

CIDADANIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: AS MANIFESTAÇÕES DECISÓRIAS DO STF E A TUTELA DA DIVERSIDADE SEXUAL¹

Patricia Tenório².

¹ Pesquisa institucional desenvolvida junto ao Departamento de Ciência Jurídicas e Sociais (DCJS), e executada no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Grupo de Pesquisa “Fundamentos e Concretização de Direitos Humanos”.

² Bolsista

CORPO DO RESUMO

Introdução

A pesquisa ora projetada consiste num desdobramento do projeto de pesquisa registrado pelo orientador junto ao PPGD, denominado inicialmente “Cidadania e jurisdição constitucional no Brasil.

O desenvolvimento geral da investigação parte de dois pontos fundantes: a) em primeiro lugar, recorta-se a ideia de cidadania numa perspectiva político-jurídico-constitucional, concebendo-a como o primeiro direito humano, o direito a ter direitos; b) em segundo lugar, a investigação proposta baseia-se na existência de um tensionamento no texto constitucional, decorrente da projeção normativa de duas formas de ordenação da realidade e de intervenção empírica: o individualismo e o coletivismo.

A modulação que foi dada ao projeto inicial, cuja execução foi feita pela bolsista acima nominada, parte do pressuposto de que a democracia constitucional, nos moldes positivados do que hoje se conhece como Estados Democráticos de Direito, em muito ultrapassa a ideia de igualdade, seja ela formal ou substancial, mas, muito além destas concepções, tem recebido fortes influxos de demandas por diversidade na contemporaneidade. Em especial, para a delimitação da modulação aqui dada, a problematização da sexualidade e as possibilidades de tutela pelo Estado de todos aqueles que em função de seu desejo sexual foram vítimas de sistemas persecutórios e dominadores, essencialmente patriarcais e heterossexuais, assumem um lugar de importância.

A sexualidade, palavra que, conforme Foucault, surge tardiamente, no início do século XIX (2012, p. 9), tem sido objeto de problematização e controle desde os gregos antigos. Ao longo da história constituíram-se saberes que a ela se referem, sistemas de poder que regulam sua prática e formas pelas quais os indivíduos podem e devem se reconhecer como sujeitos dessa sexualidade. Uma questão que Foucault colocou como central em seu intento investigativo desenvolvido na História da Sexualidade refere-se às razões pelas quais o comportamento sexual, as atividades e os prazeres a ele relacionados, são objetos de uma preocupação moral. As propostas investigativas de Foucault

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXII Seminário de Iniciação Científica

permanecem atuais, pois inúmeras situações que envolvem a experiência da sexualidade vieram à tona contemporaneamente, reclamando novas problematizações, novas configurações dos sistemas de poder e, em muitos casos, recolocando a relação entre sexualidade e subjetivação, até mesmo em patamares de rechaço da sexualidade como fator de construção identitária. Entre essas novas situações e desafios contemporâneos podemos, exemplificativamente, arrolar os seguintes:

- a) As mudanças produzidas na configuração das feminilidades e das masculinidades, em seus rôis, ideia e conformações desejanter, que estabelecem conflitos historicamente específicos;
- b) As transformações nas relações de poder entre os gêneros na vida cotidiana, que têm criado maiores liberdades, mas também novos modos, seja de sofrimento como de prazeres;
- c) O surgimento de uma multiplicidade de configurações e situações familiares que põem em questão a relação entre a formação de casal e parentalidade (LEBOVICI, S.; SOLIS-PONTON, 2004);
- d) A visualização do campo das práticas da diversidade sexual, que inclui as práticas de sexualidade por fora do heteronormativo e da bipartição identitária em gêneros;
- e) O novo panorama que se abre no âmbito da procriação na articulação entre as possibilidades das novas técnicas reprodutivas (fertilização assistida, barriga de aluguel, doação de óvulos e esperma entre outras) e as decisões reprodutivas: alargamento da idade da procriação em mulheres, a opção pela monoparentalidade e que, no campo da diversidade sexual, permitem separar o desejo de filho e a existência de um casal baseada na diferença sexual (TAJER, 2013).

