxima das características descritas para o modelo do/da mantenedor(a) universal, na medida em que garantem condições, formais e materiais, para que a mulher possa, notadamente à luz das particularidades inerentes à maternidade, acessar e permanecer no mercado de trabalho, com iguais direitos sociais garantidos aos trabalhadores homens, para que, assim, possa com eles compartilhar o espaço laboral.

Já o modelo do(a) cuidador(a) universal é apresentado nos seguintes termos por Nancy Fraser (1996, p. 230):

Em uma segunda visão da sociedade pós-industrial, a era do salário-família daria lugar à era da paridade do cuidador. Este é o quadro implícito na prática política da maioria das feministas da Europa Ocidental e socialdemocratas. Destina-se a promover a igualdade de gênero, principalmente através do apoio do trabalho informal de cuidado. O ponto é assegurar que as mulheres, detentoras de importantes responsabilidades domésticas, possam sustentar a si e sua família, quer através de trabalhos de cuidado ou através de trabalhos de cuidado mais emprego a tempo parcial. (Mulheres sem significativas responsabilidades domésticas, presumivelmente, podem se sustentar por um emprego). O objetivo não é fazer a vida das mulheres igual à dos homens, mas sim “fazer a diferença pesar menos”. Assim, a criação de filhos e o trabalho doméstico informal são elevados à paridade com o trabalho assalariado formal. O papel do/da cuidador(a) é para ser colocado em pé de igualdade com o papel do/da responsável pelo ganha-pão – para que mulheres e homens possam desfrutar de níveis equivalentes de dignidade e bem-estar [...]. Este modelo organiza o trabalho de cuidado muito diferente daquele do modelo do/da chefe de família universal. Considerando que no primeiro a abordagem transfere o trabalho de cuidado para o mercado e para o Estado, este mantém a maior

parte do trabalho na família e apoiá-lo com fundos públicos.²³⁹

As referências ao modelo do/da cuidador (a) universal são mais escassas no plano constitucional – pode ser mencionado aqui o art. 201, parágrafos 12 e 13, da Constituição, que preveem um sistema de inclusão previdenciária para aqueles sem renda própria e que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa-renda,²⁴⁰ garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social (ambos os dispositivos citados tem redação dada pela Emenda Constitucional 47, de 2005).²⁴¹

Uma referência mais interessante do modelo do/da cuidador(a) universal está na Lei 10836/2004, que institui e define o Programa Bolsa-Família, programa de transferência de renda do governo federal voltado a famílias de baixa renda. O art. 2º, parágrafo 14, diz que o pagamento dos benefícios previstos no Programa será feito preferencialmente à mulher.

²³⁹ No original em inglês: “*In a second vision of postindustrial society, the era of the family wage would give way to the era of caregiver parity. This is the picture implicit in the political practice of most Western European feminists and social democrats. It aims to promote gender equality principally by supporting informal care-work. The point is to enable women with significant domestic responsibilities to support themselves and their family either through care-work alone or through care-work plus part-time employment. (Women without significant domestic responsibilities would presumably support themselves through employment). The aim is not to make women’s lives the same as men’s but rather to “make difference costless”. Thus childbearing, child-rearing, and informal domestic labor are to be elevated to parity with formal paid labor. The caregiver role is to be put on a par with the breadwinner role - so that women and men can enjoy equivalent levels of dignity and well-being [...] This model organizes care-work very differently from universal breadwinner. Whereas that approach shifted care-work to the market and the state, this one keeps the bulk of such work in the household and supports it with public funds*” (FRASER, 1996, p. 230-231).

²⁴⁰ Lena Lavinás (2005, p. 1) não deixa de observar que “se trata, no entanto, de contemplar todas as mulheres, sem exceção, reconhecendo assim e definitivamente a labuta cotidiana do trabalho doméstico como fardo imposto às mulheres em decorrência da divisão social e sexual do trabalho, historicamente responsável pela nada aprazível condição feminina e pelas assimetrias de gênero. De fato, tal proposta visa beneficiar exclusivamente as mulheres mais pobres, capazes de comprovar grau agudo de destituição, aquelas vivendo em famílias cuja renda mensal familiar, ao ser totalizada, fosse inferior a dois salários mínimos”. Não é, portanto, uma política social universal, mas sim focalizada, e na questão da renda. Lavinás é crítica deste modelo, afirmando que “a categoria gênero perde centralidade e passa a ser sinônima de ‘mulher’ ou ‘feminino’, retirando-se o foco da complexidade das relações sociais para dar destaque a demandas corporativadas porque restritas a grupos ou clientelas específicas” (LAVINAS, 2005, p. 6).

²⁴¹ O referido sistema de inclusão especial de trabalhadores/as domésticos/as é regulamentado pelo art. 21, parágrafo 2º, inciso II, alínea b, que define que o benefício previsto no parágrafo 12 do art. 201 da Constituição será destinado a “segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda”. A alíquota definida é de 5%. O conceito de baixa renda é dado pelo parágrafo 4º do art. 21 da Lei 8212/1991, considerando como tal “a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos”. Todos os dispositivos tem redação dada pela Lei Federal número 12470/2011). Texto da Lei 8212/1991, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 19 fev. 2013. Note-se que os dispositivos mencionados não definem prazos de carência diferenciados, como exige o art. 201, parágrafo 13, da Constituição, mas apenas uma alíquota diferenciada/privilegiada em relação às demais vigentes, de modo que, quanto à carência, há omissão inconstitucional do legislador.

O art. 23-A do Decreto Federal número 5209, de 2004 (regulamento do bolsa-família), reitera esta diretriz, ao estabelecer que o titular do benefício do Programa Bolsa Família será preferencialmente a mulher, devendo, quando possível, ser ela previamente indicada como responsável pela unidade familiar no ato do cadastramento (BRASIL, 2003, 2004).

O confronto entre os modelos apresentados, longe de ser uma discussão teórica ou de alcance restrito às famílias com filhos ou idosos sob seu cuidado, coloca o gênero no cerne da formatação de um sistema de seguridade social como suporte para as relações de trabalho em uma economia capitalista pós-industrial – o que põe em evidência os desdobramentos da seguridade (previdência pública, saúde e assistência social) como as bases para uma integração fundada na complementaridade entre Estado, mercado e sociedade civil.

Como mostra Tânia Steren dos Santos (2008, p. 100), “na realidade social contemporânea, a igualdade de condições de vida e trabalho entre homens e mulheres passa necessariamente pela questão da articulação da esfera profissional com a doméstica e por oportunidades mais igualitárias entre os sexos na esfera pública e no lar”.

Assim, os efeitos do casamento igualitário entre homens e mulheres, ou sua projeção para as relações homoafetivas, nas bases do “contrato-móvel” não se restringem à esfera privada, mas geram desdobramentos no mundo do trabalho e na intervenção do Estado para garantir as relações sociais e econômicas a ele inerentes, que por sua vez são permeadas pela tensão entre público e doméstico/íntimo.

Isto coloca à prova a política de reconhecimento nas relações de gênero baseada no ideal de Estado de Direito formal e na sua formulação substantiva democrática e igualitária: a reciprocidade fundada na confiança da vinculação do Estado ao Direito posto e ao igual tratamento de seus cidadãos e cidadãs não se esgotam no igual respeito – a inclusão (entendida como conjunto dos meios, direitos e políticas, para gerar a igualdade e garantir a dignidade social do outro) é parte essencial do reconhecimento.

Isto transforma a função prestacional dos direitos humanos e sua aplicação nas relações de gênero sob a égide do Estado social em um desdobramento necessário da não discriminação e do reconhecimento, de modo que as mudanças no espaço público provenientes das transformações da privacidade familiar exigem que os direitos e prestações sociais sejam pensados à luz destas mudanças, integrando o masculino e o feminino como singularidades complementares.

O problema, então, passa a ser como fazer para que os programas de assistência pública, a legislação para regular o mundo do trabalho e os programas de previdência do

Estado social sejam fundados nestes novos parâmetros de reconhecimento, e não centrados em um único modelo de família e em uma única interação entre masculino e feminino dentro e fora do espaço doméstico.

Em outras palavras, como fugir da dicotomia trabalho produtivo vs. trabalho reprodutivo, moldada na divisão entre homem provedor e mulher cuidadora, particularmente na formulação e aplicação dos direitos sociais prestacionais subjacentes ao mundo do trabalho e à efetivação da cidadania?

Os dois modelos descritos por Nancy Fraser (1996) de assistência social e de efetivação das condições sociais para viabilizar o acesso das mulheres ao trabalho e ao emprego são propostas legítimas de intervenção social do Estado, mas ambos possuem limitações ao tentar realizar a igualdade de gênero como modelo de Estado de Direito substantivo.

Ao avaliar em que medida cada um destes modelos promove o antiandrocentrismo²⁴², Fraser avalia que o modelo do(a) mantenedor(a) universal falha em promover igualdade de gênero, pois valoriza o espaço tradicional do homem – o emprego – tentando apenas enquadrar as mulheres nele, instrumentalizando, para tanto, o trabalho de cuidado doméstico, não reconhecendo o valor social deste (FRASER, 1996).²⁴³

O modelo do(a) cuidador(a) universal também apresenta limitações quanto ao

²⁴² Nancy Fraser (1996) busca demarcar o conteúdo da igualdade de gênero, desdobrando-o em sete princípios: antipobreza, antiexploração, igualdade de renda, igualdade de tempo para o lazer, igualdade de respeito, antimarginalização e o antiandrocentrismo (*antipoverty, antiexploitation, income equality, leisure-time equality, equality of respect, antimarginalization, antiandrocentism*). O que está em jogo, para Fraser, é um conjunto de princípios que, articulados, promovem a igualdade de gênero, no contexto do Estado do Bem Estar Social (*welfare state*), e que funcionam em cadeia sucessiva: os dois primeiros princípios têm um conteúdo socioeconômico prevalente, não dizendo necessariamente respeito à desigualdade de gênero; Fraser, então, recorre aos chamados princípios de igualdade, os cinco seguintes, mas mesmo entre eles haveria a necessidade de realização conjunta, pois isoladamente cada um não poderia promover, por si só, igualdade de gênero – mesmo avançando em relação às questões de combate à pobreza e à exploração, a garantia de igualdade de renda e de tempo livre não afastaria por completo a discriminação de gênero, ao passo que a igualdade de respeito e a antimarginalização só se realizariam plenamente se a elas for acoplado o antiandrocentrismo, pois o predomínio dos padrões de vida masculinos sobre a dimensão do feminino seria a chave para compreender a desigualdade de gênero, pois exigiria que as mulheres se tornassem como os homens ou se adequassem a estes padrões masculinos, sem valorizar a singularidade feminina. A luta contra o androcentrismo mudaria não somente a vida das mulheres, mas dos homens também. Embora todos os princípios sejam necessários para construir a ideia complexa de igualdade de gênero, faz-se uma opção aqui de analisar a realização dos direitos sociais ao trabalho e à assistência social no contexto da seguridade social a partir do antiandrocentrismo, pois coloca em evidência questões de reconhecimento que se convertem em questões de inclusão. Para uma avaliação dos sete princípios da igualdade de gênero segundo Nancy Fraser e sua aplicação aos modelos de realização da igualdade de gênero no Estado social das sociedades pós-industriais, recomenda-se a consulta a seu artigo *Gender Equity and the Welfare State: A Postindustrial Thought Experiment*.

²⁴³ No original em inglês: “[...] *it valorizes men’s traditional sphere – employment – and simply tries to help women fit in. Traditionally female care-work, in contrast, is treated instrumentally [...] it os not itself accorded social value*” (FRASER, 1996, p. 229).

enfrentamento do androcentrismo. Segundo Nancy Fraser (1996, p. 233),

embora seja melhor do que o modelo do/da mantenedor(a) universal no combate do androcentrismo, na medida em que trata o trabalho de cuidado doméstico como valioso em si, e não como obstáculo ao emprego, enfrentando a noção de que somente as atividades masculinas são totalmente humanas, acomodando padrões de vida femininos [...] não valoriza o trabalho doméstico o suficiente para exigir que os homens também o façam.²⁴⁴

Nancy Fraser (1996, p. 234) argumenta que

os dois modelos representam uma visão utópica de um Estado do Bem Estar Social pós-industrial, considerando que nenhum deles deve ser realizado tão cedo, na medida em que se baseiam em pré-condições majoritariamente ausentes atualmente, exigindo grandes reestruturações político-econômicas, embora, na visão da autora, não sejam utópicos de forma suficiente na realização da igualdade de gênero.²⁴⁵

Como ideais regulatórios sobre a questão do gênero no mundo do trabalho e seus desdobramentos sobre os direitos sociais prestacionais no panorama das sociedades pós-industriais, as projeções destes modelos no Direito brasileiro são sutis, mas produzem resultados, tais como a decisões judiciais trabalhistas mencionadas na seção 2, que ilustram a funcionalidade dos mecanismos de proteção à maternidade no âmbito das relações de trabalho por conta dos direitos sociais e mecanismos constitucionalmente consagrados de defesa da singularidade feminina de ser mãe.

No que tange às políticas de concretização do direito à assistência social, há um recorte de gênero nas ações de transferência de renda, criando as condições para fortalecer a identidade feminina, conforme registra reportagem da Revista Marie Claire, de março de 2012, na qual pesquisa da antropóloga Walquíria Domingues Leão Rêgo sobre o impacto do programa bolsa família nas relações de gênero em regiões de extrema pobreza é abordada:

Uma revolução está em curso. Silencioso e lento – 52 anos depois da criação da pílula anticoncepcional – o feminismo começa a tomar forma nos rincões mais pobres e, possivelmente, mais machistas do Brasil. O interior do Piauí, o litoral de Alagoas, o Vale do Jequitinhonha, em Minas, o interior do Maranhão e a periferia de São Luís são o cenário desse movimento. Quem o descreve é a antropóloga

²⁴⁴ No original em inglês: “[...] *yet caregiver parity is better than universal breadwinner at combating androcentrism. It treats caregiver as intrinsically valuable, not as a mere obstacle to employment, thus challenging the view that only men’s traditional activities are fully human. It also accommodates ‘feminine’ life patterns [...]. But [...] it does not value caregiving enough to demand that men do it, too [...]*” (FRASER, 1996, p. 233).

²⁴⁵ No original em inglês: “*both universal breadwinner and caregiver parity are highly utopian visions of a postindustrial welfare state. Either one of them would represent a major improvement over current U.S. arrangements. Yet neither is likely to be realized soon. Both models assume background preconditions that are strikingly absent today. Both presuppose major political-economic restructuring [...] if both models are utopian in this sense, neither is utopian enough [...]*” (FRASER, 1996, p. 234).

Walquiria Domingues Leão Rêgo, da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) [...]. As áreas visitadas por Walquiria são aquelas onde, às vezes, as famílias não conseguem obter renda alguma ao longo de um mês inteiro. Acabam por viver de trocas. O mercado de trabalho é exíguo para os homens. O que esperar, então, de vagas para mulheres. Há pouco acesso à educação e saúde. Filhos costumam ser muitos. A estrutura é patriarcal e religiosa. A mulher está sempre sob o jugo do pai, do marido ou do padre/pastor [...] Walquiria queria saber se, para essas pessoas, o Bolsa Família havia se transformado numa bengala assistencialista ou resgatara algum senso de cidadania [...]. “Há mais liberdade no dinheiro”, resume Edineide, uma das entrevistadas de Walquiria, residente em Pasmadinho, no Vale do Jequitinhonha. As mulheres são mais de 90% das titulares do Bolsa Família: são elas que, mês a mês, sacam o dinheiro na boca do caixa. Edineide traduz o significado dessa opção do governo por dar o cartão do benefício para a mulher: “Quando o marido vai comprar, ele compra o que ele quer. E se eu for, eu compro o que eu quero.” Elas passaram a comprar Danone para as crianças. E, a ter direito à vaidade. Walquiria testemunhou mulheres comprarem batons para si mesmas pela primeira vez na vida. Finalmente, tiveram o poder de escolha. E isso muda muitas coisas. “Boa parte delas tem uma renda fixa pela primeira vez. E várias passaram a ter mais dinheiro do que os maridos”, diz Walquiria. Mais do que escolher entre comprar macarrão ou arroz, o Bolsa-Família permitiu a elas decidir também se querem ou não continuar com o marido. Nessas regiões, ainda é raro que a mulher tome a iniciativa da separação. Mas isso começa a acontecer, como relata Walquiria: “Na primeira entrevista feita, em abril de 2006, com Quitéria Ferreira da Silva, de 34 anos, casada e mãe de três filhos pequenos, em Inhapi, perguntei-lhe sobre as questões dos maus tratos. Ela chorou e me disse que não queria falar sobre isso. No ano seguinte, quando retornei, encontrei-a separada do marido, ostentando uma aparência muito mais tranqüila.” A despeito do assédio dos maridos, nenhuma das mulheres ouvidas por Walquiria admitiu ceder aos apelos deles e dar na mão dos homens o dinheiro do Bolsa. “Este dinheiro é meu, o Lula deu pra mim (sic) cuidar dos meus filhos e netos. Pra quê eu vou dar pra marido agora? Dou não!”, disse Maria das Mercês Pinheiro Dias, de 60 anos, mãe de seis filhos, moradora de São Luís, em entrevista em 2009. Walquiria relata ainda que aumentou o número de mulheres que procuram por métodos anticoncepcionais. Elas passaram a se sentir mais à vontade para tomar decisões sobre o próprio corpo, sobre a sua vida. É claro que as mudanças ainda são tênues. Ninguém que visite essas áreas vai encontrar mulheres queimando sutiãs e citando Betty Friedan [...] (SANCHES, 2012).

Registre-se que os efeitos de programas de assistência social como o Bolsa Família nas relações de gênero foram notados igualmente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Social brasileiro, que encomendou pesquisa sobre o programa, que identificou o mesmo traço de empoderamento feminino descrito por Walquíria Rêgo:

As mulheres beneficiárias passaram a ter mais poder de decisão no domicílio. Houve um aumento de 8 pontos percentuais na proporção da participação das mulheres nas decisões sobre compra de remédios para os filhos e 5,3 pontos percentuais sobre os gastos com bens duráveis. Além disso, o fato de as mulheres estarem utilizando mais métodos contraceptivos (9,8 pontos percentuais de alta) também indica que elas têm cada vez mais força para tomar decisões sobre a vida reprodutiva (PNUD, 2012).

Obviamente, não é possível desconsiderar o misto de messianismo com salvacionismo que marca a fala de mulheres como Maria das Mercês Pinheiro Dias (“este dinheiro é meu, o

Lula deu pra ‘mim’ cuidar dos meus filhos e netos [...]’), o que mostra que há implicações políticas que colocam o Bolsa Família e o próprio direito à assistência social em um patamar intermediário entre a concessão do governante (concepção paternalista de direitos sociais) e uma conquista da cidadania (concepção emancipadora dos direitos sociais como direitos humanos).

Mas não se pode negligenciar que o desenho legal-institucional do programa o aproxima do modelo de cuidador(a) universal, valorizando o papel da mulher na gestão do bem-estar da família, particularmente no cuidado com os filhos, preconizando uma política de assistência social que valorize o espaço doméstico e a função da mulher neste espaço, dando-lhe protagonismo, que cria condições para valorizar sua individualidade, ainda que sob diversas contingências, como mostra a reportagem da Revista Marie Claire.

Do ponto de vista do enfrentamento ao androcentrismo, porém, é emblemático que a política social remeta à família para designar um de seus programas mais importantes e que atribua às mulheres um empoderamento que, por sua vez, é também um dever de cuidado de si e de outros, particularmente das crianças, como se a condição feminina implicasse em um imperativo de solidariedade, notadamente no que tange à família. Como mostram Luciane Lucas e Tânia Hoff (2008, p. 143):

Quanto à interface entre gênero e pobreza, pode-se dizer que o Programa Bolsa Família suscita uma série de considerações, embora não tenha sido desenhado com a finalidade de ser uma política de gênero. O fato de estabelecer a mulher como titular do cartão de recebimento do benefício tem certamente desdobramentos positivos, mas a escolha se deve, antes, ao seu papel na manutenção da família e no cuidado com os filhos. Ainda assim, é inegável que o desenho do programa, ao colocar a mulher no centro da família, altera a lógica da discursificação dominante de gênero. Contudo, o desenho do programa também apresenta pontos críticos em relação às questões de gênero, alguns dos quais já mencionamos anteriormente. Assim, a unidade familiar [...] só poderá receber o benefício se houver, na composição familiar, mulheres grávidas, em amamentação ou filhos de 0 a 15 anos. Isso significa, primeiramente, que mulheres pobres sem filhos não têm acesso ao benefício, a não ser que estejam na faixa da extrema pobreza [...], o que reforça não só um sentido de família que pressuponha filhos, como também uma imagem de mulher associada à sua função biológica.

Neste sentido, pesquisa recente do Observatório de Gênero da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL) mostra que os programas de transferência de renda podem perpetuar o vínculo da mulher no âmbito do trabalho doméstico de cuidado. O estudo realizado pela CEPAL²⁴⁶ destacou que:

²⁴⁶ O terceiro relatório do Observatório de Gênero vinculado à CEPAL na versão completa em espanhol (ONU, 2012).

Normalmente atrelando responsabilidades de contrapartidas às mães, a maioria desses programas combina uma contribuição monetária com a demanda de contrapartidas familiares, como a comprovação da frequência escolar e a verificação de saúde de crianças e adolescentes. Segundo o estudo, esse tipo de política social implica uma visão maternalista que considera as mães corresponsáveis junto com o Estado por alcançar determinados objetivos sociais, como a superação da pobreza. Os programas também podem representar uma visão da mulher só como mãe e não como indivíduo com direitos sociais próprios [...] a interrupção do benefício quando a criança atinge a idade máxima permitida pode ser problemática para as mulheres. Muitas vezes, após anos recebendo ingressos sem poder gerar formas alternativas de participação econômica, elas terminam em uma situação pior do que a anterior para entrar no mercado trabalho (ONUBR, 2000).

A realização da igualdade de gênero no sistema de proteção social, por meio de um direito à assistência social, é algo complexo e, ainda que seja eficaz na luta contra a pobreza ou a marginalização que atingem as mulheres, podem revelar diversas nuances de androcentrismo e prolongar a reprodução da mulher como mãe e como trabalhadora doméstica de cuidado, e não como alguém que merece ser titular da assistência e da proteção do Estado por direito próprio decorrente de sua condição cidadã.

4.4.2 As projeções do casamento igualitário e do pluralismo familiar sobre a previdência social: benefícios previdenciários para o companheiro ou companheira homoafetivo(a)

Um dos desdobramentos da seguridade social no Brasil é a previdência social, caracterizada como direito social, conforme os art. 6º e 194 da Constituição da República. A previdência social, portanto, consiste em um direito fundamental do cidadão e da cidadã, como defende Fábio Zambitte Ibrahim (2008).²⁴⁷

A previdência social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego

²⁴⁷ Segundo Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p. 1062), “a previdência social como direito fundamental é uma necessidade. Muitos criticam o enquadramento, mas poucos conseguiriam viver em uma sociedade sem esta. O seguro social é meio necessário e eficaz de garantia de vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas. Indo além, pode-se dizer que a previdência social, na sua dimensão objetiva, seria uma garantia institucional, pois supera a solidão individualista da concepção clássica dos direitos fundamentais, nas palavras de Paulo Bonavides, já que as diretrizes do aparelho previdenciário e sua própria existência são também resguardadas de alterações pelo legislador ordinário, em uma realidade mais abrangente e eficaz na valoração da pessoa humana. Assim, não seria correto divisar a existência de um direito fundamental à aposentadoria por invalidez, ou a um direito fundamental ao salário-maternidade. A jusfundamentalidade é da previdência social como garantia institucional. Isso é de extrema importância pois a alteração do rol das prestações é possível, com redução ou mesmo exclusão de algumas, desde que o conjunto ainda atenda às necessidades sociais existentes, capaz de assegurar a vida digna. Só com tais garantias é que a sociedade brasileira poderá estabelecer uma ativa isonomia e uma liberdade real, na qual as pessoas possam, efetivamente, implementar seus projetos de vida”.

involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente (BRASIL, 1991).

Como parte da seguridade social, a previdência social é marcada pela universalidade, tanto subjetiva quanto objetiva (art. 194, inciso I, Constituição da República),²⁴⁸ embora tenha um caráter contributivo explícito, pois, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 775),

os benefícios e serviços se destinam a assegurar aos segurados e seus dependentes, mediante contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.

A universalidade da previdência social é reforçada pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei Federal 8213/1991), que no seu art. 2º, inciso I, estabelece como princípio da previdência social a universalidade de participação nos planos previdenciários.

A previdência social é um direito fundamental que surge a partir da ascensão do modelo constitucional do Estado social, sendo, como notou Esping-Andersen (1990), um sistema de estratificação social.

Sua universalidade de acesso e cobertura, ainda que seja necessário o atendimento do critério da contribuição, põe novamente em relevo a tensão desta com as singularidades, como destacou Pierre Rosanvallon ao apontar as fundações dos direitos sociais na ideia de indivíduo universal e nas possibilidades incondicionadas e automáticas de acesso às prestações (ROSANVALLON, 2012).

Neste contexto, as singularidades decorrentes da identidade feminina e da orientação sexual colocam um desafio para a seguridade social, principalmente porque em seus diversos modelos esta se ampara numa concepção tradicional de família, como enfrentado nos dois capítulos anteriores.

A questão de gênero permeia a previdência social como um desdobramento das suas

²⁴⁸ Como explica José Afonso da Silva (2006, p. 760-761), “o princípio da universalidade tem dois objetos: a cobertura e o atendimento – que equivalem, respectivamente, à universalidade objetiva e à universalidade subjetiva. A primeira – universalidade objetiva – significa que a seguridade social deve, por um lado, cobrir a generalidade dos riscos sociais e, por outro lado, deve ser não só reparadora, mas preventiva do surgimento da necessidade, protetora em qualquer circunstância [...]. A segunda – universalidade subjetiva – pretende que a seguridade social estenda suas medida de proteção não só aos trabalhadores, mas a toda população, indistintamente, independentemente de contribuição. Quer dizer, o atendimento deve ser amplo, estendendo-se ao universo das pessoas residentes no país, sejam moradores da cidade ou do campo. Mas essa universalidade não quer dizer que a seguridade social deve atender igualmente a ricos e pobres; por isso é que ela há de ser compreendida em consonância com os princípios da seletividade e da distributividade [...] a seguridade objetiva a distribuição, porque, sendo social, deve preocupar-se com os necessitados. A seletividade está exatamente nisso: conferir benefícios e serviços a quem mais precise. A distributividade é uma consequência da seletividade, pois, na medida em que se dá mais a quem necessite, se está distribuindo melhor a renda”.

fundações na estrutura familiar e na divisão entre espaço público e privacidade, o que por sua vez se projeta nas relações de trabalho, que são a base o financiamento da previdência, a partir das contribuições dos empregadores e trabalhadores.

Neste sentido, os prazos para aposentadoria por contribuição e por tempo de serviço previstos no art. 201, parágrafo 7º, são diferenciados para homens e mulheres:²⁴⁹ na aposentadoria por tempo de contribuição, os homens se aposentam aos trinta e cinco anos de contribuição e as mulheres, aos trinta; na aposentadoria por tempo de serviço, os homens se aposentam com sessenta e cinco anos e as mulheres, com sessenta anos.²⁵⁰

Por sua vez, a contraposição de modelos de concretização de igualdade de gênero nas sociedades pós-industriais – mantenedor(a) universal x cuidador(a) universal – traz impactos na formulação de mecanismos de seguridade social que ampliam o enfrentamento ao androcentrismo.

Neste sentido, a inclusão previdenciária de trabalhadores(as) domésticos(as), prevista no art. 201, parágrafos 12 e 13 da Constituição, e programas como o bolsa família, seriam instrumento de empoderamento feminino por intermédio de políticas voltadas para a concretização dos direitos à previdência e à assistência social.

A previdência social não é imune, no entanto, a outra questão decorrente da sexualidade como clivagem entre público e privado: o acesso das entidades familiares baseadas em arranjos homoafetivos (sejam eles decorrentes de casamento ou união estável).

Há um problema prévio, que é saber se tais arranjos podem ser considerados, do ponto de vista jurídico, famílias, o que já foi enfrentado no capítulo anterior. Trata-se, portanto, de um epílogo do casamento igualitário entre pessoas do mesmo sexo, no palco dos direitos sociais prestacionais, mais especificamente da previdência social.²⁵¹

Mas, curiosamente, a tensão causada pela pretensão igualitária das uniões homossexuais na previdência social foi um dos primeiros avanços da luta pela não discriminação de gays, lésbicas e transexuais, do ponto de vista jurídico, fora da seara da

²⁴⁹ O art. 40, inciso III, traz igualmente prazos diferenciados para a aposentadoria dos servidores públicos: sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher, ou sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Ambos têm que cumprir o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. A aposentadoria compulsória do serviço público se dá aos setenta anos, tanto para homens quanto para mulheres (art. 40, inciso II, da Constituição).

²⁵⁰ Frise-se que há uma redução de cinco anos para os trabalhadores rurais, que é igual para ambos os sexos/gêneros (art. 201, parágrafo 8º, Constituição da República).

²⁵¹ Em passagem anteriormente citada, Martha Nussbaum (1999) já recordava que o não reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo tinham implicações negativas, pois diversas prerrogativas são negadas neste cenário ao companheiro ou à companheira homossexual, como o status junto à seguridade social e o direito de obter os benefícios do seguro desemprego.

jurisdição de família, trazendo para o espaço dos direitos sociais prestacionais o debate sobre igualdade de orientação sexual na virada do século XX para o século XXI – a discussão sobre as projeções igualitárias de gays e lésbicas quanto ao casamento se desenvolveu na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

Conforme relato obtido a partir da apelação cível julgada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RIO GRANDE DO SUL, 2005), o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando compeli-lo a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei 8.213/91),²⁵² para fins de concessão de benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como a possibilitar a inscrição dos companheiros e companheiras homossexuais como dependentes, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso.

Evidencia, na pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal, a tensão entre a universalidade subjetiva da previdência social e as demandas de uma singularidade/identidade específica, fundada na orientação sexual homossexual e no arranjo familiar e conjugal entre pessoas do mesmo sexo.

Cabe destacar que a Constituição garante a universalidade (subjetiva e objetiva), mas determina, igualmente, no art. 195, parágrafo 5º, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Assim, caberia ao processo legislativo democrático e majoritário estabelecer benefícios da seguridade social (inclusive os previdenciários), sua extensão a outras pessoas ou outros grupos e a fonte de financiamento (custeio) para isso. Isso significa que as minorias sexuais estariam, então, reféns da maioria democrática para gozar de direitos sociais relativos à seguridade social?

Outra questão é que a Constituição enuncia a universalidade de cobertura e a lei previdenciária fala em universalidade de participação nos planos previdenciários. A

²⁵² O referido artigo tinha a seguinte redação original: “são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”. A Lei Federal 9032/1995 alterou a redação do dispositivo, para incluir a expressão “não emancipado” após a palavra filho. Foi esta redação objeto de controvérsia entre o Ministério Público Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social. A redação atual do dispositivo é a seguinte: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente” (BRASIL, 1991).

linguagem abstrata em termos constitucionais e legais não admitia na prática histórica, ou mesmo ao tempo da ação, as famílias homoafetivas como entidades reconhecidas pelo Direito, e as noções de cônjuge, companheiro e companheira eram interpretadas como pertinentes somente às relações familiares e conjugais heterossexuais. As alegações do Ministério Público Federal na referida ação eram justamente neste sentido, destacando que:

A vedação da concessão de benefícios previdenciários a dependentes homossexuais, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.213/91, estaria em desconformidade com a preservação de direitos fundamentais, estes de ordem constitucional, havendo nítida violação aos princípios da igualdade e da isonomia. Afirmou que, por força do disposto no art. 5º da Constituição Federal, toda discriminação por motivos não essenciais seria inconstitucional, inclusive aquela decorrente da orientação sexual [...]. Referiu que, dentre os princípios que regem a Seguridade Social, está o da universalidade da cobertura e atendimento (art. 194, I, da CF/88), além do fato dos benefícios em discussão serem garantidos ao cônjuge, companheiro e dependentes (art. 201 da CF/88), o que só viria a corroborar o direito dos companheiros(as) homossexuais aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. Defendeu que a interpretação pela inexistência dos direitos postulados estaria em desconformidade com o atual estágio da dogmática dos direitos fundamentais, sendo que os princípios de hermenêutica vedariam tal conclusão, eis que uma interpretação do § 3º do art. 226 em conjunto com o princípio da igualdade do art. 5º e da vedação de discriminação por orientação sexual (art. 4º, IV), todos da Constituição Federal, levaria inexoravelmente à conclusão de que não é vedada a formação de união estável entre homossexuais. Sustentou que a limitação dos direitos fundamentais somente poderia ser feita em face de justificável interesse público (princípio da proporcionalidade), o que não se configura no caso concreto (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

O réu, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), produziu as seguintes alegações:

a) ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, pois isto só caberia quando em discussão direitos do consumidor; b) o próprio texto constitucional teria feito a distinção entre uniões homossexuais e heterossexuais, sendo que somente a estas estendeu a possibilidade de união estável, com efeitos também na esfera previdenciária (RIO GRANDE DO SUL, 2005). O INSS também alegou que:

As normas que regem as organizações familiares são de natureza cogente, não podendo ser estendidas a situações não contempladas; que a garantia de pensão por morte deriva do direito de família, só configurável através de relação matrimonial ou união estável entre pessoas de sexos diferentes; que a relação contemplada na inicial poderia até ser considerada como sociedade de fato, mas não como entidade familiar. Ressaltou que a legislação brasileira se funda na moral do povo brasileiro, que estaria ligada a padrões éticos, imutáveis, e que a mudança dos padrões sociais não se faz por decisão judicial, ou pela lei, mas na psique dos cidadãos; que não haveria qualquer violação ao princípio da isonomia, porquanto entende ser inarredável a desigualdade entre um casal formado por homem e mulher e outro formado por dois homens, pois do segundo não são gerados filhos, nem se forma um micro cosmo social, pois as partes têm interesse meramente sexual (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

A sentença proferida pela Juíza Federal Substituta Simone Barbisan Fortes, da 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, afastou, em primeiro lugar, a alegação de ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal ao considerar a defesa dos interesses da população homossexual como um interesse difuso:

Afigura-se-me evidente que o interesse em pauta, referente ao regime de seguridade social relacionado com a população homossexual, identifica-se com o conceito de interesse difuso, trazido pelo inciso I do art. 81 da Lei 8.078/90, aplicável às ações civis públicas em geral por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85. De fato, trata-se de interesse transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares constituem-se em uma coletividade indeterminada de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Na definição de Hugo Nigro Mazzilli, "são como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos". O direito, por óbvio, não pode ser cindido: ou pertence a todos, ou a nenhum. Isso advém de sua natureza constitucional, fundada em princípios como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ora, muito embora seja possível verificar seu ferimento em situações individualmente consideradas, não há como deixar de reconhecer que sua violação em relação a um único indivíduo implica desrespeito a toda estrutura constitucional de garantia ao regime democrático de direito. A constatação, de imediato, afasta qualquer dúvida acerca da legitimação do Ministério Público à sua defesa, que advém não só da autorização do art. 5º, combinado com o art. 1º, V, ambos da lei 7.347/85, mas de incumbência institucional que lhe foi conferida pela própria Carta Constitucional de 1988, conforme se infere do inciso III de seu art. 129 (BRASIL, 2001).²⁵³

No mérito, a sentença considerou que a Constituição brasileira de 1988, promulgada sob o signo de determinar o reingresso do país no regime democrático, ao final de um longo período ditatorial, já em seu preâmbulo afirma a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 2001), premissa a partir da qual se desenvolveu uma linha de argumento no sentido de que:

No caso concreto em apreciação, é evidente que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o direito aos benefícios devidos aos

²⁵³ Cumpre assinalar que a referida sentença esclarece que "mesmo que se adote entendimento diverso, no sentido de que o direito postulado enquadre-se na categoria dos direitos individuais homogêneos, ainda assim subsistiria a legitimidade do Ministério Público. Isso porque o art. 21 da lei 7.347/85, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.088/90 (Código de Defesa do Consumidor (CDC)), determina a aplicabilidade à ação civil pública de toda a disciplina do CDC referente à "defesa dos direitos dos consumidores em juízo", o que envolve os direitos individuais homogêneos. Efetivamente, não haveria sentido na remissão se não fosse para atribuir ao Ministério Público legitimação para a defesa de outros interesses individuais homogêneos, já que os oriundos de relações de consumo, pela redação do próprio CDC, admitiam defesa coletiva pelo órgão ministerial, não necessitando da disciplina da Lei 7.347/85. Ademais, a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, na alínea 'd' do inciso VII de seu art. 6º dispõe competir-lhe a promoção de ação civil pública para a proteção de 'outros direitos individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos'" (BRASIL, 2001).

dependentes dos segurados, desrespeitou o princípio da dignidade da pessoa humana. O estabelecimento de rótulos - no caso, a orientação sexual - que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoas que deveriam, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangidas, equivale a dispensar tratamento indigno a um ser humano. De fato, a intimidade e a vida privada dos cidadãos não podem ser objeto de controle ou avaliação pelo Estado, tampouco constituem fator determinante para o reconhecimento ou não de direitos [...]. Verifico, ainda, violação do princípio da igualdade, pois há tratamento diferenciado em situações equiparáveis, que são a união entre pessoas de sexo diverso e a união entre pessoas do mesmo sexo, ambas desprovidas do vínculo jurídico do casamento civil, mas esteadas fundamentalmente em relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Enquanto aos integrantes da primeira garante-se amplo acesso ao Regime Geral de Previdência Social, considerando a legislação infraconstitucional que constitui dependentes de primeiro grau, aos integrantes da segunda veda-se à mesma benesse. Sabe-se que o princípio da igualdade material exige, para sua perfeição, tratamento desigual em situações díspares. Todavia, isso somente pode ocorrer fundado em critérios de razoabilidade, e não arbitrariamente, como ocorreu no citado artigo da Lei 8.213/91. Realmente, a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para o hetero, homo ou bissexualismo – não lhe confere status excepcional, que enseje tratamento diferenciado daquele dispensado à generalidade dos cidadãos (BRASIL, 2001).

Especificamente no que concerne ao acesso dos(as) companheiros(as) homossexuais à seguridade social, a sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 traz fundamentação no seguinte sentido:

Os direitos relativos à Seguridade Social (saúde, assistência e previdência social) encontram sua primeira previsão no art. 6º da Constituição Federal, arrolados dentro do capítulo que trata dos direitos sociais. Posteriormente, ao tratar da Ordem Social, a Constituição dedica todo um capítulo à disciplina da matéria (art. 194 a 203). Uma simples leitura denota que, primeiramente, superou-se, em muito, a idéia do Estado social como garantidor de prestações sociais mínimas. A seguridade social prevista pelo constituinte de 1988 envolve, seguramente, distribuição de renda, ressaltando seu papel ativo na assecuração de Justiça social [...]. A Seguridade Social, assim, não pode ser vista simplesmente como direito social. Na verdade, conforma-se como expressão ativa do princípio da igualdade. Isso fica evidente porque, em regra, as pessoas que se submetem às prestações da Seguridade Social – em especial da Assistência Social, mas também da Previdência Social – integram as classes sociais menos favorecidas, quando não estão mesmo na faixa da miséria. As políticas de seguridade social deveriam operar em prol do melhoramento das condições de vida dessas pessoas, superando as desigualdades sociais [...]. De fato, a igualdade cujo atingimento é um dos fundamentos da Seguridade Social, uma das expressões mais marcantes do Estado-providência, não é a igualdade civil ou política, que se satisfaz com aplicação de norma idêntica para todos (igualdade formal), mas sim a igualdade econômica e, reflexamente social, que opera de modo positivo, garantindo redução das desigualdades (igualdade material) [...]. A seguridade social, atualmente contemplada na Carta Constitucional brasileira de 1988 como gênero no qual se abrigam a Saúde, Previdência e Assistência Social, deve atender, dentre outros, ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I) [...]. O princípio que explicita a característica do modelo de Seguridade Social baseado na repartição no sentido horizontal – os direitos subjetivos relativos a ela abrigam todas as pessoas no território nacional. É um sistema baseado fundamentalmente na SOLIDARIEDADE. Sendo assim, é evidente que a Seguridade Social é garantia e direito fundamental de todos os cidadãos, não podendo ser afastada sob o pálio de discriminações injustificadas por orientação sexual. Uma vez que dentre os objetivos da Seguridade Social está o amparo dos cidadãos em situações de risco, como a finalidade de garantir a todos os meios para o exercício da cidadania plena e preservação da dignidade humana, o só-fato da adoção de uma determinada

orientação sexual – que, frise-se, também configura direito fundamental de personalidade, incluindo intimidade – não pode colocar os cidadãos fora de sua abrangência, sob pena de quebra da própria noção de Estado Democrático de Direito, fundado nos Direitos Humanos (BRASIL, 2001).

