



HAL
open science

A REDISTRIBUIÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO: ALGUMAS DIFICULDADES

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. A REDISTRIBUIÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO: ALGUMAS DIFICULDADES. Confluências : Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, 2014, 16, pp.22 - 32. halshs-01116292

HAL Id: halshs-01116292

<https://shs.hal.science/halshs-01116292v1>

Submitted on 13 Feb 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

A REDISTRIBUIÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO: ALGUMAS DIFICULDADES

Eric Millard

Professor da Université Paris X (França).

E-mail: millard.eric@gmail.com

Tradução e Revisão da tradução:

Raphaël Ruedi e Joaquim Leonel de Rezende Alvim, respectivamente.

RESUMO

Para a discussão sobre redistribuição e direito o presente artigo parte de uma questão contingente no sentido de que o direito pode servir para uma redistribuição como ele pode recusá-la, não importando o que entendemos por redistribuição. Tomando o caráter instrumental do direito elaboramos em seguida alguns problemas sobre a noção de redistribuição naquilo que ilustra a sua ambiguidade. Essa discussão nos permite fazer uma inflexão do determinismo, sendo essa uma das contribuições importantes dos movimentos críticos do direito. Acreditamos que a interrogação sobre a função redistributiva do direito tem a ver com isso: se o direito produzido em um contexto de dominação pode ser usado para lutar contra a dominação, sobretudo dentro das democracias constitucionais, será que o direito dessas mesmas democracias pode fazer uma distribuição mais conforme aos interesses dos dominados? Essa questão nos abre para o último momento do nosso texto relativo aos objetos da (re)distribuição.

ABSTRACT

For a discussion over redistribution and rights this article starts from a contingent question in the sense that the law can serve to redistribute as well as it can reject it, no matter what we mean by redistribution. Assuming law's instrumental character, we then elaborated some problems over the notion of redistribution in which its ambiguity can be illustrated. This discussion allows us to reverse any determinism, which is one of the important contributions of law's critical movements. We believe that the question about law's redistributive function of law can be phrased as it follows: if the law produced in a context of domination can be used to fight against domination, especially within constitutional democracies, can the law of those democracies establish a distribution more consistent with the interests of the dominated? This question opens up to the last moment of our text on the objects of the (re)distribution.

POSICIONAMENTO DO PROBLEMA

Confesso ter tido alguma reserva quando o grupo de juristas críticos que se reuniu em março de 2011 em Tiradentes no Brasil se deu como tema de reflexão, para o seu próximo encontro no mesmo lugar em 2012, a redistribuição através do direito, razão pela qual a minha contribuição aqui apenas consiste em enunciar algumas dificuldades a partir do meu ponto de vista. As minhas reservas estavam ligadas essencialmente a dois pontos: como esse tema permite uma reflexão crítica, já que ele parece clássico e acadêmico; e em que o direito pode ser considerado como uma ferramenta redistributiva? Na verdade, essas reservas não tinham tanto fundamento: quanto à primeira, se a crítica do direito é um método para análise e para a ação, ela também deve ser relacionada, e talvez mesmo as vezes sobretudo, com as questões clássicas e acadêmicas dos juristas: desde que o direito se apresenta como um instrumento de redistribuição, ou que o discurso dogmático-doutrinal sustenta isso, nunca seria ruim voltar sobre tais questões. No entanto, as minhas dúvidas persistem quanto ao segundo ponto, apesar dos ricos frutos das nossas discussões cujo tom pode-se perceber na presente obra.

Mas é preciso talvez falar algumas palavras sobre o que eu entendo por uma análise crítica do direito, já que a palavra sempre é usada em sentidos e

com objetivos diferentes. Eu não tenho aqui nenhuma pretensão de restringir esses usos ou significados que podem possuir sua própria legitimidade e sua razão de ser, talvez até melhores. Mas eu quero simplesmente dizer de qual forma eu abordo a questão. Em primeiro lugar, para mim o direito é um fenômeno social complexo, cujo nome de direito positivo é dado pelos juristas e está ligado às modalidades históricas de construção das sociedades humanas; nesse ponto de vista, a questão para mim não é de discutir valores, o que pode ser o direito segundo outras definições, enquanto tais: esse assunto de filosofia moral é sem dúvida interessante, mas não me parece trazer algo para o conhecimento do objeto, a não ser a sua avaliação, o que seria uma outra questão, necessariamente derivada dos valores que um dado objeto consagra (se ela é primeira, a discussão centra-se somente nos valores e não mais sobre este objeto).