Não podemos evitar reconhecer a existência de um sistema disciplinar e regulador a serviço do biopoder e da biopolítica, que funciona como importante ferramenta de produção e manutenção de crença na heterossexualidade como obrigatória (RICH, 1986), caracterizando-se como processos de subjetivação que determinam que uma pessoa, ao nascer com sexo biológico macho, seu gênero será masculino, seu desejo heterossexual e sua prática sexual ativa; da mesma forma, se uma pessoa nasce com sexo biológico fêmea, seu gênero será feminino, e seu desejo heterossexual e sua prática sexual, passivos. Qualquer expressão sexual e/ou de gênero que escape destas determinações não será reconhecida por esse sistema, ou, em caso de que seja reconhecido, o fará através da classificação, do diagnóstico, da patologização, do crime, do estigma, da exclusão e até da morte.

Esses novos processos de subjetivação formulam novas perguntas, novos subcampos de problematização dentro do grande âmbito da sexualidade, já problematizado desde os gregos antigos. Esses novos processos de subjetivação reclamam novos lugares no mundo, dão passagens para “devires” outros que confirmam as armadilhas nas quais se constituem os conceitos universais e os pensamentos binários e sedentários que cristalizam modelos de identidade absolutos.

A ideia central que aqui é proposta fundamenta-se na hipótese de que a salvaguarda política e jurídica dos interesses de grupos minoritários e socialmente vulnerabilizados em função de seus

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXII Seminário de Iniciação Científica

modos-de-ser diversos aos prescritos pelo sistema heteronormativo, não pode ser eficazmente funcionalizada a partir de categorias ou institutos que embasaram razões práticas próprias à proteção de maiorias, mas, num sentido diverso, reclama uma redefinição funcional do Direito que tome como móvel gerador a consolidação categorial da diversidade, e não uma busca impossível por uma igualdade que tem se mostrado ao longo da história como uma grande ficção.

Metodologia

A estratégia metódica de abordagem do objeto de investigação utilizada no desenvolvimento do projeto de pesquisa ora proposto foi a fenomenológica, uma vez que se apresentou como a mais adequada para a consecução dos objetivos a serem perseguidos, pois o objetivo fundamental do presente projeto é o desvelamento do conteúdo material das decisões do STF e suas relações com as decisões da CIDH, bem como as repercussões dessa relação em relação à soberania nacional

O procedimento investigativo foi desenvolvido através de análise documental (jurisprudência do STF e de outros tribunais nacionais) e de pesquisa bibliográfica.

Resultados e discussão

Além da revisão bibliográfica sobre o tema da sexualidade, foram analisadas algumas jurisprudências referenciais em termos de tutela da diversidade sexual pelo Estado brasileiro. Merecem destaque os seguintes julgados pelo seu teor democrático em termos de cristalização institucional da proteção à diversidade:

- a) Supremo Tribunal Federal - ADPF 132 / RJ - ADI 4277/ DF
Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações.
- b) Superior Tribunal de Justiça - RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)
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.
- c) Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais
STJ – Resp. 1997/0066124-5; STJ – Resp. 2002/0174503-5; STJ – Resp. 2001/0056835-9; STJ - Resp. 2005/0131665-6; TJRS - Ap. Civ. 70009550070; TJRS – Ap. Civ. 70005488812; TJRS – Ap. Civ. 70007792294; TJRS – Ap. Civ. 70009888017.