Ao final da análise do mérito antecipou-se a discussão que teria lugar no Supremo Tribunal Federal cerca de uma década depois: o caráter constitucional das uniões entre pessoas do mesmo sexo, contextualizado a partir da própria discussão sobre a orientação sexual como parte de uma identidade de gênero, como mostra a parte final da fundamentação da Sentença da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0:

Nasce-se macho ou fêmea. Tal distinção, puramente fundada no sexo biológico, por muito tempo serviu de embasamento para as historicamente conhecidas desigualdades sociais entre homens e mulheres, muito discutidas pelo movimento feminista. Suas características biológicas seriam determinantes para a atribuição de papéis sociais imutáveis, inclusive de ordem sexual. Nessa perspectiva, procurava-se justificar a ideia da "naturalização" dos papéis de homens e mulheres, trazendo, assim, um padrão comportamental tido como "correto", que, no plano dos relacionamentos, equivalia à família constituída pelo casamento entre pessoas de sexos diferentes (heterossexualismo). Na realidade, o estabelecimento de diferenças – violação do princípio da isonomia – parte da tomada das relações heterossexuais como referencial a partir do qual se apontará a normalidade ou anormalidade de um sujeito [...] falar em direitos especificamente atinentes aos homossexuais implica estabelecer diferenças onde elas não podem existir: os direitos fundamentais são direitos humanos, e não limitados a grupos, o que equivaleria a admitir que existem direitos das pessoas normais e direitos das pessoas anormais. Como salienta Roger Raupp Rios, trata-se de reconhecer o direito à indiferença. Isso implica, em outros termos, na aceitação de que a constituição de relacionamentos encontra-se dentro da esfera íntima dos indivíduos, que deve ser preservada, e que as uniões afetivas e estáveis dão-se entre pessoas, e é isso que importa – não o seu sexo. Em face da proteção do pluralismo e das garantias já abordadas de respeito à dignidade humana, da isonomia e da vedação de discriminações de ordem sexual, absolutamente inconstitucional qualquer tentativa de imposição de um padrão de suposta normalidade nas relações afetivas e sexuais [...]. Assim é que, na situação posta, embora o art. 226 da Constituição Federal conceitue algumas formas de configuração de entidades familiares, por óbvio que não as elenca de forma taxativa. Traz, sim, uma verdadeira revolução na própria noção de família, que permite estendê-la a outras situações que não aquelas descritas [...]. Inova, portanto, ao fugir do esquema tradicional da "família legítima", vinda somente pelo casamento formal. Além disso, modifica substancialmente a própria teleologia das uniões, pondo de lado a finalidade meramente procriativa (§ 7º do mesmo art. 226). [...] Portanto, as relações homossexuais estão abrangidas pela noção de entidade familiar, porquanto a família constitui-se por laços de afetividade, e não por imperativos de ordem sexual. As pessoas ligam-se por afinidades e necessidades mútuas, constituindo conjuntos microsociais que – independentemente do sexo de seus integrantes –, não podem ser ignorados pelo direito (BRASIL, 2001).

Na última parte da análise do mérito, a sentença da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 sustenta a viabilidade da extensão da condição de dependente ao companheiro ou à companheira homossexual em razão de argumentos intrínsecos à regulação constitucional da seguridade social, sem deixar de ter em consideração os fundamentos já

mencionados quanto à dignidade humana, à liberdade e à igualdade:

Não se verifica nenhum óbice em reconhecer-se, nos relacionamentos estáveis entre homossexuais, relação de dependência para fins previdenciários. Tanto é assim que, ao aludir ao direito de pensão por morte, o art. 201, V, da Constituição utiliza o termo “companheiro”, não especificando a exigência de que se constitua união estável. Por outro lado, o art. 226, § 3º, ao reconhecer como união estável somente aquela estabelecida entre homem e mulher, não se valeu do termo “companheiro”. Logo, a contrário sensu, são conceitos que não se confundem. Ainda, no que tange ao auxílio-reclusão, garantido pela Constituição (art. 201, III) aos dependentes de segurados de baixa renda, igualmente é direito que não pode ser negado aos companheiros homossexuais. O conceito de dependência, de que se valeu a Constituição, não admite restrição infundada pela legislação ordinária. Saliente, por oportuno, que o princípio da obrigatoriedade da contribuição previdenciária, que expressa a relação tributária de custeio existente entre o segurado e o INSS, justifica que aquele que seja dependente do primeiro também possa ser beneficiário do regime, como indica o próprio texto constitucional. A dependência presumida, como nos casamentos e uniões estáveis, nos casos de relacionamentos homossexuais, estabelece-se pela ligação de amor, afeto e companheirismo, que não pode ser desconsiderada. A partir do momento em que o trabalhador contribuiu para a construção de um sistema de seguridade, em respeito ao princípio da solidariedade social, é mais que legítima sua expectativa de que, diante de adversidades, seja ser garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem. De fato, na medida em que os segurados hoje em atividade contribuem obrigatoriamente para o sustento dos benefícios em manutenção – sistema da repartição – é absolutamente legítima sua expectativa de que, no futuro, possam eles próprios ou seus dependentes (a pequena comunidade que se forma em sua volta por laços afetivos estáveis) gozar das prestações previdenciárias, expectativa que não pode ser frustrada simplesmente porque, por razões íntimas, optaram por constituir uma família fora dos padrões da falsa normalidade, isto é, por terem constituírem uniões homossexuais. Em outras palavras, se a Previdência Social, consoante abordado supra, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, provendo os encargos familiares em caso de morte ou reclusão de segurado, garantia que advém diretamente do texto constitucional, como direito fundamental, obviamente que deve atender a todos, incluindo as famílias constituídas por homossexuais, que não se distinguem daquelas constituídas por casais heterossexuais (BRASIL, 2001).

A decisão na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 estabeleceu ainda na fundamentação a comprovação do vínculo, a seu turno, deve ocorrer nos moldes utilizados para a união estável, obedecendo-se o disposto no art. 22 do Decreto n. 3.048/99, destacando que o segurado(a) ou dependente que postular a inscrição deve fazer prova do vínculo – isto é, do relacionamento estável entre homossexuais (relação de dependência para fins previdenciários), e ressaltando que a circunstância não se equipara, em hipótese alguma, à comprovação de dependência econômica (BRASIL, 2001).²⁵⁴

Ao final, o pedido na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 foi julgado

²⁵⁴A decisão esclarece que “não incumbe aos integrantes de relação estável homossexual provar a dependência econômica para que possam perceber os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, pois, a relação de dependência se presume em virtude da comunidade de vida estabelecida entre as pessoas, cujo padrão de vida decorre dos rendimentos conjuntamente auferidos”.

procedente para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a que:

a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados(as) do Regime Geral de Previdência Social (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, no próprio INSS, a ser feita pelo segurado(a) empregado(a) ou trabalhador(a) avulso(a); c) possibilite a inscrição de companheiro ou companheira homossexual seja feita post mortem do segurado(a), diretamente pelo dependente, em conformidade com o art. 23, I, do Decreto 3.048/99; d) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros(as) do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91), sem exigir qualquer prova de dependência econômica; e) possibilite a comprovação da união entre companheiros(as) homossexuais pela apresentação dos documentos elencados no art. 22, § 3º, incisos III a XV e XVII do Decreto n. 3.048/99, bem como por meio de justificação administrativa (art. 142 a 151 do Decreto n. 3.048/99), sem exigir qualquer prova de dependência econômica (BRASIL, 2001).

A abordagem do processo da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 não tem uma importância apenas histórica, mas jurídica, na medida em que o que ali se decidiu, retrospectivamente analisado, construiu uma ponte entre uma ética do reconhecimento e uma ética da inclusão no Estado Constitucional, tendo os direitos humanos sociais a função de alicerçar as bases desta reciprocidade.

A inclusão previdenciária do(a) companheiro(a) homossexual é uma maximização das características constitucionais da seguridade social à luz de uma política de reconhecimento fundada no Estado de Direito, em suas versões formal e substantiva, como consagradas na Constituição brasileira.

Ao tratar do requisito da contribuição à previdência social, a sentença da referida Ação Civil Pública não deixou de pontuar que “o princípio da obrigatoriedade da contribuição previdenciária, que expressa a relação tributária de custeio existente entre o segurado e o INSS, justifica que aquele que seja dependente do primeiro também possa ser beneficiário do regime” (BRASIL, 2001).

Subjaz a esta lógica um conjunto de imperativos decorrentes do Estado de Direito formal: a igual aplicação da lei em situações idênticas, a previsibilidade (poder contar com o fato de que o Estado se vinculará ao mesmo Direito que vincula o cidadão) e a reciprocidade (de que tanto outro(a) cidadão(ã) terá os mesmos direitos, assim como os mesmos deveres, em situações idênticas).

Não há uma relação contratual entre o(a) cidadão(ã) e o sistema de previdência social

definido na Constituição brasileira²⁵⁵, mas como bem definiu a sentença na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, há uma relação de solidariedade, em que os(as) cidadãos(ãs) de hoje sustentam a previdência social com suas contribuições, na expectativa de serem eles/elas próprios(as) beneficiários(as) no futuro – aqui, novamente, aparece o pilar da reciprocidade.

Se a desigualdade e a discriminação quanto a orientação sexual nascem como formas de injustiça decorrentes do não reconhecimento e do preconceito cultural e moral, as mesmas podem se traduzir em formas de injustiça distributiva (material), quando a negação dos direitos de igual respeito e consideração de gays, lésbicas e transexuais se torna a base para negar-lhes posições econômicas e impor-lhes prejuízos materiais que não são impostos aos heterossexuais.

Neste ponto, a intervenção jurisdicional consubstanciada na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 foi uma forma legítima de defesa de direitos humanos e fundamentais da comunidade LGBT. Mesmo que a Constituição exija que a extensão de um benefício da seguridade social, notadamente da previdência social, seja disposta por lei, a maioria política (e, sobretudo, parlamentar) não tem o direito de negar esta extensão por razões discriminatórias ou preconceituosas.

Isso remete aos objetivos da República dispostos no art. 3º, incisos I (construir uma sociedade livre, justa e solidária), III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) e IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Neste sentido, a atuação judicial neste caso teve um caráter corretivo de uma injustiça socioeconômica que nascia do preconceito moral, e remete o sistema de seguridade social às exigências do Estado de Direito formal (igualdade como reciprocidade), e às diretrizes da concepção substantiva de Estado de Direito (igualdade como respeito à singularidade), na forma dos art. 3º e 5º da Constituição brasileira.

A atuação judicial na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, contudo, não se resume em uma invocação das funções de defesa e não discriminação quanto à orientação sexual, embora tenha profunda correlação com as pretensões igualitárias das uniões entre

²⁵⁵ Fábio Zambitte Ibrahim (2010, p. 30-31) explica que “não é correto definir a previdência social, nos regimes básicos, como mera espécie de seguro, com natureza contratual, já que a previdência social é compulsória [...] sua natureza jurídica não é contratual, pois é excluída por completo a vontade do segurado, sendo este filiado compulsoriamente. Não há qualquer pacto de vontades no seguro social, salvo pela figura do segurado facultativo [...] em verdade, a natureza dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, já que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independentemente da vontade do beneficiário”.

pessoas do mesmo sexo.

A judicialização das demandas igualitárias das uniões homoafetivas no sistema de seguridade social, como ocorreu na ação civil pública em evidência, traz uma aplicação direta da função prestacional dos direitos humanos/fundamentais, produzindo inclusão como forma de prover o sustento material em caso de necessidade, por meio do acesso aos benefícios da seguridade social independentemente da orientação sexual.²⁵⁶

Ainda, a particularidade da identidade homossexual produziu, a partir do instrumento da judicialização, a ampliação da esfera pública para abarcar a singularidade que dela se desdobra – assim, tanto o acesso quanto a própria prestação são redefinidos à luz da singularidade e em diálogo com a universalidade expressa pela maioria democrática, garantindo-se a ausência de imposições tirânicas por parte desta, em razão de negação dos direitos da comunidade LGBT.

4.4.3 Direitos sociais, identidade de gênero e as singularidades decorrentes da maternidade e da paternidade

Uma das questões mais recorrentes ao tratar-se dos direitos sociais das mulheres consiste em enfrentar o status jurídico-constitucional que a maternidade alcança à luz do ideal (ou ideais) de igualdade de gênero, e em que medida tal particularidade da condição feminina apresenta-se à luz da gramática dos direitos humanos.

Com efeito, a proteção à maternidade encontra menção em três ocasiões no Texto Constitucional: como direito social (art. 6º), como objetivo da previdência social (art. 201) e como objetivo da assistência social (art. 203).

A proteção à gestante, por sua vez, é mencionada ao instituir-se à licença gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias após o parto (art. 7º, inciso XVIII), como ressalva à proteção à maternidade (“especialmente à gestante”), conforme traz o art. 201, e a garantia de estabilidade provisória no emprego à empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, como traz o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

²⁵⁶ É o que diz a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ao destacar que “se a Previdência Social, consoante abordado supra, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, provendo os encargos familiares em caso de morte ou reclusão de segurado, garantia que advém diretamente do texto constitucional, como direito fundamental, obviamente que deve atender a todos, incluindo as famílias constituídas por homossexuais, que não se distinguem daquelas constituídas por casais heterossexuais”.

Conclui-se que a maternidade foi privilegiada na Constituição brasileira, constituindo sua proteção, com foco especial no fato de ser a maternidade subentendida como um fato biológico, precedida de uma gestação, associando-se uma à outra, e tornando-as base de uma série de prerrogativas constitucionais relacionadas aos direitos sociais trabalhistas e aos direitos sociais prestacionais relacionados à seguridade social.

Em outros termos, a dualidade gestação/maternidade tem foro constitucional e sua proteção é um direito social, fundamentado na correlação entre vida, maternidade e gestação como um traço próprio da condição feminina (afinal, os homens não engravidam), o que legitima a proteção deste momento da experiência feminina a partir de uma noção de igualdade material, ou seja, de uma discriminação positiva na Constituição e na lei tendo em conta diferenças naturais que justificariam um tratamento favorável à mulher no âmbito do emprego, do trabalho e da seguridade social.

Interessante observação traz, no entanto, Martha Minow (2008) sobre o enfrentamento da maternidade decorrente de gravidez na experiência constitucional norte-americana. Segundo a autora:

A Suprema Corte recentemente²⁵⁷ afirmou ser neutra a lei estadual que nega benefícios de desemprego à mulher demitida em razão de gravidez, apesar da lei federal proibir discriminação por motivo de gravidez nos benefícios de desemprego. A Corte alegou que o Estado negou benefícios à mulher com fundamento em regra que também nega benefícios a outros indivíduos que deixam seus empregos por motivos não relacionados ao empregador. A norma estadual, portanto, desqualifica tanto mulheres que engravidam, como as já anteriormente grávidas, como parte de um grupo mais abrangente (MINOW, 2008, p. 259).

A decisão a que se refere a autora é *Wimberly v. Labor and Indus. Relations comm'n of Missouri*, de 1987. O que diz a decisão mencionada? Vejamos a ementa do julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, começando pelo relatório do caso na jurisdição estadual:

A Peticionária, que havia estado em licença de gravidez de seu emprego, buscou a sua recontração em conformidade com a política do empregador que ela seria recontraída somente se a posição estivesse disponível quando ela estivesse pronta para voltar ao trabalho; ao tentar retornar, lhe foi dito pelo empregador quando notificado pela Peticionária que queria voltar a trabalhar que não existiam posições abertas. Ela, então, entrou com um pedido de seguro-desemprego junto à Divisão de Segurança do Emprego de Missouri, que negou o pedido de acordo com uma lei estadual que desqualifica o requerente que "deixou seu trabalho voluntariamente e sem justa causa atribuível ao seu trabalho ou a seu empregador." Após a negação ter sido confirmada em recurso administrativo, a Peticionária solicitou revisão em um Tribunal do Circuito de Missouri, que considerou que a lei de Missouri era inconsistente com a Lei Federal sobre Tributo relativo ao Seguro-desemprego – 26

²⁵⁷ Embora a transcrição da fala da autora seja de um artigo publicado em 2008, os casos a que ela se refere e que são comentados neste ponto do trabalho de doutorado foram julgados na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1987.

USC § 3304 (a) (12). A lei federal prevê que nenhum Estado, como Missouri, participando do programa de compensação federal e estadual de desemprego deve negar qualquer compensação "apenas com base de gravidez ou interrupção da gravidez". O Tribunal de Apelações de Missouri confirmou a sentença, mas a Suprema Corte do Estado de Missouri revertou o julgado, considerando a lei estadual válida.²⁵⁸

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos na questão traz uma afirmação emblemática no que concerne a incidência do gênero, particularmente da maternidade, como fator na aplicação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais. Segundo a Suprema Corte norte-americana, a “*lei de Missouri é consistente com a lei federal*”, na medida em que “a decisão do Congresso destina-se apenas a proibir os Estados de destacar à gravidez um tratamento desfavorável, e não para impor um tratamento preferencial” (US, 1987).²⁵⁹ A Suprema Corte afirmou ainda que:

O foco da linguagem legal é sobre o tratamento do Estado em relação à gravidez, não a razão do reclamante para deixar seu trabalho. Para aplicar a lei de Missouri, em que todas as pessoas que deixam o trabalho por motivos não causalmente ligados ao trabalho ou o empregador são desqualificados de receber benefícios, não é necessário saber que a requerente deixou seu emprego por causa da gravidez. Tudo o que é relevante é que ela parou de trabalhar por uma razão que não possui ligação causal com o seu trabalho ou com seu empregador (US, 1987).²⁶⁰

A decisão proferida em *Wimberly v. Labor and Indus. Relations comm’n of Missouri* viola frontalmente o art. 11, inciso 2, alíneas a e b da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contras Mulheres, dispositivo que estabelece que

a fim de evitar a discriminação contra as mulheres por razões de casamento ou maternidade e de assegurar a efetividade do seu direito ao trabalho, os Estados

²⁵⁸ Original em inglês do relatório do caso na Suprema Corte dos Estados Unidos (1987): “*Petitioner, who had been on pregnancy leave from her employment pursuant to the employer's policy that she would be rehired only if a position was available when she was ready to return to work, was told when she notified the employer that she wanted to return to work that there were no positions open. She then filed a claim for unemployment benefits with the Missouri Division of Employment Security, which denied the claim pursuant to a Missouri statute that disqualifies a claimant who "has left his work voluntarily without good cause attributable to his work or to his employer."* After the denial was upheld on administrative appeal, petitioner sought review in a Missouri Circuit Court, which held that the Missouri statute was inconsistent with the Federal Unemployment Tax Act, 26 U.S.C. § 3304(a)(12). The federal statute provides that no State, such as Missouri, participating in the federal-state unemployment compensation program shall deny any compensation "solely on the basis of pregnancy or termination of pregnancy." The Missouri Court of Appeals affirmed, but the Missouri Supreme Court reversed”.

²⁵⁹ No original em inglês: “*the Missouri statute is consistent with the federal statute. The plain import of § 3304(a)(12)'s language is that Congress intended only to prohibit States from singling out pregnancy for unfavorable treatment, and not to mandate preferential treatment*” (US, 1987).

²⁶⁰ No original em inglês: “*The focus of the statutory language is on the State's treatment of pregnancy, not the claimant's reason for leaving her job. To apply the Missouri statute, under which all persons who leave work for reasons not causally connected to the work or the employer are disqualified from receiving benefits, it is not necessary to know that petitioner left because of pregnancy. All that is relevant is that she stopped work for a reason having no causal connection to her work or her employer*” (US, 1987).

Partes comprometem-se a tomar as medidas adequadas para: a) proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou de licença-maternidade, e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil; b) implantar a licença-maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, com a garantia da manutenção do emprego anterior, dos direitos de antiguidade e benefícios sociais (ONU, 1979).

Afirmar que a Peticionária parou de trabalhar por uma razão causal não relacionada a seu trabalho e a seu empregador é simplório, na medida em que devia ser garantida à Requerente o retorno ao trabalho, sem qualquer exigência de existência de vaga, visto que a posição jurídica da empregada deveria ser preservada, garantindo seu retorno ao trabalho após período mínimo de licença.

A decisão também é contrária a outra decisão a que se refere Martha Minow (2008), aquela proferida em *California Fed. Savings and Loan Ass'n vs. Guerra*²⁶¹, mostrando que

²⁶¹ *California Fed. Savings and Loan Ass'n vs. Guerra* é uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1987, contemporânea, portanto, à decisão em *Wimberly*. Segundo o relatório do caso, “Lei da Califórnia Sobre Igualdade no Emprego e na Habitação, no § 12.945 (b) (2), exige que os empregadores forneçam licença e reintegração às empregadas grávidas. O Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, que proíbe a discriminação no emprego com base no sexo, na redação dada pela Lei contra a Discriminação na Gravidez (PDA), especifica que a discriminação sexual inclui a discriminação com base na gravidez. Uma mulher que trabalhava como recepcionista pela Peticionária Califórnia Federal Savings & Loan Association (Cal Fed) conseguiu uma licença decorrente de gravidez em 1982, mas, quando ela notificou Cal Fed de que ela estava apta a voltar ao trabalho, ela foi informada de que sua posição tinha sido preenchida e que não existiam posições semelhantes disponíveis. Ela, então, entrou com uma reclamação junto ao Departamento de Igualdade no Emprego e na Habitação, que alegou que Cal Fed violava o § 12.945 (b) (2) da referida Lei californiana. Antes foi realizada uma audiência sobre a denúncia, e à Cal Fed, juntaram-se os outros petionários, os quais ajuizaram uma ação no Tribunal Distrital Federal, buscando uma declaração de que o § 12.945 (b) (2) é inconsistente com o Título VII da Lei de Direitos Civis, com a redação dada pela Lei contra a Discriminação na Gravidez, e uma liminar contra a sua execução foi concedida. O Tribunal Distrital concedeu julgamento sumário para petionários, mas o Tribunal de Apelações reverteu a decisão” [The California Fair Employment and Housing Act, in § 12945(b)(2), requires employers to provide leave and reinstatement to employees disabled by pregnancy. Title VII of the Civil Rights Act of 1964, which prohibits employment discrimination on the basis of sex, as amended by the Pregnancy Discrimination Act (PDA), specifies that sex discrimination includes discrimination on the basis of pregnancy. A woman employed as a receptionist by petitioner California Federal Savings & Loan Association (Cal Fed) took a pregnancy disability leave in 1982, but, when she notified Cal Fed that she was able to return to work, she was informed that her job had been filled and that there were no similar positions available. She then filed a complaint with respondent Department of Fair Employment and Housing, which charged Cal Fed with violating § 12945(b)(2). Before a hearing was held on the complaint, Cal Fed, joined by the other petitioners, brought an action in Federal District Court, seeking a declaration that § 12945(b)(2) is inconsistent with and preempted by Title VII, and an injunction against its enforcement. The District Court granted summary judgment for petitioners, but the Court of Appeals reversed]. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por maioria (conforme voto do Ministro Marshall) que “o parágrafo 12.945 (b) (2) não é superado pelo Título VII, alterado pela Lei contra Discriminação por Gravidez, porque não é incompatível com os objetivos do Título VII da Lei de Direitos Civis, nem exige a prática de ato que seria ilegal nos termos do Título VII” (*JUSTICE MARSHALL delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II, III-B, III-C, and IV, concluding that § 12945(b)(2) is not preempted by Title VII, as amended by the PDA, because it is not inconsistent with the purposes of Title VII, nor does it require the doing of an act that is unlawful under Title VII*), sendo o propósito do referido Título da Lei de Direitos Civis “para alcançar a igualdade de oportunidades de emprego e remover as barreiras que têm operado no passado para favorecer um grupo identificável de [...] funcionários com mais de outros empregados” (*Title VII's purpose is "to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past to favor an identifiable group of [...] employees over other employees"*). A maioria da Suprema Corte dos EUA

mesmo no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos há um dissenso jurisprudencial sobre a questão do que seria a aplicação da igualdade de tratamento e seus contornos quando se trata da gravidez.

A contraposição entre o cenário constitucional brasileiro sobre a proteção à maternidade como direito social e o precedente jurisprudencial americano sobre o tema (para além das diferentes visões sobre direitos sociais nas duas tradições jurídicas), traz também uma tensão – a maternidade é construída como direito como uma forma de combater a discriminação e promover a igualdade? Ou se baseia em estereótipos e concepções androcêntricas, que reforçam a desigualdade de gênero? A própria Martha Minow (2008, p. 266-267) revela esta preocupação ao pontuar que:

O tratamento da Suprema Corte sobre questões relativas à gravidez e ao trabalho destaca o poder das normas masculinas implícitas na análise de problemas de diferença. Em 1975 a Corte aceitou o argumento baseado em uma norma androcêntrica ao derrubar lei de Utah que desqualificava uma mulher por receber compensação de desemprego por doze semanas antes da data esperada para o parto e por seis semanas após ter dado à luz, ainda que suas razões para deixar o emprego não fossem relacionadas com a gravidez. Embora a capacidade de engravidar seja uma diferença entre homens e mulheres, tal fato não justifica tratar homens e mulheres diferentemente em assuntos não relacionados à gravidez. Ou seja, se o homem é usado como paradigma, qualquer mulher que possa ter um desempenho profissional comparável ao do homem deveria ser tratada do mesmo modo. A compensação por desemprego não pode ser negada a uma mulher por razões diferentes das quais se negaria a um homem. Então o que ocorre com a diferença da mulher – por ocasião da gravidez? Tal fato pode justificar um tratamento diferente? Que significa um tratamento igualitário para a mulher corretamente identificada, não estereotipada e que difere de pessoas não grávidas de maneira relevante no emprego?.

Aqui surgem então diferentes questões que marcam a busca pela determinação do valor constitucional da maternidade e a necessidade de sua proteção como um direito social à luz das relações de gênero: o que é maternidade e como ela é entendida em nossa vivência contemporânea? A maternidade é uma experiência homogênea? Como entender a maternidade à luz do seu elemento correlato, a paternidade?²⁶²

considerou ainda que “o parágrafo 2.945 (b) (2) não impede os empregadores de cumprir tanto a lei federal (como interpretado pelos petionários para rejeitar "tratamento especial" da lei da Califórnia abordagem à discriminação da gravidez e proibir. Empregador para tratar funcionárias grávidas de forma diferente de outros funcionários com deficiência) como a estadual” (*Section 12945(b)(2) does not prevent employers from complying with both the federal law (as construed by petitioners to reject California's "special treatment" approach to pregnancy discrimination and to forbid .an employer to treat pregnant employees any differently than other disabled employees) and the state law*). O voto de Marshal foi seguido, ainda que em diferentes extensões e com diferentes argumentações, pelos Ministros Brennan, Blackmun, Stevens, O’connor, Stevens e Scalia. Por sua vez, os Ministros White, Rehnquist e Powell apresentaram votos divergentes, discordando da maioria da Corte (US, 1987).

²⁶² Não deixa de ser interessante notar, como faz Elizabeth Badinter (1985, p. 25), que “a mãe, no sentido habitual da palavra (isto é, a mulher casada que tem filhos legítimos), é uma personagem relativa e

Vejamos primeiro o significado sócio-histórico da ideia de maternidade. Ao contrário do que alguém poderia ser tentado a pensar, nem sempre a maternidade teve a mesma consideração social e moral que detém hoje – uma coisa é o fato de as mulheres terem filhos ao longo da história, outra é o sentido que se empresta a isto. Elizabeth Badinter (1985) relata inclusive que a atitude da mulher em relação ao filho era de indiferença até fins do século XVIII:

Ao buscar nos documentos históricos e literários a substância e a qualidade das relações entre a mãe e o filho, constatamos seja indiferença, sejam recomendações de frieza, e um aparente desinteresse pelo bebê que acaba de nascer. Esse último ponto é, com frequência, assim interpretado: como seria possível interessar-se por um pequeno ser que tinha tantas possibilidades de morrer antes de um ano? A frieza dos pais, e da mãe em particular, serviria inconscientemente de couraça sentimental contra os grandes riscos de ver desaparecer o objeto de sua ternura. Em outras palavras: valia mais a pena não se apegar para não sofrer depois. Essa atitude teria sido a expressão perfeitamente normal do instinto de vida dos pais. Dada a taxa elevada de mortalidade infantil até fins do século XVIII, se a mãe se apegasse intensamente a cada um de seus bebês, sem dúvida morreria de dor (BADINTER, 1985, p. 85).

Para Badinter (1985, p. 87-88), isto está em oposição com a nossa concepção contemporânea de que “a morte de um filho deixa uma marca indelével no coração de uma mãe”, na medida em que “toda mulher se recorda desse dia como o de uma perda irreparável”, visto que “a qualidade que atribuímos a cada ser humano, inclusive o feto viável, não pode ser substituída por nenhuma quantidade”.²⁶³

A autora explica ainda que antes do final do século XVIII a maternidade era um comportamento rejeitado pelas mulheres, na medida em que não se consideravam como objeto de atenção as tarefas domésticas; como aponta Badinter (1985, p. 100-101), “as mulheres não obtinham nenhum glória sendo mães”.

Ademais, a relação dos pais com os filhos, particularmente nas classes sociais privilegiadas (aristocracia e burguesia) não era pautada pela proximidade e pelos mesmos termos de convivência com os quais estamos habituados hoje, como mostra novamente Elizabeth Badinter (1985, p. 119; 128; 131-133):

No século XVII e sobretudo no século XVIII, a educação da criança das classes burguesas ou aristocráticas segue aproximadamente o mesmo ritual, pontuado por três fases diferentes: a colocação na casa de uma ama, o retorno ao lar e depois a partida para o convento ou internato [...]. Frequentemente, o primeiro ato de

tridimensional. Relativa porque ela só se concebe em relação ao pai e ao filho. Tridimensional porque, além dessa dupla relação, a mãe é também uma mulher, isto é, um ser específico dotado de aspirações próprias que frequentemente nada têm a ver com as do esposo ou com os desejos do filho”.

²⁶³ Ainda que de forma muito particular, é possível estender esta concepção ao pai/homem, na medida em que a perda de um ente querido não se mede pelo gênero, mas pela humanidade presente em cada pessoa.

abandono é desempenhado alguns dias, ou mesmo algumas horas, após o nascimento da criança [...] mal saído do ventre materno, o recém-nascido é entregue a uma criança [...] ao voltar da casa da ama, o filho das classes abastadas é imediatamente confiado a uma governanta, até os sete anos. Em seguida, se for menino, é entregue a um preceptor [...] lá pelos oito, dez anos, o costume mandava que a criança fosse novamente afastada de casa, a fim de aperfeiçoar sua educação [...] no século XVII multiplicam-se as escolas para meninos e meninas, os colégios com internatos para os maiores e os conventos para as meninas [...] se considerarmos a atitude geral dos pais para com os filhos, e notadamente a indiferença e o egoísmo [...] somos tentados a ver no envio para a escola, e sobretudo para o internato, um meio moralmente honroso de se livrar deles.

O final do século VIII traz, como trouxe em relação ao casamento e à noção de família (como evidenciado no capítulo III), uma mudança na postura em relação à maternidade, a partir dos impulsos do iluminismo e do individualismo liberal – Elizabeth Badinter (1985) percebe esta mudança, ao identificar que:

Após 1760, abundam as publicações que recomendam às mães cuidar pessoalmente dos filhos e lhes “ordenam” amamentá-los. Elas impõem, à mulher, a obrigação de ser mãe antes de tudo, e engendram o mito que continuará bem vivo duzentos anos mais tarde: o do instinto materno, ou do amor espontâneo de toda mãe pelo filho [...] o que é novo, em relação aos dois séculos precedentes, é a exaltação do amor materno como um valor ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade (BADINTER, 1985, p. 145-146).

Embora Badinter (1985) tenha ressaltado que o amor materno, como base para a nova percepção da maternidade, era visto como algo favorável ao todo (à espécie, à família, à sociedade), dando-lhe um caráter transindividual, ela também não deixa de alertar para o fato que foi o interesse da mulher que influenciou este padrão de comportamento da mãe, na medida em que dois fatores contribuíram para esta mudança de paradigma: as possibilidades econômicas da mulher e sua esperança de desempenhar um papel mais gratificante na família e na sociedade.

Ainda que tenha um aspecto de “doação” ao outro (filho, marido) e uma vocação para além de si mesma, a maternidade surgida no século XVIII é, em alguma medida, moldada a partir da trajetória do individualismo moderno e parte do projeto de afirmação da subjetividade de mulher dentro do processo de afirmação da identidade-eu em relação à identidade-nós.

O fato de isto acontecer contemporaneamente à afirmação moderna do casamento baseado no amor e no companheirismo, à ascensão da família como comunidade autoprotégida do mundo, e ao novo valor da relação pessoal íntima não é um mero acaso: dentro da divisão de tarefas na família moderna, a maternidade é a parte que cabe à mulher no contrato conjugal, sendo ao mesmo tempo um limite e uma possibilidade: por um lado, afasta

a figura feminina do espaço público, enclausurando-a no domínio privado; por outro, é uma forma de empoderamento, que dá à mulher o controle da vida doméstica e permite-lhe certa ascensão na vida familiar e conjugal.

Esta ascensão decorrente da mudança de paradigma sobre a maternidade começa a ganhar terreno junto à mulher de classe média, que viu nesta função a oportunidade de sua promoção e de uma emancipação que à aristocrata não bastava (BADINTER, 1985). Como se deu esta promoção da figura da mulher por intermédio da função de mãe? Badinter discorre sobre as transformações:

Ao poder das chaves, que detinha há muito tempo (o poder sobre os bens materiais da família), acrescentava-se o poder sobre os seres humanos que são os filhos. Tornava-se, em consequência, o eixo da família [...]. Ela não é mais para o marido, como outrora, “uma criança” entre as crianças que é preciso proteger e governar. A mãe burguesa “mantém a casa” com a mesma autoridade e o mesmo orgulho com que a mulher aristocrática “mantém sua classe ou posição”. Graças à responsabilidade crescente de mãe, a esposa podia impor-se mais ao marido e ter muitas vezes, enquanto mãe, a última palavra (BADINTER, 1985, p. 222-223).

A ascensão deste novo paradigma de mulher e de maternidade obviamente não foi linear – a transformação se inicia na burguesia e só depois isto vai se espalhar por outras classes sociais, particularmente na classe operária:

Foram as mulheres mais desfavorecidas as últimas atingidas pela nova moda [...] a operária ou esposa do pequeno artesão tem, mais do que nunca, necessidade de mandar os filhos para o campo. Até a camponesa entregará o filho a uma ama, para melhor ajudar o marido na lavoura, ou para ser ama das crianças na cidade [...] a atenção materna é um luxo que as mulheres pobres não se podem permitir [...] os mais carentes do século XIX deviam saber que seus filhos, muitos dos quais morreriam prematuramente, eram sua única garantia para um período improdutivo na velhice [...] para as que nada têm afora uma vida conjugal difícil, muitas vezes cruel, a maternidade é a grande ocupação de sua vida. Recusam qualquer contracepção, porque o filho preenche uma carência afetiva e social e, compensa, por algum tempo, diversas frustrações [...] a insegurança material e a falta de informação não explicam tudo (BADINTER, 1985, p. 224-225).

As diferenças de percepção e aceitação do novo modelo de maternidade herdado do iluminismo de acordo com as classes sociais têm, portanto, elementos socioeconômicos como também sociopsicológicos, relacionados com as expectativas de vida (ou ausência delas) no caso das mulheres pobres.

Tudo isto mostra, como diz Badinter (1985), que o comportamento materno unificado ainda não é uma prática universal no meio do século XIX, em razão das diferentes atitudes das mulheres quanto à maternidade, em razão da classe social, das ambições femininas, oscilando a maternidade entre imposição, opção e necessidade.

Neste sentido, o cenário social do século XIX é a base pela qual o Estado, tomando por base o ideal burguês de família e de maternidade (e o padrão moral a ele intrinsecamente associado), buscando universalizá-lo e constituindo-o em base por excelência da formulação de políticas sociais para preservar a dicotomia público/privado como colonização do espaço doméstico pelos imperativos postos da autoridade política.

Inicialmente, cabe destacar que a maternidade é ressignificada para além dos nove meses da gestação, a ela agregando-se novos deveres, não só garantindo que a criança estivesse fisicamente fora de perigo, como atribuindo à mãe uma importante função no cuidado com a educação e a formação intelectual dos filhos. Ao pai cabia associar-se a esta tarefa educadora, ainda que mais como colaborador do que como igual²⁶⁴ (BADINTER, 1985).

A partir do século XIX, o Estado desenvolveu uma série de estratégias de intervenção social sobre a família que tomaram o casamento constituído na base do “separados, mas iguais” e o modelo de maternidade descrito como fundamentos para a manutenção dos alicerces da sociedade liberal-burguesa, atribuindo à família a necessidade de internalizar os valores da poupança e da disciplina, como se destacou no capítulo II, e supervisionando homens e mulheres para que desempenhem corretamente suas funções na privacidade familiar, exercendo sobre este domínio uma tutela.

Segundo Elizabeth Badinter (1985, p. 288-290b), a partir do século XIX, “o Estado toma o lugar do pai, ao vigiá-lo no cumprimento das suas funções, em razão do interesse crescente em relação à criança”, como justificativa para “supervisionar a vida familiar e corrigir seus ‘desvios’”, “substituindo o patriarcado familiar pelo patriarcado do Estado”.

O Estado social que surge entre o final do século XIX e meados do século XX nos países ocidentais e que vai se propagar em diferentes matizes de acordo com cada país e modelo usa a família nuclear moderna, forjada a partir da concepção liberal, como modelo para suas políticas sociais, mas faz um câmbio: ao lado das políticas de controle social, surgem as sanções positivas consubstanciadas nas prestações materiais garantidas universalmente pelo Estado.

Em outras palavras, a família liberal moderna é o fundamento para a consolidação dos

²⁶⁴ Note-se que o Código Civil brasileiro vigente (2002) diz no art. 1634 que Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda. Isso já constava do Código Civil anterior (1916), no art. 384. Como destacado por Badinter nas transcrições no corpo do texto (1985, p. 119, 128, 131-133, 237, 285-286), no antigo regime a educação dos filhos era uma forma das famílias burguesas e aristocráticas se livrarem da presença e do encargo com os filhos, um luxo ao qual os pobres não podiam ter acesso. Na sociedade liberal pós-iluminista, a educação se torna um direito moral da criança, o qual os pais têm o dever, moral e jurídico, de atender.

direitos relacionados à segurança social – basta ver que a referência ao salário mínimo na Constituição brasileira vigente (art. 7º, IV) fala em atender as necessidades sociais básicas do trabalhador e de sua família. A própria seguridade social (arts. 201 e 203) tem por base a proteção da vida familiar, colocando em destaque justamente a maternidade.

