

RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE LGBT: A CONSTRUÇÃO DE DIREITOS PELA INTERPRETAÇÃO DOS TRINUNAIS

KAUSS, Bruno Silva¹; ALBERNAZ, Renata Ovenhausen²

¹Universidade Federal de Pelotas (UFPel)/ Faculdade de Direito (FD), Bolsista do Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS) – kauss.bruno@gmail.com

²Orientadora UFPel/FD - renata_albernaz@terra.com.br

1. INTRODUÇÃO

Tomando como marco teórico a “luta por reconhecimento” de multiculturalistas como Iris Marion Young, Charles Taylor e Nancy Fraser, este trabalho objetiva analisar os conflitos envolvendo gays, lésbicas, travestis, transsexuais e transgêneros¹, levados para o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos últimos dez anos (2003-2013), a fim de construir uma interpretação crítica dos direitos referentes à população LGBT sob a ótica do reconhecimento, da não-discriminação e da justiça. Agradece-se, desde já, ao Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), o qual possibilitou a execução deste trabalho.

João Antônio Mascarenhas, nascido em Pelotas, no Rio Grande do Sul, fora um importante ativista político na luta por direitos de igualdade em fins do século XX (PASSAMANI, 2009). Em uma de suas lutas, Mascarenhas defendeu a inserção da proibição da discriminação por orientação sexual na Constituição Federal brasileira de 1988. Apesar de a proposta ter sido aprovada nas subcomissões de elaboração da Constituição, a pressão de setores conservadores levou à rejeição da mesma no Plenário. Mascarenhas figura entre os ativistas que no século passado deram início ao incessante trabalho de busca pelo reconhecimento de direitos e deveres aos LGBT, erguendo, dessa forma, a bandeira do movimento social LGBT brasileiro.

No Brasil, esse movimento nasceu da necessidade de unir vozes contra opressões históricas e culturais às diferentes expressões da sexualidade e das diversas manifestações de gênero. Garantir o livre exercício de direitos e liberdades fundamentais à população LGBT passou a se apresentar como uma das principais demandas do movimento, além de um grande desafio ao Estado Brasileiro. Isso se deve ao fato dessa população ter sido historicamente colocada em uma espécie de subcidadania (SOUSA, 2006), marcada pelo não-reconhecimento jurídico e da marginalização da homossexualidade e de demais manifestações de gênero.

Este trabalho nasceu a partir do projeto: “Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia Latino-Americanos: seus reflexos na legalidade, nas políticas públicas e na jurisprudência superior do Estado brasileiro atual (2006-2012)”, o qual objetiva investigar os efeitos já alcançados na legalidade, no teor das decisões judiciais, e nas políticas públicas das propostas teóricas e práticas multiculturalistas e pluralistas no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o presente trabalho constitui uma parcela do que fora proposto no projeto.

2. METODOLOGIA

¹ Neste trabalho, optou-se pela sigla LGBT para indicar a população de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros.

Investigação empírica através do estudo de diversos casos levados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, nos últimos dez anos (2003-2013), envolvendo gays, lésbicas, travestis, transsexuais e transgêneros. Além disso, na análise dos documentos encontrados nas ferramentas de busca dos respectivos Tribunais, fora utilizada a análise do discurso e a da hermenêutica, atravessada por um viés metodológico dedutivo-crítico sobre as decisões judiciais relacionadas à proteção e ao reconhecimento das demandas da população LGBT.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A maioria dos conflitos judiciais em que figuram homossexuais, travestis e transexuais, refere-se a ações de reconhecimento de união estável, o que revela o afastamento do elemento “diversidade entre os sexos”, antes necessário para configurar uma união estável. Para tanto, consigna-se ser necessário demonstrar a presença de certos elementos essenciais à caracterização da união estável – entidade que serve de parâmetro diante da lacuna legislativa.

O reconhecimento do instituto da união estável aos LGBT levou o Supremo Tribunal Federal a estender, em 2011, pela possibilidade da habilitação desse instituto a todos os estados da federação brasileira. Contudo, apenas em alguns estados essa habilitação havia sido regularizada. Não obstante, autorizada a união estável, ainda permanecia uma lacuna quanto à possibilidade de conversão para o instituto do casamento civil. Com isso, a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estabeleceu que os cartórios de todo o País não mais poderiam recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento, uma união estável homoafetiva. Hoje, caso algum cartório descumprir a Resolução do CNJ, isso poderá ser levado ao juiz corregedor da respectiva comarca para que ele determine o cumprimento da medida. No mais, poderá ser aberto processo administrativo contra o oficial que se negar a celebrar ou reverter a união estável em casamento civil.

Além do reconhecimento da união estável e do casamento civil, constata-se o número expressivo de ações abordando a dissolução das uniões homoafetivas e a consequente meação dos bens adquiridos na constância da união. Reconheceu-se na maioria dos julgados, o direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso durante o relacionamento, ainda que eles tenham sido registrados em nome de apenas um dos parceiros, demonstrando que a prova do esforço comum – à qual revela que os bens foram de fato adquiridos pelo casal -, tem sido presumida e não mais necessária na maioria dos casos.

Destaca-se a possibilidade de adoção por casais homoafetivos verificadas no Superior Tribunal de Justiça. Durante o período objeto desta pesquisa, nenhum pedido de adoção homoafetiva fora julgado improcedente pelo Tribunal supracitado e nenhum pedido chegou ao Supremo. Comprovada ausência de prejuízo aos adotados; e em virtude da existência de milhares de crianças necessitadas de um lar, a discussão se a homossexualidade gerava ou não algum prejuízo para o adotado, tem sido afastada.