Em segundo lugar, acredito que o conhecimento sobre um tal objeto é suscetível de vários pontos de vista, mas que o conhecimento é uma questão epistemológica e que esses pontos de vista devem ser apreciados do ponto de vista epistemológico: o ponto de vista positivista, entendido no sentido de um positivismo metodológico, tais quais propostos em diversas teorias do direito (e especialmente a partir de uma crítica do normativismo de Kelsen pelo rea-

lismo de Ross¹, ou aquele chamado de Genovês² ou “o de Nanterre³” na França) me parece aqui interessante porque propõe uma versão analítica e empírica consistente, ao redor do conhecimento crítico de um certo tipo de linguagem que é a manifestação-tipo do fenômeno social complexo que chamamos de direito; por outro lado, permite e deveria envolver outros pontos de vista, vindo entre outros das ciências sociais, especialmente da sociologia, da história, etc., não para misturar-se dentro de um conhecimento comum mas sim para entender que cada ponto de vista só pode ser limitado e porque a desconstrução da ideologia jurídica que permite a análise crítica da linguagem jurídica do direito redireciona rumo ao conhecimento deste objeto do ponto de vista das ciências sociais. Finalmente, em terceiro lugar, acho que o nosso olhar, e sobretudo o nosso olhar de cidadão ou de acadêmico, sobre o direito não se esgota em uma atividade de conhecimento: há muitas coisas que fogem ao conhecimento, como a avaliação do direito ou como as ações que fazemos com o direito ou a respeito dele (como o ensinamos, como nós o usamos para obter coisas no mundo, ou para mu-

dar ou manter esse mundo, e até o direito que faz parte dele, por exemplo); eu acho simplesmente que essas coisas são melhor fundamentadas, ou úteis ou eficazes, se seguirem o conhecimento e não se elas o precedem ou o substituem. Essas últimas atividades dependem evidentemente das nossas crenças: os nossos valores, as nossas preferências, o nosso olhar sobre o mundo tal qual ele é ou tal qual nós queríamos que ele fosse, todas as coisas que organizamos dentro das teorias políticas que falam todas um pouco do direito; mas por outro lado, a atividade de conhecimento permite de retroalimentar as teorias políticas que nós sustentamos e a crítica do direito também é uma posição crítica dos juristas perante as teorias políticas: para elaborar ao lado de uma teoria epistemológica do conhecimento das teorias da justiça ou das teorias sociais, portanto das teorias políticas, consequente com essa primeira teoria e o que ela nos permite saber. Esse movimento chamado crítica do direito no campo acadêmico na França, na América Latina ou na América do Norte, ou aqueles que se descrevem assim, o fizeram nitidamente a partir de um compromisso político de esquerda, mais frequentemente ligado ao marxismo, porém sem que fosse sempre o caso. Este engajamento tem ou teve para alguns um desdobramento militante, associativo ou simplesmente social; para todos, este engajamento é inseparável de uma reflexão sobre o

¹ Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley University Press 1959.

² Ver Jordi Ferrer Beltran et Giovanni Batista Ratti, *El realismo jurídico genovès*, Marcial Pons, 2011.

³ Ver Michel Troper, *Philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, 3ème édition 2011; et Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

papel do universitário. E eu concordo com esse posicionamento. Por tudo isso, se alguns deles aceitariam a diferença e a retroalimentação entre teoria do conhecimento do direito e teoria da justiça, todos não o fariam. Isso é o que eu concebo por crítica do direito, e é a partir dessas ideias que irei abordar a questão colocada.

Com base nessas posições, me parece impossível trazer uma resposta clara e definitiva por, pelo menos, duas razões: Primeiramente, porque o conceito de redistribuição me parece (sempre) muito problemático; e em seguida porque, supondo mesmo que possamos clarificar esse conceito, a questão me parece ser uma questão contingente.

UMA QUESTÃO CONTINGENTE

Para introduzir o seu texto de problematização, Michel Miaille enuncia diretamente a pergunta; ela se refere à função do direito: será ele destinado a redistribuir?