Muito antes, a Constituição mexicana de 1917 já proclamava, no seu art. 4º, que a lei protegerá o desenvolvimento e a organização da família, tendo esta o direito a uma vida digna e honrosa, cabendo novamente à lei estabelecer os instrumentos e apoios necessários a este objetivo – o salário mínimo era um destes mecanismos, pois deveria ser suficiente para “satisfazer as necessidades normais de um chefe de família, de ordem material, social e cultural, assim como prover a educação obrigatória dos filhos” (art. 123, A, VI da Constituição mexicana).²⁶⁵ Outro mecanismo seria a seguridade social, que por definição constitucional expressa deveria cobrir as necessidades decorrentes da maternidade (art. 123, B, XI, a, da Constituição mexicana) (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917).

A Constituição mexicana vai mais além, e traz a proteção da maternidade para o plano constitucional, ao estabelecer que

as mulheres durante a gravidez não realizarão trabalho que exija esforço considerável e represente um perigo para sua saúde em relação à sua gravidez; gozarão, necessariamente, de um descanso de seis semanas antes da data aproximadamente fixada para o nascimento da criança e pelas seis semanas posteriores, devendo receber seus salários completos e manter seu emprego e direitos adquiridos no âmbito da relação de emprego. No período lactante, terão dois descansos extraordinários por dia, de meia hora cada, para alimentar seus filhos (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917).²⁶⁶

Nesta seara, a Constituição brasileira vigente estabelece o período de cento e vinte dias de licença-maternidade (art. 7º, inciso XVIII) e determina a estabilidade gestante no emprego (art. 10, II, b, ADCT). Mas a configuração da maternidade (ou ao menos de sua proteção) como um direito fundamental e social transcende a tradição jurídica do Ocidente, mesmo quando o padrão moral sobre a família e o casamento é diverso, como é o caso da Constituição do Irã, que no seu art. 21 diz que o governo deve garantir os direitos das mulheres em todos os aspectos, segundo critérios islâmicos, assegurando a proteção das mães,

²⁶⁵ No original em espanhol: “*Los salarios mínimos deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos*” (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917).

²⁶⁶ No original em espanhol: “*Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos*”.

especialmente durante a gravidez, e a criação dos filhos.²⁶⁷

De todo modo, a Constituição mexicana é o primeiro documento constitucional a enunciar a mudança na configuração jurídica da maternidade – se o século XIX a viu como um dever conexo à sociedade conjugal, cabendo ao Estado fiscalizar seu cumprimento, o Estado social do século XX foi mais além e a transformou em um direito, cabendo ao Poder Público não só fiscalizar seu exercício, mas garantir, pelos direitos sociais, os meios materiais para sua plena realização, tornando-a ao mesmo tempo um dever e um direito.

A mesma linha foi seguida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo XXIX, inciso 2, diz que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais (ONUBR, 2000).

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher já destaca no seu preâmbulo a importância social da maternidade e que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação – em seguida, consagra a proteção da maternidade como uma discriminação positiva legítima (art. 4º, inciso 2), veda a perseguição ou discriminação por conta da maternidade, consagrando a ideia da licença-maternidade e dos benefícios e direitos sociais a ela conexos (art. 11, inciso 2) (ONU, 1979).

De todo modo, a maternidade e sua proteção surgem como direito humano ou fundamental com um caráter instrumental, ou seja, existem para assegurar outros direitos (vida familiar, direitos das crianças), para servir aos objetivos da sociedade ou, em uma versão mais próxima do ideário feminista contemporâneo, para assegurar as escolhas existenciais e morais da mulher.

Se a maternidade não é uma constante histórica e nem é uma experiência homogênea, variando de acordo com diferentes culturas e contextos, mesmo no modelo da família liberal moderna que surge no Ocidente no final do século XVIII a partir das concepções burguesas de família, casamento e do papel da mulher, é possível falar em uma única maternidade?

O que se coloca aqui é um retorno ao problema enfrentado no capítulo anterior, ou seja, a maternidade teria que ser entendida à luz da própria ideia de mulher, que não é em nada homogênea, como visto nas afirmações de Martha Minow (2008) e Judith Butler (1990).

A maternidade como parte da experiência feminina é tão plural e fragmentada quanto é a existência individual de cada mulher e, neste sentido, a configuração jurídico-constitucional da maternidade e de sua proteção revela que nem todas as maternidades são

²⁶⁷ Na tradução inglesa do texto: “*The government must ensure the rights of women in all respects, in conformity with Islamic criteria, and accomplish the following goals: [...] the protection of mothers, particularly during pregnancy and childbearing, and the protection of children without guardians [...]*” (IRÁ).

consideradas iguais, como nem todas as fases da maternidade têm sido consideradas iguais.

Em primeiro lugar, a maternidade protegida, ao menos no Direito brasileiro, foi, até o advento da Lei Federal número 10421, de 2002, quando se acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 392-A e um art. 71-A à Lei Federal número 8213/1991, dispositivos pelos quais se estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, e ainda assim com prazos diferenciados de acordo com a idade da criança adotada: 120 dias se a criança tiver até 1 ano de idade, 60 dias se a criança tiver até 4 anos de idade e 30 dias se a criança tiver até 8 anos de idade.

A linguagem normativa, constitucional²⁶⁸ ou legal, utilizada até então expressamente se referia à gestante e ao parto, ou seja, delimitada claramente que a maternidade protegida pelo Direito era o ato de gerar a vida por meio de um processo biológico (gravidez), enquanto o ato de criar e se responsabilizar por uma vida por escolha, a adoção, não recebia o mesmo tratamento.²⁶⁹

Isso, aliás, se torna emblemático quando se evidencia, como demonstrado no capítulo IV, que a adoção é um mecanismo jurídico de atribuição de filiação em situações nas quais ela não se fez presente pela via natural, sendo, portanto, uma criação cultural que se reveste de forma jurídica para superar as limitações da natureza.

Ainda assim, no Brasil, a ordem jurídica preferia hierarquizar as maternidades, como hierarquizava as filiações até que a Constituição de 1988 proclamasse a igualdade entre os filhos – uma prova da colonização do Direito pela projeção de uma moral positiva e as estratificações que ela produz.

Além disso, mesmo a Lei Federal número 10421/2002 e as alterações legislativas que ela introduz não consideram todas as mães adotivas iguais – há uma diferenciação, a partir da qual a mãe recebe a licença-maternidade maior de forma inversamente proporcional à idade da criança – e a mãe adotiva de criança até 1 ano tem o mesmo período de licença que a mãe cuja maternidade decorra de gravidez e posterior processo de parto.

De novo, funcionam as hierarquizações: há uma presunção de que a experiência de adotar uma criança de até um ano se assemelha à experiência da maternidade biológica e dos processos a ela pertinentes (aleitamento, as diferentes transformações da criança ao longo do primeiro ano de vida, a necessidade de certos cuidados especiais etc.), enquanto que as outras mães que adotam crianças de até 4 anos tem 60 dias e as que adotam crianças até 8 anos têm

²⁶⁸ É o caso do art. 7º, inciso XVIII, da Constituição, que se refere à licença-gestante.

²⁶⁹ Registre-se que nem a Declaração Universal de Direitos Humanos e nem a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher utilizam-se qualquer distinção entre as maternidades.

apenas 30 dias.

Qual o critério para estabelecer estas distinções? O projeto de lei original, da Deputada Fátima Pelaes (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 1733/1996) não ajuda muito nas justificativas, principalmente porque a proposta inicial era estender a licença-maternidade apenas às mães adotivas de crianças até um ano, reforçando a ideia de simetria da maternidade adotiva com a maternidade biológica tomando esta última como parâmetro. Alterações no processo de tramitação em conjunto com outras propostas legislativas produziu a redação atual da Lei Federal número 10421.²⁷⁰

É inevitável pensar em uma ideia de proporcionalidade: os prazos são reduzidos à metade de acordo com os marcos temporais adotados – a licença cai de 120 para 60 dias quando a criança tem entre 1 e 4 anos, e cai de 60 para 30 dias quando a criança tem mais de 8 anos.

Persiste, no entanto, uma assimetria entre maternidade biológica e maternidade adotiva, que termina por se traduzir em desigualdade, ainda que parcialmente, pois em relação às crianças de até um ano a maternidade biológica e a adotiva foram equiparadas pela Lei Federal 10421/2002 para fins de licença.

A própria Relatora do Projeto de Lei 1733/1996 na Comissão de Seguridade Social e Família, a Deputada Jandira Feghali, diz quanto ao mérito da proposta que

tanto a mãe biológica quanto à mãe adotante têm as mesmas necessidades de adaptação e afetividade na relação com a criança. Assim sendo, a licença maternidade não foi estabelecida somente para garantir a recuperação física da gestante, mas também para garantir a adaptação ao novo momento e a relação entre a mãe e a criança (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2000).

Trata-se de um direito da mulher e da criança e sua finalidade vai além da recuperação física da mulher e dos cuidados com a saúde da criança: diz respeito à própria constituição da intimidade entre mãe e filho(a).

Não se pode falar em igualdade absoluta entre as etapas do desenvolvimento infantil – deste modo, há diferenças dentro da infância e desta em relação à adolescência, inclusive de ordem legal (art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A criança recém-nascida e em seu primeiro ano de vida é muito mais dependente de terceiros, notadamente a mãe e o pai, do que em outras etapas da infância – isto justificaria a simetria entre maternidade biológica e adotiva no que se refere à licença maternidade no

²⁷⁰ Neste sentido, confira-se o parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei número 1733/1996 na forma do substantivo aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2001).

primeiro ano de vida da criança.

Ademais, a partir de certa idade, a criança já deve necessariamente frequentar a escola (mais especificamente a partir dos quatro anos de idade, segundo o art. 208, inciso I, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional número 59, de 2009), e a licença-maternidade da mãe adotante deve ser compatibilizada com o fato de que a adaptação à família e a constituição da relação íntima terão que ocorrer em paralelo ao processo escolar, enquanto que a licença-maternidade tradicional estabelece uma dedicação à criança que exclui outra experiência fora do espaço doméstico, visto que a socialização por meio de creche ou pré-escola virá em momento posterior ao da licença.

Contudo, embora as justificativas da licença-maternidade (médicas, morais, sociais, afetivas) não sejam as mesmas ao longo da infância, a cessação ou mudanças destas não se dá ao primeiro ano de idade em proporções que justifiquem que a mãe que adota uma criança de um ano e um dia mereça metade de uma licença de uma mãe que adota uma criança de onze meses e vinte nove dias de vida (ou trezentos e sessenta e quatro dias de existência). O mesmo raciocínio se estende à segunda redução do prazo de licença-maternidade quando a criança faz quatro anos e um dia.

Para além da questão biológica, portanto, há uma questão psicológica e moral que deve ter um peso equivalente à questão médico e de saúde: o processo de formação da relação mãe/filho(a), da constituição da intimidade, que encontra obstáculos diferentes em idades diferentes, exigindo não uma atenção e um cuidado menores, mas sim adequados – isto implicaria uma maior proporcionalidade, senão igualdade, nos prazos de licença-maternidade, visto que a função desta licença não é só de natureza clínica, mas sim de natureza social e moral, e não é voltada apenas aos interesses e necessidades da criança, mas sim ao livre desenvolvimento da personalidade e da identidade da mulher como mãe.

O tratamento jurídico da maternidade adotiva não deve então produzir uma inferioridade em relação ao da maternidade biológica, mas deve se ater à particularidade desta experiência, norteador-se pelo previsto na Constituição (art. 3º e 5º, *caput*) e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que criança é toda pessoa com até 12 anos incompletos (art. 2º),²⁷¹ e ainda a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Crianças (art. 2º),²⁷²

²⁷¹ Embora a Convenção das Nações Unidas para os Direitos das Crianças defina no seu art. 1º que criança “é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”, a legislação brasileira – no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente – diferencia a criança (zero a doze anos incompletos de idade) do adolescente (doze a dezoito anos incompletos de idade), estabelecendo regimes jurídicos diferenciados para ambos. Isto, em tese, poderia ser aplicado na questão do prazo de licença-maternidade de mulheres que adotam crianças e adolescentes, pois há uma mudança biológica e psicológica sensível entre a infância e a adolescência (os procedimentos de adoção, no entanto,

devendo considerar que esta consiste em uma configuração da maternidade que desdobra uma face da identidade feminina e de sua conexão com a filiação e a infância.

As assimetrias legislativas no tratamento da maternidade adotiva em relação à maternidade biológica não são, porém, as únicas desigualdades entre as diversas maternidades como expressão de hierarquização entre as diversas experiências femininas – a natureza da ocupação profissional da mulher no Brasil, se servidora pública ou empregada submetida ao regime trabalhista, indicam a valorização de certas subjetivações femininas em detrimento de outras, em decorrência do *status* profissional.

A Lei Federal número 8112/1990 não se refere a uma licença em favor da maternidade, mas sim à licença-gestante, prevendo ao seu lado uma licença à servidora pública adotante. Neste último caso, prevê uma licença para a servidora pública que adotar ou obtiver a guarda judicial de uma criança, com dois prazos distintos de licença: noventa dias se a criança tem até um ano de idade e trinta dias se a criança tem mais de um ano de idade (art. 210, Lei Federal 8112/1990).

Na comparação com a legislação trabalhista, o regime jurídico aplicável ao vínculo profissional mantido pela mulher produz uma desvantagem no caso da servidora pública civil federal, que tem um prazo de licença menor do que o previsto para a empregada sob o regime da CLT (são noventa dias para a servidora pública federal contra cento e vinte dias para a empregada).

Nem mesmo o critério de redução é simétrico: enquanto a redução do prazo de licença no regime trabalhista e da seguridade social é da ordem da metade quando a criança faz um ano e um dia no caso de adoção, para a servidora pública civil federal a redução é de dois terços, com a diminuição de noventa para trinta dias, e este último prazo é aplicado de forma homogênea a qualquer outra faixa etária.

A igualdade entre os dois regimes (trabalhista e estatutário federal) de licença para mãe adotiva só ocorre a partir quando a criança já tem mais de quatro anos – quando (em tese) as necessidades da criança são menores.

Há uma questão mais sensível ainda, que diz respeito à proteção da saúde da mulher

são os mesmos para as duas fases da vida do ser humano), mas não poderia haver uma diferença dentro de cada fase do desenvolvimento etário.

²⁷² Art. 2º, inciso 1, da Convenção da ONU sobre Direitos das Crianças: “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento, ou de qualquer outra situação” (UNICEF, 1990).

quando a gravidez não é bem sucedida, ou seja, nos casos de aborto espontâneo não criminoso, morte fetal intrauterina e natimorto. Aqui as assimetrias entre os regimes trabalhista e estatutário federal são ainda mais explícitas.

No caso de aborto espontâneo não criminoso, a CLT prevê uma licença remunerada de duas semanas, desde que comprovado o aborto por atestado médico oficial, ficando assegurado à mulher o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (art. 395); na mesma situação, no serviço público civil da União, a mulher tem direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado, ou seja, mais do que o dobro do tempo.

No caso de perda ou morte fetal, não há uma definição legal desta figura, senão orientações técnicas do Ministério da Saúde, que considera que houve óbito fetal quando a gestação teve duração igual ou superior a 20 semanas, ou o feto com peso igual ou superior a 500 gramas, ou estatura igual ou superior a 25 centímetros (BRASIL, 2009). Este seria o marco para distinguir aborto espontâneo e óbito fetal.

A Instrução Normativa número 95, de 2003, do Ministério da Previdência Social determina, no seu art. 234, parágrafo 2º, que para fins de concessão de salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto.

O dispositivo citado, lido em conjunto com o art. 392, parágrafo 3º, da CLT (“em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos cento e vinte dias previstos neste artigo”), tem fundamentado a concessão de licença-maternidade e salário maternidade em caso de partos decorrentes da verificação de óbito fetal, que termina sendo equiparado ao natimorto. É o que tem entendido a jurisprudência trabalhista, inclusive quanto à estabilidade gestante:

NATIMORTO. LICENÇA-MATERNIDADE. Não obstante a autora tenha dado à luz uma criança morta (conforme certidão de natimorto constante dos autos), houve o parto e este deve ser considerado o fato gerador para a licença-maternidade e estabilidade provisória da gestante. Não se aplica, no caso, o artigo 395 da CLT, uma vez que referido dispositivo legal refere-se a "aborto não criminoso". Aplica-se o artigo 392, §3º, da CLT, em consonância com o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal e disposições da Convenção n. 103 da OIT, referente à proteção da maternidade, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 58.820 de 14 de Julho de 1966. Ademais, não há na legislação específica qualquer restrição em relação ao benefício salário maternidade ser devido apenas àquela mulher que deu à luz uma criança com vida. Faz jus à autora, portanto, à licença-maternidade e ao correspondente salário maternidade pleiteado (BRASIL, 2011).

A circunstância de filho da empregada grávida nascer morto, em parto prematuro, não exclui a garantia de emprego de que trata o ADCT/CF-1988, art. 10, inciso II, alínea "b". Natimorto significa aquele que nasceu morto. Nasceu, há o parto, e deste são contados os cinco meses da garantia de emprego à gestante. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA E NATIMORTO (BRASIL, 2001).

O artigo 7º, inciso XVIII, da CF de 88, o art. 10, II, alínea B do ADCT, da mesma Constituição e o art. 71 da Lei nº 8.213/91, asseguram à empregada o direito à licença-maternidade e à garantia de emprego, independentemente do nascimento com vida da criança. Objetivando não só a proteção do nascituro, mas, também, a recuperação física e psíquica da mãe, a licença-maternidade deverá ser concedida mesmo na hipótese do natimorto. Dispensando imotivadamente a autora no período de gozo da licença-maternidade e estabilidade provisória, o empregador atraiu para si o ônus do pagamento dos salários referentes à garantia, já que os primeiros meses desta se confundem com a licença (BRASIL, 1994).

A regra aplicável no serviço público federal é, uma vez mais, distinta: o art. 207, parágrafo 3º, da Lei Federal 8112/1990 estabelece que no caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício. Logo, há uma concessão inicial de trinta dias de licença, mas a continuidade da mesma depende de avaliação médica oficial.

Enquanto o entendimento vigente no âmbito trabalhista e da previdência social constrói uma simetria entre o período em que a mulher estaria cuidando da criança e o período mínimo de recuperação física e psicológica em caso de óbito fetal ou natimorto, legitimando a extensão da licença-maternidade, a norma estatutária federal impõe à servidora pública um julgamento discricionário, ainda que técnico-médico, sobre sua aptidão ou capacidade do seu retorno à atividade profissional – o tempo da dor da mulher pela perda do(a) filho(a) é precocemente submetido ao escrutínio do Estado.

As assimetrias legislativas e normativas com relação ao tratamento da saúde da mulher em caso de aborto espontâneo ou perda fetal mostram que a experiência feminina diante da dor da perda da criança se insere nas contingências próprias de sua ocupação profissional, mas não se desconectam da sua identidade de gênero.

Ainda que não sejam regidas exclusivamente regidas por uma lógica androcêntrica, as distorções na concessão de licenças decorrentes de aborto ou óbito fetal terminam por promover a marginalização da mulher e, em decorrência disto, desigualdade de gênero.

Isto porque a necessidade de atender aos imperativos legais de retorno ao trabalho ocorre em um momento sensível, marcado pela perda,²⁷³ e se constitui como um ônus atribuído indiretamente pelo insucesso na empreitada de gerar a vida.

As hierarquias construídas na legislação quanto às medidas de apoio à saúde da mulher trabalhadora no aborto espontâneo ou óbito fetal colocam-nas em situações diferenciadas de acordo com sua ocupação profissional, ampliando a exposição e a

²⁷³ Neste sentido, a Desembargadora Federal do Trabalho Ivani Contini Bramante destaca que “após a ocorrência do parto prematuro, a mulher necessitaria talvez até de mais tempo do que o período de estabilidade gestante para se recompor, psicológica e fisicamente, e ter condições de retornar ao trabalho, razão pela qual se justifica a manutenção do emprego ao menos até a estabilidade gestante” (BRASIL, 2009).

vulnerabilidade daquelas submetidas a regimes legais mais desprivilegiados, convertendo-se em estratificação intragênero, e atribuindo atenção maior a certas experiências femininas em face da maternidade frustrada em detrimento de outras.

O último ponto a ser enfrentado diz respeito à relação que se estabelece entre maternidade e paternidade do ponto de vista da regulação jurídica como desdobramento das relações entre homens e mulheres no que se refere às implicações quanto à família e à filiação.

Enquanto a Constituição da República traz a proteção da maternidade como direito social e uma das bases para a seguridade social (notadamente a previdência pública e a assistência social), a paternidade aparece no Texto Constitucional como um dever e como um direito.

A Constituição se refere à paternidade como dever no art. 226, parágrafo 7º, ao mencionar o princípio da paternidade responsável para tratar do planejamento familiar – o termo aqui, no entanto, não guarda correlação com a relação entre pai/homem e sua filiação, mas era a linguagem corrente para mencionar o que hoje se denominaria de parentalidade responsável, visto que não diz respeito somente ao pai, mas também à mãe.

A paternidade no sentido de um status pessoal (relação pai/homem e filhos) encontra menção no art. 7º, XIX, da Constituição e no art. 10, parágrafo 1º, do ADCT, quando o Texto Constitucional se refere à licença-paternidade em termos análogos aos da licença-maternidade, embora com uma regulação mais tímida e sem as conexões tão expressas com os direitos sociais e a seguridade social.

Com efeito, o art. 7º, inciso XIX, garante ao homem a licença-paternidade nos termos fixados em lei. E o art. 10, parágrafo 1º, do ADCT estabelece que até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

A inovação constitucional ampliou o prazo que o pai/homem podia passar com seu filho ou sua filha recém-nascido(a), visto que o art. 473, III, da CLT estabelecia que o empregado podia deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana.

Ainda assim, a licença-paternidade traz uma hierarquia implícita dos papéis de gênero quanto à filiação: as relações de cuidado e intimidade seriam vistas como próprias do espaço doméstico e caberiam à mãe, enquanto o pai seria o mantenedor, o responsável pela vida econômica da família e pela sua atuação no espaço público – neste sentido, ele seria um

“estranho” ao espaço doméstico.

Não por acaso, Lena Lavinias chega inclusive a dizer que “cinco dias de licença paternidade é o tempo da celebração. Pouco para que se instaure a prática do compartilhar efetivo entre mulheres e homens” (LAVINAS, s.d).

Neste sentido, a paternidade e sua proteção constituem um direito fundamental social tanto quanto a maternidade, à luz do disposto nos art. 3º e 5º da Constituição. O tratamento constitucional (e infraconstitucional) deste tema no Direito brasileiro é muito tímido quando comparado às experiências estrangeiras no que tange a gênero e segurança sociais, e especialmente no momento da história em que uma revolução faz com que o projeto familiar seja deslocado para o pai, “não para devolver a mãe à obscuridade, mas para melhor iluminar, pela primeira vez em nossa história, o pai e a mãe ao mesmo tempo” (BADINTER, 1985, p. 239).

Conforme declara Lena Lavinias, em matéria publicada no portal do CLAM em 26 de junho de 2008²⁷⁴, os países escandinavos desenvolveram um sistema de proteção social que tem um desenho institucional que favorece a igualdade de gênero, pois:

Na Dinamarca e na Suécia, quando uma mulher tem uma criança, a mãe pode ficar até seis meses em casa, e o pai também. Ele tem direito a uma licença paternidade compulsória de igual período. Aqui a gente aumenta a responsabilidade das mães e não estende o período aos pais para que possam dividir esta responsabilidade com as mães, ou seja, para que o ônus possa ser dividido entre homens e mulheres (LAVINAS, 2008).

Comentando especificamente a experiência da Suécia, Carlos Aurélio Pimenta de Faria destaca o ineditismo da experiência sueca, que depois iria se propagar por outros países escandinavos:

Em 1974, a Suécia tornou-se o primeiro país do mundo a transformar a licença maternidade em um sistema de licença remunerada para ambos os pais, sistema esse que foi arquitetado para induzir os pais (homens) a assumirem um papel mais ativo na criação dos filhos e, também, para fomentar uma partilha mais igualitária das tarefas domésticas pelo casal. Com objetivos nem sempre idênticos, e muitas vezes com reformulações significativas, tais direitos e benefícios foram posteriormente adotados por muitos países do mundo dito desenvolvido. O sistema sueco de seguridade para os pais parece também marcar o início de uma época em que, paralelamente à ênfase dada à redução dos diferenciais econômicos e de bem-estar relativos às classes sociais, a questão de gênero passa a assumir um lugar cada vez mais destacado na agenda pública do país. O grande ingresso das mulheres no mercado de trabalho prenunciava a debilitação do tradicional modelo familiar do provedor e da dona-de-casa, e o Estado sueco começa a implementar políticas formuladas não apenas com o intuito de reduzir as diferenças nas médias salariais e

²⁷⁴ A matéria recebe o título de “Enorme Recuo” e trata da ampliação condicionada da licença-maternidade no prazo de 120 para 180 dias, mediante um programa de benefícios fiscais para empresas (LAVINAS, 2008).

nas condições de trabalho entre homens e mulheres, mas também visando a tornar mais igualitária a divisão de tarefas no âmbito doméstico (FARIA, 2002, p. 173).

O sistema de benefícios sociais sueco²⁷⁵ em auxílio à paternidade é marcado por uma profunda flexibilidade, constituindo um direito individual do pai com relação ao(à) filho(a), o que parece constituir sua principal vantagem, como destaca Carlos Aurélio Pimenta de Faria (2002, p. 181):

Na Suécia, o direito dos pais a uma licença parcial significa que eles podem escolher usufruir a licença em tempo integral, por meio expediente ou apenas durante um quarto da jornada diária de trabalho; eles contam também com o direito de optar por uma jornada de trabalho de seis horas (com redução proporcional dos salários). Além disso, têm a possibilidade do fracionamento da licença, caso não queiram ou não possam tirá-la de uma só vez. Essa opção também existe na Alemanha, Dinamarca, Finlândia e Grécia (nos EUA, ela está sujeita à anuência do empregador).

O modelo de igualdade de gênero no cuidado dos filhos, procurando estimular os homens a desempenhar tarefas domésticas, notadamente aquelas voltadas à atenção e ao acompanhamento das crianças também tem recebido adesão de outros países,²⁷⁶ como a Alemanha, onde em janeiro de 2007 se implementou um novo sistema de suporte à

²⁷⁵ O principal benefício do sistema de segurança social sueco neste sentido é o auxílio para os pais, descrito por Carlos Aurélio Pimenta de Faria (2002, p. 178-179) nos seguintes termos: “após o nascimento do filho ou a adoção de uma criança que ainda não tenha dez anos, os pais têm direito a uma licença remunerada de até um máximo de 450 dias (quinze meses). A licença é sujeita à tributação, sendo considerada quando dos cálculos para a aposentadoria. Os pais podem escolher quando tirar a licença remunerada, mas o benefício não é mais concedido após a criança ter terminado o primeiro ano da escola compulsória, o que geralmente acontece aos onze anos de idade. Se ocorrerem nascimentos múltiplos, os pais têm direito a mais 180 dias de licença no caso de gêmeos, a mais 360 dias no caso de trigêmeos e assim por diante. A forma de usufruir a licença pode variar: por tempo integral, por meio expediente ou apenas durante um quarto da jornada diária de trabalho. Quando os pais têm a custódia conjunta da criança, cada um tem direito à metade do total dos dias de licença remunerada. Se um dos pais não tiver condições de cuidar da criança, devido a doença, incapacidade física ou outras razões similares, o outro tem direito a todo o período de licença remunerada. Também é possível transferir a licença remunerada para o(a) parceiro(a), garantindo-se, entretanto, trinta dias que são intransferíveis; essa transferência deve ser formalizada junto ao escritório do seguro social mais próximo. Pais solteiros têm direito a todos os 450 dias de licença [...] Após o nascimento, o auxílio para os pais é pago para aquele que toma conta da criança. Ambos os pais podem receber o auxílio simultaneamente, relativo a meio expediente de licença, se assim desejarem. O auxílio é concedido a todos os pais, quer eles estejam empregados ou não. Entretanto, os pais que não estavam empregados antes do nascimento da criança têm direito apenas a um valor fixo [...], enquanto os outros têm direito a benefícios proporcionais à renda”.

²⁷⁶ O pioneirismo e o protagonismo dos países escandinavos em avançar em um modelo de apoio à famílias com relação aos filhos que levem em conta a transformação na estratificação de gênero são observados por Carlos Aurélio Pimenta de Faria (2002, p. 179), ao comentar que “em países como a Áustria, Holanda, Japão e Austrália, por exemplo, legislações similares foram introduzidas apenas no início dos anos de 1990 (OCDE, 1995). Nos países nórdicos, os pais passaram a ter direito a compartilhar a licença remunerada após o nascimento da criança nos seguintes anos: Suécia (1974), Noruega e Finlândia (1978), Islândia (1980) e Dinamarca (1984). Na Escandinávia, somente na Suécia e na Noruega uma parte da licença é reservada exclusivamente para o pai (licença remunerada como um direito individual, não apenas como um direito da família); e somente na Suécia (1979) e na Finlândia (1988) os pais de crianças pequenas têm o direito de optar por uma jornada de trabalho de seis horas (com redução proporcional dos salários)”.

parentalidade, reforçando o papel que o pai pode desempenhar na criação dos filhos após o seu nascimento, como mostra reportagem do Canal Deutsche Welle sobre o *Elterngeld*²⁷⁷ (dinheiro para os pais):

O governo alemão implementou novas regras que regulamentam as licenças para mães e pais após o nascimento de seus filhos. Se até então apenas a mãe tinha direito ao pagamento de parte de seu salário durante as seis semanas anteriores e as oito posteriores ao parto, hoje os pais podem receber até 67% de seus salários por um período de 12 a 14 meses após o nascimento de seus filhos. Com um detalhe: para fazer uso do benefício por 14 meses, os últimos dois meses da licença não podem ser tirados pela mãe, mas sim pelo pai (DEUTSCHE WELLE, 2007).

Os direitos e benefícios sociais que procuram redesenhar a questão de gênero no apoio do Estado ao nascimento e cuidado das crianças é um desdobramento de uma mudança cultural das sociedades pós-industriais, que se iniciou na Europa do Norte, mas que se espalhou para outros países, e que tem raízes nas transformações sociais da família na modernidade tardia, como mostra Elizabeth Badinter (1985, p. 362; 364):

Não apenas vemos um número cada vez maior de pais divorciados reivindicar a guarda de filhos de tenra idade, como estudos muito recentes constatarem, em pais jovens, atitudes e desejos tradicionalmente qualificados de maternos [...]. O novo pai participa da gravidez de sua mulher, compartilha as alegrias do nascimento e as tarefas diárias da maternagem, outrora reservadas à mãe [...] Tal como a mãe, o pai sente-se hoje responsável pelo filho [...]. Sob a pressão das mulheres, o novo pai materna o filho à imagem e semelhança da mãe [...] depois de séculos de autoridade e de ausência do pai, parece surgir um novo conceito de “amor paterno”, semelhante em tudo e por tudo ao amor materno. É provável que essa nova experiência da paternidade seja amplamente imputável à influência das mulheres que reclamam cada vez mais a divisão de todas as tarefas, e mesmo do amor a ser dado aos filhos.

Neste contexto, o modelo constitucionalmente adotado no Brasil ficou no meio do caminho entre a inovação e a manutenção de estereótipos das relações entre os gêneros no âmbito do apoio estatal ao trabalho doméstico de cuidado de filhos recém-nascidos: trouxe a novidade da licença-paternidade no art. 7º, inciso XIX, remetendo sua regulamentação à lei infraconstitucional (ainda não editada), mas dispôs um prazo mínimo de cinco dias no art. 10, parágrafo 1º, do ADCT – um prazo, aliás, muito pequeno, e que acaba tendo a função apenas de assistir à mulher na saída do hospital e aos atos perante o Registro Civil.

²⁷⁷ Segundo reportagem da Deutsche Welle sobre os benefícios sociais pelos quais o Estado alemão apoia a maternidade e a paternidade, o *Elterngeld* consiste em benefício “pago aos pais que, durante 12 ou 14 meses, se licenciam do emprego para cuidar de filhos nascidos a partir de 1º de janeiro de 2007. O cônjuge que fica em casa recebe 67% do salário líquido (no mínimo, 300 euros, e no máximo, 1800 euros). Quem tem renda mensal inferior a 1000 euros obtém uma equiparação de até 100% do último salário. Em casos de gêmeos, trigêmeos etc, ganha um adicional de 300 euros por filhos. Favorece principalmente casais que ganham bem. Do 14º mês até a criança completar três anos de idade, um dos pais pode ficar cuidando dela em casa sem receber remuneração, mas com vaga assegurada para retornar ao trabalho” (GH, 2007).

Uma interpretação teleológica do benefício constitucional da licença-paternidade evidencia que seu objetivo não é construir uma relação entre pai e filho(a), como tais, como um equivalente na questão do cuidado à licença-maternidade, mas acaba por reforçar a estrutura tradicional das relações de gênero, atribuindo à mãe a prevalência do espaço doméstico – o benefício seria, então, um suporte à licença-maternidade, afastando a mulher de atribuições de registro público que possam afastá-la do(a) filho(a) logo após o nascimento, mantendo a proximidade mãe e filho, sem construir a proximidade pai e filho.

Recentemente, uma discussão jurisprudencial interessante tem surgido no sentido de questionar, ainda que parcialmente, a estrutura de gênero no trabalho de cuidados dos(as) filhos(as) – trata-se de um precedente na Justiça Federal de 1ª Instância, o Processo número 6965-91.2012.4.01.3400, que tramitou na Seção Judiciária do Distrito Federal.

O Impetrante, um servidor público civil do Departamento de Polícia Federal, ajuizou a ação constitucional do mandado de segurança em razão do falecimento de sua esposa em razão de complicações decorrentes do parto do filho de ambos, o que fez com que o Autor se encontrasse na circunstância de assumir “as funções maternas necessárias à sobrevivência de seu filho recém-nascido”, fato que motivou um requerimento administrativo de concessão de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, o qual foi negado pelo setor de recursos humanos do Departamento de Polícia Federal, alegando ausência de previsão legal (BRASIL, 2012).

Com base no art. 227 da Constituição e no direito social à proteção da infância (art. 6º), a Juíza Federal encarregada pelo processo entendeu que a concretização do direito fundamental de proteção à infância é responsabilidade de ambos os genitores. Ainda, considerou como homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I, da Constituição), especialmente na gestão da sociedade conjugal e na criação dos filhos (art. 226, parágrafo 5º).

Com base nestes fundamentos, a Juíza Federal encarregada pelo processo concedeu a segurança, realizando ponderação em favor do Impetrante com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito social à proteção da infância em detrimento da legalidade estrita, argumentando que:

Embora não exista previsão constitucional e legal de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor Impetrante. Isto porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados a sua sobrevivência e a seu desenvolvimento. Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda,

ainda há a dor decorrente da perda daquela (BRASIL, 2012).

A sentença proferida no Processo número 6965-91.2012.4.01.3400 traz em si uma continuidade e uma ruptura, que estabelecem uma tensão dialética quanto à aplicação dos direitos humanos/fundamentais nas relações de gênero, equilibrando a manutenção da estrutura dos papéis de gênero na relação familiar e uma possibilidade de transformação para um modelo mais igualitário e que promova o papel desempenhado pelo homem nas tarefas de cuidado.

Por um lado, há, como na equiparação da maternidade adotiva à biológica, uma manutenção do status de gênero, tomando a preponderância da mãe e da maternidade como fenômeno “natural” na questão do cuidado.

Neste sentido, a sentença comentada, longe de avançar, abertamente adere à naturalização das relações de gênero, na medida em que a Juíza responsável pelo processo proclama na sentença que é “evidente que o princípio da isonomia se refere a tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica, entre homens e mulheres justifica a concessão de licença maternidade em prazo maior que o da licença paternidade” (BRASIL, 2012).

O argumento em si é questionável, seja pela experiência legislativa comparada, notadamente dos países nórdicos e da Alemanha, como destacado antes, seja pela imensa desproporção entre os dos benefícios sociais (a licença paternidade é vinte quatro vezes menor do que a licença maternidade).

Mas este não é o único ponto de continuidade. Note-se que a concessão da segurança neste caso se deu como invocação de proteção à família e à infância, mantendo intacta a estrutura das relações de gênero subjacente a ambas, e não por um direito individual do pai como tal ou para construção de sua relação pessoal com o filho – a sentença atribui, portanto, um caráter subsidiário ao papel do pai nas tarefas de cuidado.

Mas, mesmo nos termos destacados, a sentença ora comentada avança, na medida em que reconhece a necessidade de convivência do filho com o pai, e destaca que ele, pai, e não outra mulher (avó, mãe, irmã, tia etc.) é que tem a condição de tomar as funções maternas na ausência da mãe.

Ainda que de forma conservadora, a decisão judicial destacada valoriza em alguma medida o argumento de igualdade e privilegia a sociedade conjugal, estimulando, ainda que timidamente, o marido a exercer uma tarefa de cuidado doméstico e de atenção aos filhos, podendo ser a base para o início de uma mudança que dê à licença paternidade os contornos

equivalentes à da licença maternidade, como forma de efetivar um modelo substantivo de Estado de Direito calcado na igualdade de gênero, e na igualdade como relação entre as singularidades masculina e feminina, que não seriam opostas, mas complementares.²⁷⁸

4.5 Estado, direitos humanos sociais e formas de inclusão quanto ao gênero e à orientação sexual. a questão da judicialização

A realização da igualdade de gênero e da orientação sexual como imperativo de uma concepção formal e substantiva de Estado de Direito não se esgota no reconhecimento, entendido como atribuição de iguais direitos e consideração a mulheres e a gays e lésbicas, mas este é o ponto de partida para a promoção da igualdade de gênero como forma de inclusão da diferença/singularidade no âmbito do Estado Constitucional.

Neste sentido, os direitos sociais exercem um papel importante na promoção não apenas de reconhecimento, mas da inclusão como efetivação do mesmo, e como base mesmo para a construção da participação política.

Se o Estado social e os direitos, trabalhistas e prestacionais, dele surgidos tiveram como base um modelo universal de homem/cidadão, e foram, no nascedouro, a continuidade do formato da família tradicional, da dominação de gênero e da discriminação sexual como bases para as políticas sociais do Estado, isto se redefiniu a partir da ascensão das singularidades da identidade feminina e de gays, lésbicas e transexuais, de forma a reivindicar uma nova concepção de Estado de Direito, baseada na igualdade de gênero e na orientação

²⁷⁸ Neste ponto, o estado da arte legislativo ainda é tímido, destacando-se os Projetos de Lei número 3958/2008 da Câmara dos Deputados (já aprovado no Senado Federal) e o substitutivo do Projeto de Lei número 3831/2012. O primeiro projeto de lei mencionado estende a licença paternidade para quinze dias consecutivos, e garante ao pai uma estabilidade provisória contra a dispensa imotivada por trinta dias após o término da licença. O segundo estende a licença maternidade de cento e vinte dias ao pai, em caráter supletivo caso a mãe faleça em razão de complicações decorrentes do parto, e estende ao pai adotivo solteiro, como direito individual, o direito à licença de cento e vinte dias em caso de adoção de criança de até seis meses de idade – o substitutivo proposto ao PL 3831 parece dialogar com os precedentes judiciais recentes sobre a extensão em caráter supletivo da licença maternidade ao pai, mas inova no que se refere à adoção. Embora os dois projetos estejam longe do padrão nórdico e europeu em geral de igualdade de gênero no cuidado dos filhos, ambos têm o mérito de não serem proposições somente reativas ao desenvolvimento jurisprudencial, mas sim de serem tentativas contemporâneas de avanço no caso da regulamentação da licença paternidade, a despeito de ainda estarem presas às concepções de família e de maternidade vigentes no Brasil. Texto dos projetos disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=594922&filename=PL+3935/2008> e <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1068572&filename=EMC+1/2013+CDEIC+%3D%3E+PL+3831/2012>. Acesso em: 28 fev. 2013.

sexual, como formas de reconfigurar o acesso e a própria noção das prestações objeto dos direitos sociais, como bem lembra Pierre Rosanvallon (2012, p. 326):

O uso da noção de cuidado tem servido para evitá-lo, colocando em um campo não jurídico a questão da atenção para situações particulares. Esta noção corretamente enfatiza que os princípios de justiça não são suficientes para fundar uma cidade humana e a necessidade de distinguir duas dimensões da ética: o desenvolvimento de regras justas, por um lado (pólo de generalidade), e determinar comportamentos de cuidado, por outro lado (pólo da particularidade). Mas esse reconhecimento também deve levar para a reconstrução das noções de direito social ou política pública. Temos de garantir que, na política pública, a atenção se centre novamente na singularidade e não apenas em contemplar a gestão separada do particular e do geral.²⁷⁹

Os direitos sociais aparecem então não para atestar a insuficiência do reconhecimento, mas para agregar uma nova fase do mesmo, e a demanda de igualdade como relação social, na qual as singularidades dialogam com a universalidade, é potencializada pelos direitos sociais, na medida em que eles não realizam apenas inclusão, mas diferentes formas de inclusão nas relações de gênero e de orientação sexual.