O reconhecimento do nome social para travestis e transexuais é suscitado em diversas decisões no STJ. A respeito da possibilidade de alteração do prenome de transexuais, o STJ, através de interpretação conjugada dos Arts. 55 e 58 da Lei n.

6.015/73, tem conferido amparo legal para que transexuais operados obtenham autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual são conhecidos no meio em que vivem. Além disso, há casos de suposto envolvimento de travestis e transgêneros em crimes, como tráfico humano, favorecimento da prostituição, de extorsão e submissão de criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual. A questão que leva travestis, transexuais e transgêneros à prática ou envolvimento nesses crimes pode estar no alto grau de marginalização social e econômica a esses sujeitos. Quando a sociedade fecha todas as possibilidades de ascensão social ao indivíduo, o corpo torna-se a principal moeda de sobrevivência.

A homofobia, modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais (BORILLO, 2010), não possui tipificação legal. Todavia, esse tipo de comportamento tem merecido apreciação dos Tribunais² ao qualificar certos crimes devido à sua gravidade, a exemplo do julgamento de Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 110903 MC/DF pelo Supremo, no qual, numa manifestação pacífica do movimento social LGBT, um militar, ao abordar a vítima, solicitou-lhe o telefone de seus genitores para informá-los da expressão sexual deste. Ao ter como resposta que os pais da vítima se orgulhavam do filho, o demandado empurrou a vítima no chão e, ato contínuo, sacou uma arma, apontou-a na direção da vítima e disparou, atingindo-a. Antes, ainda disse: ‘você ainda me afronta. Você ainda tem coragem de falar isso’³. Enquanto umas correntes salientam a dinâmica subjetiva desencadeadora da homofobia: medo, aversão, rejeição; outras sublinham as raízes sociais e culturais e políticas discriminatórias, em virtude da institucionalização da heterossexualidade como parâmetro de normalidade na nossa sociedade.

4. CONCLUSÕES

Reconhecimento das uniões homoafetivas, direito à adoção, ao reconhecimento de nome social, direitos previdenciários, busca pelo combate à homofobia, entre outros, são demandas que o movimento social LGBT, ao longo das últimas décadas lutou incansavelmente e batalha pela consolidação na vida cotidiana. Neste trabalho, foram levantadas algumas das principais questões suscitadas nos Tribunais Superiores, o que não exclui as demais demandas, alvo do trabalho de ativistas e organizações em prol dos direitos LGBT.

Outra questão é que, apesar de os avanços legislativos para grupos como mulheres, negros, indígenas, as demandas de LGBT ainda são invisíveis para o Poder Legislativo. Neste sentido, pertinentes se apresentam, dada essa ainda quase invisibilidade, os sentidos de reconhecimento e de justiça apregoados por Fraser, Taylor e Young como base para medidas de reconhecimento real (e não apenas discursivo) de medidas práticas de alcance geral (e não no caso a caso de decisões judiciais e administrativas). Isto porque, sem dúvida, a maneira mais eficaz de, a médio e longo prazo, promover esse reconhecimento e justiça é no processo de

² Decisões acerca de violência homofóbica são encontradas nos Tribunais em análise, a saber: Habeas Corpus 110903, Medida Cautelar/DF, STF, relator (a): Ministro(a) Luiz Fux, julgamento: 17/11/2011, publicação: DJE-225, divulgado em 25/11/2011, publicado em 28/11/2011; e Habeas Corpus 219101/RJ, Habeas Corpus 2011/0223835-1, relator(a): Ministro Jorge Mussi, julgamento: 10/04/2012 Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma, publicação: DJE 08/05/2012.

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=110903&classe=HC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 22/03/2013.

desconstrução de uma cultura sedimentada no preconceito e na discriminação aos LGBT. Nesse intento, um programa de educação pública, sólido e consistente, além de outras ações emergenciais de proteção e cidadania são possibilidades que se apresentam no combate à discriminação e à homofobia. Óbice ao reconhecimento de direitos e deveres aos LGBT, a inércia do Poder Legislativo na criação de legalidade, e do Executivo na condução de suas políticas para proteger essa população, são fruto de opressões histórico-sociais, revelando a predominância do conservadorismo religioso na direção das políticas estatais, ferindo o princípio da laicidade.

A importância de instituições criadas pelo Estado em parceria com a sociedade civil a fim de garantir o acesso à cidadania e o combate às discriminações odiosas contra a população LGBT é inquestionável. Fortalecer as instituições democráticas deve ser outra meta de ampliação de participação representativa, no sentido apregoado por Young (2006), a fim de vencer as barreiras que limitam o reconhecimento da população LGBT.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**; trad. TEIXEIRA, Guilherme João de Freitas. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Brasil Sem Homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>, acesso em 12/02/2013.
- CORNWALL, Andrea, JOLLY, Susie. Introdução: A Sexualidade é Importante. In: CORNWALL, Andrea e JOLLY, Susie (Orgs.). **Questões de Sexualidade: ensaios transculturais**; trad. Jones de Freitas. Rio de Janeiro: ABIA, 2008.
- FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era "Pós-socialista"; trad. Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, nº 14/15, p. 1-382, 2006.
- PASSAMANI, Guilherme Rodrigues. O arco-íris (des)coberto. Santa Maria: UFSM, 2009.
- SOUZA, J. A construção social da subcidadania. Para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.
- TAYLOR, Charles. **As Fontes do Self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.