Me parece que uma resposta muito direta pode ser elaborada sobre um fundamento crítico do direito: o direito pode servir para uma redistribuição como ele pode recusá-la, não importando o que entendemos por redistribuição. Esta é uma questão contingente e não ontológica, dependendo dos objetivos procurados ou das limitações provocadas por aqueles que mobilizam o instrumento jurídico (legislador no sentido mais amplo, autoridade de deci-

sões judiciais ou administrativas, advogados, associações, atores sociais, etc.). Eu tomo o sentido aqui de uma natureza essencialmente instrumental do direito, e acho que é justamente essa instrumentalidade que autoriza uma crítica política como uma utilização política oposta a qualquer tipo de determinismo.

É então possível que alguns sistemas jurídicos implementem uma redistribuição, como é possível que outros não o façam. Evidentemente também a redistribuição pode passar por outros caminhos que não o direito e me refiro aqui novamente às modalidades da ação social: invasões de prédios ou apartamentos, recuperação individual e todas as formas de ilegalidade que o politicamente correto (incluindo aquele da esquerda) marginaliza, mas que são sempre parte do vocabulário da contestação das sociedades capitalistas, e de outras.

ALGUNS PROBLEMAS COM A NOÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO

O conceito de redistribuição é particularmente ambíguo pois pode ser entendido em pelo menos dois sentidos: uma nova distribuição, consecutiva à uma ou várias distribuições anteriores; e uma correção por uma segunda distribuição, que retornaria a uma distribuição anterior, suposta frequentemente natural, ou justa, e de cuja a distribuição anterior teria se

afastado. E eu suspeito que no pensamento crítico do direito, este segundo sentido não está ausente.

No entanto, não existe distribuição natural, através da natureza ou conforme a ela, como também não há paisagens naturais. Apenas um pensamento pré-científico, do mesmo tipo que o pensamento religioso, nos leva a pensar isso. A distribuição (e a paisagem) são problemas do homem e não da natureza. A natureza é apenas uma palavra para descrever o mundo no qual vivemos e com o qual estamos interagindo. Mas como as paisagens são o resultado da ação do homem sobre a natureza (e por definição, nenhum depoimento pode descrever como era a paisagem antes do surgimento do homem, ou o que seria se o homem não tivesse aparecido ou se ele desaparecesse), a distribuição, podendo ser ligada tanto aos recursos naturais, como aos bens produzidos pela ação humana, ou outras coisas ainda, também é o resultado da ação humana. Que o direito, como fenômeno social normativo, seja distributivo, pertence evidentemente à sua função, se admitirmos que não a esgote: a partir de quando a distribuição foi capaz de tomar a forma do direito nas sociedades humanas, e que outras formas de distribuição concorrentes ao direito persistem, vejamos aí muitos aspectos que as ciências sociais podem nos ajudar a compreender; de qual maneira essa distribuição é eficaz também é uma ques-

tão importante para a teoria do direito, e não só para ela. Mas essa função de distribuição não deveria conduzir a falar de redistribuição. Cada sistema jurídico singular implementa uma distribuição, e cada alteração total de sistema ou parcial no sistema das normas desenvolve uma nova distribuição. Só deveríamos falar de redistribuição para salientar uma modificação das modalidades eficientes (de uma parte) da distribuição. E esta modificação resulta de escolhas políticas eficazes.

O argumento da natureza na concepção da redistribuição não é um argumento que teria uma função outra que aquela de avaliar ou reivindicar tal ou tal outra forma de distribuição. É a mesma coisa para o argumento da justiça. No entanto não precisamos de argumentos para isto. Inúmeras teorias políticas, incluindo as citadas frequentemente pelos críticos do direito, afirmam que o direito tem por função esta distribuição, que esta distribuição não é inquestionável, e que a distribuição e o direito fazem parte de processos de construção de dominações. Sejam quais forem.

UMA INFLEXÃO DO DETERMINISMO

Uma das contribuições importantes dos movimentos críticos do direito reside na filtragem da vulgata marxista unilateralmente determinista: sobre a relação entre a infraes-

estrutura econômica e a superestrutura jurídica, sobre o recurso jurídico nas lutas sociais. Eu acredito que a interrogação sobre a função redistributiva do direito tem a ver com isso: se o direito produzido em um contexto de dominação pode ser usado para lutar contra a dominação, sobretudo dentro das democracias constitucionais, será que o direito dessas mesmas democracias pode fazer uma distribuição mais conforme aos interesses dos dominados? Me parece também que a resposta pode ser positiva, mas somente de acordo com os objetos singulares, e sem alterar a natureza do direito; o que significa também dizer que ela pode ser negativa. Não é portanto a função redistributiva do direito que está aqui em questão, mas a possibilidade de técnicas específicas de tal ou tal sistema jurídico que, sem modificar os eixos estruturantes das suas modalidades distributivas, as atenuaria, as “corrigiria” em alguma margem. Mas o direito não pode se auto-corrigir. Vários amigos durante as nossas discussões e neste livro apresentam exemplos. E estes exemplos são bastante convincentes, tanto que não aceitar isso levaria a um impasse político: aquele da renúncia, o que nunca é uma solução.