Primeiro, os direitos sociais trabalhistas, ainda como direitos de defesa e no marco da função de não discriminação, servem como forma de garantir as bases materiais do reconhecimento, para que não seja preciso pedir permissão para ser reconhecido e para viver cada identidade/singularidade – é o que está presente na defesa dos direitos sociais trabalhistas das mulheres, notadamente no marco do modelo constitucional brasileiro, que garante vários destes direitos.

Ainda no campo dos direitos sociais trabalhistas e de sua junção às funções de defesa, proteção contra terceiros e não discriminação, há outro tipo de inclusão, que se traduz como integração, ou seja, a convivência como o diferente e com a singularidade no ambiente de trabalho, de forma a promover o reconhecimento do outro não só na privacidade familiar, mas nos diversos segmentos do espaço público, especialmente no espaço das relações laborais, permitindo que padrões de discriminação contra a homossexualidade e a transexualidade sejam vedados tanto no domínio público quanto no privado, e impedindo a injustiça cultural contra gays e lésbicas de se converter em injustiça econômica ou distributiva.

²⁷⁹ No trecho original da tradução espanhola da obra: “*El recurso a la noción de care ha servido para esquivarla, situando en un terreno no jurídico la cuestión de la atención a las situaciones particulares. Esta noción subraya justamente que los principios de justicia no bastan para fundar una ciudad humana y que es necesario distinguir dos dimensiones de la ética: la elaboración de reglas justas, por una parte (polo de la generalidad), y la determinación de comportamiento de atención al otro, por otra (polo de la particularidad). Pero ese reconocimiento debe conducir también a la reconstrucción de las nociones mismas de derecho social u de política pública. Hay que lograr que, en las políticas públicas, la atención se centre de nuevo en la singularidad y no contentarse con contemplar una gestión separada de lo particular y de lo general*” (ROSANVALLON, 2012, p. 326).

A principal contribuição da identidade de gênero e da orientação sexual à formulação e aplicação de direitos sociais no contexto do constitucionalismo contemporâneo e à luz das dimensões do Estado de Direito diz respeito à redefinição do acesso e da própria configuração de prestações que são objeto dos direitos sociais prestacionais, contribuindo para mediar a universalidade posta pela vontade da maioria, e as particularidades decorrentes das identidades singulares das mulheres e da comunidade LGBT (ainda que mesmo dentro destes segmentos haja uma profunda pluralidade de experiências).

Ainda assim, a aplicação dos direitos sociais nas relações envolvendo questões de gênero e de orientação sexual não se apresenta isenta de risco e nem legítima o mesmo grau de escrutínio jurisdicional que aquele atinente aos direitos humanos e fundamentais aplicados em suas funções de defesa, não discriminação e proteção contra terceiros – neste sentido, Pierre Rosanvallon (2012, p. 326b) alerta para os riscos da gestão da particularidade na efetivação dos direitos sociais:

Essa nova concepção de direitos sociais e da ação pública significa considerar novos riscos e novas injustiças que podem acarretar. Enquanto se está no âmbito dos direitos sociais clássicos, o automatismo das prestações pode se beneficiar de uma gestão administrativa, garantindo a igualdade de todos. Uma gestão mais individualizada, o que envolve uma forma de judicialização do social, só é aceitável se oferece fórmulas de recursos disponíveis para limitar as chances de tratamento arbitrário do indivíduo por parte dos trabalhadores sociais. O indivíduo deve ser capaz de contestar uma decisão de forma simples. Em vez de recorrer às jurisdições organizadas, que podem levar a litígio difícil de gerir, se ganhariam mais estabelecendo mecanismos de representação dos "usuários sociais" e de publicidade dos princípios de dos organismos sociais ou de ação rápida [...]. Só então a individualização do social afastará o fantasma de um retorno insidioso de formas de paternalismo arcaico.²⁸⁰

O alerta de Rosanvallon sobre os riscos inerentes à judicialização do social, notadamente a possibilidade de retorno a um modelo paternalista, é a senha para enfrentar os desafios da aplicação dos direitos humanos sociais nas relações de gênero e no que tange a orientação sexual, levando em consideração as dicotomias universalidade/singularidade e maioria/minoria, bem como os graus de escrutínio ou sindicabilidade judicial possíveis.

²⁸⁰ No trecho original da tradução espanhola da obra: “*esta nueva concepción de los derechos sociales y de la acción pública implica tener en cuenta los nuevos riesgos y las nuevas injusticias que puede entrañar. Mientras se está en el marco de los derechos sociales clásicos, el automatismo de las prestaciones puede beneficiarse de una gestión de tipo administrativo, garante de la igualdad de todos. Una gestión más individualizada, que comporta una forma de judicialización de lo social, solo es aceptable si se ofrecen fórmulas de recursos para limitar las posibilidades de trato arbitrario del individuo por parte de los trabajadores sociales. El individuo ha de poder impugnar una decisión de modo simple. En vez de recurrir a las jurisdicciones organizadas que podrían derivar en contenciosos de difícil gestión, se saldría ganando se se establecieran mecanismos de representación de los "usuarios de lo social" y de publicidad de los principios de intervención de los organismos sociales o de recurso rápido [...]. Solo así la individualización de lo social alejará el fantasma de un insidioso retorno a las formas de paternalismo arcaico*” (ROSANVALLON, 2012, p. 326b).

Os direitos sociais são liberdades positivas concebidas como universais no seu acesso e no seu alcance, ou seja, buscam a realização do bem estar geral de trabalhadores/as e cidadãos/cidadãs, buscando produzir o bem de todos/as (polo da generalidade).

Tais direitos devem ser realizados em atenção às particularidade/singularidades postas por identidades de grupo, mas são, antes de tudo, um esforço da maioria por intermédio do Estado, ou de outros segmentos sociais que não somente as minorias, como os empregadores (públicos e privados), e, no caso do sistema de segurança social, outros interesses de grupo e o próprio conjunto da sociedade, que se esforçam para manter um sistema que proteja a todos e a todas.

Se tais direitos foram elaborados e são aplicados dentro deste ideal universalista, não é possível negligenciar singularidades decorrentes de identidades de grupo como gênero e orientação sexual, mas tampouco não pode a universalidade ela própria ser desprezada.

O escrutínio jurisdicional em relação às reivindicações igualitárias concernentes ao gênero e à orientação sexual na aplicação e formulação dos direitos sociais enfrenta vários desafios, sendo um deles a estrutura dos direitos a serem realizados.

A concretização dos direitos sociais passa por uma postura ativa dos poderes políticos eleitos (legislativo e executivo), na medida em que estes são os canais institucionais que reverberam a vontade popular majoritária e suas escolhas na definição das prioridades das políticas públicas que realizam direitos sociais.

O papel dos juízes e tribunais aqui é de certa deferência, na medida em que caberia a estes poderes políticos eleitos as escolhas primárias sobre o modelo de universalização e concretização dos direitos sociais, com base na vontade popular e na promoção do bem estar de todos/as.

Como defende Daniel Sarmiento (2008, p. 572), isto implica “avaliar a razoabilidade da universalização exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”.²⁸¹ Ao mesmo

²⁸¹ Leticia Martel observa quanto à acomodação razoável de pessoas portadoras de deficiência que “*custos e benefícios não se exaurem na questão econômico-financeira (que, claro, entra no cálculo, junto ao porte de quem deve acomodar). Sobre os benefícios rememora-se que a acomodação não tem por fito beneficiar apenas um indivíduo, sua raison d’être é muito mais vasta, em uma concepção dinâmica [...]. Contabilizam-se benefícios diretos e indiretos, levando em consideração as partes primárias e secundárias, bem como terceiros. Dos custos, requer-se atenção àqueles que são atenuados por contrapartidas ou ganhos a quem acomoda, os quais vão desde incentivos, isenções e imunidades estatais, até ganhos por marketing de responsabilidade social. Os custos de estigmatização e humilhação são sopesados e também os custos a partes secundárias, se houver*” (MARTEL, 2011, p. 107). Assim como no caso dos portadores de deficiência, a acomodação (adaptação) razoável no que tange ao gênero e à orientação sexual não se exaure no exame da disponibilidade econômica, mas deve buscar meios de realizar de forma razoável a compatibilização da realização do reconhecimento e da inclusão de mulheres, de gays e lésbicas e de transexuais por meio de direitos sociais tendo em conta os impactos terceiros, os efeitos sobre a

tempo, são fatores da equação o grau de determinação da linguagem constitucional e o nível de interlocução entre maioria e grupos minoritários no âmbito do processo democrático, pois:

A constitucionalização dos direitos impõe barreiras à decisão da maioria, limitando a democracia; por outro lado, ela busca assegurar e promover os pressupostos para interações democráticas na sociedade, possibilitando a própria democracia. O sucesso da receita passa pela dosagem dos ingredientes: devem-se evitar tanto as limitações em excesso, que amesquinham o espaço de deliberação democrática da sociedade, como a falta de limites, que desprotege direitos básicos, pondo em risco a continuidade da empreitada democrática (SARMENTO, 2008, p. 563).

Neste sentido, caberia ao judiciário então zelar para que o gênero e a orientação sexual não sejam completamente desprezados, seja pela negativa de acesso de acordo com suas particularidades, seja pela existência de assimetrias nas relações envolvendo estas identidades e outros grupos que terminem sendo negligenciadas ou toleradas pela maioria a ponto de se traduzir em desigualdades incompatíveis com a política de reconhecimento do Estado Constitucional e com os mecanismos de inclusão que ela consagra.²⁸²

Assim, ao estender benefícios previdenciários aos casais homoafetivos, longe de atentar contra a ordem constitucional a postura do Poder Judiciário foi a de realizar os próprios fins do sistema de segurança social estabelecido na Constituição, bem como o direito à igualdade, constitucionalmente estabelecido.

A decisão fez com que a linguagem jurídico-normativa universal formulada pela maioria fosse coerente com seus próprios termos, de modo a abarcar singularidades que nele deveriam se inserir, a partir das diretrizes da generalidade (regras justas) e de atenção à singularidade (particularidade), realizando as traduções necessárias para que esta fosse reconduzida à dimensão da universalidade do sistema de segurança social.

Do mesmo modo, comparação entre licença maternidade para mães biológicas e para mães adotivas, ou entre as diferenças nas licenças para tratamento de saúde decorrente de aborto espontâneo ou óbito fetal no caso de gravidez frustrada nos regimes trabalhista e estatutário federal, revela assimetrias que se tornam desigualdades por conta da ausência de

estigmatização e o quanto de constrição a vontade majoritária e suas pretensões universais podem sofrer para acomodar a singularidade.

²⁸² Letícia Martel entende que “*em termos ideais, a atividade legislativa seria relevante para delinear o instituto, mas pensa-se que, enquanto nova legislação sobre a adaptação não for editada, cabe aos órgãos judicantes apreciar caso a caso os sujeitos ativos, passivos, a razoabilidade da adaptação e o ônus indevido, quando o procedimento de diálogo entre os envolvidos for inexitoso. No apreço, importante é tentar, em sede jurisdicional, promover o referido diálogo*” (MARTEL, 2011, p. 108). Trazendo esta consideração para os direitos sociais nas relações de gênero e quanto a orientação sexual, tem-se que a compatibilização dos direitos prestacionais deve ser promovida prioritariamente pelo legislador, mas, o judiciário pode intervir para garantir o acesso e a especificidade das prestações à luz da igualdade de gênero e da não discriminação quanto à orientação sexual, quando houver omissão ou falta de razoabilidade da solução legislativa, podendo funcionar, dentro dos seus limites institucionais, como foro de diálogo entre os envolvidos.

proporcionalidade ou não atendimento a diretrizes constitucionais e internacionais de proteção à maternidade e à infância.

Como na questão previdenciária envolvendo a orientação sexual, caberia a tutela judicial para tornar a concretização de direitos prestacionais conforme a própria linguagem da universalidade, produzindo reconhecimento e inclusão para as singularidades decorrentes das singularidades da identidade feminina, ou de suas facetas.

Ainda haveria espaço para a tutela judicial nos direitos sociais trabalhistas aplicados nas relações de gênero e de orientação sexual, pois tais direitos foram formulados como direitos subjetivos de caráter vinculante nas relações de emprego e de trabalho, muitas vezes assumindo uma função de defesa e de não discriminação, como no caso da isonomia salarial entre homens e mulheres, na estabilidade gestante ou na vedação à discriminação nas relações de trabalho por conta da orientação sexual.

Mas é preciso compreender que a efetivação de políticas de inclusão por meio de direitos sociais é algo, como registra Daniel Sarmiento (2008, p. 564), que vai além do jurídico, constituindo um “emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do Poder Judiciário”. Isto se torna mais difícil ainda ao envolver a gestão de particularidades/diferenças como o gênero e a orientação sexual.

Tratando-se especificamente de gênero, a igualdade entre homens e mulheres é uma decisão substantiva com foro constitucional, mas há divergências, mesmo dentro do próprio campo feminista, sobre qual a política pode realizar melhor isto, enfrentando aspectos androcêntricos.

Neste sentido, não é óbvia a escolha por um modelo de igualdade de gênero (chefe de família universal, cuidador/a universal, ou mesmo a igualdade entre maternidade e paternidade nos cuidados com os filhos segundo o modelo nórdico), tratando-se se uma escolha política que transcende os parâmetros objetivos de atuação judicial, pois são limitadas as possibilidades de juízes e tribunais aferirem qual modelo encontra aceitação majoritária e atende ao respeito à singularidade.

Os mecanismos disponíveis (*amicus curiae*, audiências públicas, assistência processual etc.) não conseguem ter o mesmo alcance que a gestão dialógica dos dissensos e perspectivas que existem em processos políticos conduzidos pelas instituições representativas. Como mostra Daniel Sarmiento (2008, p. 580):

Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Poder Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com a estrutura de apoio adequada para a avaliação de políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.

Ademais, como observou Rosanvallon (2012), isto pode conduzir a um paternalismo judicial, na medida em que os juízes e tribunais não dominariam as especificidades das identidades de grupo, um conhecimento necessário para projetar e aplicar as prestações decorrentes dos direitos sociais às demandas de mulheres e da comunidade LGBT.

Desta forma, seria necessário criar canais de comunicação com os “usuários do social”, para que estes pudessem formular suas demandas e expor em público as características de suas singularidades, de modo a viabilizar uma execução dos direitos sociais prestacionais devidamente voltada para as necessidades dos grupos mencionados.

Isso abriria caminho para uma acomodação razoável²⁸³ da diferença/singularidade de gênero e de orientação sexual por meio de um processo dialógico, no qual todos os implicados participam (MARTEL, 2011, p. 98), como explica:

Aquele que solicita a acomodação tem o dever de explicitar quais são suas limitações e necessidades e, se possível, apontar alternativas. O destinatário da demanda tem o dever de oferecer propostas razoáveis, que, se realmente o forem, o demandante tem o dever de facilitar e contribuir para a sua implementação [...] percebe-se que a busca pela acomodação razoável traduz-se em um processo de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo (MARTEL, 2011, p. 98-99).

Haveria aqui uma conexão entre inclusão e a função de participação dos direitos humanos/fundamentais (direitos políticos), pela qual se concebe os grupos minoritários como integrantes em iguais condições com a maioria na comunidade política, a partir de regras justas que possibilitem a disputa pela hegemonia, desde que se garantam condições efetivas para que estes grupos possam participar em igualdade de condições na formulação da agenda

²⁸³ Sobre acomodação razoável, Letícia Martel analisa o conceito no que se refere às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo que “*adaptação compreende modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos*”, ao mesmo tempo em que “*razoável é a adaptação eficaz para o indivíduo ou grupo, incluindo-se na ideia de eficácia a prevenção e a eliminação da segregação, da humilhação e da estigmatização*” (MARTEL, 2011, p. 108b). Nos termos definidos pela autora, a noção (que surgiu inclusive na seara da liberdade religiosa) pode ser transposta para qualquer situação em que grupos minoritários têm seu acesso a direitos humanos e fundamentais, notadamente os sociais, negando em razão da incapacidade de atender suas singularidade/particularidades, o que se aplica perfeitamente ao gênero e à orientação sexual, estabelecendo o dever do Estado de estabelecer um patamar de inclusão destes grupos que permite combater a segregação e a estigmatização, como bem notou Martel.

democrática (isto será analisado no capítulo seguinte).

Além do processo democrático-representativo, outro mecanismo de participação consiste na existência de órgãos ou entidades públicas para fiscalização, formulação e acompanhamento da aplicação de direitos prestacionais relativos à segurança social, os chamados conselhos de controle social com a participação da sociedade civil – a Constituição prevê, no que se refere à seguridade social, a participação dos usuários na gestão (art. 194, inciso VII), ocorrendo o mesmo no que se refere à saúde (art. 198, inciso III) e à assistência social (art. 204, inciso II).

A participação social no controle das políticas públicas que efetivam direitos sociais prestacionais também se dá por meio de conselhos que não estão previstos na Constituição, como no caso do Conselho Nacional das Relações de Trabalho e do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, já mencionados anteriormente. Na seara da orientação sexual, foi criado recentemente inclusive um Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, criado por meio da Medida Provisória 2216-37 de 31 de Agosto de 2001, e regulamentado pelo Decreto Federal 7388, de 2010.

Tais instâncias oferecem um espaço de manifestação das minorias relacionadas à sua área de atuação (no caso o gênero e a orientação sexual), criando possibilidade de interlocução com outras esferas governamentais, para implementação e desenho de políticas voltadas para assegurar direitos, notadamente aqueles que demandam o exercício da função prestacional dos direitos humanos.

Mas pode ocorrer de uma política já estar suficientemente prevista na Constituição, de forma que permita a reivindicação de incidência do benefício que ela instaura, como é o caso do sistema especial de inclusão previdenciária de trabalhadores(as) domésticos de baixa renda (art. 201, parágrafo 12, da Constituição), que fez a previsão de alíquotas e prazos de carência inferiores àqueles existentes para os demais segurados.

A alíquota diferenciada foi implantada, mas os prazos especiais de carência para este tipo de segurado, em sua maioria mulheres, continua sem uma regulamentação apropriada, constituindo uma omissão inconstitucional que legitima potenciais beneficiários a buscar a concretização judicial da política já desenhada constitucionalmente, seja pela criação de regra incidente no caso concreto, por meio de mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição), seja pela notificação do responsáveis pela edição da norma da existência da omissão e da necessidade de saná-la, por meio de ação de inconstitucionalidade por omissão

(art. 103, parágrafo 2º, da Constituição).

5 GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITOS POLÍTICOS: RECONHECIMENTO, REDISTRIBUIÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS

5.1 Cidadania, democracia e a fundamentalidade dos direitos políticos

Falar em direitos políticos significa abordar as duas matrizes centrais do Estado Constitucional no seu estágio de desenvolvimento atual: a democracia enquanto regime político e social e os direitos humanos fundamentais da pessoa humana e dos grupos como contraponto aos poderes político, social e econômico.

Por um lado, é possível resgatar a história dos direitos fundamentais como sendo, de certa forma, uma história da limitação do poder (SARLET, 2007); neste sentido, a racionalização do poder político que é promovida pelos direitos humanos é tributária da participação política livre e democrática viabilizada pelo sufrágio universal e pelas diversas formas de atuação política por meio de associações, partidos e movimentos sociais.

Assim, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação política crítica no processo político, condições de igualdades econômica, política e social (CANOTILHO, 1999).

A democracia não é apenas mais uma opção de regime dentre tantas outras igualmente disponíveis em todos os momentos e lugares, mas mais propriamente constitui uma resposta a desafios e a aspirações históricos, o que transforma o autogoverno popular em uma narrativa (DALLMAYR, 2001), que necessita por sua vez da participação dos indivíduos e dos grupos para ser tecida e construída.

Aliás, como adverte Bobbio, na democracia moderna o soberano não é o povo, mas todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e interesses, são uma realidade (BOBBIO, 2000).

Neste contexto, a liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas contribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos etc.), constitui a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades (SARLET, 2007).

Nestes termos, direito democrático de participação do povo no governo, por seus

representantes, acabou exigindo a formação de um conjunto de normas legais pertinentes, que recebeu a denominação de “direitos políticos”²⁸⁴, consistindo na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular (SILVA, 2006).

Como caracterizá-los? Tomados em seu sentido amplo, estamos tratando do direito à participação no processo político, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos (MENDES, 2008).

Os direitos políticos garantem alguns dos elementos mais caros ao regime democrático: a manifestação livre e igualitária da soberania popular por meio de eleições livres, com competição entre grupos de ideologias e programas políticos diferentes, permitindo a alternância de poder e garantindo o amplo acesso aos órgãos políticos pelos cidadãos.

Não por acaso, os direitos políticos se constituem em tradução ou consolidação de alguns dos elementos mais importantes na construção do que Norberto Bobbio (2007, p. 327) chama de regras do jogo democrático ou “procedimentos universais” de caracterização da democracia, ao menos em sua perspectiva formal, dentre eles:

- 1) Órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou segundo grau; 2) Existência junto ao supremo órgão legislativo de outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos de administração local ou o chefe de Estado nas Repúblicas; 3) Todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de sexo, devem ser eleitores; 4) Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a sua própria opinião formada ou mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 5) Igualdade de voto entre os eleitores; 6) Eleitores devem ter reais alternativas de escolha (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) Prevalência do princípio majoritário; 8) As decisões da maioria não podem limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições.

²⁸⁴ O núcleo central dos direitos políticos é o direito ao sufrágio, caracterizado como o direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado, sendo que, no panorama constitucional brasileiro, o voto é obrigatório a partir dos 18 anos de idade para todos os brasileiros, natos ou naturalizados (MENDES, 2008); ao mesmo tempo, o voto é facultativo para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, para os maiores de 70 anos e para os analfabetos. Quanto às modalidades de direitos políticos, estes podem ser considerados, quanto ao modo de exercício, direitos políticos ativos ou direitos políticos passivos, sendo os primeiros consubstanciados nas condições do direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e à capacidade eleitoral passiva, que é expressa por meio das elegibilidades, ou seja, atributo de quem tem a condição de ser votado (SILVA, 2006). Outra divisão pode ser feita entre direitos políticos positivos e negativos, sendo os primeiros o conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais, incluindo o direito de sufrágio, o direito à elegibilidade, o direito de voto em plebiscitos e referendos, a iniciativa popular, o direito a propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos (SILVA, 2006). Já os direitos políticos negativos se consubstanciam nas determinações constitucionais que importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais, o que inclui as regras constitucionais sobre suspensão e perda de direitos políticos, bem como as restrições à elegibilidade do cidadão (inelegibilidades).

Assim como Bobbio, Robert Dahl (2001) também procura estabelecer critérios a que o governo de uma associação teria que responder, para satisfazer a exigência de que todos os membros da associação estejam igualmente capacitados a participar das decisões.

Em outras palavras, quais seriam os critérios para identificar um governo democrático? Dahl propõe critérios que fundamentam ou inspiram os direitos políticos: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle do planejamento (agenda democrática) e inclusão dos adultos (todos).

Pelo critério da participação efetiva, antes de ser adotada uma política pelo governo, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem sua opinião sobre qual deveria ser esta política (DAHL, 2001).

Pelo critério da igualdade de voto, quando chegar o momento em que a decisão sobre a política tiver de ser tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de votos e todos os votos devem ser contados como iguais (DAHL, 2001).

Já pelo critério do entendimento esclarecido, dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências (DAHL, 2001).

Quanto ao controle do planejamento (da agenda democrática), trata-se de garantir que todos devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões devem ser colocadas, tornando as políticas sempre abertas para a mudança. Finalmente, a inclusão de todos (os adultos) implica na obrigatoriedade de que todos os adultos residentes permanentes devem ter o pleno direito de cidadãos (DAHL, 2001).

5.2 Direitos políticos e igualdade de gênero: a participação política feminina como construção democrática a partir da narrativa histórico-constitucional

Uma vez apresentado o caráter atual dos direitos políticos dentro da proposta de um constitucionalismo democrático, no qual soberania popular e direitos humanos aparecem como complementares e não como opostos, surge a oportunidade para reconstruir as bases da narrativa dos direitos políticos das mulheres para atingir a perspectiva igualitária formal vigente.

Os antecedentes da luta pela afirmação dos direitos políticos das mulheres remontam ao Iluminismo e ao contexto sociopolítico das declarações de direito do século XVIII. Sob o manto da promessa de emancipação e de igualdade trazida pela modernidade,²⁸⁵ as mulheres reivindicavam um lugar próprio, fundado na autonomia e na liberdade, como forma de participar do progresso social, político e moral prometido pelo iluminismo e pelas revoluções.

Na França da Revolução Francesa, Olympe de Gouges²⁸⁶ propôs uma declaração dos direitos da mulher e da cidadã. No mesmo modelo e utilizando a mesma linguagem da declaração de direitos do homem e do cidadão e servindo-se da base ideológica do pensamento iluminista e liberal, a declaração francesa dos direitos das mulheres traz uma primeira perspectiva dos direitos humanos sob a ótica do gênero.

Ainda, a declaração francesa dos direitos das mulheres e termina por denunciar as supostas características de generalidade, universalidade e a abstração da linguagem dos direitos como imposição de uma dominação implícita do masculino sobre o feminino. No

²⁸⁵ Segundo Hannah Arendt, o Iluminismo elevou a razão ao status de autoridade. Declarou como capacidades supremas do homem o pensamento e o que Lessing chamava de “pensar por si próprio”, no qual qualquer pessoa pode se empenhar sozinha e por seu próprio arbítrio [...] o pensar por si próprio liberta dos objetos e de sua realidade, cria uma esfera de puras ideias e um mundo que é acessível, sem conhecimento ou experiência, a qualquer ser racional (ARENDDT, 1994, p. 20).

²⁸⁶ “Marie Gouze ou Olympe de Gouges foi uma Feminista francesa nascida em Montauban, próxima à Toulouse, no sul da França. Ela liderou um movimento pela defesa dos direitos e da dignidade da mulher durante a Revolução Francesa (1789), adotando o pseudônimo de Olympe de Gouges. Marie Gouze nasceu num século de intensas transformações. Muda-se para Paris, pois queria se tornar uma mulher das letras, abandonando quaisquer resquícios do Antigo Regime que poderiam tolhê-la e obrigá-la a viver de um modo pré-determinado. Frequentando os salões parisienses de arte, ela conhece os maiores nomes da literatura e da filosofia francesa. É uma mulher independente, preocupada com as mais diversas causas, como a emancipação das mulheres, a instituição do divórcio, a abolição dos escravos e a criação de um teatro para a dramaturgia feminina. Escreve 30 peças teatrais e seu primeiro trabalho é lido na Comédia Francesa, porém jamais é montado. Propondo os ideais de igualdade entre os indivíduos, ela pôs em questão as relações entre os sexos, abordando o lugar de direito da mulher na sociedade. Numa sociedade marcada pela distinção entre os sexos, ela via na Revolução um agente transformador que escancarava a exploração da mulher pelo homem e, definitivamente, o momento para a mobilização das mulheres contra tais “atrocidades”. Em 1791 Olympe de Gouges escreve o panfleto Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, um modelo explicitamente feminizado e provocador da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A inserção da mulher em condições de igualdade, tanto de direitos como de deveres, na vida política e civil do país torna-se essencial para ela. Olympe de Gouges foi a primeira mulher a lançar-se na arena pública, onde também pôs em prática as suas teorias: ela reivindica os mesmos direitos que os homens, ela correrá os mesmos riscos que eles e lutará para ter as mesmas obrigações. Com o clima do Terror instaurado pelos revolucionários, seus ideais libertários sofrem ameaças. Girondina e revoltada com o Terror, ela ataca duramente Marat e Robespierre, que passam a considerá-la “perigosa demais”. Denunciada pelo seu afixador de cartazes, é presa na Ponte Saint-Michel e imediatamente encarcerada. Do fundo da sua masmorra, ainda consegue fazer afixar em Paris um último panfleto descrevendo as condições em que está presa e a garantir a sua inocência. Em vão. Em 2 de Novembro de 1793, às sete da manhã, é julgada e condenada à morte pelo Tribunal Revolucionário. Foi-lhe recusado um advogado. No dia seguinte, ela sobe ao cadafalso. Antes de morrer, afirmaria: ‘A mulher tem o direito de subir ao cadafalso, ela deve ter igualmente o direito de subir à tribuna’”. (Informações retiradas do artigo de Alain Tramont Silva e Pedro Henrique Nunes: Olympe de Gouges: as mulheres e a revolução. Disponível no site do Núcleo de Estudos Contemporâneos da Universidade Federal Fluminense/RJ, disponível em: <<http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/olymp-de-gouges-mulheres-e-revolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 dez. 2010).

preâmbulo da declaração se proclama solenemente que:

As mães, as filhas, as irmãs, representantes da nação, reivindicam constituir-se em Assembleia Nacional. Considerando que a ignorância, o esquecimento, ou o desprezo da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governantes, resolverem expor em uma Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis, e sagrados da mulher, a fim de que esta Declaração, constantemente, apresente todos os membros do corpo social seu chamamento, sem cessar, sobre seus direitos e seus deveres, a fim de que os actos do poder das mulheres e aqueles do poder dos homens, podendo ser a cada instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações das cidadãs, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, estejam voltados à manutenção da Constituição, dos bons costumes e à felicidade de todos (ESCOLA..., s.d.).

A Declaração estabelece no seu art. 3º que o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação, que não é nada mais do que a reunião do homem e da mulher: nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que deles não emane expressamente.

Por sua vez, o art. 6º prescreve que a lei deve ser a expressão da vontade geral; todas as Cidadãs e Cidadãos devem contribuir pessoalmente ou através de seus representantes; à sua formação: todas as cidadãs e todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, devem ser igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo suas capacidades e sem outras distinções, a não ser aquelas decorrentes de suas virtudes e de seus talentos (ESCOLA..., s.d.).

Nos dois dispositivos é possível perceber a defesa dos direitos políticos iguais para homens e mulheres como base da soberania popular, sem a qual não pode haver uma liberdade civil verdadeira, com igual participação na vontade política da nação e com igual acesso aos cargos e distinções públicas, antecipando as primeiras reivindicações de igualdade na esfera pública dos movimentos de mulheres.

Ao longo do século XIX, ao lado da luta pela abolição da escravatura no mundo, a luta pelo sufrágio universal (tanto masculino, em contraposição ao sufrágio censitário – baseado na renda – como feminino, com a extensão do direito de voto e de elegibilidade às mulheres) foi uma das grandes bandeiras nos países ocidentais, particularmente nos Estados Unidos, de uma luta pela afirmação de direitos fundamentais do cidadão ou da cidadã, notadamente os direitos civis e políticos, a partir de uma primeira visão de um constitucionalismo inclusivo e igualitário.

Cumprido destacar o papel de Susan Brownell Anthony e de Elizabeth Cady Stanton, que em um encontro, em 1851, em Seneca Falls, Estado de New York, iniciaram a luta pelo fim da escravidão. A idéia inicial de Susan era que também fosse aprovada uma emenda que

desse também o direito de voto às mulheres, mas, devido às dificuldades enfrentadas, foi resolvido que ficariam apenas na libertação dos escravos para só tratar posteriormente do direito ao voto (RIBEIRO, s.d.).

Em 1870, foi aprovada a emenda constitucional nº 15, que garantiu o direito ao voto aos homens de qualquer raça, cor e condição social. Só então, nova batalha seria iniciada, uma emenda pelo voto feminino, que levaria o nome de sua idealizadora, Susan Anthony. Foi apresentada no Congresso norte-americano, mas sua aprovação seria longa e árdua (RIBEIRO, s.d.).

Com a autonomia que a Constituição delega aos Estados membros da união norte-americana, o então território do Wyoming no ano de 1869, foi o pioneiro, quando pela primeira vez, a mulher obteve o direito ao voto. Posteriormente mais três Estados do Oeste também seguiriam o exemplo e aprovariam o voto feminino (RIBEIRO, s.d.).

Do outro lado do globo, a Nova Zelândia foi o primeiro país do mundo a conceder o direito ao voto às mulheres no ano de 1893, as quais tinham direitos políticos no âmbito municipal desde 1886. A Austrália concedeu o voto em 1902, com algumas restrições (RIBEIRO, s.d.).

Na Europa o primeiro país em que as mulheres obtiveram o direito ao voto foi a Finlândia em 1906. Em 1918, ao término da Primeira Grande Guerra, que teve a participação decisiva do sexo feminino na retaguarda do conflito, foi dado o direito do voto às mulheres inglesas com mais de 30 anos, sendo eleitas três mulheres para a Câmara dos Comuns. Somente em 1928 a idade foi reduzida para 21 anos. Na Europa, várias deputadas foram eleitas em seus países (RIBEIRO, s.d.).

Seja na Europa ou nos Estados Unidos, a luta pela afirmação do sufrágio feminino, assim como toda a narrativa de construção sociojurídica dos direitos humanos e sua efetivação, foi marcada por intensa luta social ou política, com a atuação marcante de movimentos sociais de mulheres em diversos países, inclusive no Brasil.

A trajetória histórica e constitucional do sufrágio feminino no Brasil se insere no contexto do surgimento do voto das mulheres no mundo, contrapondo o desejo de liberdade política e a inserção cidadã no espaço público com as marcas de uma sociedade patriarcal, extremamente centrada na figura masculina e que reserva à mulher a invisibilidade em termos de participação política.

Embora não se deva desprezar a história dos movimentos de mulheres no Brasil colônia e no Império, e nem se deva esquecer as trajetórias femininas individuais que

contribuíram, e muito, para a formação política e cidadã da sociedade brasileira²⁸⁷, o debate sobre os direitos políticos das mulheres, em particular o direito de voto, ganha maior relevância e destaque no período republicano, no início da década de 1890, como narra Antônio Sérgio Ribeiro (s.d.):

Ao contrário de outros países, o movimento pelo voto feminino partiu de um homem, o constituinte, médico e intelectual baiano César Zama, que, na sessão de 30 de setembro de 1890, durante os trabalhos de elaboração da primeira Constituição republicana, defendeu o sufrágio universal, a fim de que as mulheres pudessem participar efetivamente da vida política do país. No ano seguinte outro constituinte, Almeida Nogueira, defendeu a participação das mulheres como eleitoras, e lembrou, na sessão de 2 de janeiro de 1891, que não havia legislação que restringisse seus direitos e mesmo a projeto da nova Constituição também não cerceava esse exercício cívico [...] Mas os inimigos eram fortes e em maior número. Entre os que rejeitavam a ideia estavam Lauro Sodré e Barbosa Lima. Cabe citar que, no primeiro dia do ano de 1891, 31 constituintes assinaram uma emenda ao projeto de Constituição, de autoria de Saldanha Marinho, conferindo o voto à mulher brasileira. A pressão, porém, foi tão grande que Eptácio Pessoa (posteriormente Presidente da República, em 1919-1922), que havia subscrito a emenda, dez dias depois, retirou o seu apoio.

Ao longo de toda a República Velha, em diversas ocasiões tentou-se introduzir o voto feminino, mas sem sucesso, seja por manobras procedimentais dos opositores nas Casas do Congresso Nacional ou pela rejeição das proposições (RIBEIRO, s.d.).

No final da década de 1920, porém, a idéia do sufrágio feminino passou a ganhar força, por conta da atuação das ligas femininas e pela própria contestação ao modelo aristocrático e pouco inclusivo de espaço político como delimitado na Constituição de 1891 (RIBEIRO, s.d.).

²⁸⁷ Neste ponto, impossível não mencionar a figura de Maria Quitéria, heroína da independência na Bahia, mulher que lutou vestida de soldado pela expulsão das tropas portuguesas da Bahia, fato que consolidou a emancipação política brasileira: “Nascida provavelmente em 1792 na Comarca de Nossa Senhora do Rosário, em Feira de Santana (BA), filha de um fazendeiro da região, Maria Quitéria teve uma infância livre e feliz até a morte de sua mãe, quando teve que assumir a tarefa de cuidar dos dois irmãos mais novos. Em 1822, os partidários da Independência do Brasil começaram a percorrer a Bahia à procura de voluntários e doações para a luta contra os portugueses. Ao saber da convocação, pediu permissão ao pai para se alistar, mas ele não deixou. Ela então se disfarçou de homem, tomando roupas emprestadas do cunhado e, contra a vontade do pai, alistou-se no regimento de artilharia, como o soldado Medeiros. Depois foi transferida para a infantaria e passou a integrar o Batalhão dos Voluntários do Imperador, tornando-se a primeira mulher a pertencer a uma unidade militar no Brasil. Duas semanas depois, foi descoberta pelo pai, que a procurava. Entretanto, devido à facilidade com que manjava as armas e por sua disciplina, o major Silva e Castro não permitiu que ela fosse desligada do grupo. Maria Quitéria conquistou o respeito dos companheiros, assumiu a sua condição feminina e não precisou mais usar roupas masculinas. Destacou-se pelo seu entusiasmo e bravura. Sua luta influenciou outras mulheres, formando um grupo feminino liderado por ela. Depois que D. Pedro I declarou a Independência do Brasil, em 7 de setembro, as tropas portuguesas continuaram lutando no País. Na batalha que ocorreu na foz do rio Paraguaçu, em solo baiano, o grupo de mulheres comandadas por Quitéria se destacou. Quando os portugueses foram derrotados, em julho de 1823, Maria Quitéria foi reconhecida como heroína das guerras pela Independência e homenageada pelo imperador, recebendo o título de Cavaleiro da Ordem Imperial do Cruzeiro”. Disponíveis em: <<http://www.brasil.gov.br/secoes/mulher/elas-fazem-a-diferenca/maria-quiteria>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

Em 1928 foi eleita a primeira Prefeita de uma cidade brasileira, Alzira Soriano, no Município de Lages, no Rio Grande do Norte, pelo Partido Republicano Federal, em razão de alteração na Constituição estadual potiguar que estendeu direitos políticos à mulheres (RIBEIRO, s.d.).

No esteio da Revolução de 1930, a luta pela implantação do voto feminino fortaleceu-se. Antônio Sérgio Ribeiro destaca a entrevista à imprensa, em 14 de setembro de 1931, da presidente da Federação Brasileira Pelo Progresso Feminino, Bertha Lutz, que afirmou que *"é um fato interessante, que as revoluções de pós-guerra têm favorecido a mulher"*, e ainda enaltecia a figura do Chefe do Governo Provisório Getúlio Vargas, que perante as participantes do II Congresso Internacional Feminista, realizado do mês de junho na Capital Federal, defendeu a oportunidade da remodelação da estrutura política nacional (RIBEIRO, s.d.).