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXII Seminário de Iniciação Científica

Direito civil e processual civil. Dissolução de sociedade de fato. Homossexuais. Homologação de acordo. Competência. Vara cível. Existência de filho de uma das partes. Guarda e responsabilidade. Irrelevância.

d) Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma - Resp. 648.763/RS
Recurso especial. Relacionamento mantido entre homossexuais. Sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço comum.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

e) Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma - Resp. 1.026.981/RJ, 238.715∕RS

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

f) Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma - Resp. 238.715∕RS

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica"

g) Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 8ª Câmara Cível - Apelação Cível N° 1.0470.08.047254-6/001

Apelação cível. Destituição de poder familiar. Abandono da criança pela mãe biológica. Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável. Melhor interesse da criança. Registro de nascimento. Recurso conhecido e provido.

h) Tribunal de Justiça do Paraná - Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível - Processo: Ap. Cível 582499-9

Apelação cível. Habilitação para adoção. Casal homoafetivo. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Possibilidade do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares. Ausência de vedação legal. Atribuição por analogia de normatividade semelhante à união estável prevista na CF/88 e no CC/02. Habilitação em conjunto de casal homoafetivo. Possibilidade, desde que atendidos aos demais requisitos previstos em lei. Impossibilidade de limitação de idade e sexo do adotando. Ausência de previsão legal. Não-demonstração de prejuízo. Melhor interesse do

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: XXII Seminário de Iniciação Científica

adotando que deve ser analisado durante o estágio de convivência no processo de adoção, e não na habilitação dos pretendentes. Apelação provida. Recurso adesivo prejudicado.

i) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Órgão Julgador: Décima nona câmara cível - Apelação Cível n. 0007309-38.2003.8.19.0204

Relação homoafetiva. União estável post mortem. Reconhecimento da união. Inventário. Direito à herança. Reserva de bens

j) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Órgão Julgador: Décima segunda câmara cível - Apelação Cível n. 0003873-96.2002.8.19.0207

Apelação civil. União homoafetiva. Verbas rescisórias do de cujus que devem ser divididas igualmente entre sua filha e seu companheiro. Isonomia de direitos assegurada pela Constituição da República de 1988. Desprovisionamento da apelação.

Conclusões

Pode-se concluir da investigação bibliográfica e jurisprudencial realizada que:

- a) A sexualidade foi e continua sendo objeto de controle por sistemas de dominação patriarcais e heterossexuais que fundamentam suas dinâmicas em comunicações binárias do tipo “hetero-homossexuais”;
- b) Estes sistemas de dominação acoplaram-se historicamente ao direito a fim de impor sancionamentos a indivíduos que afastem seu modo de ser dos modos dos padrões comportamentais por ele ditados;
- c) A partir da década de 60 do século passado, com a emergência de movimentos contestatórios pelo mundo, a questão da sexualidade passou a fazer parte da pauta reivindicatória democrática;
- d) O direito abriu-se cognitivamente a estas demandas sociais e passou a ocorrer, lentamente, em todo o mundo ocidental, positivamente de proteções das demandas dos homossexuais;
- e) O direito brasileiro, tal como demonstrado com os julgados acima, positivou medidas protetivas e equalizadoras da condição do homossexuais, havendo, nos últimos tempos, um grande avanço civilizatório neste âmbito.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Sexualidade. Direito. Tutela. Positivização.

Referências Bibliográficas

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I. Vontade de saber. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

_____. História da Sexualidade 2. O uso dos prazeres. 13. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Graal, 2012 [1984].

LEBOVICI, S.; SOLIS-PONTON, L. In: SOLIS-PONTON, L.; SILVA, M. C. P. Ser pai, ser mãe: um desafio para o terceiro milênio. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico

Evento: XXII Seminário de Iniciação Científica

RICH, A. Heterosexualidad obligatoria y existência lesbiana. In: Sangre, pan y poesia: prosa escogida: 1979-1985. Barcelona: Icaria, 1986.

TAJER, Débora. Diversidad y clínica psicoanalítica: apuntes para um debate. In: FERNÁNDEZ, Ana María; PERES, Wilian Siqueira (editores). La diferencia desquiciada. Géneros y diversidades sexuales. Buenos Aires: Biblos, 2013.