Concordo plenamente com Michel Miaille para dizer que o direito não é um objeto simples, tipo uma técnica material: é um universo complexo, não

só tecnicamente mas também socialmente. Além da técnica de (re)distribuição, o direito (re)distribuidor também é uma modalidade de construção ideológica do que são as relações sociais e faz-se necessário mostrar a maneira que a tensão que marca essas relações é como neutralizada pela redistribuição; uma redistribuição que pode ser efetiva certamente, mas que, efetiva ou não, é antes de tudo uma redistribuição simbólica. Nada, novamente, é simples: redistribuindo, o direito contribui para a construção de uma imagem embaraçada pela qual o beneficiário da redistribuição é tanto designado como justificando socialmente (necessidade ou mérito, individual ou social) essa justiça re-distributiva, mas por isso mesmo instalado em um lugar que não deve mais ser questionado porque, justamente, através desta redistribuição, a injustiça deste lugar é apagada ou corrigida para relegitimá-la. Não é como pretendem os liberais que a redistribuição criaria o assistido: na verdade ela torna o insuportável suportável e esconde-o (o que no curto prazo justifica nosso combate pela redistribuição, mas que, ao longo prazo, exige que fiquemos críticos sobre o que ela significa).

A redistribuição através do direito, não mais que a recusa da mesma, não podem a priori ser consideradas progressistas ou conservadores porque em qualquer hipótese elas constroem e reconstróem as mesmas rela-

ções sociais nas quais o essencial não é interrogado: nada de redistribuição da propriedade dos meios de produção ou da propriedade especulativa, por exemplo. As políticas fiscais, as ferramentas de seguridade social, além de uma necessidade imediata que as torna indispensáveis, não são técnicas da mudança política, mas simples técnicas de gestão (e fortalecimento) da dominação. E a grande farsa que representam a reivindicação e em seguida a consagração do alegado direito à moradia oponível (*droit au logement opposable*) na França demonstra a dificuldade (a impossibilidade?) de pensar a mudança social dentro e pelo direito⁴.

UMA QUESTÃO ESTRATÉGICA: OS OBJETOS DA (RE)DISTRIBUIÇÃO

A redistribuição, de agora em diante entendida nesse sentido de inflexão por um sistema jurídico da distribuição que ele instala, pode estar relacionada com diversos recursos, bens ou coisas: recursos naturais, bens produzidos, e também recursos e bens simbólicos. Mas ela não compromete nem pode prejudicar o seu modo essencial de distribuição. E nas sociedades capitalistas, que sejam ou não liberais e democráticas, essa distribuição passa pela apropriação privativa dos bens e

⁴Ver Eric Millard, *Le droit au logement opposable, réflexions théoriques et critiques*, in *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, pp. 413-428.

recursos, e pela sacralização do direito de propriedade. Jeremy Bentham, um autor a quem os críticos do direito raramente se referem, o deixando erroneamente ao utilitarismo econômico, já tinha notado na sua crítica da Declaração dos direitos do Homem e do cidadão originada da Revolução francesa de 1789, que da conciliação dos artigos 17 (“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente, e sob condição de justa e prévia indenização.”) e 1º da Declaração (“Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”), resultava uma aporia para a redistribuição: “apesar de tudo o que poderia ser feito pelas leis [...], todos os homens devem ser iguais, do ponto de vista da propriedade e isto para sempre, enquanto que aquele que tem mil vezes mais que milhares de outras pessoas em conjunto não deve ser privado de uma parcela desse bem, sem ter previamente recebido tanto de Deus sabe onde.”⁵ Mesmo se as abor-

⁵Jeremy Bentham, *L'absurdité sur des échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration française des droits en préambule de la Constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la Constitution de 1795*, et un échantillon du citoyen Sieyès (nouvelle édition des Sophismes anarchiques), in Bertrand Binoche et Jean-Pierre Cléro « Bentham contre les droits de l'homme », PUF-Quadrige Manuels, 2007, p. 89.

dagens em termo de funções sociais da propriedade podem restringir a trindade “usus, fructus, abusus”, temos aí um limite estrutural forte.