A história da participação da mulher no parlamento brasileiro tem como marco inicial a conquista do direito ao voto que se deu em 1932, como resultado da luta contínua do movimento sufragista que emergiu no Brasil em 1919 (RIBEIRO, s.d.).

Por meio do Decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, é instituído o Código Eleitoral Brasileiro, e o artigo 2º disciplinava que era eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código, ao mesmo tempo em que as disposições transitórias, no artigo 121, dispunham que os homens com mais de 60 anos e as mulheres em qualquer idade podiam isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral. Logo, não havia obrigatoriedade inicial do voto feminino (RIBEIRO, s.d.).

Em 3 de maio de 1933, na eleição para a Assembléia Nacional Constituinte, a mulher brasileira pela primeira vez, em âmbito nacional, votaria e seria votada, e caberia a primazia de ser eleita à médica paulista Carlota Pereira de Queiróz, a primeira deputada brasileira, que havia se notabilizado como voluntária na assistência aos feridos durante a Revolução Constitucionalista (RIBEIRO, s.d.).

Com a promulgação da Constituição de 1934, a idade mínima para o exercício do voto seria alterada para 18 anos, mantida até o advento da Constituição de 1988, que facultou para os maiores de 16 anos o direito ao voto (RIBEIRO, s.d.).

A igualdade formal entre homens e mulheres no direito ao voto e na elegibilidade havia sido alcançada e seria mantida a partir de 1934 pelo constitucionalismo brasileiro, no quadro geral dos direitos políticos consagrados na Constituição.

A trajetória de afirmação político-constitucional do voto feminino no mundo e no

Brasil teve um caráter inclusivo, que pode ser associado ao pensamento de Robert Dahl (2001), para quem nenhum grupo de adultos pode entregar com segurança a outros o direito de governá-lo, o que leva à conclusão de que a plena inclusão implica na ideia de que o corpo de cidadãos deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis de um Estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos.²⁸⁸

Mas a afirmação dos direitos políticos para mulheres não se encerrou com a ampliação do direito de voto. Assim como ocorreu com os direitos humanos em geral, a afirmação de direitos civis e políticos para mulheres não pôde ser dissociada das desigualdades sociais e de gênero presentes na estrutura da sociedade brasileira, o que traz à questão da participação política feminina.

5.3 Igualdade de gênero e direitos de participação política feminina no constitucionalismo contemporâneo: panorama internacional e situação brasileira

O panorama dos direitos políticos não foi substancialmente alterado pela Constituição brasileira de 1988, garantindo a igualdade formal entre homens e mulheres no que tange a participação política no espaço público democrático, e nem está em discussão que tal configuração dos direitos políticos deva ser alterada.

O que se propõe é um debate acerca da aplicação dos direitos políticos como forma de efetivar o acesso e a participação das mulheres no espaço público diante das desigualdades sociais e políticas no plano da sociedade brasileira contemporânea.

A conquista do direito de voto pelas mulheres não foi capaz de, por si só, modificar o quadro de desigualdade fática em termos sociais e econômicos que vigorava (e de certa forma ainda vigora) em face dos homens. Segundo Mary Ferreira (2004):

Até a década de 1970 esse quadro de exclusão não sofreu muitas modificações. A partir do final da década de 1980, a situação se modifica, em virtude do crescimento industrial, que contribuiu para um aumento significativo da participação feminina no mercado de trabalho, e, na crescente inserção das mesmas, nos cursos superiores. A isto se aliou o processo de redemocratização do País que se instaurou nesse período. Esses fatos contribuem, para ampliar a participação da mulher nas esferas de poder, encorajando-as, também, a organizarem-se politicamente.

²⁸⁸ A afirmação de Robert Dahl (2001) deve, no entanto, se compatibilizar com a exigência posta pelo Direito Constitucional positivo de exclusão dos estrangeiros e apátridas dos direitos políticos, ainda que residentes, sem prejuízo de que exerçam outros direitos fundamentais, respeitada a questão da nacionalidade.

Superadas as barreiras legais ao voto e à candidatura política, os avanços sociais e econômicos deveriam possibilitar que as mulheres acessassem aos cargos de comando político, promovendo seu empoderamento. Mas, apesar dos avanços educacionais e ocupacionais ocorridos no mundo e no Brasil, a composição dos quadros políticos se alterou pouquíssimo, e a presença feminina na política formal ainda permanece desigual (COSTA; BELTRÃO, 2008).

A discussão se centra em dois eixos: em um primeiro momento, qual o impacto das transformações nos direitos de participação política sob a perspectiva da igualdade de gênero quanto à proporção de mulheres eleitas para o parlamento nacional e órgãos legislativos locais; em um segundo momento, qual o impacto da ampliação dos direitos de participação política das mulheres no governo ou nos executivos nacionais, regionais e locais.

Considerando o quadro latino-americano em artigo publicado por Mala Htun (2001) a partir de notas preparadas para uma apresentação em evento realizado no ano anterior, declarava que as mulheres ocupavam 15,3% das vagas nas Câmaras dos Deputados na América Latina e Caribe, constituindo a segunda maior média regional do mundo.

Segundo a autora, três anos antes este percentual era de apenas 10%. A representação das mulheres nos Ministérios nacionais também havia aumentado – o que era demonstrado pelo ingresso de mulheres em importantes Ministérios, como o da Justiça e Relações Exteriores (HTUN, 2001).²⁸⁹

Por outro lado, a presença feminina também aumentou nas esferas de poder estaduais e municipais, incluindo cargos de Governadores e de Prefeitos. Certamente, estes ganhos foram importantes e expressivos, mas não o suficiente para compensar o desequilíbrio entre a presença da mulher nos partidos políticos, onde elas são entre 30% e 40% dos militantes, e entre a presença das mulheres no eleitorado, onde representam mais da metade do número total de eleitores (HTUN, 2001).

Dez anos depois, a posição defendida por Mala Htun (2001) é corroborada por análise dos dados empíricos apresentados pela União Interparlamentar, organismo internacional multilateral composto pelos parlamentos de Estados soberanos. No total as mulheres ocupam 19% dos cargos em parlamentos nacionais no mundo, com as seguintes médias regionais

²⁸⁹ Ilustrando o argumento da autora, podemos citar o caso de Michelle Bachelet, que ocupou durante o governo do ex-Presidente chileno Ricardo Lagos, do Partido Socialista, o cargo de Ministra da Saúde entre 2000 e 2002 e se tornou, em 2002, a primeira mulher a assumir o Ministério da Defesa de um país sul-americano. Em 2006, Bachelet foi a primeira mulher eleita para o cargo de Presidente da República no Chile, cargo que ocupou até março de 2010. Atualmente, é Presidente do Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher. Seu governo foi marcado pela ideia da igualdade de gênero de tal forma que o Ministério escolhido para iniciar o governo era formado paritariamente por metade de homens e metade de mulheres.

(Tabela 1).²⁹⁰**Tabela 1 - Percentual de mulheres que ocupam cargos em parlamentos nacionais no mundo**

Região do mundo	Participação na Câmara Baixa ou Câmara Única do Parlamento (%)	Participação na Câmara Alta do Parlamento (%)	Combinação da participação nas duas Casas do Parlamento
Países nórdicos	41.6%	-	-
Américas	22.7%	23,7%	22.9%
Europa – Países membros da Organização para Segurança e Cooperação na Europa (incluindo países nórdicos)	21.9%	19.6%	21.4%
Europa – Países membros da Organização para Segurança e Cooperação na Europa (excluindo países nórdicos)	20%	19.6%	20%
África subsaariana	18.3%	19.7%	18.5%
Ásia	18.3%	15.3%	18%
Pacífico	12.6%	32.6%	14.8%
Países árabes	12.5%	8.4%	11.7%

Fonte: WOMEN IN NATIONAL PARLIAMENT, 2010.

Quanto aos países, a União Interparlamentar elabora um ranking que mede a participação feminina nos parlamentos nacionais. Os dados apresentados são de julho de 2010, que apontam os seguintes países como vinte primeiros do ranking geral de participação parlamentar feminina (Tabela 2).

Tabela 2 - Ranking geral de participação parlamentar feminina

Ranking	País	Câmara Baixa ou dos Deputados				Câmara Alta ou Senado			
		Eleições	Cadeiras	Mulheres	% Mulheres	Eleições	Cadeiras	Mulheres	% Mulheres
1	Ruanda	9 2008	80	45	56.3%	10 2003	26	9	34.6%
2	Suécia	9 2006	349	162	46.4%	---	---	---	---
3	África do Sul	4 2009	400	178	44.5%	4 2009	54	16	29.6%
4	Cuba	1 2008	614	265	43.2%	---	---	---	---
5	Islândia	4 2009	63	27	42.9%	---	---	---	---
6	Holanda	6 2010	150	61	40.7%	5 2007	75	26	34.7%
7	Finlândia	3 2007	200	80	40.0%	---	---	---	---

²⁹⁰ Por Câmara Baixa entende-se em geral a Casa Legislativa composta por representantes eleitos por voto popular conforme o sistema eleitoral de cada Estado soberano. Por Câmara Única entende-se o Parlamento nacional no modelo unicameral. Por Câmara Alta entende-se uma segunda Câmara, presente no modelo bicameral, que pode se relacionar com a representação eleita por entidades regionais em Estados Federais ou não, ou mesmo ser composta a partir de outro critério que não a eleição popular, a depender de cada modelo constitucional. Em geral recebe a denominação de Senado. O percentual de participação das mulheres na combinação da Câmara Alta e da Câmara Baixa não é uma média aritmética porque em geral a primeira Casa Legislativa apontada tem número menor de integrantes. Trata-se de um percentual retirado da razão entre participação feminina, nas duas casas do parlamento, e número total de integrantes do deste (WOMEN IN NATIONAL PARLIAMENT, 2010).

8	Noruega	9 2009	169	67	39.6%	---	---	---	---
9	Bélgica	6 2010	150	59	39.3%	6 2010	40	17	42.5%
10	Moçambique	10 2009	250	98	39.2%	---	---	---	---
11	Angola	9 2008	220	85	38.6%	---	---	---	---
"	Costa Rica	2 2010	57	22	38.6%	---	---	---	---

Tabela 2 (cont.) - Ranking geral de participação parlamentar feminina

Ranking	País	Câmara Baixa ou dos Deputados				Câmara Alta ou Senado			
		Eleições	Cadeiras	Mulheres	% Mulheres	Eleições	Cadeiras	Mulheres	% Mulheres
12	Argentina	6 2009	257	99	38.5%	6 2009	71	25	35.2%
13	Dinamarca	11 2007	179	68	38.0%	---	---	---	---
14	Espanha	3 2008	350	128	36.6%	3 2008	263	81	30.8%
15	Andorra	4 2009	28	10	35.7%	---	---	---	---
16	Nova Zelândia	11 2008	122	41	33.6%	---	---	---	---
17	Nepal	4 2008	594	197	33.2%	---	---	---	---
18	Alemanha	9 2009	622	204	32.8%	N.A.	69	15	21.7%
19	Macedônia	6 2008	120	39	32.5%	---	---	---	---
20	Equador	4 2009	124	40	32.3%	---	---	---	---

Fonte: WOMEN IN NATIONAL PARLIAMENT, 2010.

Observe-se que dentre os vinte primeiros colocados, constam quatro países latino-americanos (Cuba, Costa Rica, Argentina e Equador) e dois países africanos (Ruanda, o primeiro colocado do ranking, e a África do Sul, em terceiro lugar).

Apesar do exposto, nas eleições 2010, a bancada feminina no Congresso Nacional brasileiro ainda era pequena se comparada com a participação das mulheres na população em geral. Segundo o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), a legislatura 2011-2014 conta com a participação de 45 deputadas e 12 senadoras, contra o número de deputadas e dez senadoras na legislatura anterior (AGÊNCIA DIAP, 2010). Logo, as mulheres ocupam 9,59% das vagas no Congresso Nacional brasileiro, embora sejam 51,3% da população brasileira estimada segundo a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), de 2009 (CAETNIA, 2009).

Em relação ao Poder Executivo, a situação das mulheres no mundo é até mais desvantajosa do que em relação aos parlamentos nacionais: nos últimos 15 anos, a participação das mulheres como chefes de Estado ou governantes não mostrou aumento expressivo: em 1995 havia 12 mulheres nessa posição e em 2009 o número passou para 14²⁹¹.

²⁹¹ Com a posse de Dilma Rousseff como Presidente da República no Brasil em 1º de janeiro de 2011, o número de mulheres como Chefes de Estado e/ou de governo aumentou para 15.

Nesse período, exemplos notáveis incluem a eleição de mulheres para governos ou chefes de Estado na Islândia (Jóhanna Sigurðardóttir) em 2009, no Haiti (Michele Pierre-Louis) e na República da Moldávia em 2008, na Argentina (Cristina Kirchner), Índia (e Ucrânia (Yulia Timoshenko) em 2007, no Chile (Michelle Bachelet) em 2006 e na Alemanha (Angela Merkel) e na Libéria (Ellen Johnson Sirleaf) em 2005 (MULHERES NO PODER, 2011).

A média de poder feminino também é baixa nos ministérios em todo o mundo, onde, em média, apenas um em cada seis ministros é do sexo feminino (17%), segundo registro de 2008. O número é baixo, mas representa um avanço perto dos 8% registrados em 1998 (MULHERES NO PODER, 2011).²⁹²

Ante o exposto, a perspectiva de que a ampliação da participação das mulheres no espaço público e nas instituições políticas se relacionaria com a igualdade formal de direitos políticos universais entre homens e mulheres parece não se concretizar, tomadas apenas as expansões do sufrágio e da capacidade eleitoral passiva.

Questões socioeconômicas e culturais têm influído na maior ou menor ocupação de cargos políticos pelas mulheres, assim como o grau de secularização de uma sociedade, bem como o próprio acesso das mulheres aos graus superiores de educação formal e a outros direitos.

No entanto, como a participação feminina na política direta tem permanecido incongruente com o volume populacional do grupo a despeito de seus avanços socioeconômicos, passou-se a duvidar da capacidade do aumento dos níveis educacionais como forma de possibilitar o empoderamento político feminino: se por um lado a educação promove uma porta de acesso à elite política, por outro, ela pode não ser suficiente para garantir a vitória eleitoral, já que diversos outros fatores determinam candidatura e eleições (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Diante da insuficiência das alterações socioeconômicas na redistribuição do poder, certos organismos internacionais, países e ONGs se anteciparam às referidas transformações

²⁹² Interessante notar que Dilma Rousseff declarou sua disposição de ter ao menos 1/3 de mulheres compondo os 37 ministérios do governo federal brasileiro. Ao final, conseguiu assegurar a nomeação de nove mulheres, para os ministérios do Planejamento, Pesca, Cultura, Meio Ambiente e Recursos Hídricos, Desenvolvimento Social, e para as Secretarias Especiais de Direitos Humanos, Políticas de Mulheres, Igualdade Racial e Comunicação de governo. O percentual de mulheres no ministério do atual governo inicialmente era de 24,32%, maior que a média mundial, mas ainda assim pouco representativo no que se refere à razão entre participação feminina em cargos executivos e participação feminina na população em geral. Mudanças na composição dos Ministérios do Poder Executivo Federal entre 2011 e 2012 fizeram com que mulheres passassem a ocupar a Casa Civil da Presidência da República, o Ministério da Cultura e a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência, tendo o Ministério da Pesca passado a ter um homem como titular. No total, em março de 2013 haviam 10 mulheres em 38 Ministérios ou órgãos auxiliares da Presidência da República, um percentual de 26,31%, aproximadamente (BRASIL, 2011).

estruturais e propuseram intervenções diretas na questão da participação política feminina. Começou-se a adotar políticas deliberadamente voltadas para a promoção da “equidade entre homens e mulheres” e algumas medidas foram propostas com o objetivo de forçar o incremento da proporção de mulheres na política formal (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Dentre as medidas mencionadas se encontram as políticas de cotas de participação de mulheres em parlamentos, em candidaturas ou em partidos políticos, uma espécie do gênero das políticas afirmativas e que será objeto de análise na seção seguinte deste trabalho.

5.3.1 Políticas afirmativas, igualdade de gênero e direitos políticos: evolução histórica, tratamento legislativo e questões de eficácia jurídica e social

As políticas ou ações afirmativas são

instrumentos jurídico-constitucionais oriundas da experiência norte-americana por meio dos quais o Estado, ao formular políticas públicas, passa a considerar fatores como sexo, raça e cor não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento das categorias jurídicas clássicas (GOMES, 2001, p. 39).

As ações afirmativas podem ser definidas como

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais (GOMES, 2001, p. 40).

Hoje, no contexto de sociedades complexas e cada vez mais multifacetárias e entrecortadas por arranjos étnico-raciais, novas entidades familiares, comunidades baseadas em denominações religiosas e/ou em origem nacional, novas expressões da subjetividade e da sexualidade, as ações afirmativas atendem aos apelos crescentes por reconhecimento das identidades e passam também a serem instrumentos jurídicos para consolidar estratégias de garantir uma sociedade mais plural e fundada na tolerância e no respeito à diversidade.

Assim, Joaquim Barbosa considera que é preciso promover e tornar rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que venha a se operar uma transformação no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade, cujos “mores” são fortemente condicionados pela tradição, pelos costumes, pela história (GOMES,

2001).

Uma das formas de política afirmativa adotadas sob a perspectiva da igualdade (material ou de resultados) de gênero é a política de cotas para mulheres em instituições políticas (parlamentos, partidos políticos ou candidaturas).

Segundo definição de Thiago Costa e Kaizô Beltrão (2008),

as cotas de participação ou cotas eleitorais são regras que estabelecem que mulheres devem ocupar um certo número ou porcentagem de vagas ou cargos existentes em um determinado organismo. Esse organismo pode ser uma lista de candidatos, uma assembleia parlamentar, uma comissão de trabalhos, um corpo consultivo ou diretivo etc. O objetivo das cotas é aumentar a presença de mulheres em instituições publicamente eleitas ou indicadas, como governos, parlamentos e conselhos locais.

Para os autores mencionados,

as cotas retiram o fardo do recrutamento político sobre as mulheres como indivíduos e o coloca sobre aqueles que controlam o processo de recrutamento dos candidatos, isto é, nos partidos políticos, principalmente. Assim, forçam os responsáveis pela indicação e nomeação dos candidatos a começarem a recrutar mulheres e lhes dar chances que elas não teriam de outra forma (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Os dois tipos mais comuns de cotas de participação por sexo são cotas para candidatos e reserva de assentos no parlamento: o primeiro tipo estabelece que um percentual mínimo dos candidatos a cargos eletivos nas listas dos partidos políticos devem ser mulheres, podendo ter fundamento normativo na Constituição, na legislação eleitoral ou em disposições internas de cada partido político (COSTA; BELTRÃO, 2008).²⁹³

A reserva de assentos determina um número mínimo de lugares a serem ocupados pelas mulheres nos parlamentos ou órgãos legislativos, podendo se dar por eleição ou nomeação (caso do Quênia e de alguns países árabes) (COSTA; BELTRÃO, 2008).²⁹⁴

Este é o tipo de cota adotado em Ruanda, país com a maior porcentagem de participação política feminina no parlamento no mundo conforme os dados da União Interparlamentar de julho de 2010 e no qual há uma reserva de 30% das vagas no parlamento para mulheres, que são eleitos por um procedimento diferenciado (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Existem ainda as chamadas cotas com neutralidade de gênero, pelas quais se dispõe, por exemplo, que nem homens nem mulheres ocupem mais que 60 por cento ou menos que 40 por cento das posições numa lista de partido ou num organismo (COSTA; BELTRÃO, 2008).²⁹⁵

Enquanto as cotas para mulheres fixam um máximo para o número de homens, as

²⁹³ Conferir também Dahlerup (2005).

²⁹⁴ Conferir também Dahlerup (2005).

²⁹⁵ Conferir também Dahlerup (2005).

cotas neutras fixam um máximo para ambos os sexos. É o caso da legislação de cotas no Brasil, que fixa um máximo de 70 por cento e um mínimo de 30 por cento para cada um dos sexos nas listas eleitorais dos partidos políticos (COSTA; BELTRÃO, 2008).²⁹⁶

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, garante a todas as pessoas o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos (art. 21) (ONU, 1948).

As primeiras referências à igualdade de gênero quanto aos direitos políticos surgem com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos Políticos das Mulheres, de 1953, que trouxe a questão da igualdade formal de gênero pela primeira vez para o plano internacional, ao explicitar no art. 1º que as mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição e ao dispor no art. 2º que “as mulheres serão, em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição” (ONU, 1979).

A questão da igualdade de oportunidades ou de resultados surge, então, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos com a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que em seu art. 4º, inciso 1, estabelece que:

A adoção, pelos Estados Partes, de medidas especiais de caráter temporário visando acelerar a vigência de uma igualdade de fato entre homens e mulheres não será considerada discriminação, tal como definido nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, na manutenção de normas desiguais ou distintas; essas medidas deverão ser postas de lado quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento tiverem sido atingidos (ONU, 1979).

O art. 7º da Convenção da ONU de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher legitima claramente as políticas afirmativas quanto à igualdade de gênero no que concerne a participação política, ao dispor que os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em condições de igualdade com os homens, o direito: a) de votar em todas as eleições e em todos os referendos públicos e de ser elegível para todos os órgãos cujos integrantes sejam publicamente eleitos; b) de participar da

²⁹⁶ Os autores se referem ao art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9504/1997, que dispõe que Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (na verdade, gênero).

formulação da política do Estado e na sua execução, de ocupar empregos públicos e de exercer todos os cargos públicos em todos os níveis de governo (ONU, 1979).

O primeiro país a adotar cotas de participação política foi a Noruega. Legislação norueguesa de 1978 assegurava que toda agência governamental, direção de comitês, comissões ou conselhos de 4 membros ou mais deveriam ter o mínimo de 40% de sua composição reservadas para indivíduos de cada sexo (COSTA; BELTRÃO, 2008).

A Argentina foi o primeiro país da América Latina a adotar o sistema de cotas no legislativo, em 1991. A legislação argentina assegura que no mínimo 30% das listas de candidatos dos partidos devem ser preenchidas por mulheres, e estabelece uma alternância de homens e mulheres na ordenação dessas listas (COSTA; BELTRÃO, 2008).

No Brasil a primeira previsão legislativa sobre as cotas para mulheres na política foi a Lei 9100/1995, que no seu art. 11, parágrafo 3º, prescrevia que vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres, adotando assim o modelo de cotas para candidatos ou candidaturas.

Dois anos depois foi aprovada a Lei 9504/1997, que traz normas para as eleições e que dispõe no seu art. 10, parágrafo 3º, que cada partido ou coligação deverá reservar no mínimo 30% de vagas e máximo de 70% de vagas do total de candidaturas para candidatos de cada sexo (gênero)²⁹⁷. Como regra de transição entre o regime da Lei 9100/95 (que estava circunscrito apenas às eleições municipais) e a nova regulamentação, a própria Lei estabeleceu no seu art. 80 que nas eleições nacionais e estaduais de 1998 cada partido ou coligação deverá reservar, para candidatos de cada sexo, no mínimo, vinte e cinco por cento e, no máximo, setenta e cinco por cento do número de candidaturas que puder registrar.

A Lei 9504/1997 terminou por adotar no Brasil o sistema de cotas com neutralidade de gênero em substituição ao modelo de cotas para candidatos ou candidaturas adotado na Lei 9100/1995.

Buscando o aperfeiçoamento da política de cotas, o movimento feminista e as forças sociais que defendem uma maior equidade de gênero na sociedade se mobilizaram para promover alterações na legislação eleitoral aplicável ao pleito de 2010 no Brasil. Depois de ampla negociação e da participação decisiva da atual bancada de deputadas federais, da

²⁹⁷ A legislação brasileira sobre cotas para mulheres em candidaturas políticas foi reformulada em parte por conta de argumentos que embasaram recursos judiciais quanto ao resultado das eleições de 1996, alegando a inconstitucionalidade do art. 11, parágrafo 3º, da Lei, por suposta contrariedade ao art. 5º, inciso I, da Constituição brasileira, dispositivo que estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Neste sentido, confira-se o seguinte Acórdão do TSE: Recurso Especial Eleitoral 13759 – Florianópolis/SC, cujo Relator foi o Ministro Nilson Naves, data de julgamento: 10/12/1996.

Comissão Tripartite instituída pela Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), de acadêmicos e da sociedade civil foi aprovada uma nova redação na Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009, que regula as eleições de 2010, e ficou assim redigida:

Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (ALVES, 2010).²⁹⁸

A alteração parece pequena, mas a mudança do verbo "reservar" para "preencher" significa uma mudança substancial na política de cotas, conforme havia sido proposto no projeto da deputada Vanessa Grazziotin. Com a nova redação, os partidos ficam obrigados – no ato de registro da lista de candidaturas no TSE – a apresentar no mínimo 30% de candidaturas de cada sexo (ALVES, 2010).

Delineada a evolução do tratamento legislativo quanto às políticas afirmativas de igualdade de gênero nos direitos políticos no Brasil a etapa seguinte consiste em averiguar qual a eficácia das medidas adotadas e que resultados foram alcançados.

Por um lado houve um crescimento das candidaturas e das mulheres eleitas quando se consideram os resultados das eleições municipais e estaduais no Brasil: segundo Thiago Costa e Kaizô Beltrão, nas eleições para a Câmara de Vereadores o percentual de mulheres entre os candidatos chegou a 18%, perto da meta de 20% estabelecida pela Lei 9100/95, sendo que a percentagem de candidatas apresentou um aumento para 19,2% nas eleições municipais de 2000; o percentual de eleitas também aumentou, saindo de 7,5% do total de parlamentares municipais eleitos em 1992 para 12,7% em 2004 (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Houve também um aumento significativo quando se consideram o aumento de candidaturas femininas para as Assembleias Legislativas estaduais e para a Câmara Legislativa do Distrito Federal: em 1994 as mulheres eram 7,2% dos candidatos e, com a introdução das cotas, o percentual de candidatas passou para 14,75% em 2002 e, quanto às eleitas, o número de deputadas estaduais e distritais passou de 7,8% em 1994 para 12,65% em 2002 (COSTA; BELTRÃO, 2008). Neste sentido, o resultado das cotas para mulheres em candidaturas nas eleições locais e regionais no Brasil foi positivo.

Quando se analisam os resultados para o Congresso Nacional, a eficácia das cotas é sensivelmente reduzida: o percentual de eleitas diminuiu no pleito em que as cotas foram introduzidas nas eleições federais (5,65% em 1998 contra 6,23% em 1994), aumentando novamente em 2002 (8,18%) (COSTA; BELTRÃO, 2008). Nas eleições de 2006 e 2010 o

²⁹⁸ Refere-se ao art. 3º da Lei 12034/2009, que modificou a redação do art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9504/1997.

percentual de mulheres parlamentares eleitas se manteve estável, com leve aumento em relação a 2002, mas sempre em torno de 9,5%, bem distante da meta legal estabelecida de 30%.

Uma das explicações para o fenômeno está nas características do sistema eleitoral, como explica Mala Htun (2001):

Na média, as cotas produziram um aumento percentual de seis pontos na presença feminina no Parlamento. Em termos históricos, um ganho de seis pontos representa um grande salto, isto porque as estatísticas mundiais demonstram que a média de aumento da presença feminina de uma eleição para a outra é de dois pontos percentuais [...]. Mas, os efeitos das cotas têm variado significativamente entre os países. Somente na Câmara dos Deputados da Argentina e no Senado do Paraguai, o aumento da presença das mulheres acompanhou de perto o nível das respectivas cotas. Nas Câmaras dos Deputados da Bolívia, do Brasil, do Panamá e do Paraguai e nos Senados da Bolívia e da Venezuela, as cotas produziram pequenos efeitos [...]. A natureza do sistema eleitoral de cada país afeta significativamente o sucesso das políticas de cotas.

Mala Htun (2001) indica três fatores²⁹⁹ que influenciam de forma mais decisiva o impacto das cotas para mulheres em candidaturas políticas em um determinado sistema jurídico-constitucional: natureza do sistema eleitoral (se de lista aberta ou fechada); obrigatoriedade ou não de posicionar as candidatas mulheres em postos competitivos dentro da lista partidária e o tamanho da circunscrição eleitoral.

O primeiro destes fatores é a natureza da lista partidária: se aberta ou fechada, pois num sistema de lista fechada cada partido controla o posicionamento dos seus candidatos na sua lista, de forma que neste sistema os eleitores votam nos partidos e não nos candidatos, ou seja, a quantidade de votos recebida por partido determina quantos candidatos da lista serão eleitos; no entanto, durante a campanha eleitoral, os candidatos de um mesmo partido lutam juntos pela maximização dos votos da legenda. Como destaca Htun (2001), Argentina, Bolívia, Costa Rica, República Dominicana, Paraguai e Venezuela têm sistema de lista fechada.

Mala Htun (2001) ainda esclarece que por outro lado, num sistema de lista aberta, como o do Brasil, os eleitores escolhem os seus candidatos votando nestes e não nos partidos. Desta forma, o fator que determina quem serão os eleitos é a quantidade de votos recebidos

²⁹⁹ Mala Htun (2001) identifica um quarto fator que ela considera importante para um maior grau de eficácia das cotas para mulheres em candidaturas políticas: o compromisso partidário, particularmente das cúpulas das agremiações. Neste trabalho se considerou que os três mencionados no corpo do texto seriam mais relevantes, até porque apresentariam condições para análises comparativas. Além disso, a autora não define exatamente o que seria o compromisso partidário. Ademais, este deveria ser medido em conjunto com o grau de influência e de pressão e/ou mobilização que os movimentos de mulheres realizam ou podem realizar em cada contexto. Não parece ser um fator de influência quanto à eficácia jurídica, embora, em certas circunstâncias, tenham um impacto maior quando consideramos aspectos políticos e eficácia social.

por cada candidato individualmente. Assim, segundo a autora, as eleições produzem uma competição interna em cada partido, fazendo com que os candidatos de um mesmo partido disputem a preferência do eleitorado entre si e entre os candidatos dos demais partidos.

O segundo fator identificado por Mala Htun diz respeito à obrigatoriedade ou não de inserção das mulheres em uma posição competitiva na lista partidária que será apresentada para concorrer nas eleições.

Isto significa que as mulheres devem ser inseridas nas listas eleitorais em posições em que possam ser selecionadas, ou seja, não basta estar na lista do partido, imprescindível estar nas primeiras posições da lista, visto que no sistema de lista fechada, o partido apresenta aos eleitores uma lista partidária com candidatos ordenados numericamente, o voto recebido pelo partido determina quantas pessoas da lista serão eleitas, logo não basta apenas estar presente na lista do partido, há que se estar no início da lista (HTUN, 2001).

Mala Htun (2001) explica então que a lei argentina tem uma norma de obrigatoriedade de posição competitiva da lista que diz que cada terceira posição deve ser ocupada por uma mulher. Se, por exemplo, um partido estiver concorrendo a somente duas vagas num Distrito, pelo menos um dos candidatos terá de ser mulher. Em países com sistema de lista fechada, mas sem esta norma de obrigatoriedade de posição competitiva para mulheres, como a Costa Rica, a República Dominicana e a Venezuela, a eficácia de cotas tem sido menor.

O terceiro fator apontado por Mala Htun (2001) é o tamanho da circunscrição eleitoral, ou seja, o número de vagas disponíveis num Distrito eleitoral. Um pequeno Distrito, principalmente quando houver grande quantidade de partidos concorrendo às eleições,³⁰⁰

³⁰⁰ Este ponto do argumento da autora abre outra discussão: qual a influência que o sistema partidário adotado por desenvolver sobre o impacto ou eficácia das cotas para mulheres em candidaturas políticas, considerando número de partidos, extensão dos distritos e população. Tomando-se por base a lista da União Interparlamentar de países com maior participação política feminina em julho de 2010, o primeiro lugar das Américas pertence a Cuba, cujo sistema adotado é o de monopartidarismo. A segunda posição pertence à Costa Rica, seguida da Argentina, sistemas pluripartidários (existência de mais de dois partidos concorrendo regularmente nas eleições). Uma série de fatores pode eventualmente explicar a diferença de posição no ranking entre os três países: Cuba tem uma população de 11,2 milhões de habitantes aproximadamente (BANCO MUNDIAL, 2011), legislativo unicameral de 601 membros e sistema monopartidário. A Costa Rica tem população de 4,4 milhões de habitantes (BRASIL, Itamaraty, 2007), legislativo unicameral de 57 membros (COSTA RICA, 2011) e sistema pluripartidário que combina a existência de partidos políticos nacionais, regionais e locais (WIKIPEDIA, 2011). Finalmente, a Argentina tem uma população aproximada de 40 milhões de habitantes (BRASIL, Itamaraty, 2009) sistema pluripartidário, composto por partidos nacionais e regionais, e legislativo bicameral (Câmara dos Deputados com 257 assentos e Senado com 72 lugares, (BRASIL, Itamaraty, 2009). Assim, Cuba tem um parlamento maior com uma população média (taxa aproximada de 18.635 habitantes para cada parlamentar) e um sistema de partido único, enquanto a Costa Rica tem uma população pequena e um parlamento pequeno (taxa aproximada de 77.192 habitantes por cada parlamentar) e a Argentina tem um legislativo bicameral de tamanho intermediário quando comparado com as outras duas situações expostas e a maior população (taxa aproximada de 121.580 habitantes por parlamentar). Sem entrar em considerações específicas sobre a titularidade de direitos políticos em cada sistema constitucional positivo dos países mencionados ou na discussão de se é possível ou não haver

restringe a eficácia de cotas, porque normalmente os partidos só ganham uma ou duas vagas no Distrito. Nos sistemas de lista fechada, as primeiras posições da lista partidária, que são as únicas com chances de vitória eleitoral, são geralmente ocupadas por homens. Portanto, quanto maior o Distrito, maiores as chances de eleger mulheres (HTUN, 2001).

Considerando toda a discussão feita nos parágrafos precedentes, a situação da política de cotas para mulheres em candidaturas políticas no Brasil apresenta pouca eficácia e resultados modestos ou mesmo limitados por questões intrínsecas ao próprio desenho institucional do sistema político-partidário brasileiro: a lista partidária aberta e a não obrigatoriedade de inserção das mulheres em posição competitiva na lista (elemento que inclusive não é compatível com um sistema de lista aberta, quando há uma competição interna no partido, de modo que a candidatura feminina tem que ser competitiva *per si* e, assim sendo, irá contribuir para melhorar a situação do partido político).

O outro fator apontado, o tamanho da circunscrição ou distrito no qual a mulher concorre, apresentou resultados eleitorais em 2010 mais difíceis de analisar. Considerando que a bancada de mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados foi de 45 parlamentares, os resultados apresentados mostram um aumento no número de candidaturas femininas em relação às eleições de 2002 e 2010: o número de candidaturas femininas para deputada federal aumentou de 490 em 2002 para 737 em 2006 e chegou a 1253 em 2010, saindo de um percentual de 11,41% do total de candidaturas para deputado federal em 2002 para 12,71% em 2006 e chegando a 21,45% do total de candidaturas em 2010 (ainda assim, abaixo do mínimo legalmente previsto) (ALVES, 2010).³⁰¹

democracia sem pluripartidarismo, podem ser feitos os seguintes comentários: a) considerando a dimensão geográfica, a taxa de habitantes por parlamentar e o tamanho do órgão legislativo, Cuba oferece melhores condições para o acesso de mulheres, desconsiderando eventuais singularidades das políticas afirmativas para a presença de mulheres no parlamento; b) como destaca Mala Htun, Argentina e Costa Rica têm sistemas de lista partidária fechada, mas o segundo país não possui obrigatoriedade de posição competitiva para mulheres nas listas partidárias. A leve vantagem em participação feminina se dá em razão de menor taxa de habitantes por parlamentar; c) em uma primeira análise, pluripartidarismo com partidos nacionais e regionais ou locais pode dificultar o acesso das mulheres ao parlamento, visto que a competição seria maior. Logo, haveria uma vantagem para maiores eficácias social e jurídica de políticas de cotas para mulheres em partidos políticos em regimes bipartidários ou pluripartidários com limitações à profusão de partidos (partidos apenas nacionais ou necessidade de alcançar metas de desempenho, o que induziria à formação de coalizações ou federações de partidos); d) a princípio, o unicameralismo favorece mais a eficácia de políticas afirmativas de igualdade de gênero no processo eleitoral, considerando não só a comparação entre Cuba, Costa Rica e Argentina como a própria lista dos vinte países com maior participação feminina na política elaborada (são 14 Estados que adotam o unicameralismo contra 6 que adotam o bicameralismo, embora o primeiro colocado da lista – Ruanda – adote um sistema de duas Câmaras). A título informativo, dois dos três países analisados nesta nota têm Chefes de Estado mulheres no ano de 2011: Costa Rica (Laura Chinchilla Miranda) e Argentina (Cristina Kirchner).

³⁰¹O artigo contém o número de total de candidaturas e também dados referentes a candidaturas para deputado(a) estadual ou distrital. Há também um comparativo de eleitos(as), mas os dados de 2010 são projeções. Segundo o autor, as informações foram retiradas do site do Tribunal Superior Eleitoral em julho de 2010.

Por outro lado, o número de deputadas federais eleitas se manteve estável de uma eleição para a outra, como apontado anteriormente. Considerando a votação por Estados, chegou-se aos seguintes resultados apresentados na tabela 3.³⁰²

Tabela 3 - Estatística dos resultados referente ao quadro cargo e sexo

Unidade Federada	Total de deputados federais referentes à Unidade Federada	Total de mulheres eleitas para deputada federal na Unidade Federada	Percentual (%)
ACRE	8	2	25,00
ALAGOAS	9	2	22,22
AMAPÁ	8	3	37,50
AMAZONAS	8	1	12,50
BAHIA	39	1	02,56
CEARÁ	22	1	04,34
DISTRITO FEDERAL	8	2	25,00
ESPÍRITO SANTO	10	4	40,00
GOIÁS	17	2	11,76
MARANHÃO	18	1	05,55
MATO GROSSO	8	0	00,00
MATO GROSSO DO SUL	8	0	00,00
MINAS GERAIS	53	1	01,88
PARÁ	17	1	05,88
PARAÍBA	12	1	07,69
PARANÁ	30	2	07,14
PERNAMBUCO	25	2	08,00
PIAUI	10	1	10,00
RIO DE JANEIRO	46	4	08,69
RIO GRANDE DO NORTE	8	2	25,00
RIO GRANDE DO SUL	31	2	06,45
RONDÔNIA	8	1	12,50
RORAIMA	8	1	12,50
SANTA CATARINA	16	1	06,25
SÃO PAULO	70	6	08,57
SERGIPE	8	0	00,00
TOCANTINS	8	1	12,50

Fonte: BRASIL, TSE, 2010

A tabela 3 destacada permite algumas observações interessantes: as unidades federadas que elegem até 10 deputados(as) federais tiveram um desempenho melhor em termos percentuais do que os Estados que elegem mais de 10 parlamentares federais. À exceção do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Sergipe, que não elegeram mulheres deputadas federais, todos elegeram um percentual de mulheres de no mínimo 10% do total da

³⁰²Foi feito o comparativo com as eleições para deputado(a) federal porque são eleições periódicas (quadrienais) e com renovação integral de cadeiras, além de serem realizadas pelo sistema proporcional. Nas eleições para o Senado o número de assentos renovado varia (a renovação é alternada em um terço ou dois terços da casa legislativa, sendo este último o caso das eleições 2010) e a votação é pelo sistema majoritário simples, trazendo maior complexidade à análise comparativa de uma eleição para outra. Quanto às eleições para Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e Câmara de Vereadores, não foram disponibilizados os dados porque o foco de interesse é no impacto da política de cotas no parlamento nacional, além da dificuldade de manusear os dados por unidade federada e por Município, sendo que não é o foco do trabalho ser um estudo comparativo abrangente, mas sim trazer um panorama do ponto de vista do sistema constitucional, pontuando a questão de gênero como redistribuição e como reconhecimento ao mesmo tempo, notadamente na vida política em termos nacionais.

unidade federada e lograram contribuir com 20 deputadas federais (44,44%) do total da bancada feminina, embora representem apenas 117 dos 513 assentos em disputa para a Câmara dos Deputados.³⁰³

Por outro lado, grandes Estados federados (grandes circunscrições eleitorais), apresentaram resultados baixos em termos de número de mulheres parlamentares eleitas: Bahia (4º maior colégio eleitoral) e Minas Gerais (2º maior colégio eleitoral) elegeram apenas uma mulher. Goiás, Pernambuco e Rio Grande do Sul não conseguiram eleger mais do que duas representantes. Mesmo os campeões em números absolutos, São Paulo e Rio de Janeiro, não conseguiram eleger sequer 10% de parlamentares federais mulheres dentro do total de vagas na Câmara dos Deputados que lhes cabe por direito.

