

Casamento para todo o Japão: O presente e o futuro das uniões homoafetivas nos tribunais japoneses

Daniel Machado Yamagami



Professor adjunto de Direito Civil na Universidade Rikkyo desde 2020. Graduado em Direito pela Universidade de Tóquio em 2014, mestre e doutorando de Direito Civil na mesma universidade. Ex-bolsista do Ministério da Educação do Japão (2010-2016). Autor do título *Same-Sex Marriage in Brazil: Judicial Law-Making and the Shifting Concept of Family, Japan*: Shinzansha, 2018, pelo qual recebeu o Prêmio Ikuo Onaka de Incentivo Acadêmico de Direito de Família para Pesquisadores Iniciantes em 2019. Seu campo de especialização são direito civil japonês e comparado, com foco no direito de família, responsabilidade civil, e direito imobiliário. Recentemente, ensinando direito civil japonês em inglês, também se interessa por pedagogia jurídica e internacionalização do ensino jurídico.

Email: danielmachado@rikkyo.ac.jp

Resumo

Em 17 de março de 2021, o Tribunal Regional de Sapporo declarou inconstitucionais os dispositivos legais que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão é a primeira de uma série de ações judiciais apresentadas em tribunais de todo o país no dia 14 de fevereiro de 2019. A organização não governamental, Casamento para todo o Japão, iniciou uma verdadeira parada LGBT judicial em defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O direito matrimonial japonês começou a trilhar um caminho semelhante ao trilhado pelo direito brasileiro em direção ao reconhecimento das uniões homoafetivas por via judicial. Uma análise do conteúdo e contexto sociojurídico da decisão revela que o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito japonês parece ser uma questão de tempo. No entanto, a mesma análise revela que, independente do caminho que o direito japonês venha a trilhar, a disputa pelo casamento igualitário nos fóruns jurídicos e políticos parece estar longe do fim.

Palavras-chave

Palavras-chave: casamento homoafetivo, uniões homoafetivas, jurisprudência, Japão

Casamento para todo o Japão: O presente e o futuro das uniões homoafetivas nos tribunais japoneses

Introdução

Em meados de março de 2021, noticiários do Japão e de todo o mundo divulgaram a notícia de que um tribunal do Japão havia declarado a inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão do Tribunal Regional de Sapporo¹ foi a primeira manifestação judicial sobre a (in)constitucionalidade da proibição de casamento entre as pessoas do mesmo sexo no país.

No Brasil, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação conforme² às disposições do Código Civil de 2002 para que as uniões homoafetivas recebessem o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis heterossexuais (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF). Essa decisão do STF desencadeou uma sequência de eventos que levou à publicação da Resolução Nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela qual se oficializou o reconhecimento do casamento homoafetivo no Brasil³.

Será que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no direito japonês trilhará o mesmo caminho do direito brasileiro? Qual o significado sócio-jurídico da decisão de Sapporo? Dentre outras, essas são algumas das questões que este breve ensaio busca responder através de uma análise sócio-jurídica da decisão de Sapporo.

Indeferimento do pedido: Vitória ou derrota?

Apesar da vasta maioria dos noticiários terem tratado a decisão de Sapporo como uma vitória para a comunidade LGBT, o tribunal deu perda de causa para os casais homoafetivos que interpuseram a ação. Mas o que os casais homoafetivos estavam pedindo mesmo?

Controle difuso de constitucionalidade

A decisão de 2011 do STF se deu em sede do chamado controle concentrado de constitucionalidade, um tipo de controle de constitucionalidade que não existe no Japão.

O controle de constitucionalidade é um poder conferido ao judiciário para verificar se leis e outros atos do poder público são compatíveis com a constituição. Existem dois tipos de controle: o difuso ou incidental, e o concentrado ou abstrato. No controle difuso, a constitucionalidade de leis pode ser questionada apenas de maneira incidental em casos concretos. Já no controle concentrado, os tribunais podem verificar a constitucionalidade de uma lei sem que exista um caso concreto. Na prática, isso significa que no Japão, onde inexistente o controle concentrado, uma pessoa não pode bater às portas do tribunal para pedir que este decida se uma lei é constitucional ou não. Como, então, conseguir que um tribunal julgue a (in)constitucionalidade da proibição do casamento homoafetivo?

1 Tribunal Regional de Sapporo, 17 de março de 2021. Todos os documentos originais relacionados ao caso estão disponíveis em: <https://www.call4.jp/info.php?id=I0000031&type=items> (Última visualização: 08/02/2022). Uma tradução para o inglês da petição inicial e da decisão também estão disponíveis na mesma homepage.