No entanto, pode haver uma redistribuição que não questiona essa propriedade privada, mas que tem a ver com bens comuns (dependendo do sistema: cultura, educação, meio-ambiente, saúde, etc...) e não é necessário aqui insistir sobre o aspecto redistributivo (com os limites anteriormente formulados) das políticas públicas, e dos serviços públicos.

Sobretudo, alguns recursos que não estão diretamente ligados à propriedade pública ou privada apresentam um certo interesse estratégico na busca de uma nova distribuição. As normas do direito constroem e garantem a perpetuação de categorias necessárias à reprodução da dominação. Mas nos sistemas liberais constitucionais aparece uma tensão, ou até mesmo uma contradição, entre afirmações constitucionais de direito, e as categorias da dominação. O interesse desse ponto foi notadamente ressaltado pelas escolas críticas norte-americanas, Critical Legal Studies sobretudo, em um contexto político-cultural particularmente ligado à sacralização da propriedade privada. E ele pode revestir um interesse estratégico de primeiro plano nos Estados sociais de direito, se bem queremos nos afastar dos erros do neo-consti-

tucionalismo que nos conduz para o terreno da justificação moral dos alegados direitos e do ativismo das cortes constitucionais (uma maneira angélica e ineficiente de substituir a ação pela transcendência), para retornar ao campo do ativismo jurídico militante: o recurso à ação judiciária (tanto quanto jurídica e representativa, mas aqui vale igualmente considerar a tensão entre princípios e democracia) para desfazer categorias: para distribuir de outra maneira.

A questão notadamente da distribuição dos papéis simbólicos: sexuais ou gêneros, étnicos, das classes, etc. é essencial. Sobre essas últimas questões, a ideia de redistribuição pode facilmente ser questionada em primeiro lugar a partir de um caráter dinâmico/estático, ou a partir de uma mobilização conservadora/progressista. As políticas de ação afirmativa de todos os tipos (presença da diversidade étnica no espaço público, política de diversidade de gênero, política de acesso dos moradores de bairros ditos desfavorecidos às escolas elitistas e reprodutoras da dominação burguês tais como Ciências Políticas <<Science Po>> na França, etc.) mostram claramente que os bens ditos simbólicos não conhecem qualquer especificidade de uma vontade de redistribuição pelo direito (paridade política, política de cotas, política de visibilidade) com relação aos bens monetários: não é o direito que redistribui, e nunca

o pode pois questionar suas categorias estruturantes fica no sentido oposto da sua função de reprodução. A redistribuição vinda de cima (das autoridades políticas) “congela” as relações sociais tais como o 50/50 de paridade política entre os dois gêneros que, por um lado, ignora o transgênero, e por outro lado, substitui a uma representação universalista (que então que ela afirmava a igual dignidade de cada indivíduo qual que ele seja evidentemente fracassou) uma representação dualista igualmente rígida e abstrata. Essa representação não considera então as perguntas subjacentes: é o universalismo que fracassou ou a representação? Como são construídos os papéis sexuais nas famílias, na intimidade, na esfera do trabalho, nas relações sociais, que a representação só faz que reproduzir e, de uma certa forma, para tornar as mulheres mais presentes, ela conforta e legitima (uma mulher não é um homem...).

Mas por outro lado em segundo lugar, é preciso salientar duas coisas. Primeiro, que o desafio dos críticos do direito não me parece ser a substituição de uma dominação por uma outra (para o que levam os conceitos de distribuição, de nova distribuição e de redistribuição pelo direito) mas de questionar a idéia mesma de distribuição e de dominação. Em seguida, que a luta política não pode questionar essa ideia de uma outra forma que não abstratamente (quer dizer com alguma chance

de sucesso político) questionando a hegemonia cultural para que seja substituída por uma outra hegemonia cultural. A questão-chave determinante da dominação ideológica burguesa, muito bem designada por Antonio Gramsci, é sem dúvida ainda mais essencial nos Estados de direito democráticos, e é lamentável que a esquerda, ao menos na Europa, deixou esse terreno para outros críticos do modelo dominante, como por exemplo o demonstra a estratégia da Frente Nacional <<Front National>> na França.