Vários fatores podem ter influenciado este fato: candidaturas de parlamentares federais mulheres com mandato para cargos majoritários (executivo e Senado), lista aberta, questões federativas relativas ao tamanho da bancada de cada unidade federada em relação à população. Mas isto diminuiu o peso do fato do tamanho da circunscrição eleitoral no sistema político-constitucional brasileiro, ou relativiza a sua importância isolada.

O panorama da ampliação dos direitos de participação política a partir da questão da igualdade de gênero foi reforçado, no entanto, por duas medidas que podem repercutir em aumento da bancada feminina no Congresso Nacional nas próximas legislaturas: 1) os partidos políticos são obrigados a preencher 30% das vagas com candidaturas femininas e não mais somente reservar como previsto no texto legal anterior; 2) os partidos deverão destinar determinado percentual da sua receita, nunca inferior a 5%, para promover programas desenvolvidos pelas mulheres, e obrigados a definir, no mínimo 10% do tempo de rádio e TV, para difundir e divulgar a participação política feminina (inovações introduzidas pela Lei 12034/2009) (BRAGA, 2010).

Outro fator que deve influenciar positivamente no sentido de um aumento do número de mulheres candidatas e mulheres eleitas para cargos legislativos é a posição adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral número 78432/PA, conforme destaca a ementa:

Candidatos para as eleições proporcionais. Preenchimento de vagas de acordo com

³⁰³ Considere-se inclusive que há superrepresentação das pequenas unidades federadas na Câmara dos Deputados, visto que o sistema constitucional brasileiro não consagra uma proporcionalidade absoluta em relação à população para determinar o número de vagas na Câmara dos Deputados, mas tem um piso de oito deputados federais para qualquer unidade federada independentemente da população, enquanto que há um teto máximo de 70 deputados federais para cada unidade federada a partir do qual o acréscimo populacional não adquire mais relevância.

os percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 1. O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, passou a dispor que, "do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo", substituindo, portanto, a locução anterior "deverá reservar" por "preencherá", a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 2. O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97. 3. Não atendidos os respectivos percentuais, cumpre determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que, após a devida intimação do partido, se proceda ao ajuste e regularização na forma da lei. Recurso especial provido (BRASIL, TSE 2010).

Trata-se de Recurso Especial Eleitoral impetrado pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará que decidiu, por unanimidade, pela regularidade do Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários da seção estadual do Partido Democrático Trabalhista (PDT), considerando-o habilitado para concorrer às eleições para o cargo de deputado estadual.

O Tribunal Regional Eleitoral do Pará decidira em questão de ordem que o cálculo dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo (gênero)³⁰⁴ para concorrer nas eleições legislativas deve ser calculado do total máximo de candidaturas possíveis. No recurso apresentado, o Ministério Público eleitoral alegara que o cálculo do mínimo e máximo de cada sexo ou gênero deve ser calculado em virtude das candidaturas efetivamente apresentadas e não do total máximo possível.

O Ministério Público eleitoral indicou, então, que o PDT/PA havia indicado 29 candidaturas de 48 possíveis, sendo que foram 22 de homens e 7 de mulheres. A cota para cada gênero deveria ser então de 9 candidatos(as), o que não foi cumprido, sustentou o Ministério Público Eleitoral.

O Relator, Arnaldo Versiani, após votar inicialmente pelo indeferimento do recurso, reformulou seu entendimento, à luz do voto do Ministro Dias Toffoli e considerou que o recurso deveria ser provido, de modo a baixar o processo em diligência para que o PDT/PA regularizasse sua situação, de modo a cumprir a cota para cada gênero. Delimitou que a cota incide sobre o número de candidaturas apresentadas, mas rejeitou que o art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9504/1997 na redação vigente tenha caráter de norma programática.

A solução desenhada no julgamento do RESPE número 78432 implica então que uma

³⁰⁴ A título de esclarecimento, tem-se que o sexo é uma referência de ordem biológica, ao passo que o gênero constitui a representação social do sexo. A rigor, a lei teria sido mais precisa se estabelecesse uma cota em razão do gênero e não do sexo.

vez descumpridos os percentuais mínimos e/ou máximos de cada sexo (gênero) nas listas partidárias apresentadas nas eleições proporcionais, deve o Tribunal eleitoral determinar a intimação do partido político para que proceda os ajustes na forma da lei: incluindo candidatas mulheres ou excluindo candidatos homens, para cumprir o disposto no art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9504/1997. Prestigiou-se a norma eleitoral que veicula a ação afirmativa de gênero quanto a direitos políticos e, ao mesmo tempo, preservou-se a autonomia partidária.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, voto vencido, sustentou o improvido do recurso alegando que o prazo para o registro de candidaturas havia sido ultrapassado em 5 de julho de 2010 e que determinar inclusões ou exclusões de candidatos com o processo eleitoral em curso consistiria em risco à segurança jurídica.

O entendimento majoritário, no entanto, foi no sentido de que a substituição de candidatos, ainda que em eleição proporcional, é possível, inclusive por conta de precedentes da própria Justiça Eleitoral, conforme o voto do Ministro Dias Toffoli, que construiu uma analogia com o *caput* do art. 13³⁰⁵ da Lei 9504/1997, de modo a legitimar a possibilidade de determinação de diligência ao partido para que corrija o número de candidaturas de cada sexo (gênero) aos percentuais mínimos e máximos apontados pela Lei eleitoral, cabendo à agremiação partidária eventualmente demonstrar a impossibilidade de fazê-lo, como ponderou o Ministro Marcelo Ribeiro.

Cabe também destacar que, como regra, se rejeitou a possibilidade de indeferimento total do registro de todas as candidaturas de um partido político para as eleições legislativas em caso de descumprimento da ação afirmativa de gênero quanto aos direitos políticos das mulheres, inscrita no art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9504/1997.

5.3.2 Políticas afirmativas, igualdade de gênero e direitos políticos das mulheres: a dupla função de redistribuição e de reconhecimento

Feitas as considerações sobre a evolução histórica e legislativa das políticas afirmativas de gênero no que tange aos direitos políticos, a análise de sua eficácia e o papel tanto da legislação quanto da jurisprudência na consolidação de uma igualdade de gênero que seja efetivamente substancial, cumpre analisar quais funções as políticas de cotas ou ações

³⁰⁵ É facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado (BRASIL, 1997).

afirmativas quanto a direitos políticos das mulheres podem ter na ampliação do espaço público democrático: seriam instrumentos de redistribuição de poder entre homens e mulheres, ou estariam reconhecendo as mulheres em suas singularidades enquanto pessoas e enquanto sujeitos sociais?³⁰⁶

Conforme nos explica Michel Rosenfeld (1991, p. 284),

a ação afirmativa somente se justifica em contextos sociopolíticos nos quais a adesão ao postulado da igualdade leve ao ideal de igualdade de oportunidades. Quando a igualdade de resultados pode ser realizada ao final porque não existe escassez de bens a serem alocados, por outro lado, a ação afirmativa seria inútil, no sentido de que não serviria a nenhum propósito legítimo privilegiar uns sobre os outros se todos conseguissem os bens que desejam.

Dito de outra forma, nesta vertente há uma conexão entre ação afirmativa e justiça (re)distributiva.

De fato, não há um número ilimitado ou acesso irrestrito de pessoas a um parlamento ou órgão legislativo. Dentro dos parâmetros de um sistema representativo, a concorrência entre pessoas ligadas a grupos e movimentos político-ideológicos por espaços ou cargos institucionais de representação política faz parte do sistema democrático.

O exposto ao longo deste trabalho, no entanto, demonstra que uma série de fatores (econômicos, sociais, jurídicos, culturais) atua para fazer com que os parlamentos e as instituições políticas em geral sejam espaços masculinos, no sentido de que a representação política é dominada mais por homens do que por mulheres.

As democracias contemporâneas são pautadas por uma profunda diferença de origens, valores e identidades dentro do espectro da população e do eleitorado e há uma demanda cada vez maior para que a identidade política reflita esta diferença ou o pluralismo (sociocultural, político, de gênero e de opções sexuais) que marcam as sociedades complexas atuais.

Isto implicaria, em tese, em traduzir nos parlamentos e na esfera pública em geral uma participação real dos segmentos que compõem uma sociedade próxima à presença destes na população em geral, o que obrigaria a uma institucionalização das ações afirmativas como forma de redistribuir poder ou espaços de poder no caso entre homens e mulheres, ampliando

³⁰⁶ Conforme esclarece Nancy Fraser, a política de redistribuição enfoca as injustiças que define como sócio-econômicas e presume estarem enraizadas na economia política. Os exemplos incluem marginalização econômica, exploração e miséria. A política do reconhecimento, ao contrário, mira injustiças que entende como culturais, as quais presume estarem enraizadas nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Os exemplos incluem dominação, não-reconhecimento e desrespeito. Para a política da redistribuição, o remédio para a injustiça é a reestruturação político-econômica. Para a política do reconhecimento, em vez disso, o remédio para a injustiça é a transformação cultural ou simbólica (FRASER, 2008, p. 170).

a participação destas.

Por outro lado, Nancy Fraser (2008, p. 168) aponta para o fato de que hoje encontramos, ao lado das demandas por uma distribuição mais justa de bens e recursos, uma demanda por justiça social denominada de

‘política do reconhecimento’, cujo objetivo é “construir um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito, exemplificada pelas demandas de reconhecimento das perspectivas diferenciadoras de minorias étnicas, raciais e sexuais, assim como da diferença de gênero.

Nesta vertente as ações afirmativas se relacionam com a política do reconhecimento das construções subjetivas e identitárias contemporâneas.

É preciso, contudo, reconhecer que a implementação de cotas de participação não é assunto consensual. A ideia de estabelecer cotas para mulheres está constantemente em conflito com outras noções como o discurso acerca da justiça e da competência pessoal, e com a ideia de individualismo (COSTA; BELTRÃO, 2008).

Conforme citação de Costa e Beltrão (2008), Drude Dahlerup (2005) traz uma lista dos argumentos opostos à ideia de políticas afirmativas relacionadas à ampliação da participação política feminina, dentre os quais se podem destacar o seguinte:

1) as cotas violam o princípio da igualdade de oportunidade para todos, já que as mulheres têm tratamento preferencial; 2) a representação política deve implicar uma escolha entre idéias e plataformas partidárias, não entre categorias sociais; 3) as cotas são anti-democráticas, pois os eleitores devem poder decidir quem será eleito; 4) as cotas sugerem que políticos são eleitos devido ao seu sexo, não devido a suas qualificações, e, por consequência, candidatos mais bem qualificados são preteridos;³⁰⁷ 5) as cotas para mulheres serão seguidas por demandas de cotas para

³⁰⁷ Este argumento diz respeito a uma ideia de que os cargos políticos deveriam ser ocupados por aqueles que detivessem mérito para tanto. Neste ponto, torna-se oportuno trazer algumas contribuições de Michael Walzer que, ao analisar os princípios distributivos dentro de um sistema de igualdade complexa, se dedica a comentar a questão do mérito. Em um primeiro olhar, “o mérito se apresenta como algo um tanto ilimitado e pluralista, podendo se imaginar um órgão neutro distribuindo recompensas e castigos, sensívelíssimo a todas as formas de mérito; o processo distributivo seria então centralizado, mas os resultados ainda seriam imprevisíveis e variados”, segundo Walzer (2003, p. 30). No entanto, para ele, “os cidadãos, dentro da esfera política, tomam decisões individuais e raramente são guiados por questões de mérito – aliás, não estaria claro se os cargos deveriam ser meritórios, mas ainda que fosse possível isso violaria uma interpretação de política democrática caso os cargos políticos fossem meramente distribuídas a pessoas merecedoras por algum órgão central”. Logo, Walzer (2003, p. 30) se pergunta como escolheríamos as pessoas (eles as chama de “árbitros onipotentes do mérito”) que teriam a atribuição de distribuir os bens (amor, influência, obras de arte, cargos políticos etc.). Enfim, como alguém mereceria esta condição? Walzer (2003), então, alerta para os riscos que o mecanismo distributivo correria de ser expropriado por um grupo de aristocratas com a noção fixa do que é melhor de quem é merecedor e que seria insensível às diversas excelências dos concidadãos, retirando o caráter pluralista do mérito. O pensamento de Walzer (2003) assim convalida o argumento de que o mérito não é critério absoluto para distribuição de bens, precisa se converter em algo mais para legitimar um sistema distributivo, por si só, e em termos genéricos, não tem o poder de substituir as decisões dos cidadãos na esfera política ou deslegitimar a pretensão de um grupo de ter suas necessidades atendidas dentro do espaço

outros grupos o que resultará em uma política deletéria de representação de interesses de grupos.³⁰⁸

Dentre os argumentos trazidos por Dahlerup (2005), novamente citada por Costa e Beltrão (2008), para contrapor as críticas às políticas afirmativas de gênero quanto aos direitos políticos das mulheres, os principais são os seguintes: 1) cotas para mulheres não discriminam, mas compensam as atuais barreiras que impedem que as mulheres tenham acesso a sua parcela justa dos assentos parlamentares; 2) as mulheres têm o direito, enquanto cidadãs, de ter igual representação.

A síntese dos argumentos contrários sintetizados por Dahlerup (2005) pode ser reconduzida à tensão entre o caráter universal ou universalizante que os direitos políticos como direitos fundamentais possuem ou devia possuir e a ideia de uma política afirmativa para compensar certo grupo pelo seu não reconhecimento ou por injustiças sofridas a partir da divisão social do trabalho e que geraria distorções na distribuição de bens e dignidades sociais.

A rigor, as ações afirmativas de gênero em matéria de direitos políticos seriam necessárias? Dado o caráter universal dos direitos políticos, necessariamente a distribuição dos cargos políticos deve observar a pluralidade de formas de ser e viver em uma sociedade?

Dentro da ideia de um Estado Constitucional no qual o parlamento tornou-se o centro de disputa de interesses variados e de um acentuado pluralismo de classes e grupos sociais, o objetivo das políticas afirmativas em sede de direitos políticos consistiria em permitir que os assentos parlamentares refletissem a divisão ou diferenciação social, aproximando a participação real de um grupo em uma sociedade do poder político deste grupo.³⁰⁹ Aqui estaria o argumento de cotas para mulheres nos parlamentos, partidos e candidaturas como uma ação de justiça distributiva.

Mas, por outro lado, há quem argumente que no caso do gênero a desigualdade seria um fator cultural, e que as políticas afirmativas de gênero quanto à participação política

público, pois diz respeito a juízos difíceis e que só em condições especialíssimos produz distribuições específicas.

³⁰⁸ Costa e Beltrão (2008).

³⁰⁹ Esclareça-se, contudo, que não se defende aqui uma concepção de poder como substância ou objeto que possa a vir a ser possuído ou tomado. O poder é sempre um conceito relacional, cria subjetividade a partir de relações sociais que envolvem mando e obediência, hegemonia e contestação. Parece que a busca pela representatividade feminina, ou de outros grupos sociais, em termos próximos a sua expressão no conjunto da sociedade deve ser entendida como uma relação de tensão entre grupos majoritários de um lado e outros contramajoritários ou minoritários de outro, de forma que a questão das cotas como redistribuição de poder político entre homens e mulheres não se coloca como importante pela posse em si de cargos ou espaços políticos, mas sim na medida do quanto isto seria importante para equilibrar as relações de poder e dominação entre grupos distintos – no caso, homens e mulheres.

feminina seriam uma forma de corrigir injustiças pelo não reconhecimento, o que faria que temas ausentes do debate público e que representam a defesa da singularidade e da identidade das mulheres passassem a ser considerados (é possível pensar em questões como licença maternidade, proibição de revista íntima no ambiente de trabalho, combate à violência física e sexual decorrente das desigualdades de gênero etc.). Aqui a política afirmativa aparece com sentido de justiça como reconhecimento.

Mas as duas perspectivas seriam inconciliáveis? A redistribuição de poder político entre homens e mulheres seria baseada apenas na correção de desigualdades na divisão social do trabalho, a partir da qual a mulher foi colocada como esteio da família em uma função de unidade produtiva e que seu papel seria o de suporte ao homem e de garantia da reprodução da estrutura familiar?³¹⁰ Ou seria uma forma de tornar as mulheres dotadas de visibilidade social em suas necessidades próprias, de modo que suas singularidades fossem respeitadas e que se traduzissem em políticas públicas voltadas para este grupo social?

O melhor caminho parece ser entender que redistribuição e reconhecimento podem convergir, como faz Nancy Fraser (2008), para quem não há uma oposição insuperável entre redistribuição e reconhecimento, sendo esta uma falsa antítese. Fraser defende redistribuição e reconhecimento como dimensão de justiça que podem permear todos os movimentos sociais.

Fraser (2008) defende também a ideia de que o gênero é uma coletividade bivalente, nem simplesmente uma classe, nem simplesmente um grupo de status,³¹¹ o gênero é

uma categoria híbrida pautada simultaneamente na economia política e na cultura, na medida em que, pautadas ao mesmo tempo na estrutura econômica da sociedade e na ordem de status da sociedade, coletividades bivalentes sofrem injustiças que são reconduzidas à política econômica e à cultura, simultaneamente, de modo que sofrem tanto com a má distribuição quanto com o não reconhecimento, tornando estas injustiças primárias e co-originárias (FRASER, 2008, p. 174b).

³¹⁰ Segundo Marx e Engels (2007, p. 55b), “com a divisão do trabalho, que traz consigo contradições em que repousa, de seu lado, sobre a divisão natural do trabalho no seio da família e na divisão do trabalho no seio da sociedade em diversas famílias opostas umas às outras, acontece, ao mesmo tempo, a distribuição e, além disso, a distribuição desigual, tanto quantitativa quanto qualitativa do trabalho e de seus produtos, a propriedade, portanto, cujo primeiro gérmen, cuja forma inicial está contida já na família, onde a mulher e os filhos são escravos do homem. A escravidão latente na família, de todos os modos bem rudimentar, é a primeira forma de propriedade, é o direito de dispor da força de trabalho dos outros”.

³¹¹ Max Weber (1999, p. 199-203. v. I e p. 180. v. II) entende que situação de classe implica em “uma oportunidade típica de abastecimento de bens, posição de vida externa e/ou destino pessoal que resulta, dentro de determinada ordem econômica, da extensão e natureza do poder de disposição (ou da falta deste) sobre bens ou qualificação de serviço e da natureza de sua aplicabilidade para a obtenção de rendas e outras receitas, enquanto que estamentos ou grupos de status seriam aqueles condicionados por uma específica avaliação social, positiva ou negativa, da honra, vinculada a uma qualidade comum a muitas pessoas, podendo estar ou não ligada à situação de classe, considerando o modo ou estilo de vida em contraponto às oportunidades de vida, típicas da classe”.

Nancy Fraser (2008), ao analisar a desigualdade de gênero sob a perspectiva da justiça distributiva, recorre à análise marxiana para apontar a função que o gênero desempenha como

divisão fundamental entre trabalho ‘produtivo’, remunerado, e trabalho ‘reprodutivo’, doméstico e não remunerado, sendo o primeiro correspondente a ocupações profissionais e industriais, dominadas pelos homens, e o segundo correspondente a ocupações domésticas ou que envolvam menos riscos e menor qualificação (FRASER, 2008, p. 172; 174).

Quanto à injustiça como não reconhecimento especificamente, Nancy Fraser (2008, p. 174-175b) explica que

uma das principais características relacionadas à injustiça de gênero é o androcentrismo, ou seja, um padrão de valor cultural institucionalizado que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto implica numa depreciação do feminino, o que gera a interpretação das mulheres e meninas como subordinadas e deficientes, que não podem participar como iguais da vida social, gerando formas de subordinação de status específicas do gênero, dentre às quais a marginalização da sociedade civil e da vida política.

Ao tratar do caráter bivalente do gênero, Nancy Fraser (2008) evidencia que nem redistribuição nem reconhecimento podem ser reduzidos um ao outro, o que a leva a propor uma concepção bidimensional de justiça, na qual “reconhecimento e redistribuição são perspectivas distintas de justiça. Ela vai mais além e constrói a ideia de justiça como participação paritária, concepção que requer que os membros adultos da sociedade possam interagir uns com os outros como pares” (FRASER, 2008, p. 180-181).

Mas para que isto ocorra, deve-se garantir uma distribuição de recursos que garanta independência e voz aos participantes e, também, que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social (FRASER, 2008).

A conjugação da noção de justiça como participação paritária de Nancy Fraser (2008) com as concepções de Norberto Bobbio e Robert Dahl (2007) sobre a democracia constitucional, evidenciando-a um regime político inclusivo e plural, produz o fundamento moral e jurídico para a defesa da legitimidade das ações afirmativas de gênero no âmbito dos direitos de participação política, na medida em que a existência destes instrumentos cumpriria um papel de melhor distribuição dos recursos políticos, garantindo independência e voz às mulheres para defenderem as causas e temas que lhe são próprios e tornando-as detentoras de igual respeito e igual oportunidade para a conquista da estima social frente aos homens.

Em síntese, as ações afirmativas de gênero geram um ciclo virtuoso de inclusão de

todos os cidadãos e cidadãs, como apregoa Dahl, garantindo participação efetiva nos debates da esfera pública e o aperfeiçoamento constante da democracia constitucional.

Se as políticas afirmativas de gênero não podem e nem servem para compensar as mulheres do preconceito, da violência e das diversas formas de subordinação de status específicas do gênero que marcam as relações de gênero sob a égide de um modelo androcêntrico (seja ele capitalista ou não), são instrumentos com potencial efetivo de construir uma sociedade mais plural e tolerante, ao mesmo tempo mais amiga da diferença e mais próxima de um equilíbrio igualitário entre homens e mulheres no acesso a bens e recursos sociais e políticos.

É preciso, no entanto, entender que as políticas afirmativas de gênero no âmbito dos direitos de participação política, como forma de ampliar a esfera pública a partir da inclusão das mulheres no debate público de maneira igualitária, encontram limites que se não esvaziam estes instrumentos, do mesmo modo não podem ser desconsiderados.

Um dos limites a ser enfrentado quanto se trata das políticas afirmativas de gênero para inserção das mulheres nas instituições políticas diz respeito à confrontação do estereótipo ou do senso comum de que as mulheres constituiriam uma classe única, um macrossujeito social³¹², de caráter absoluto, quando na verdade existem diferenças de diversas ordens no interior do gênero feminino (culturais, econômicas, religiosas, de origem social e/ou nacional, raciais etc.).

Mala Htun (2001) se pergunta até que ponto um maior número de mulheres no poder produz mudanças nas leis e nas políticas públicas que as beneficiam, respondendo que estatísticas mundiais demonstram que a presença de mais mulheres no poder se traduz na introdução de novos itens na agenda política, citando um estudo sobre a Argentina, por exemplo, demonstra que as mulheres legisladoras tendem, na média, a participar de comissões parlamentares e a introduzir mais projetos relacionados com as questões dos direitos da mulher, da criança e da família, do que os homens.

A posição de Mala Htun (2001), no entanto, traz questões emblemáticas: deve-se perguntar se um maior número de mulheres produz maiores mudanças nas políticas que as beneficiam, ou se um maior número de mulheres melhora a qualidade da representação

³¹² Jürgen Habermas (1997, p. 161) comenta que “o princípio da teoria do poder inserido na teoria do direito feminista é mais vantajoso do que os princípios da teoria da distribuição, pois ao caracterizar o sentido emancipatório da igualdade de direitos, leva em conta também a autonomia do indivíduo e dos parceiros do direito reunidos, como núcleo do sistema dos direitos; mas ele adverte que às vezes tende a estilizar os sexos (gêneros) como unidades monolíticas, do mesmo modo que o marxismo ortodoxo tinha objetivado as classes sociais, transformando-as em macrossujeitos”. Neste sentido, confira-se, dentre outras, passagem anterior citada da obra de Judith Butler (1990, p. 4c).

política e produz uma sociedade mais plural?

A princípio, a presença das mulheres nos parlamentos teria ou deveria ter o potencial de ampliar o espaço político-deliberativo e discurso na esfera pública não só do grupo das mulheres, mas também de outros grupos igualmente discriminados e/ou alijados de participação política efetiva, incapazes de se fazerem ouvir.

Neste sentido, a defesa de políticas públicas para a infância e juventude (afinal, crianças não podem votar e serem votadas) e para os idosos, dentro de uma perspectiva de vida familiar ou não, já seria um desdobramento interessante da presença de mais mulheres no parlamento.

Mas o comentário de Mala Htun (2001) também traz outra questão: as mulheres estão no parlamento apenas para tratar de temas relacionados a políticas públicas tradicionalmente voltadas para o feminino, o familiar e o privado?

Não seria função das políticas afirmativas também trazer mais quadros femininos para os parlamentos e executivos como forma de trazer novas perspectivas para temas como tributação, segurança pública, defesa nacional, erradicação da pobreza, políticas culturais, dentre outros?

Aqui claramente as políticas afirmativas em sua modalidade de cotas para mulheres em partidos e instituições políticas deve se coadunar com outras formas de ação afirmativa – na educação, na economia e na cultura – de modo a ampliar a participação política feminina tanto quantitativa quanto qualitativamente.

Talvez seja emblemático pensar a inserção das mulheres na magistratura: conforme dados de 1999, as mulheres representavam à época 31,08% da magistratura de primeira instância (considerando-se a Justiça Estadual, Justiça Federal Comum e a Justiça do Trabalho); embora já se reconhecesse que a inserção da mulher em carreiras de Estado como a magistratura e o corpo diplomático apresentasse sub-representação, bem como se evidencia um gargalo na ascensão da mulher na carreira judicial (o percentual, à época de mulheres nos tribunais superiores, era de apenas 7,23%), o que recomendaria a adoção de medidas estatais para aumentar a participação das mulheres nestes espaços (MELO; NASTARI; MASSULA, s.d.), o percentual de magistradas de primeira instância era superior ao de mulheres parlamentares na Câmara dos Deputados e mesmo nos legislativos estaduais e municipais.

A inserção de mecanismos de políticas afirmativas no âmbito da magistratura claramente se faz necessária, mas ainda assim, há um crescimento maior da presença da mulher na magistratura de primeira instância (cujo provimento depende de concurso público

e, portanto, de mérito) do que nos cargos eletivos, considerando-se a série histórica recente.

Este dado aponta para outros mecanismos inclusivos que atuam indiretamente com mais eficiência quando se trata de espaços acessíveis pelo mérito, no caso a educação e a inserção progressiva nas relações de trabalho (ainda que das limitações mencionadas no capítulo anterior), mas que também devem ser considerados e combinados com políticas afirmativas de cotas que incidam diretamente sobre a representação política.

Outro ponto diz respeito à atuação política das mulheres nos parlamentos: segundo Mala Htun (2001), mesmo quando muitas mulheres estão presentes:

Elas nem sempre agem juntas em favor de lei ou de políticas que beneficiem todas as mulheres. Isto porque existe, em primeiro lugar, a fidelidade e a disciplina partidárias. A existência da disciplina partidária muitas vezes impede que as mulheres de diferentes partidos se unam para pressionar por mudanças nas questões de interesse feminino. Em segundo lugar, questões sobre igualdade ou discriminação sexual não estão entre as prioridades das mulheres que se elegem.

Mala Htun (2001) não vê neste ponto um problema. Entendo ser, pelo contrário, perigosa a exigência de que as mulheres lutem por um certo programa político, na medida em que elas são um grupo diverso, um grupo heterogêneo e terão diversas posições, considerando isto uma vantagem e não uma desvantagem.

A conclusão da autora mostra-se acertada na perspectiva de perceber as mulheres como um grupo heterogêneo e plural, o que enseja uma compreensão das políticas afirmativas de gênero no espaço das instituições políticas não como um instrumento de favorecimento ou benefício para um grupo (mulheres), ou como oposição binário masculino/feminino como uma transposição do código amigo/inimigo, mas devem ser principalmente políticas de inclusão de um grupo, com toda sua dimensão heterogênea, e também um benefício para a sociedade.

As cotas para mulheres no sistema político são assim instrumentos na busca por um espaço público fundado na diversidade e na tolerância e na melhora qualitativa da representação política e de todas as políticas públicas que ela produz (e não apenas das setoriais) como forma de ampliação da política democrática a partir da pluralidade de seus quadros e de suas referências.

Finalmente, as cotas enquanto políticas afirmativas apresentam maior possibilidade de eficácia social e transformação dos padrões decisórios e da formulação de políticas públicas se aplicadas a espaços de decisão colegiados no âmbito da Administração Pública (conselhos, agências, comissões) ou a cargos eletivos, pois aí residiria uma oportunidade para a aplicação da proporcionalidade em relação à participação real das mulheres na sociedade, tanto quanto

possível.

Mas nos cargos executivos ou majoritários, nos quais a universalidade dos direitos políticos e a vontade da maioria são elementos essenciais para a formação do governo, a inserção da mulher dependerá mais de mudanças culturais e estruturais na política democrática, que podem inclusive ser induzidas pelo aumento da representação parlamentar feminina, do que de instrumentos de ação afirmativa.

5.4 Reconhecimento, direitos políticos negativos e orientação sexual: inelegibilidade e união homoafetiva na visão da justiça eleitoral brasileira e a recondução à igualdade como universalidade

Os direitos políticos cumprem duas funções ao mesmo tempo: são formas de viabilizar a participação ativa da comunidade por meio do direito de voto e do processo eleitoral, no qual diversos grupos e interesses se apresentam, buscando conquistar o maior apoio possível dos demais cidadãos (direitos políticos positivos); e, para manter a idoneidade e a representatividade do processo de formação da vontade política da comunidade, consistem igualmente em determinações constitucionais que ora podem privar a pessoa de participar do processo político-eleitoral (suspensão e perda de direitos políticos), ora impõem restrições à elegibilidade (capacidade eleitoral passiva ou direito de ser votado) de alguém (direitos políticos negativos).

A importância deste último tipo de direitos políticos é inegável para manter o controle da agenda democrática nas mãos daqueles a quem ele realmente pertence: os cidadãos.

Para isso, as disposições constitucionais que impõem privações e restrições aos direitos políticos ativos e passivos devem ser compreendidas como forma de garantir a isenção do processo, seja pela idoneidade dos participantes, seja pela garantia da livre formação da vontade política, por meio de eleições justas e regulares e também pela liberdade de expressão política, mantendo-a protegida tanto do poder econômico e político quanto de outras influências do poder social que podem corromper ou dirigir indevidamente o voto.

A vontade soberana do povo expressa, dentre outras formas, pelo processo eleitoral, deve assim ser plenamente garantida contra interferências indevidas, buscando valorizar ao máximo a universalidade do direito ao voto e garantir a igualdade de cada voto individual, de

modo que não existam, pelo menos no plano normativo-constitucional, votos de primeira e segunda categorias.³¹³

A Constituição brasileira tratou dos direitos políticos no Título II, Capítulo IV, arts. 14 a 17, trazendo tanto restrições aos direitos políticos de cidadãos (art. 15), como um conjunto de limitações à capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), estas dispostas no art. 14, parágrafos 4º a 7º.

Uma das inelegibilidades trazidas pela Constituição é aquela disposta no art. 14, parágrafo 7º, que estabelece que são inelegíveis, no território de jurisdição (circunscrição) do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Esta inelegibilidade é chamada de reflexiva, pois o impedimento para concorrer às eleições recai sobre determinadas pessoas por motivo de casamento, parentesco ou afinidade, e seu escopo é evitar o nepotismo e a perpetuação do poder hereditário (BULOS, 2008).

No Recurso Extraordinário número 344.882, julgado pelo Supremo Tribunal Federal

³¹³ Seguramente existe a igualdade do direito de voto (“*one person one vote*”) como ideal fundamental sobre a qual se assenta a participação política democrática. Mas é preciso reconhecer que, no plano da Ciência Política, o comportamento dos atores políticos no processo eleitoral e os traços da política empírica, a partir do sistema eleitoral proposto (distrital, proporcional ou misto) e das diversas regras que lhe são conexas (partidos políticos, direito de voto, financiamento eleitoral etc.), acabam por estabelecer que em certas circunstâncias votos de certas regiões, distritos eleitorais, classe ou gênero têm maior peso do que em relação a outros. A distribuição de assentos parlamentares também influencia a importância que cada circunscrição e os votos dos cidadãos que nela se encontram pode receber. Nas eleições norte-americanas, amparadas pelo signo do colégio eleitoral, faz muito mais sentido para um candidato investir pesadamente na campanha na Califórnia, Estado com o maior número de votos no colégio eleitoral, do que em Guam ou Montana. Diversos países admitem votos de cidadãos no exterior, militares em serviço fora do país, mas dificilmente, do ponto de visto político, uma campanha centraria seus esforços neste conjunto de eleitores em detrimento, por exemplo, de ações voltadas para habitantes de grandes cidades, mulheres ou qualquer outro grupo social com significativo peso eleitoral. No Brasil, o percentual de votos necessário para eleger um deputado federal no Acre sem necessidade de votos de legenda (12,5% para cada uma das oito vagas) é muito superior ao percentual exigido em São Paulo (1,43% para cada uma das setenta vagas), embora em número de eleitores exigidos no último caso, em virtude do tamanho da população eleitoral, seja muito superior em relação ao primeiro caso – neste sentido, a combinação de diversos fatores (cadeiras em disputa, número de eleitores, número de candidatos, número de partidos em disputa, votos válidos etc.) torna muito desigual a relação entre um voto no Acre e outro em São Paulo, no que tange o seu peso efetivo ou sua importância para eleger um deputado federal sem necessidade de outros votos de legenda. Do ponto de vista de política empírica por assim dizer, nenhum voto é igual ao outro e os votos possuem pesos e importâncias distintas, quando comparados em termos quantitativos ou qualitativos. No entanto, para fins de Direito Constitucional, os votos são iguais no sentido de que contam igualmente na formação da vontade política da comunidade e não podem ser diferenciados por quaisquer critérios uma vez que sejam considerados válidos. Esta concepção de ordem normativa, com pretensão de validade, não desmente em nada as considerações anteriores, apenas coloca em evidência um aspecto de universalidade e igualdade dos direitos políticos, sem, no entanto, interferir nos cenários empíricos analisados pela Ciência Política, particularmente pelos estudos de comportamento eleitoral, nos quais os votos assumem, à luz dos fatores já enunciados, pesos diferentes em circunstâncias diferentes.

em 7 de abril de 2003 e tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, ficaram assentados os fundamentos da inelegibilidade reflexiva ou decorrente de parentesco, conforme pode-se conferir na ementa a seguir transcrita:

EMENTA: Elegibilidade: cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito. 1. A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato dos titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Const. 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os art. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto absoluto). 2. As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. 3. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo. 4. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. 5. Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional nº 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo. 6. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior (BRASIL. STF, 2003).

Nesta linha de desenvolvimento, Gilmar Mendes (2007) recorda que há muito o Tribunal Superior Eleitoral entende que a restrição à candidatura do cônjuge abrange também a do companheiro ou companheira, a do irmão, a da concubina.

Na própria página do Tribunal Superior Eleitoral na internet podem ser encontrados esclarecimentos que corroboram a assertiva do referido autor, conforme se depreende da citação de trecho do material disponível na seção dos julgados históricos acerca do caso *Viseu*:

A interpretação do dispositivo constitucional supramencionado, no que diz respeito ao cônjuge, evoluiu para abranger outras situações não previstas expressamente: casamento eclesástico, concubinato e união estável são também considerados circunstâncias de natureza pessoal causadoras de inelegibilidade reflexa, igualmente ao casamento (BRASIL. TSE, 2009).

Sobre esta inelegibilidade reflexiva dois esclarecimentos precisam ser feitos. Primeiro,

ela não impede que familiares e parentes se candidatem em períodos posteriores aos governantes com os quais têm relação de parentesco, não impedindo, por exemplo, que o filho de um governador de Estado pleiteie a prefeitura de um Município daquele mesmo Estado federado vários anos depois de seu pai ter deixado o cargo, mas apenas que isto ocorra em um período concomitante ou imediatamente sucessivo ao exercício do cargo por parente ou familiar no rol descrito no parágrafo 7º do art. 14 da Constituição.

Ainda, a restrição não impede o exercício concomitante ou mesmo sucessivo de cargos eletivos no legislativo, dirigindo-se primordialmente aos cargos do Poder Executivo.³¹⁴

A segunda observação é no sentido de que a inelegibilidade reflexa disposta no parágrafo 7º do art. 14 da Constituição brasileira é uma norma de Direito Constitucional positivo pátrio que não guarda necessariamente relação com outras realidades constitucionais. Basta mencionar que recentemente Cristina Kirchner, reeleita Presidenta da República Argentina em duas ocasiões (2007 e 2011), havia sucedido de forma imediata seu marido, Nestor Kirchner, falecido em 2010 e que havia governado a Argentina no período imediatamente anterior (2003-2007) ao corrente governo da atual Presidenta. Em sistemas parlamentaristas, podemos indicar o exemplo da Índia, onde Rajiv Gandhi sucedeu sua mãe, Indira Gandhi, no cargo de primeiro-ministro, após o assassinato dela em 1984.

No mesmo sentido que a Constituição brasileira, a Constituição da Guatemala (REPÚBLICA DE GUATEMALA, 2011) dispõe, no seu art. 186, letra c, que não podem candidatar-se ao cargo de Presidente e Vice-Presidente da República os parentes até o quarto grau de consanguinidade e até o segundo grau de afinidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, quando este estiver exercendo a Presidência.³¹⁵

³¹⁴ A política brasileira está cheia de vários exemplos de parlamentares de diferentes casas legislativas ou até na mesma casa legislativa, podendo ser citados somente no Congresso Nacional e na legislatura 2011-2014: Senador Capiberibe e sua esposa, Deputada Janete Capiberibe; o Ministro da Previdência Social e Senador licenciado Garibaldi Alves Filho e seu pai, o também Senador Garibaldi Alves (assumiu no lugar da ex-Senadora Rosalba Ciarlini, que assumiu mandato de Governadora do Rio Grande do Norte em 1º de janeiro de 2011, dentre outros. Quanto à familiares de ocupantes de cargos de Chefe de Estado e de Governo em Repúblicas, podemos citar os diversos membros das famílias Gandhi e Nehru que exerceram postos políticos entre a década de 1940 e os dias atuais, como Mahatma Gandhi, Indira Gandhi (filha de Jawaharlal Nehru e casada com um filho de Gandhi), Rajiv Gandhi (filho de Indira, que inclusive a sucedeu, após seu assassinato); nos Estados Unidos, George H.W. Bush foi Presidente da República entre 1989 e 1993, enquanto seu filho, George W. Bush, foi Presidente de 2001 a 2009; e no Chile, Eduardo Frei Montalva foi Presidente da República entre 1964 e 1970 e seu filho, Eduardo Frei Ruiz-Tagle foi Presidente da República entre 1994 e 2000.

³¹⁵ Esta disposição constitucional foi objeto de controvérsia judicial recente envolvendo o Ex-Presidente da Guatemala, Álvaro Colom (2008-2012) e sua (ex?) esposa, Sandra Torres, visto que os dois se divorciaram para que ela pudesse concorrer à eleição presidencial guatemalteca de 2011 no lugar de Álvaro Colom, mas a pretensão foi rejeitada com base no art. 186, c, da Constituição da Guatemala, tanto pelo Supremo Tribunal de Justiça, por 12 votos a 1, bem como pelo Tribunal Constitucional, por unanimidade, por entenderem ambas as instâncias judiciais que o divórcio do casal era uma forma de fraudar ou burlar o intento e a

A questão da inelegibilidade em razão de parentesco ou vínculo conjugal ou familiar foi ponto de controvérsia judicial no âmbito da Justiça Eleitoral brasileira quando se tratou de saber se se poderia estender a proibição do parágrafo 7º do art. 14 da Constituição a uma relação homoafetiva que não se encontra expressamente reconhecida como entidade familiar ou vínculo conjugal no Código Civil e que só seria reconhecida como união estável em 2011 em célebre julgamento do Supremo Tribunal Federal já mencionado anteriormente.

Isto ocorreu no julgamento do Recurso Especial Eleitoral número 24.564 do Tribunal Superior Eleitoral, decidido pelo pleno do TSE em outubro de 2004. A primeira evidência da importância do caso se encontra no fato de ser o único dos julgamentos citados pelo Tribunal Superior Eleitoral entre os considerados históricos no período entre 2000 e 2009 na sessão dedicada à memória dos julgamentos históricos da Justiça Eleitoral no site do Tribunal (BRASIL. TSE, 2009), o que se mostra emblemática considerando que o mesmo período foi palco de decisões de importância capital para a democracia brasileira, casos da verticalização das coalizões eleitorais (2002) e da fidelidade partidária (2007), ainda que, em ambos os casos, a palavra final sobre o assunto tenha sido dada em recurso ou processo posteriormente ajuizado no Supremo Tribunal Federal.

O caso em questão se torna assim relevante para a análise do tema deste trabalho na medida em que representou pela primeira vez nas instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro, e mesmo do Estado brasileiro como um todo,³¹⁶ o reconhecimento das uniões homoafetivas como dignas de menção e consideração como entidade familiar e como portadoras de igual dignidade em termos de direitos e deveres perante o espaço público democrático, em relação a outros grupos e pessoas.

disposição da mencionada norma constitucional guatemalteca (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011). No Brasil, a súmula vinculante número 18 do Supremo Tribunal Federal adota solução neste mesmo sentido, ao dispor que a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no parágrafo 7º do art. 14 da Constituição brasileira.

³¹⁶ É bem verdade que o debate sobre direitos humanos relacionados à questão GLBT foram discutidos durante a assembleia (congresso) constituinte de 1987/1988 e que decisões judiciais de primeira e segunda instância, assim como certos setores da Administração Pública direta e indireta (principalmente no âmbito da União) já vinham há cerca de uma década promovendo as discussões sobre cidadania e direitos relacionados à homossexualidade e enfrentando as pretensões igualitárias postas por pessoas, grupos e movimentos ligados à questão da identidade fundada na orientação sexual, mas a decisão do TSE no REsp (Recurso Especial Eleitoral) 24.564 foi a primeira manifestação incisiva de reconhecimento do Estado brasileiro nas suas instâncias superiores de poder à identidade GLBT como parte do espaço público e como merecedora de igual consideração quanto a direitos e deveres, além de determinar em uma manifestação expressa de soberania (no caso, uma decisão judicial) que pessoas e grupos (familiares) ligados à identidade homossexual estão integrados na ordem jurídica e vinculados ao Estado de Direito como diretriz do espaço público e social na democracia republicana. Esclareça-se, no entanto, que antes e depois desta decisão Chefes de Estado no Brasil já haviam se manifestado politicamente como favorável a medidas de igualdade de gênero e de orientação sexual: o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 2002 (LEPIANI, 2002) e o ex-Presidente Lula em 2008 (TERRA, 2008).

O Relator do Recurso Especial Eleitoral número 24564 foi o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, à época integrante do Tribunal Superior Eleitoral.

Conforme descrito no relatório, tratava-se originalmente da impugnação do registro de candidatura da Sra. Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes ao cargo de Prefeita de Viseu no Pará. Conforme relatado, o pedido de registro de candidatura foi impugnado na primeira instância sob a alegação de que a Sra. Maria Eulina mantinha união estável com a então Prefeita reeleita do Município de Viseu/PA (BRASIL. TSE, 2004).

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Relatório do Recurso Especial Eleitoral número 24564. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 1º/10/2004.

O juiz eleitoral de primeira instância indeferiu o registro da candidata por considerar, a partir de uma interpretação extensiva, que o mesmo violava o art. 14, parágrafo 7º, da Constituição da República. Mas o Tribunal Regional Eleitoral do Pará reformou a sentença do juiz eleitoral de primeiro grau, invocando os seguintes fundamentos:

[...]

1. Considera-se união estável, para a proteção de Estado, aquela que decorre da união entre homem e mulher como entidade familiar, dentro do que dispõe a Lei Civil em vigor.
2. Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável e diante do silêncio eloquente do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição.
3. A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e consequentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites decorrentes das relações de parentesco para o mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar 64/90.
4. Considerando o princípio da legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades o que conduziria a imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o princípio da isonomia material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação (BRASIL. TRE/PARÁ, 2004)

O Ministério Público Eleitoral, em conjunto com outros recorrentes, interpôs recurso especial eleitoral da decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, alegando, em síntese, que a falta de regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo não pode afastar a vedação constitucional à perpetuação do mesmo grupo familiar no poder (BRASIL. TSE/PARÁ, 2004).

O Ministério Público Eleitoral junto ao Tribunal Superior Eleitoral, na pessoa do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Roberto Gurgel, opinou pelo deferimento do recurso especial eleitoral, com o consequente indeferimento do pedido de candidatura da Sra. Maria Eulina.

Invocando a interpretação teleológica do art. 14, parágrafo 7º, para destacar que o objetivo da norma constitucional consiste em impedir que grupos familiares se perpetuem no poder, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral invocou a manifestação da Procuradoria da República no Pará, para destacar que a Sra. Maria Eulina convivia maritalmente com a então Prefeita de Viseu, da mesma forma que qualquer outra entidade familiar, e que a circunstância de a então Prefeita de Viseu já ter sido reeleita naquela oportunidade impedia a candidata citada de concorrer à sucessão da mandatária municipal, com quem havia formado relação estável e familiar.

Um dos argumentos aduzidos pela Procuradoria da República no Pará traçou um paralelo entre o caso em análise e o Recurso Extraordinário Eleitoral 98.935, julgado pelo STF em 1982, sob a relatoria do Min. Cordeiro Guerra, quando se assentou, igualmente por interpretação extensiva, que não se poderia considerar inelegível a esposa legítima (termo utilizado no acórdão referido) e se permitisse que a concubina casada no religioso³¹⁷ pudesse concorrer.³¹⁸

O referido acórdão do Supremo Tribunal Federal estendeu a inelegibilidade decorrente do casamento civil à pessoa casada apenas no religioso justamente por considerar que o princípio que rege as inelegibilidades reflexas em decorrência de parentesco se aplica igualmente às duas situações, ou seja, o que se busca é impedir que grupos familiares apropriem-se dos cargos eletivos, pervertendo a ideia de república ao tornar a esfera política objeto de apropriação privada de grupos familiares.

No seu voto, o Min. Gilmar Mendes relata que as provas examinadas indicavam a existência de união de fato e que o cerne da questão consistia em saber se a inelegibilidade reflexa prevista no art. 14, parágrafo 7º, da Constituição poderia ser aplicada a uma relação homoafetiva.

O Min. Gilmar Mender destaca, então, que situações como concubinato, união estável, casamento e parentesco compartilham um mesmo elemento, que enseja a aplicação da inelegibilidade reflexa: a presença de forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses comuns (BRASIL. TSE/PARÁ, 2004), citando, à época, incipiente reconhecimento

³¹⁷ A expressão “concubina casada no religioso” é retirada do próprio voto do Min. Cordeiro Guerra e diz respeito à pessoa que contraiu casamento apenas no religioso, sem efeitos civis. Obviamente trata-se de manifestação contextualizada em época anterior à Constituição de 1988 e a toda legislação civil que, a partir dos anos 1990, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, culminando na sua inclusão no Código Civil de 2002. Hoje, seria mais correto falar-se em união estável fundada em casamento exclusivamente religioso.

³¹⁸ Comentários a partir da manifestação da Procuradoria da República no Pará no julgamento do Caso Viseu no Tribunal Regional Eleitoral do Pará, reproduzida a partir da manifestação do Vice-Procurador-Geral Eleitoral no REsp Eleitoral 24564 (BRASIL. TSE/PARÁ, 2004).

das relações homoafetivas pelos Tribunais Superiores brasileiros, ao menos em matéria patrimonial, particularmente o STJ e o STF.³¹⁹

O Min. Gilmar Mender concluiu seu voto entendendo que os sujeitos de uma relação estável homoafetiva, à semelhança do que ocorre com os sujeitos de uma união estável³²⁰, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, parágrafo 7º, da Constituição da República.

Os demais Ministros do Tribunal Superior Eleitoral na ocasião seguiram o voto do Min. Gilmar Mendes e o recurso foi conhecido e provido, indeferindo o registro da candidatura da Sra. Maria Eulina. Dentre os demais votos, cabe destacar a manifestação do Min. Carlos Velloso, Vice-Presidente do TSE à época, que durante este julgamento estava no exercício da Presidência, declarando que:

O eminente relator demonstrou muito bem que o mundo evolui e é preciso reconhecer estas entidades que se formam. Desconhecer a realidade seria desconhecer o papel do Direito e, principalmente, do Direito Público.

O julgamento do Recurso Especial Eleitoral 24.564 no Tribunal Superior Eleitoral põe em evidência outro aspecto importante da igualdade de gênero e de orientação sexual no que tange ao campo dos direitos políticos: a necessidade de cumprir os mesmos deveres e respeitar os mesmos limites que os demais membros da comunidade política.

Com efeito, uma das principais contribuições do Estado de Direito para a ideia de democracia constitucional contemporânea se funda profundamente da ideia de reciprocidade, que se desdobra em duas: a) reciprocidade entre Estado e indivíduo: como parte da sociedade política, o indivíduo se submete ao Direito posto pelo Estado na medida em que confia que a autoridade pública fará o mesmo, ou seja, que o Estado se vinculará ao Direito e à lei que produz; b) reciprocidade entre os indivíduos submetidos ao mesmo Estado e à mesma Constituição: traduzida nas concepções de paridade de tratamento e de igualdade perante a lei, significa dizer que os indivíduos, enquanto pessoas e enquanto cidadãos do Estado, estão submetidos à mesma autoridade política, com a qual mantém um vínculo baseado em direitos e deveres, mas também estão intimamente ligados ao outro por laços de solidariedade, tanto cívica quanto social, pela noção de direitos e responsabilidades compartilhados com o outro,

³¹⁹ Especificamente quanto ao STF, o Min. Gilmar Mendes lembrou a PET 1984-9/RS, processo no qual houve o reconhecimento de companheira homossexual para fins previdenciários.

³²⁰ Após a decisão do STF no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, em maio de 2011, foram equiparadas as figuras jurídicas da união homoafetiva e da união estável heterossexual para fins de proteção jurídica.

igualmente integrante da comunidade política, um código de respeito mútuo baseado no que Max Weber chamar de ética da responsabilidade,³²¹ a partir da qual a cidadania, enquanto inclusão de todos, é a convivência baseada no reconhecimento e observância de direitos e deveres dos indivíduos como cidadãos em relação ao Estado e entre si.

Não foi outra a posição de Maurizio Viroli, em diálogo travado com Norberto Bobbio na obra “*Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*”, ao destacar a questão dos deveres nos seguintes termos:

[...] se você considera seriamente os direitos, precisa considerar seriamente os deveres: o dever de defender a liberdade comum, o dever de respeitar os direitos dos outros indivíduos. Talvez nós, laicos, falemos muito pouco dos deveres³²² e muitos dos direitos” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 42).

Ao responder a provocação intelectual de Viroli, Norberto Bobbio declara que, se naquele momento ainda tivesse alguns anos de vida, estaria tentado a escrever “*A era dos deveres*” e posicionou-se claramente no sentido de que

não existem direitos sem deveres correspondentes, afirmando ainda que, para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes, um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração dos deveres e das responsabilidades daqueles que devem fazer valer os direitos” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 42b).

Instalado então por Maurizio Viroli (2007) a se pronunciar sobre qual seria o primeiro dos deveres de um cidadão em um decálogo dos deveres, Bobbio responde que este seria o dever de respeitar os outros, a superação do egoísmo pessoal, ou seja, aceitar o outro. Seria, para Bobbio, a tolerância aos outros. Para ele, o dever fundamental é dar-se conta de que você vive em meio aos outros.

A tolerância a que se refere Bobbio deve ser compreendida como o reconhecimento

³²¹ Silvio Ferrari, no verbete “Política” do Dicionário de Política coordenado por Bobbio, Mateucci e Pasquino, esclarece que o critério da ética da convicção é geralmente usado para julgar as ações individuais, enquanto o critério da ética da responsabilidade se usa ordinariamente para julgar as ações de grupo, ou praticadas por um indivíduo, mas em nome e por conta do próprio grupo, seja ele o povo, a nação, a Igreja, a classe, o partido etc. (apud BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 961).

³²² No diálogo que trava com Maurizio Viroli em “*Direitos e Deveres na República*”, Bobbio relembra a célebre distinção entre dever moral e dever jurídico, sendo o primeiro um dever de consciência e o segundo um dever externo, um dever em relação ao outro, esclarecendo então que o dever para com os outros é um dever jurídico, enquanto o dever consigo mesmo é o dever moral estrito (BOBBIO; VIROLI, 2007). É perfeitamente plausível dizer que aqui ele retoma, sem dizê-lo, a dicotomia ética de convicção/ética da responsabilidade, sendo o dever moral relacionado à primeira e o dever jurídico relacionado à segunda. Para os fins deste trabalho e deste ponto aqui trabalhado, são os deveres políticos dos integrantes da comunidade política, dentre eles os impedimentos eleitorais e a inelegibilidades, deveres jurídicos, por serem sempre um dever com o outro e com a comunidade, inobstante sejam fundamentados em princípios jurídicos como a República e a democracia que são igualmente dotados de elevado conteúdo moral e ético-político. Importa-nos, contudo, tratar da sua exigibilidade e da extensão desta àqueles que reclamam o respeito à diferença.

moral dos direitos do outro e deve se tornar o fundamento central da construção e aplicação do Direito e da democracia na contemporaneidade, na medida em que ao olhar o diferente, particularmente para os fins do trabalho o indivíduo ou a pessoa que traz em si a diferença enquanto singularidade decorrente do gênero e da sexualidade, a tarefa central da democracia constitucional inclusiva consiste em produzir condições para legitimar os direitos decorrentes desta diferença e que nenhum direito seja negado por ela ou em decorrência dela, salvo quando a igualdade demandar o tratamento diferente por conta das suas diferenças.

Isso claramente se põe em relação aos direitos humanos como direitos de defesa, contra o Estado, mas contra também o arbítrio privado, seja ele de outro indivíduo ou da sociedade. Em última instância, o Estado está legitimado, inclusive pela via judicial, a interferir na esfera privada para garantir que a igualdade de gênero e a igualdade de orientação sexual serão garantidas, possibilitando o acesso às mesmas prerrogativas a que arranjos conjugais heterossexuais possuam ou estabelecendo igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Aqui, os direitos humanos não são somente direitos de defesa, mas também direitos de não discriminação, garantindo o dever do Estado e da sociedade de garantir a igualdade, mesmo no espaço social privado.

Também é um dever do Estado ajustar as prestações sociais a que os cidadãos ou cidadãs tenham direitos produzidos, interpretados e aplicados à luz da diretriz posta pela igualdade de gênero e de orientação sexual, articulando o núcleo essencial dos direitos prestacionais sociais ao núcleo essencial da igualdade de gênero e de orientação sexual como uma exigência própria de uma nova dimensão substantiva do Estado de Direito, para além da maioria democraticamente construída, mas respeitando sua vontade sempre que o núcleo essencial da igualdade de gênero e de orientação sexual estiver respeitado.

Para tanto, é possível mesmo, em situações pontuais, recorrer à jurisdição como forma de realizar de forma mais plena a articulação entre direitos prestacionais e igualdade de gênero e orientação sexual, desde que haja um risco substancial ao núcleo essencial desta última e não se comprometa com a intervenção jurisdicional o espaço de deliberação majoritário naquilo que preserva o núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais.

Mesmo no que tange aos direitos de participação política, embora não seja possível criar direitos e responsabilidades que onerem a comunidade política em decorrência de pretensões igualitárias fundadas no gênero e na sexualidade sem um devido processo legislativo, ou seja, sem a construção de um consenso mínimo, neste sentido, apoiado pela

maioria política e social, é possível defender que a intervenção judicial pode, e deve, aprofundar e aperfeiçoar mecanismos de ação afirmativa no que tange à participação política fundada nas diferenças de gênero, como fez o Tribunal Superior Eleitoral no que se refere às cotas para candidaturas de mulheres nas eleições.

Há, contudo, uma contrapartida importante e necessária à afirmação da igualdade que respeite diferenças fundadas no gênero e na sexualidade: a necessidade de respeitar os limites ético-jurídicos essenciais para viabilizar a plena participação na vida política no contexto do espaço público.

O respeito aos mesmos deveres e responsabilidades que todos os cidadãos e cidadãs devem observar funda-se na reciprocidade extraída do próprio conceito de Estado de Direito, como afirmado antes, e vincula igualmente àqueles que invocam tratamento fundado na diferença, seja ela de gênero ou de orientação sexual, quando falamos nos direitos de participação política, notadamente nos direitos políticos negativos.

Com efeito, o debate sobre democracia e diferença já permeia toda reflexão da teoria social e política na contemporaneidade e o jurídico não poderia estar isento, tanto destas considerações como dos problemas e tensões a que elas se referem.

Como traz Jean L. Cohen (1996, p. 186),

inicialmente o foco da identidade e do orgulho de grupo por parte de mulheres, gays, negros, e dos diversos grupos de identidade étnica e linguística podia ser entendido como uma reação aos limites da política da inclusão, que pareciam oferecer igualdade formal perante a lei (tratamento igual) e plena participação política somente se o preço fosse a assimilação e a renúncia à particularidade³²³.

Em um momento posterior, Cohen (1996, p. 186b) assevera que

o desenvolvimento e a afirmação de novas interpretações da identidade de grupo aparentemente envolveria uma sofisticada autorreflexão da parte de alguns dos novos atores coletivos em relação aos processos sociais e as relações de poder envolvidas na formação da identidade e das normas sociais,³²⁴

Que pode perfeitamente incluir o papel da identidade de grupo da produção e aplicação das normas jurídicas.

³²³ No original em inglês: [...] initially the focus on group identity and pride on the part of women, gays, blacks, and various ethnic and linguistic groups could be understood as a reaction to the limits of the politics of inclusion, which seemed to offer formal legal equality (equal treatment) and full political membership only at the price of assimilation and the renunciation of particularity (...).

³²⁴ No original em inglês: [...] the development and assertion of new interpretations of group identity appeared to involve a sophisticated degree of self – reflection on the part of at least some of the new collective actors regarding the social processes and power relations involved in identity formation and the articulation of social norms (...).

Retornando ao pensamento desenvolvido por Jean L. Cohen (1996, p. 186-187), o objetivo parecia ser o de assegurar “igual oportunidade a todos os participantes destes processos em iguais termos”, o que levaria a “política da identidade” a manter um “impulso universalista, impondo um desafio democrático e igualitário à pseudoneutralidade dos modelos culturais existentes, das normas sociais institucionalizadas³²⁵ e às identidades de grupo (re)conhecidas”.³²⁶

Cohen (1996), no entanto, alerta para o risco para a democracia em tomar-se a diferença como algo em si mesma ou algo que se autojustifique, importando em um respeito naturalístico e mesmo autoritário no sentido de que “devo ser respeitado porque sou diferente e apenas por isso”, sem qualquer conexão com ideais de universalidade e publicidade que permeia o espaço democrático no constitucionalismo contemporâneo, conforme podemos ver nas palavras da própria autora:

Hoje, porém, muitos protagonistas da política da identidade parecem ter abandonado a política de inclusão *tout court*, tanto na sua versão liberal quanto na versão democrática. Auxiliados por teorias que constroem categorias como universalidade, normatividade, igualdade, publicidade, imparcialidade e direitos fundamentais como meras estratégias de poder, partidários da política da identidade simplesmente afirma a diferença per se, como se isso fosse suficiente para obter reconhecimento e privilégios. Atualmente, os particularismos nem se quer se dão o trabalho de fingir serem igualitários, imparciais, intolerantes, ou solidários com os outros, ou mesmo justos. Na sua pior forma, esta política se tornou a própria oposição às políticas igualitárias e democráticas – tal como na emergência de formas de nacionalismo, etnocentrismo, e particularismo de grupo intolerantes ao redor do mundo testemunham. Alguém pode se perguntar se as teorias críticas que desafiaram a feliz consciência do universalismo iluminista e desmascararam o nivelamento e o impulso homogeneizante das concepções que informam as tradições liberal e democrática foram instrumentalizadas pelos antidemocratas ao nos privar da linguagem e dos recursos conceituais indispensáveis para confrontar as afirmativas autoritárias da diferença tão prevalentes hoje em dia³²⁷ (COHEN, 1996, p. 187).

³²⁵ É perfeitamente cabível entender aqui que a pseudoneutralidade das normas sociais institucionalizadas abrangeria o Direito e as formas jurídicas existentes, desde sua produção passando pela interpretação e aplicação das normas jurídicas e das relações de tensão entre sistema jurídico e mudança social.

³²⁶ No original em inglês: [...] *The aim seemed to be to secure an equal chance for all to participate in these processes on equal terms. As such, “identity politics” retained an universalistic thrust – it posed an egalitarian and democratic challenge to the pseudoneutrality of existing cultural models, institutionalized social norms, and acknowledged group identities.*

³²⁷ No original em inglês: [...] *Today, however, many protagonists of identity politics seem to have thrown down the gauntlet to the politics of inclusion tout court, in both its liberal and democratic versions. Aided and abetted by theories that construe the very categories of universality, normativity, equality, publicity, impartiality, and basic rights as mere strategies of power, partisans of identity politics simply assert difference per se, as if that were sufficient to merit recognition and entitlements. Nowadays particularisms do not even bother to pretend to be egalitarian, impartial, tolerant, or solidary with others, or even fair. In its worst guise, this politics has turned into the very opposite of egalitarian and democratic politics – as the emergence of virulent forms of nationalism, ethnocentrism, and intolerant group particularisms all over the world witness. One begins to wonder whether the critical theories that challenged the happy consciousness of Enlightenment universalism and unmasked the leveling and homogenizing thrust of concepts informing the liberal and democratic traditions, have played into the hands of antidemocrats by depriving us of the*

A discussão trazida por Jean Cohen (1996) e a ideia de deveres correlatos aos direitos, inclusive o dever de respeitar o próximo, se associam para tratar da ideia de que é preciso respeitar o diferente e promover a diversidade que se possam conciliar pacificamente as diferenças, mas é preciso também que os diferentes respeitem as normas institucionalizadas necessárias à convivência no espaço público democrático dentro do constitucionalismo contemporâneo.

Como diz Katya Kozincki (2004, p. 343), ao desdobrar o conceito de cidadania a partir da democracia radical,

cidadão é aquele que se identifica com a gramática de conduta da respublica, como interesse público. A cidadania, dentro desta perspectiva, funciona como um elemento articulador entre as diferentes posições de sujeito que os agentes sociais ocupam na sociedade, permitindo a construção de uma identidade comum, ao mesmo tempo em que respeita a liberdade individual.

A igualdade, assim, é uma via de mão dupla, que recai sobre a maioria em respeitar os direitos das minorias, mas também das minorias de respeitar as bases fundantes da democracia constitucional e do espaço público por ela instituído, inclusive quanto aos direitos e deveres como membro pleno da comunidade política e os direitos humanos de pessoas dentro e fora do próprio grupo identitário minoritário.

É nesse ponto que se faz uma conexão necessária e imprescindível da convivência entre igualdade e diferença e a existência de parâmetros mínimos de coesão, social e política, definidos pela democracia constitucional, particularmente a partir dos direitos de participação política e dos limites que eles impõem ao poder político e ao uso dele a ser feito por atores sociais, hegemônicos ou minoritários.

Ao resguardar as regras do jogo e possibilitar a ampla e livre participação cidadã, os direitos políticos em uma democracia constitucional são um elemento de reciprocidade que une diferentes grupos em torno do mesmo processo.

E aqui, por mais que os diferentes, particularmente no que tange ao gênero e à orientação sexual, reclamam uma proteção de acordo com suas próprias singularidades e as reivindiquem na forma de direitos humanos fundamentais de diversas ordens, como demonstrado até aqui, os direitos de participação política, inobstante também abertos a transformações e aplicações decorrentes de identidade de gênero, são instrumentos de

recondução da tensão entre homogeneidade e diferença a padrões constitucionalmente normatizados de universalidade e de igualdade e, portanto, juridicamente exigíveis, inclusive pela via jurisdicional.

Aliás, como se manifestou a Ministra Rosa Weber no julgamento conjunto das ADC 29 e 30 e da ADI 4578, em fevereiro de 2012,

o escopo da inelegibilidade não é punir. A norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro. O foco é outro. O foco, a meu juízo, é a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito.

Ainda segundo a Min. Rosa Weber, na seara eleitoral, e mais precisamente no campo das inelegibilidades, os princípios constitucionais prevalentes são a proteção do interesse público e da coletividade, antes do interesse individual e privado (WEBER, 2012).

A identidade de gênero e de orientação sexual é, desta forma, um valor que informa cada vez mais as demandas igualitárias do Direito Constitucional Contemporâneo, chegando, inclusive, a fundamentar uma nova concepção substantiva de Estado de Direito.

Mas, ao mesmo tempo em que as diferenças fundadas no gênero e na sexualidade merecem a proteção contra a discriminação e a afirmação de direitos que respeitem as singularidades fundadas nas identidades delas decorrentes, é preciso também manter as pretensões de igualdade de gênero e de orientação sexual conectadas com as pretensões universalistas e com os demais valores republicanos e humanistas que informam a democracia constitucional contemporânea.

No campo dos direitos políticos, isto implica no respeito à soberania popular, ao critério majoritário e às regras que mantêm idôneo o processo de disputa político-ideológica por meios das eleições e por meio dos direitos e deveres inerentes à política democrática, como a livre expressão política e a contenção dos abusos de poder econômico e político no processo eleitoral.

Dentro da tradição recente do constitucionalismo democrático brasileiro, impedir a perpetuação de um mesmo grupo familiar à frente do governo, seja ele local, estadual ou nacional, é um imperativo que se impõe a todos os indivíduos e grupos da comunidade política que queiram ser parte integrante do processo democrático.

Isto se aplica a qualquer pessoa ou grupo, independentemente de cor, raça, sexo, gênero e orientação sexual. Aqui, a identidade de grupo baseada em gênero e na sexualidade deve respeitar as diretrizes fundantes da democracia constitucional, ou seja, à igualdade de

oportunidades e à aplicação paritária das regras políticas a todos os atores sociais.

Invocar a diferença de gênero e de orientação sexual para eximir-se ou escusar-se de cumprir uma obrigação cidadã e republicana, altamente informada pelo dever de respeitar os outros participantes do processo político, é abandonar os mesmos ideais universalistas e igualitários por vezes invocados por pessoas e grupos ligados à identidade sexual e de gênero na busca pela afirmação de direitos.

Em outras palavras, é negar a reciprocidade e entregar ao faccionismo e ao particularismo, que divide em vez de compartilhar, e que nega tanto a soberania popular quanto a própria igualdade cidadã e democrática.

Neste sentido, revela-se importante resgatar trecho do parecer da Procuradoria Geral Eleitoral no julgamento do Recurso Especial Eleitoral número 24564, quando se afirma categoricamente que:

No presente caso – não é fastidioso repetir – a candidata à Prefeitura de Viseu trava relação homoafetiva com a atual Prefeita, que, aliás, já está no segundo mandato. Fosse a relação constituída entre um homem e uma mulher, seja por matrimônio ou concubinato, e ninguém ousaria hastear argumento contrário à proibição estampada no preceptivo constitucional; a ninguém assaltaria a dúvida quanto à flagrante vulneração à *ratio* do dispositivo multicitado.

In casu, será que o fato dos integrantes da relação pertencerem ao mesmo sexo evita a utilização da máquina administrativa em favor do companheiro, evita a formação das oligarquias familiares, do continuísmo, da perpetuação no cargo, da inversão dos postulados republicanos, em verdadeira *res domestica*?

A resposta afirmativa fere de morte o art. 14, § 7º, da Carta Magna.³²⁸

Considerando todo o exposto nesta seção do trabalho, parece que a única coisa a acrescentar em relação ao raciocínio desenvolvido pela Procuradoria Geral Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral 24564/2004 é que utilizar-se da diferença de gênero e de orientação sexual como inversão dos postulados republicanos e imposição de uma razão privada particularista e excludente em relação à comunidade política não somente fere de morte a *ratio* do art. 14, parágrafo 7º, da Constituição brasileira, mas toda a ideia de igualdade fundada em reciprocidade e respeito, a partir da qual se tenta construir a democracia constitucional contemporânea.

³²⁸ Reprodução de parte da manifestação da Procuradoria da República no Pará no julgamento do Caso Viseu no Tribunal Regional Eleitoral do Pará, reproduzida por sua vez a partir da manifestação do Vice-Procurador-Geral Eleitoral no REsp Eleitoral 24564. In: Tribunal Superior Eleitoral. Relatório do Recurso Especial Eleitoral número 24564. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 1º/10/2004.

CONCLUSÕES DO TRABALHO

O ponto de partida deste trabalho foi a campanha pelo Amor Igualitário (*Equal Love*) impulsionada pelo casal Katherine Doyle e Tom Freeman como forma de questionar a desigualdade entre heterossexuais e homossexuais no acesso ao casamento (para os primeiros a lei britânica destina o casamento civil e para os segundos uma parceria civil, sendo que cada regime é próprio de acordo com a opção sexual do casal).

A pergunta feita por eles (“*se o amor é igual porque as instituições devem ser diferentes?*”) foi a senha para investigar as dimensões que o gênero e a sexualidade adquirem no constitucionalismo moderno e contemporâneo, assim como que função a gramática dos direitos humanos e fundamentais desempenha em interação com estes elementos da intimidade individual.

Após um diálogo interdisciplinar com as ciências humanas e sociais, bem como a história e a filosofia, foi possível perceber que a sexualidade e o gênero como parte dela são desdobramentos da formação da subjetividade moderna, como possibilidade de construção de uma identidade individual como contraposição à “identidade-nós” social.

Mais do que isso, gênero e sexualidade (orientação sexual) são desde o século XVIII os elementos que realizam o recorte entre público e privado, e que atribuem certos valores e qualificações a estes espaços – neste processo, o sistema jurídico, notadamente o Direito Público, desempenha um papel importante, de legitimação e operacionalização da divisão entre público/privado como divisão entre visível e invisível, entre masculino e feminino, entre matriz heterossexual e sexualidades diversas, especialmente a homossexualidade.

A linguagem jurídica herdeira do legado iluminista produz tanto o constitucionalismo como a formulação do Estado de Direito e a teoria dos direitos naturais (mais tarde, direitos humanos), que se apresentaram historicamente no cerne de uma contradição: ao mesmo tempo em que surgiram na luta contra a tirania e os privilégios, consagrando uma ideia de igualdade formal por meio da generalidade e da abstração da linguagem jurídica, permitiram abusos, violências e desigualdades que hierarquizaram e inferiorizaram a condição feminina, bem como legitimaram a mudança da homossexualidade de pecado para anormalidade.

Este déficit entre normatividade e realidade social é constitutivo da própria ideia moderna de Direito como instância regulatória da ação humana, mas a própria pretensão regulatória do Direito moderno, a partir de suas características institucionais, apresentado em

um primeiro momento como feixe de contradições, foi utilizada como instrumento de pressão e reivindicação sobre o próprio sistema jurídico, gerando novas interpretações e formulações de direitos à luz das demandas de gênero e de orientação sexual.

Verificou-se a partir da Segunda Guerra Mundial a ascensão de um novo paradigma de Constituição, calcada na defesa e promoção de direitos humanos e fundamentais, fundados na dignidade humana, assim como na ascensão das condições jurídico-institucionais que permitissem uma atuação proativa dos juízes da salvaguarda destes direitos e mesmo na sua ampliação. No Brasil, este processo está identificado com a promulgação da Constituição de 1988.

Isso não passou despercebido pelos movimentos reivindicatórios de mulheres e pela comunidade LGBT, gerando um processo de interferências recíprocas entre direitos humanos e identidade sexual e de gênero: os primeiros serviram de instrumento jurídico para a luta política das minorias mencionadas, enquanto que estas identidades levaram a reformulações e novas aplicações que expandem a gramática dos direitos.

O fundamento jurídico deste processo de interferência recíproca entre os direitos humanos e fundamentais, de um lado, e a identidade sexual e de gênero, de outro, consiste no resgate e na efetivação do princípio do Estado de Direito, primeiro como promoção de igualdade como reciprocidade, articulando estabilidade, previsibilidade e confiança entre governo e cidadãos(ãs), bem como entre integrantes da esfera cidadã (dimensão formal).

Posteriormente, a igualdade de gênero e de orientação sexual torna-se mais do que um ideal regulatório, para tornar-se uma concepção de justiça ela própria, informada também por uma dimensão substantiva de Estado de Direito relacionada ao paradigma democrático.

Estas transformações nas relações de gênero e de orientação sexual a partir do discurso dos direitos humanos e fundamentais, e de sua aplicação no âmbito social e político, inseriram-se no processo de crescente judicialização da política e da sociedade, o que possibilitou um alto grau de intervenção dos juízes na resolução de conflitos envolvendo pretensões igualitárias relacionadas a grupos minoritários.

Mas o Estado constitucional e democrático é uma formulação universalista, que abarca as diferenças e singularidades existentes, inclusive de gênero e de orientação sexual, mas que deve se voltar para o bem de todos(as) e ter como uma de suas bases (embora não seja a única) a vontade da maioria, desde que permitindo os canais de comunicação para a veiculação das pretensões da minoria.

Uma crescente demanda por especificidade e por singularidade no gênero e na

sexualidade, baseando-se no discurso dos direitos, pode por em risco o equilíbrio das funções do Estado e a própria pretensão universal do Estado de Direito – para que isto não ocorra, a concretização jurisdicional dos direitos humanos e fundamentais deve dar-se de acordo com as funções a serem realizadas (defesa, proteção perante terceiros, não discriminação, prestacional e de participação), mesclando uma maior possibilidade de sindicabilidade judicial com uma maior deferência ao legislador democrático.

Para chegar a esta conclusão foram analisadas legislações e precedentes jurisprudenciais no constitucionalismo brasileiro atual, bem como decisões e referências estrangeiras que lhe sejam contemporâneas, a partir de direitos que funcionaram como condutores e que eram fundados na interação com o outro, na família, no trabalho (e no sistema de segurança social que lhe é atinente) e na comunidade política.

Ao analisar-se a família e o casamento, evidenciou-se a transformação destes com base no legado iluminista e nos valores do individualismo moderno de status para um direito – este processo foi a base para a definição do casamento como comunidade fundada no amor e no afeto, o que primeiro alterou a cartografia das relações entre homens e mulheres na privacidade familiar e que depois reverberou mesmo na própria ampliação da esfera pública.

Posteriormente, a noção do casamento e da família como direitos legitimaram sua extensão ou a pretensão de estendê-lo às relações homoafetivas, garantindo às uniões entre pessoas do mesmo sexo o acesso ao casamento e a união estável em igualdade com os heterossexuais, inclusive no plano simbólico (o mesmo nome e o mesmo regime para comunidades afetivas que partilham a mesma pretensão de amor e companheirismo, independentemente da orientação sexual), bem como a mesma possibilidade de planejamento e gestão moral quanto à filiação e aos interesses patrimoniais do casal.

A viabilidade jurídica deste processo se constituiu com base na articulação das funções de defesa, proteção contra terceiros e não discriminação dos direitos humanos e fundamentais, e possibilita a ampla atuação jurisdicional, como evidenciado nas experiências constitucionais nacionais e estrangeiras, fundada na reciprocidade e na igualdade como relação, bem como garantidas a partir das dimensões formais e substantivas do Estado de Direito.

A realização das funções de não discriminação e de defesa (contra o Estado e contra terceiros) pelos juízes possibilita também a consolidação de uma ética do reconhecimento, que se desdobra na afirmação do(a) diferente/singular (mulheres e pessoas da comunidade LGBT) como sujeitos de direito e como merecedores de iguais respeito e consideração quanto aos seus direitos morais.

Outro desdobramento dos direitos humanos e fundamentais quanto ao gênero e à orientação sexual consiste na aplicação dos direitos sociais, que podem ser a projeção da função de defesa e não discriminação nas relações de trabalho (direitos sociais trabalhistas), e realização de uma função prestacional.

Neste último caso, os direitos sociais têm uma pretensão de acesso universal e de promoção de bem estar geral a todos(as) os(as) cidadãos(ãs) que devem ser considerados(as) no que tange a sua aplicação. Aqui, mostrou-se necessário, conforme as referências constitucionais e legais, observar um maior equilíbrio entre a atuação jurisdicional e a do legislador democrático.

Não é impossível ocorrer a adjudicação dos direitos prestacionais nas relações de gênero e de orientação sexual, mas há aqui uma necessidade de deferência do judiciário ao legislativo.

Em princípio, foi possível identificar a sindicabilidade judicial nos casos em que há desigualdades de acesso, ou quando a prestação, oferecida na linguagem universal dos direitos sociais prestacionais, não abarca de forma razoável a diferença/singularidade de gênero e de orientação sexual, ou quando (re)produz estigmas, preconceitos e hierarquias fundadas em estereótipos – foi o que ocorreu na inclusão previdenciária do companheiro(a) homoafetivo(a).

Há também a possibilidade de adjudicação quando os contornos do direito a ser exercido estão suficientemente delineados na Constituição ou na lei, permitindo sua exigibilidade imediata, como no prazo de carência diferenciado do(a) trabalhador(a) de casa de baixa renda, em que a omissão em regulamentar tal prazo já enseja a contestação judicial da omissão.

Mas o judiciário pode incorrer em um paternalismo moralista, caso incorra em uma judicialização excessiva dos direitos prestacionais nas relações de gênero e de orientação sexual, por não contar com expertise técnica e com legitimidade perante as aspirações dos usuários e titulares das prestações de igualdade de gênero e de orientação sexual na formulação de prestações relacionadas a estes.

Além disso, os mecanismos institucionais do judiciário para promover o diálogo entre as pretensões igualitárias de grupos e identidades sexuais e de gênero com os objetivos da maioria são limitados em relação às instâncias representativas eleitas (legislativo e executivo), ou mesmo a foros e espaços de deliberação no qual participem mulheres e a comunidade LGBT, notadamente os conselhos de controle social e formulações de políticas públicas.