Aqui, o lugar do direito apresenta certamente uma originalidade, se compreendemos o direito como uma linguagem cujas funções não se esgotam na normatividade. Tanto na escrita quanto na interpretação, a construção das categorias não é apenas normativa ao criar estatutos que controlam um regime jurídico. Ela também é ideológica apresentando essas categorias como legítimas. No entanto, essas construções são em parte coativas, notadamente em razão da questão da validade de produção dos enunciados e das normas; assim mesmo que sua eficácia é altamente dependente das situações de fato, nas quais cada um não pertence a uma categoria só, mas a categorias cruzadas: se, por exemplo, as mulheres formam uma categoria dominada, assim que os estrangeiros ou os desempregados, todas as mulheres não são estrangei-

ras ou desempregadas e podem também ser provenientes de outras categorias aqui dominantes; a dominação não é portanto um conceito unívoco, sobre o que insistem as teorias críticas da interseccionalidade.

Na França, a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo fornece uma boa ilustração desse problema. O reconhecimento do casamento homossexual interroga várias questões jurídicas, que tem um efeito ideológico nomeando e alimentando essas categorias: a construção da própria categoria casamento; a construção das categorias homossexuais e heterossexuais; mas também por exemplo a construção de papéis sociais de gênero na esfera privada (aqui me refiro aos papéis sociais diferenciados: segundo o direito francês, não existe discriminação entre marido e esposa; mas a manutenção mesma da categoria retransmite a dominação de um gênero sobre o outro afirmando a sua legitimidade). Conforme o código civil francês, o casamento não é reservado para pessoas de sexo diferente, mas também não afirma que está aberto a pessoas do mesmo sexo. O código civil (em uma redação feita em 1804) especifica simplesmente que não há discriminação entre um homem e uma mulher relativamente à idade para se casar (art. 144 do código civil) sem que seja feita a precisão que eles se casam necessariamente juntos; e que durante a cerimônia de

casamento, o casal se aceita como marido e mulher (art. 75 do código civil). Por outro lado, o direito constitucional francês afirma o princípio de igualdade. A interdição do casamento entre pessoas de mesmo sexo tem efeitos discriminativos óbvios: tanto sobre as possibilidades jurídicas (por exemplo a adoção) quanto sobre as representações sociais. Ora a redação do texto não implica essa discriminação (a vontade do autor do texto é um outro assunto): uma interpretação baseada em uma teoria do gênero poderia considerar que as categorias “homem/mulher” se referem à diferenças biológicas, as categorias usadas (“marido/esposa”) não o implicam e podem se referir a categorias socialmente construídas. A interpretação da linguagem do direito que não se afasta das exigências sintáticas, semânticas e lógicas, mas que se posiciona em um eixo axiológico, permitiria então uma nova distribuição das categorias simbólicas, dentro da família por um lado, e independente do sexo biológico (o marido não é necessariamente o homem), e por outro lado dentro da sociedade negando a diferença de legitimidade segundo a orientação sexual. Mas isso pressupõe uma tomada de posição axiológica, primeiro na reivindicação militante, na interpretação judiciária em seguida. Na França, essa reivindicação, nesses termos, é minoritária e então ineficaz; e os juízes, especialmente os constitu-

cionais, consideraram que somente o parlamento podia reavaliar a distribuição simbólica que a interpretação pela Cour de Cassation du Code Civil põe em prática: uma restrição somente ao casamento heterossexual, independente das discriminações que resultam, consideradas como legítimas enquanto o parlamento não afirma o contrário.⁶ Por um outro lado, o Parlamento poderia responder à questão da discriminação de pelo menos três formas: permitindo o casamento entre pessoas de mesmo sexo, eliminando todas as diferenças jurídicas entre pessoas casadas e pessoas não casadas (entre outras mas não só sobre a questão da adoção), ou suprimindo a categoria casamento do arsenal jurídico para reservá-la à esfera religiosa, sem efeitos de direito. Três modalidades de redistribuição que teriam os mesmos efeitos jurídicos, e ao mesmo tempo construiriam categorias simbólicas (de nova distribuição) radicalmente diferentes; e entre quais somente a última sem dúvida eliminaria a dominação que implica as categorias “marido/esposa”, mesmo sem discriminação jurídica e conotação de diferença de gênero natural.

Eric Millard

Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Centre de Théorie et Analyse du Droit.

⁶Conselho Constitucional, decisão 2010-92 QPC do 28 de janeiro 2011.