Cabe destacar, contudo, que os direitos sociais, trabalhistas e prestacionais, têm a função de realizar diferentes inclusões: a) o suporte material à ética do reconhecimento; b) a integração da singularidade de gênero e de orientação sexual no mundo do trabalho; c) a reorientação das prestações no âmbito da seguridade social, para que as particularidades de gênero e de identidade sexual sejam consideradas quando da promoção de melhorias por conta da ação pública relacionada aos direitos sociais.

O terceiro desdobramento dos direitos humanos e fundamentais na realização da igualdade de gênero e de orientação sexual diz respeito à promoção e efetivação da função de participação destes direitos, marcadamente dos direitos políticos (sufrágio e eletividade).

Neste ponto, a universalidade dos direitos é mais intensa ainda, na medida em que os direitos políticos se voltam para a realização da comunidade política como um espaço de iguais, permitindo os meios da participação de todos(as). Existem, porém, limitações materiais e culturais à plena igualdade política, que geram sub-representação das mulheres na vida política.

O caminho para enfrentar este problema passa por ações afirmativas de gênero quanto aos direitos políticos, mas estas são primordialmente resultado de ação legislativa, pois uma vez consagrada a cláusula do sufrágio universal, as regras do jogo democrático devem ser negociadas por maioria e minoria, e não impostas por um grupo a partir de invocação jurisdicional.

Há um espaço residual de atuação do judiciário na preservação da idoneidade do processo democrático (o que se tornou evidente na decisão da Justiça Eleitoral sobre a inelegibilidade do(a) companheiro(a) homoafetivo(a)), impedindo a captura do espaço público por interesses privados, bem como o aprofundamento das políticas existentes e já decididas pelo trâmite político, caso da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que deu efetividade à reserva de vagas para mulheres em candidaturas políticas.

Ao final, além dos diferentes graus de aplicação de direitos humanos e fundamentais nas relações de gênero e de orientação sexual a partir das funções dos direitos, foi possível também identificar que a aplicação destes direitos na realização do ideal igualitário quanto a mulheres e o público LGBT deve também ter em conta a diversidade intragrupo, visto que nem a condição feminina nem a homossexualidade/transsexualidade são homogêneas e unitárias, mas sim plurais e profundamente fragmentadas em razão de diversas nuances decorrentes de outros recortes, como raça, educação, renda, posição política e ocupação profissional, de modo que a afirmação dos direitos relativos à identidade sexual e de gênero

deve ter em conta a profunda multiplicidade das formas de subjetivação.

Assim, parece que não só as instituições não devem ser diferentes quando não há motivo para sê-lo – como a pergunta de Tom e Katherine implicava –, como a gramática dos direitos, enriquecida pelos insumos axiológicos e políticos das pretensões de igualdade de mulheres e homossexuais/transsexuais, leva a uma redefinição dialógica não só das fronteiras entre o público e o privado, mas também como uma transformação interna destes dois espaços e a um alargamento do Estado Constitucional como ideal regulatório e como ideal de justiça substantiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan. Estado e Direito. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO, Vladimyr Jorge (Orgs.). *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. [S.l]: Ed. impressa, 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.

ALTMANN, Helena. Orientação sexual nos parâmetros curriculares nacionais. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 9, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000200014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 mar. 2013.

ALVES, Gabriela. Casal gay tem pedido de casamento civil negado por juíza no Ceará. *GI*, Rio de Janeiro, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2011/08/casal-gay-tem-pedido-de-casamento-civil-negado-pela-justica-do-ceara.html>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *A lei de cotas e as mulheres na política em 2010*. [S.l: s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/35007057/A-Lei-de-Cotas-e-as-Mulheres-na-Politica-em-2010>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Interest of amici curiae. In: THE SUPREME Court of Virginia Pamela Kay Bottoms, Appellant and Sharon Lynne Bottoms. *Appellee*. [S.l: s.n., 19--?]. Disponível em: <<http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/bottoms-brief.aspx>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

ANDRADE, Marcelo. Educação e tolerância: articulações éticas e pedagógicas possíveis. In: REUNIÃO ANUAL DA ANPEd, 30., 2007, Pelotas. *Anais... Pelotas*: UFPEL, 2007. Disponível em: <www.ufpel.tche.br/gt17/GT173672.doc>. Acesso em: 11 jan. 2013.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARENDT, Hannah. *Rahel Varnhagen: judia alemã na época do romantismo*. Tradução de Antônio Trânsito e Gernot Kludasch. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *A condição humana*. Tradução Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARRAIS, Amauri. Protesto 'marcha das vagabundas' chega ao Brasil neste sábado. *GI*, São Paulo, 4 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/protesto-marcha-das-vagabundas-chega-ao-brasil-neste-sabado.html>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

BADINTER, Elizabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Provimento Conjunto CGJ/CCI n. 12/2012*. Bahia: TJBA, 2012. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2012.

BAINES, Beverly; RUBIO-MARIN, Ruth. *The gender of constitutional jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BANCO MUNDIAL. *Indicadores do desenvolvimento mundial*. [S.l.: s.n.], 2011. Disponível em: <http://www.google.com/publicdata?ds=wb-wdi&met=sp_pop_totl&idim=country:CUB&dl=pt-BR&hl=pt-BR&q=cuba+popula%C3%A7%C3%A3o+atual>. Acesso em: 11 fev. 2011

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 661-693.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAXI, Upendra. O Estado de direito na Índia. *Sur, Rev. Int. Direitos Human*, São Paulo, v.4, n.6, 2007.

BECKER, Birgit. Lei Fundamental marcou nascimento da República Federal da Alemanha. *Deutsche Welle*. [S.l.: s.n], 2009. Disponível em: <<http://www.dw.de/lei-fundamental-marcou-nascimento-da-rep%C3%BAblica-federal-da-alemanha/a-4272523>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

BENHABIB, Seyla. *Situating the self: gender, community and postmodernism in contemporary ethics*. Nova Iorque: Routledge, 1992.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2007. 2 v.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAGA, Maria Lúcia de Santana. *Eleições 2010: perspectivas da bancada feminina*. 15 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/14024-eleicoes-de-2010-perspectivas-de-evolucao-da-bancada-feminina>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 24 jan. 1991. Art. 1º. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ac. 2ª T. RO 1.191/94. Relator: Rel. Juiz Pedro Lopes Martins. "Minas Gerais" II, 01.10.94 - ementa oficial. 1994.

_____. Agende ações em gênero, cidadania e desenvolvimento (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher). Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979, entrou em vigor em 03.09.1981. Assinada pelo Brasil, com reservas, em 31.03.1981 e ratificada, com reservas, em 01.02.1984, entrou em vigor em nosso país em 02.03.1984. Em 22.06.1994 foi ratificada, sem reservas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília, DF, 23 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/cedaw/docs/Convencao.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Decreto 1617/1995. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional do Trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 4 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1617.htm>. Acesso em: 17 jan. 2013.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal. (4. Região). Apelação Cível n. 96.04.555333-0. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Decisão: 20/08/1998.

_____. INSS. *Instrução normativa INSS/DC nº 25*, de 7 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-dc/2000/25.htm>>. Acesso em: 12 set. 2007.

_____. TRT-RO-19959/00. 2ª Turma. Relator: Juiz Antônio Fernando Guimarães. Tribunais Regionais Federais, Minas Gerais. 31.01. 2001.

_____. Justiça Federal. 3ª Vara. Previdenciária. Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Sentença 0591/2001. Apelante: Ministério Público Federal e outros. Apelada: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Circunscrição Judiciária de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_128.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 9 jan. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. STF. RE 344.882. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 7/04/2003.

_____. Decreto nº 5.209 de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 17 set. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Recurso Especial Eleitoral REsp Eleitoral número 24564. Sentença de primeira instância do caso Viseu. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 1º/10/2004.

_____. TSE. Recurso Especial Eleitoral número 24564. Julgado em 1º de outubro de 2004.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 154000-93.2000.5.19.0004. Julgamento: 05/10/2005. 1ª Turma. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Publicação: DJ 28/10/2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). 8ª Turma. Relator: Juiz José Miguel de Campos. Julgamento: 26/02/2005. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=16805>>. Acesso em 18 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) número 19, decla a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 09 de fevereiro de 2012. Disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Processo 0116400-40.2006.5.05.0029 RO, ac. nº 028135/2007, 2ª Turma. Relator: Desembargador Cláudio Brandão, DJ 02/10/2007. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=acordaoPesquisaAvancada&arrayCodDesembargador=49559,10814,9492,18491,22359,20895,6582,48781,19838,2250,19846,10750,53971,22367,9476,19820,10326,4768,66429,48501,10393,9689,9727,10784,57314,14801,7155,9956,4300>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

_____. Itamaraty. *Políticos e relações bilaterais: America-Central, Costa-Rica*. 2007. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-politicos-e-relacoes-bilaterais/america-central/costa-rica/pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2011.

_____. Itamaraty. *Políticos e relações bilaterais: America-do-Sul, Argentina*. 2009. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-politicos-e-relacoes-bilaterais/america-do-sul/argentina/pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 101900-52.2004.5.05.0024. Julgamento: 15/04/2009. 2ª Turma. Relator: Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Publicação: 09/10/2009.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Julgados Históricos. 2000-2009. Viseu: inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 01130.2007.064.02.00-2. 4ª Turma. Relatora: Ivani Contini Bramante. Data de publicação: 13/11/2009. Tribunal Regional do Trabalho, São Paulo.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Federal de Medicina, Centro Brasileiro de Classificação de Doenças. *A declaração de óbito: documento necessário e importante*. 3. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. 38 p. (Série A. Normas e Manuais Técnicos). ISBN 978-85-334-1614-7. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/declaracao_de_obitooo.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 69540-83.2008.5.09.0001, 19 de maio de 2010. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2069540-83.2008.5.09.0001&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAAvxAAB&dataPublicacao=04/06/2010&query=discriminacao%20e%20orientacao%20e%20sexual>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Estatística 2010. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/estatistica2010/Est_resultados/quadro_cargo_sexo.html>. Acesso em: 11 fev. 2011

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RESPE nº 78432. Relator: Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgamento: 12/08/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 69540-83.2008.5.09.0001. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgado em 19 de maio de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relatório da ADI 4277. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Gje nº 198 em 14 de outubro de 2011. Ementário nº 2607-3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). Processo número PR-00135-2010-654-09-00. 2ª Turma. Relator: Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Tribunal Regional do Trabalho, PR. (Publicado em 12 de julho de 2011).

_____. Tribunal Regional do Trabalho. nº 00135-2010-654-09-00-7-ACO-27522-2011. Natimorto. Licença-Maternidade. 2ª Turma. Relator: Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. 12 jul. 2011. Tribunal Regional do Trabalho, PR. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4417325>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação popular contra dependência de parceiro homoafetivo em imposto de renda é devolvida. 24 mar. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101201>. Acesso em: 14 jun. 2012.

_____. Presidência. Ministérios (ordem alfabética). 04 jul. 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/ministros/ministerios>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Receita divulga regras para declaração do IRPF 2011. *Portal Brasil*, 13 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2010/12/13/receita-divulga-regras-para-declaracao-do-irpf-2011>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. ADFP 132 e ADI 4277. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011.

_____. Poder Judiciário. Seção Judiciária do Distrito Federal. 6ª Vara Federal Cível. Processo nº 6965-91.2012.4.01.3400. Brasília, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2013

_____. Superior Tribunal Federal. Relator julga precedente ADC sobre Lei Maria da Penha. *Portal Superior Tribunal Federal*. 09 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 128600-30.2006.5.04.0022. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgamento em 7 de março de 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20128600-30.2006.5.04.0022&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADiXAAF&dataPublicacao=16/03/2012&query=discriminacao%20e%20orientacao%20e%20sexual%20e%20mulher>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

_____. Senado aprova PEC das domésticas e amplia direitos das trabalhadoras. *Agência Brasil de Comunicação*. 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-03-26/senado-aprova-pec-das-domesticas-e-amplia-direitos-das-trabalhadoras>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUTLER, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Nova Iorque: Routledge, 1990.

_____. Performativity, precarity and sexual politics. AIBR. *Revista de Antropología Iberoamericana*. Madrid: Antropólogos Iberoamericanos en Red, v. 4, n. 3. Set./dec. 2009. Disponível em: <www.aibr.org>.

CAETNIA, Generosa. *Um olhar de gênero na PNAD. 2009*. Disponíveis em: <<http://www.generoracaetnia.org.br/pt/noticias/item/303-um-olhar-de-g%C3%AAnero-na-pnad/2009.html>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de constituição e justiça e de redação projeto de *Lei n.º 1.733, de 1996*. Autora Deputada Fátima Pelaes. Relator Deputado Coriolano Sales. Relatório. Sala da Comissão, 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4869CB8345FDC58D94FFB60444EC7513.node2?codteor=7108&filename=Tramitacao-PL+1733/1996>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Gabinete da Deputada Jandira Feghali – PCdoB/RJ. Comissão de Seguridade Social e Família. *Projeto de Lei n.º 1733, de 1996*. Sala da Comissão, 05 mar. 2000. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E15ED42729AACD260DF766D0BC62718E.node2?codteor=374&filename=Tramitacao-PL+1733/1996>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Projeto de Lei n.º 1.733, de 1996. 24 abr. 1996. *Diário da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24ABR1996.pdf#page=73>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

_____. *Norma sobre tratamento para homossexualidade gera polêmica*. Reportagem Tiago Miranda, Edição Natalia Doederlein. Agência Câmara de Notícias, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/421210-NORMA-SOBRE-TRATAMENTO-PARA-HOMOSSEXUALIDADE-GERA-POLEMICA.html>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. *Delimitação e aplicação dos direitos da personalidade diante das configurações da subjetividade e da sociabilidade na modernidade*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2006.

_____. A Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina e as Implicações Sócio Jurídicas das Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida (RA) à Luz da Proteção aos Direitos Humanos Fundamentais e sob a Ótica da Juridicidade Constitucional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011. Belo Horizonte/MG. *Anais...* Florianópolis/SC: Fundação Boiteaux, 2011.

CANADA. Justice Laws Website. *Constitution ACT*, 1867. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/charter/page-1.html#_I:s_15>. Acesso em: 18 jul. 2012.

_____. Supreme Court Judgments. Date 1999-05-20. *Report [1999] 2 SCR 3. Case number 25838*. Juiz Bastarache. Judges Lamer, Antonio; L'Heureux-Dubé, Claire; Gonthier, Charles Doherty; Cory, Peter de Carteret; McLachlin, Beverley; Iacobucci, Frank; Major, John C.; Bastarache, Michel; Binnie, William Ian Corneil. Disponível em: <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1702/index.do?r=AAAAAQADZ2F5AAAAAAE>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. Supreme Court Judgments. *Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79*. 2004-12-09. Case number 29866. Judges McLachlin, Beverley; Major, John C.; Bastarache, Michel; Binnie, William Ian Corneil; LeBel, Louis; Deschamps, Marie; Fish, Morris J.; Abella, Rosalie Silberman; Charron. Disponível em: <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do?r=AAAAQAeUmVmZXJlbnNIIHJlbnNhbWUtU2V4IE1hcnJp>>

YWdlAAAAAAE>. Acesso em: 16 dez. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM). *Enorme recuo*. 26 ago. 2008. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publicue/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=4567&query=simple&search_by_authname=all&search_by_field=tax&search_by_headline=false&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=43&text=lena+la>. Acesso em: 25 fev. 2013.

CHAPARRO, Nina; ESTEFAN VARGAS, Soraya. Imágenes de la diversidad. El movimiento de liberación LGTB tras el velo del cine. *Culturales*, Mexicali, v. 7, n. 14, dic. 2011. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912011000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 31 jul. 2012.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política: constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luís Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002.

COHEN, Jean L. Democracy, difference and the right of privacy. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Nova Jérsei: Princeton University Press, 1996.
_____. *Regulating intimacy*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

COLÔMBIA. Tribunal Constitucional. Sentença C-075/2007. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-075-07.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

CONSELHO DA EUROPA. SÉRIE DE TRATADOS EUROPEUS / 5 [...]. *Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa*. Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP N° 001/99*, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://pol.org.br/legislacao/pdf/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. Mãe adotiva perde guarda de filho por ser transexual. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jan. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-10/mae_adotiva_perde_guarda_filho_transexual>. Acesso em: 19 dez. 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL da Guatemala rejeita candidatura da ex-primeira-dama. 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/956657-corte-constitucional-da-guatemala-rejeita-candidatura-da-ex-primeira-dama.shtml>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile*. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. De La Sentencia de 24 de febrero de 2012. Versão em espanhol do Caso Atala. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2013.

CORTIZO, María del Carmen; GOYENECHE, Priscila Larratea. Judicialização do privado e violência contra a mulher. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 1 jun. 2010. <Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2012.

COSTA RICA. *Dados gerais do país*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/americas_costarica.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

COSTA, Thiago Cortez; BELTRÃO, Kaizô Iwakami. *Cotas e mulher na política: avaliando o impacto de variáveis institucionais e socioeconômicas sobre a elegibilidade feminina*. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_991.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010.

ENCONTRO, Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Unicamp, 2008. *Anais... 2008*. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_991.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DAHLERUP, Drude. Increasing Women's Political Representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. *Women in Parliament: Beyond Numbers*. Stockholm: IDEA, 2005.

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios da teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1985.

DEUTSCHE WELLE. *Calendário histórico*. 1949: Promulgada a Lei Fundamental Alemã. Disponível em: <<http://www.dw.de/dw/article/0,,525432,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. *“Licença-paternidade” em alta na Alemanha*: reportagem do canal. 17 ago. 2007 Disponível em: <<http://www.dw.de/licen%C3%A7a-paternidade-em-alta-na-alemanha/a-2742315>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOMENÈCH, Antoni. Domènèch fala sobre experiência de Sin Permiso. Carta Maior, 17 jun. 2009. In: Entrevista a Myriam Bautista, *jornal El Tiempo*, Bogotá. Carta Maior. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaImprimir.cfm?materia_id=16036>. Acesso em: 15 jan. 2013.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Tradução M. T. da Costa Albuquerque. Rio de

Janeiro: Graal, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

EQUAL LOVE. Equal Love case filed to European Court. *Legal bid for gay marriages and heterosexual civil partnerships*. 2. Feb. 2011. Disponível em: <<http://equallove.org.uk/the-legal-case/>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

ESCOLA SUPERIOR DE EDUCAÇÃO DE LISBOA. *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*. Olympe de Gouges. Disponível em: <<http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789mulher.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 198/2012*, de 6 de noviembre de 2012. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/23106#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 15 dez. 2012

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990.

ESQUERDA.NET. *A Batalha de Stonewall: marco do movimento LGBT*. 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esquerda.net/dossier/batalha-de-stonewall-marco-do-movimento-lgbt>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

ESTADÃO. *Conselho da ONU declara igualdade de direitos para gays*. 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,conselho-da-onu-declara-igualdade-de-direitos-para-gays,733719,0.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2012.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Constitución Federal de 1917*. 5 de febrero de 1917. Disponível em: <<http://www.bicentenario.gob.mx/PDF/MemoriaPolitica/1917COF.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Application under Article 34 of the European Convention on Human Rights and Rules 45 and 47 of the Rules of Court*. Strasbourg, France. United Kingdom. Court on 2 Feb. 2011. Disponível em: <<http://equallove.org.uk/wp-content/uploads/2011/02/equalloveapplicationtoechr.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Grand chamber. Case of X and others v. Austria*. Application no. 19010/07. JUDGMENT. Strasbourg, 19 Feb. 2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>>. Acesso em: 10 mar. 2013

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 17, n. 48, Feb. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 fev. 2013.

FERRARI, Sílvio. Verbetes “política”. In: BOBBIO, Norberto e outros. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora da UnB, 2007. 2v.

FERREIRA, Mary. Mulher e política: do voto feminino à Lei de Cotas: a difícil inserção das mulheres nas democracias representativas. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 37, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/037/37cferreira.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

_____. *Do voto feminino à Lei de Cotas: a difícil inserção das mulheres nas democracias representativas*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/037/37cferreira.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO. Governo francês apresenta projeto de lei sobre casamento gay. *Folha de São Paulo*, Agências de notícias, 07 nov. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1181668-governo-frances-apresenta-projeto-de-lei-sobre-casamento-gay.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. Agência DIAP. Eleições 2010: bancada feminina aumenta de 55 para 57 no Congresso. *Folha de São Paulo*. 05 out. 2010. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/14616-eleicoes-2010-bancada-feminina-aumenta-de-55-para-57-no-congresso>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Nascimento da biopolítica*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Segurança, território e população*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *História da sexualidade I: a vontade do saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

FRANÇA. *Code Civil DES Français*. 1804. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

FRANÇA. Code civil, *Loi n°2006-399* du 4 avril 2006 - art. 2 JORF 5 avril 2006, *Legifrance*. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B3180AD705404D70819BCF714C0A4A65.tpdjo06v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136137&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130106>. Acesso em: 16 nov. 2012 (texto vigente do Código Civil francês).

FRASER, Nancy. Gender equity and the Welfare State: *a postindustrial thought experiment*. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

_____. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Hermano. Polícia descarta que agressores de 3 jovens sejam skinheads. *Terra*, 14 nov. 2010. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4791855-EI5030,00-Policia+descarta+que+agressores+de+jovens+sejam+skinheads.html>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

FULLER, Lon. *The morality of law*. New Heaven: Yale University Press, 1964.

FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): *Relatório "Progress of the World's Women" (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012*. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
GARGARELLA, Roberto. The majoritarian reading of the rule of law. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (Org.). *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GH. Alemanha. Como o Estado alemão apóia as famílias. *Deutsche Welle*, 01 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.dw.de/como-o-estado-alem%C3%A3o-ap%C3%B3ia-as-fam%C3%ADlias/a-2370133>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da modernidade*. Tradução Raul Finker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIORGIANI, Michelle. O Direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n.747. jan, 1998.

GLOBO. Mulher é condenada a chibatadas por dirigir na Arábia Saudita, diz Anistia. *G1*, 27 set. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/09/mulher-e-condenada-chibatadas-por-dirigir-na-arabia-saudita-diz-anistia.html>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONDIM, Larissa Cristiane Daniel. *Multiculturalismo e direitos humanos: a política da tolerância dos direitos de grupos culturais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2011. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_arquivos/23/TDE-2011-05-31T155653Z-1060/Publico/arquivototal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBSAWN, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOPE, Christopher. Senior Political Correspondent. We will legalise gay marriage by 2015, says David Cameron *The Telegraph*, 24 Jul 2012. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/9425174/We-will-legalise-gay-marriage-by-2015-says-David-Cameron.html>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

HTUN, Mala. A política de cotas na América Latina. *Estudos Feministas*, ano 9, p. 225-230, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8612.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

IBGE. *Pesquisa mensal de emprego*. 2008. disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1099&id_pagina=1>. / <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

_____. *Censo 2010*. Disponíveis em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Nupcialidade_Fecundidade_Migracao/censo_nup_fec_mig.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2012

_____. *Pesquisa mensal de emprego*. mar. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. / <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2096&id_pagina=1&titulo=Salario-das-mulheres-permanece-28%-inferior-aos-dos-homens-nos-ultimos-tres-anos>. Acesso em: 14 jul. 2012

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Curso de direito previdenciário*. Niterói: Impetus, 2010.

_____. *Indicadores*. mar. 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUALS, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA). *Relatório de Homofobia de Estado*. Pesquisado e editado por Lucas Paoli Itaborahy. maio 2012. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_do_Estado_2012.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

IRÃ. *Constituição do Irã*, 3-The Rights of the People. Disponível em: <<http://www.iranonline.com/iran/iran-info/government/constitution-3.html>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

IRVING, Helen. *Gender and the constitution: equity and agency in comparative constitutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

JORGE, Vladimyr Lombardo. Regimes políticos. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO, Vladimyr Jorge (Org.). *Curso de teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KOZINCKI, Katya. Democracia radical e cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LAVINAS, Maria Helena de Moraes. *Direito previdenciário para donas de casa versus universalidade da proteção social no Brasil*. Contribuição de Marcelo Nicoll. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/lavinas_direito_prev_donas_de_casa.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

_____. Licença Maternidade ampliada: cortina de fumaça. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/lena_licenca.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2013.

LAVINAS, Lena. Enorme recuo. *CLAM*, 26 ago. 2008. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=4567&query=simple&search_by_authornome=all&search_by_field=tax&search_by_headline=false&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=43&text=lena+lavinas>. Acesso em: 19 fev. 2013.

LAVINAS, Lena. *Licença maternidade ampliada: cortina de fumaça*. s.d. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/lena_licenca.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2013.

LEPIANI, Giancarlo. FHC defende união de homossexuais no país. *Veja*, São Paulo: Abril, 13 maio 2002. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/arquivo/fhc-defende-uniao-homossexuais-pais>>. Acesso em: 15 dez. 2011)

LGBT. ONU aprova resolução sobre a violação de direitos humanos de homossexuais. *Viomundo*. 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-aprova-resolucao-sobre-a-violacao-dos-direitos-humanos-de-homossexuais.html>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUCAS, Luciane; HOFF, Tânia. Formas sutis de dominação hierarquizada: Corpo e feminização da pobreza. *Ex aequo*, Vila Franca de Xira, n. 17, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602008000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 mar. 2013.

MACEDO, Idhelene (Reportagem /JPJ). *Frente Evangélica quer sustar regras sobre reprodução assistida*. Edição Pierre Triboli. 12 jan. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SAUDE/192429-FRENTE-EVANGELICA->

QUER-SUSTAR-REGRAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA.html>. Acesso em: 10 jun. 2012.

MACHADO, Nílson José. Sobre a ideia de tolerância. In: *Cidadania e educação: ensaios transversais*. 4. ed. São Paulo: Escrituras, 2002. v. 1. p. 79.

_____. *Sobre a ideia de tolerância*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. s.d. p. 2-4. Disponível em: <www.iea.usp.br/iea/textos/machadoideiadetolerancia.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 8, n. 14, jun. 2011.

MARX, Karl. *A crítica ao programa de Gotha*. Portal Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da novíssima filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão e seus profetas*. Tradução Marcelo Backes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MELLO, Marco Aurélio. A igualdade é colorida. *Folha de São Paulo*, Opinião, São Paulo, domingo, 19 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1908200709.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

MELO, Mônica de; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Leticia. A participação da mulher na magistratura brasileira (considerações sobre os dados parciais de 1999 a 2004). *Revista*, n. 70, Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Monica.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível número 1.0480.08.119303-3/001*. 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=29&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=homossexual&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

MINOW, Martha. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais*

e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOUFFE, Chantal. A política tem a ver com o conflito. *Carta Maior*, 8 set. 2010. Entrevistada por Mercedes López San Miguel do Página/12. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16943>. Acesso em: 12 mar. 2013.

MOUFFE, Chantal. Entrevista concedida Mercedes Lopez San Miguel do Jornal, p. 12. Reproduzida em *Agência Carta Maior*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16943>. Acesso em: 12 mar. 2013.

MULHERES NO PODER. *Comentários 'mulheres no governo'*. 8 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.mulheresnoper.com.br/?tag=mulheres-no-governo>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

MULLALY, Siobhán. *Gender, culture and human rights: reclaiming universalism*. Portland: Hart Publishing, 2006.

NACIONES UNIDAS (ONU). CEPAL. *Los bonos en la mira: aporte y carga para las mujeres*. Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe. Informe anual 2012. Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2012. p. 49-73. ISSN 2307-5627. Disponível em: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/7/49307/2012-1042_OIG-ISSN_WEB.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Política. *Revista VEJA*. Entrevista Ricardo Setti Disponível no site: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/ellen-gracie-nao-vejo-no-supremo-ninguem-atrelado-a-linha-do-governo-que-o-nomeou/>>. Acesso em: 4 jul. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity: sexual orientation and constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ODS – SÉDOC. *Official Documents System of the United Nations*. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/141/94/PDF/G1114194.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 2, Aug. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 ago. 2012.

ONUBR. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *UNIC / Rio / 005 - Dezembro 2000*. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2013.

OPERAMUNDI. *Portugal aprova casamento homossexual*. 18 maio 2010a. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/4134/conteudo+opera.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. *Senado argentino aprova lei que autoriza casamento gay*. 15 jul. 2010b. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/5065/senado+argentino+aprova+lei+que+autoriza+casamento+gay+.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. *Casamento gay é definitivamente aprovado na Espanha*. Tribunal constitucional rejeita recurso do PP, que aceitará a decisão. 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/25281/casamento+gay+e+definitivamente+a+provado+na+espanha.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III)* da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. *Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Resolução 34/180*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. *Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra as Mulheres Quinquagésima-primeira sessão*. 13 fev. a 2 mar. 2012. Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres Brasil. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

_____. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 23 dez. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). *Programas de transferência condicionada podem perpetuar mulher como trabalhadora doméstica*. 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/programas-de-transferencia-condicionada-podem-perpetuar-mulher-como-trabalhadora-domestica-alerta-cepal/>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

PATERNOTTE, David. *Matrimonio “homossexual” y ciudadanía: la hipótesis de la resignificación*. *Revista Nomadías*, Norteamérica, n. 10, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/15131/15548>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

PESSANHA, Érica. *A eficácia dos direitos sociais prestacionais*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, n. 8. Jun. 2006. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Erica.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

PISTONE, Sérgio. Verbete “poder”. In: BOBBIO, Norberto e outros. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2007. 2v.

PIZA, Paulo Toledo. Casal de SP busca certidão do primeiro casamento civil gay do país. *GI*, Jacareí, SP. 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/casal-de-sp-busca-certidao-do-primeiro-casamento-civil-gay-do-pais.html>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República Eletrônico*. A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976. Disponível em: <<http://dre.pt/comum/html/legis/crp.html>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. [S.l.: s.n.], 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

_____. Lei n.º 9/2010. *Diário da República*, 1.ª série, n.º 105, 31 de maio de 2010. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2012

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 121/2010*, relator Conselheiro Vitor Gomes. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

PRETES, Érica Aparecida. Criminalização da homossexualidade. Criminalização da Homossexualidade. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE PSICOSSOCIOLOGIA E SOCIOLOGIA CLÍNICA, COLÓQUIO DE PSICOSSOCIOLOGIA E SOCIOLOGIA CLÍNICA, 2007 *Anais...* Belo Horizonte, 2007. v. 1. p. 100.

PRETES, Érica Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; Cláudia de SCHAYER, Vilhena; ABREU, João Francisco de (Orgs.). *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2008. v1.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Pesquisa avalia impactos do programa Bolsa Família*. 20 jul. 2012. Disponíveis em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3632>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RADIO FRANCE INTERNATIONAL (RFI). *Franceses protestam nas ruas contra casamento gay*. 17 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/franca/20121117-franceses-protestam-nas-ruas-contracasamento-gay>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

REPÚBLICA DE GUATEMALA. *Constitución Política reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93* del 17 de Noviembre de 1993. July 20, 2011. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/guate/guate93.html>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Juiz não aceita a união homossexual em cartórios*. 20 jun. 2011. Disponíveis em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-20/juiz-nao-aceita-uniao-homossexual-cartorios-goias>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

REVISTA EXAME. Governo britânico quer aprovação do casamento gay para 2015. *Revista Exame*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/governo-britanico-quer-aprovacao-do-casamento-gay-para-2015>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

RFI. *Papa Bento 16 faz novas críticas ao casamento gay*. 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20121221-papa-faz-novas-criticas-ao-casamento-gay>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. *Projeto de lei que autoriza casamento gay e adoção ainda divide franceses*. 26 jan 2013. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/franca/20130126-franceses-continuam-divididos-sobre-lei-que-autoriza-casamento-gay>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

RIBEIRO, Antônio Sérgio. *A mulher e o voto*. s.d. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm>. Acesso em: 12 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)*. Relatório. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18538707&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 70034811810*. Relator para o acórdão: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda – Julgamento: 13/10/2010a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?tb=proc>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 889.852-RS*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão – Julgamento: 27/10/2010b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=9823377&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. *Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS*. 10 ago. 2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200071000093470&dataPublicacao=10/08/2005>. Acesso em: 21 fev. 2013

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In:

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Carla. Performance, gênero, linguagem e alteridade: *J. Butler leitora de J. Derrida. Sex., Salud Soc.* (Rio J.), Rio de Janeiro, n 10, abr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872012000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 mar. 2013.

RODRÍGUEZ, C. Las 'slut walk' ('marcha de las puercas') llegan a Europa. *Yodona*, Londres: Martes, 31 maio 2011. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/yodona/2011/05/31/actualidad/1306831880.html>>. Acessos em: 10 jul. 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Tradução para o espanhol: Maria Pons. Barcelona: RBA Libros, 2012.

ROSENFELD, Michel. *Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991.

ROUANET, Luiz Paulo. Paz, justiça e tolerância no mundo contemporâneo. *Revista de História da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas* da Universidade de São Paulo, nº 145, 2001. Disponível em: <<http://periodicos.usp.br/revhistoria/article/view/18922/20985>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

RTVE.ES. *El Tribunal Constitucional avala la legalidad del matrimonio homosexual*. Madrid, 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.rtve.es/noticias/20121106/tribunal-constitucional-avala-matrimonio-homosexual/573154.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Delimitação e aplicação dos direitos da personalidade diante das configurações da subjetividade e da sociabilidade na modernidade*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro: 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANCHES, Mariana. O bolsa família e a revolução feminista no sertão. *Revista Marie Claire*, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2012/11/o-bolsa-familia-e-revolucao-feminista-no-sertao.html>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. Não quer ser abusada no metrô na China? Então vá de burca! Reportagem. *Revista Marie Claire*. 5 jul. 2012. Disponível em: <http://colunas.revistamarieclaire.globo.com/mulheresdomundo/2012/07/05/nao-quer-ser-abusada-no-metro-na-china-entao-va-de-burca/>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

_____. Não quer ser abusada no metrô, na China? Então, vá de burca! *Revista Marie Claire*, coluna “Mulheres do Mundo”. 5 jul. 2012. Disponível em: <<http://colunas.revistamarieclaire.globo.com/mulheresdomundo/2012/07/05/nao-quer-ser->

abusada-no-metro-na-china-entao-va-de-burca/>. Acesso em: 12 jul. 2012.

SANTOS, Tânia Steren dos. Gênero e políticas sociais: novos condicionamentos sobre a estrutura familiar. *Revista SER Socia*, v. 10, n. 22, jun./jul. 2008. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/23/16>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SÃO PAULO. Defensoria. *Parecer PGFN/CAT/Nº 1503/2010*, elaborado por Rodrigo Pirajá Wienskowski (Procurador da Fazenda Nacional) e aprovado por Ronaldo Affonso Nunes Lopes Baptista (Coordenador Geral de Assuntos Tributários), Fabricio da Soller (Procurador Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário) e Adriana Queiroz de Carvalho (Procuradora Geral da Fazenda Nacional). Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Parecer_PGFN_1503.2010.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 9000004-19.2011.8.26.0576*. Relator: Desembargador Silveira Paulilo. Julgamento: 05/12/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5710896&v1Captcha=VErNi>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão da Apelação Cível número 0004884-79.2011.8.26.0457*, do de, disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6049807&v1Captcha=rEIXm>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira*. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SENNET, Richard. *The fall of the public man*. Londres: Penguin Books, 2002.

SILVA, Alain Tramont; NUNES, Pedro Henrique. *Olympe de Gouges: as mulheres e a revolução*. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/olymp-de-gouges-mulheres-e-revolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SILVA, Bruna Borges da. *Eva Perón: seus discursos e ações de 1947 a 1949*. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/graduacao/anais/Bruna%20Borges.pdf>>. Acesso em: 29 jul.

2012

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Saulo Henrique Souza. *A exterioridade do político e a interioridade da fé: os fundamentos da tolerância em John Locke*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.ppgf.ufba.br/dissertacoes/Saulo_Henrique.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

SOUTH AFRICA. Constitutional court of South Africa. *Case CCT 10/05. Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

SOUZA, Mércia Cardoso de; FARIAS, Déborah Barros Leal. *Direitos humanos das mulheres sob o olhar das nações unidas*. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/direitoshumanosdasmulheres.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2012

STEINBERG, Douglas A. *Bottoms vs. Bottoms: a comment*. 1994. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=wmjowl&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dbottoms%2Bvs%2Bbottoms%2Bsupreme%2Bcourt%2Bof%2Bvirginia%26source%3Dweb%26cd%3D4%26ved%3D0CEcQFjAD%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fscholarship.law.wm.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1298%2526context%253Dwmjowl%26ei%3DfAYJUdSBDYfi9QTYtYHQCQ%26usg%3DAFQjCNFcEr3QHjYP31C3j6pac8VIo0euEQ#search=%22bottoms%20vs%20bottoms%20supreme%20court%20virginia%22>>. Acesso em: 21 jan. 2013

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2005.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. *A construção da identidade moderna*. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TERRA. *Lula defende união gay: hipocrisia tem que acabar*. 17 set. 2008. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3191466-EI7896,00-Lula+defende+uniao+gay+hipocrisia+tem+que+acabar.html>>. Acesso em: 15 dez. 2011).

_____. *Londres: casal hétero quer registrar união só permitida a gays*. 09 nov. 2010a. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI4782222-EI8142,00-Londres+casal+hetero+quer+registrar+uniao+so+permitida+a+gays.html>>. Acesso em: 12 set. 2011.

_____. *Grupo skinhead ataca 3 gays na avenida Paulista, diz polícia*. 14 nov. 2010b. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4791105-EI5030,00-Grupo+skinhead+ataca+gays+na+avenida+Paulista+diz+policia.html>>. Acesso em: 6 jul. 2012.

THOMPSON, John. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. Tradução Grupo de Estudos sobre Ideologia, Comunicação e Representações Sociais da Pós-Graduação do Instituto de Psicologia da PUC/RS. Petrópolis: Vozes, 1995.

THUM, Tássia. Myrian Rios causa polêmica ao relacionar gays com pedofilia no Rio. *GI*, RJ, 27 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/06/myrian-rios-causa-polemica-ao-relacionar-gays-com-pedofilia-no-rio.html>>. Acesso em: 14 jan. 2013).

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 5. ed. Tradução Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

U.S. Supreme Court. *Wimberly v. Labor & Indus. Rel. Comm'n*, 479 U.S. 511 (1987). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/511/case.html>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

UNICEF. *A Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. *Progress of the World's Women*. 2011-2012. In pursuit of justice. ONU Women, 2011. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

UOL. Direita entra com ação de inconstitucionalidade contra casamento gay. *UOL*, 19 set. 2005. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2005/09/19/ult32u12160.jhtm>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. Vencedora do Nobel da Paz defende criminalização da homossexualidade na Libéria. *UOL*, São Paulo, 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2012/03/19/vencedora-do-nobel-da-paz-defende-criminalizacao-da-homossexualidade-na-liberia.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 6, n. 4, p. 29, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas de justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo:

Martins Fontes, 2003.

WATTERS, D. E. Tom Freeman and Katherine Doyle: altruistic allies. *Never Blend in*. 4. Mar. 2011. disponível em: <<http://neverblendin.wordpress.com/2011/03/04/tom-freeman-and-katherine-doyle-altruistic-allies/>>. Acesso em: 12 set. 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. 3. ed. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, com verificação técnica de Gabriel Cohn. Brasília: UnB, 2000. v. 1-2.

WEBER, Rosa. Voto da Min. no julgamento conjunto das ADC 29 e 30 e ADI 4578. In: *Agência de Notícias do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200330&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

WIKIPEDIA. *Partidos políticos de Costa Rica*. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Partidos_pol%C3%ADticos_de_Costa_Rica>. Acesso em: 12 fev. 2011).

WOMEN IN NATIONAL PARLIAMENT. *Tables below has been compiled by the Inter-Parliamentary Union*. 1 July. 2010. Disponível em: <<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2010.

WYLLIS, Jean. Qual projeto de lei é mais urgente: casamento civil igualitário ou criminalização da homofobia? *Revista Carta Capital*, 28/06/2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/qual-projeto-de-lei-e-mais-urgente-casamento-civil-igualitario-ou-criminalizacao-da-homofobia/>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, 2003.