2 Interpretação conforme à Constituição é aquela pela qual a corte estabelece a maneira como a lei deve ser interpretada para que não seja considerada inconstitucional. Neste caso, o STF entendeu que os dispositivos legais sobre a união estável no Código Civil brasileiro seriam inconstitucionais caso fossem interpretados em prol da exclusão de uniões homoafetivas.

3 Note que a Resolução Nº 175 do CNJ, como indicado em seu próprio texto, apenas oficializou o entendimento já estabelecido pela ADPF 132/ADI 4277 e pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS em 25 de outubro de 2011.

Se o oficial de registro civil se recusa a registrar o casamento de um casal homoafetivo, esse casal poderia protocolar uma ação administrativa pedindo uma ordem judicial para efetivação do registro. Neste caso, os requerentes poderiam alegar que as leis que impedem o registro do casamento homoafetivo violam disposições constitucionais. Essa seria a maneira mais intuitiva de se questionar a constitucionalidade da proibição do casamento homoafetivo em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, não foi essa a maneira escolhida pelos requerentes da decisão de Sapporo. Ao invés de pedir uma liminar, os três casais homoafetivos pediram que o governo pagasse uma indenização de um milhão de ienes (cerca de \$46 mil reais) pelos danos emocionais sofridos em decorrência da inércia legislativa. Seriam os requerentes mercenários motivados apenas por fins lucrativos? Claro que não.

Casamento para todo o Japão: um movimento sócio-jurídico

Os três casais homoafetivos não foram os únicos a protocolar ações judiciais pedindo indenização estatal por perdas e danos sofridos em decorrência da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 14 de fevereiro de 2019, no qual se celebra o Dia dos Namorados (ou *Valentine's Day*) no Japão, um total de treze casais homoafetivos apresentaram ações indenizatórias contra o governo em quatro dos maiores tribunais regionais do Japão – Tribunal Regional de Tóquio, Osaka, Nagoya e Sapporo.

Essa série de ações foi parte do movimento liderado pelo grupo *Marriage for All Japan* (MFAJ, ou “Casamento para todo o Japão”)⁴, uma ONG formada por juristas e colaboradores com o objetivo de atuar tanto na esfera do poder judiciário como na do poder legislativo em defesa do casamento homoafetivo.

Antes de abrir o processo, a equipe de advogados do MFAJ pediu que os casais fossem às prefeituras de suas respectivas localidades para tentar realizar o registro de casamento como requerido pela legislação japonesa. Foi só apenas após terem seus pedidos de registro rejeitados que os vinte e seis (26) requerentes foram protocolar suas ações judiciais.

Então, por que teriam os advogados do MFAJ optado por ações indenizatórias ao invés de pedidos de liminares para efetivar os registros?

Pois o pedido de liminar precisaria ser apresentado a um tribunal de família, onde o processo seria conduzido em segredo de justiça, longe dos olhos da mídia. De uma certa maneira, poderia-se dizer que a estratégia adotada foi a de realizar uma “parada judicial” do orgulho LGBT: tal como as paradas LGBTs buscam dar visibilidade social às minorias sexuais, o movimento iniciado pelo MFAJ busca dar visibilidade jurídica aos casais homoafetivos.

O reconhecimento das uniões homoafetivas por via de decisão judicial, longe do ideal, é uma medida paliativa contra a inércia legislativa. Através de uma verdadeira parada judicial do casamento homoafetivo, o movimento iniciado pelo MFAJ não busca apenas um lastro judicial para confirmar a inconstitucionalidade da proibição. A meta final é a aprovação de lei que reconheça as uniões homoafetivas na Dieta Nacional do Japão (DNJ), e para tanto, o MFAJ julgou mais proveitoso conduzir o processo da maneira mais pública possível⁵.

Foi neste contexto que os requerentes apresentaram ações indenizatórias que, no Japão, têm sido utilizadas como uma alternativa ao controle concentrado de constitucionalidade.

4 O MFAJ conta com uma homepage oficial onde divulga informações sobre o andamento dos processos e notícias relacionadas aos direitos LGBT: <https://www.marriageforall.jp/en/> (Última visualização: 08/02/2022).

5 Outras vantagens da ação de responsabilidade civil estatal são a maior facilidade de obter uma declaração de (in)constitucionalidade e a uniformização do conteúdo dos processos, o que facilita a condução de múltiplos casos simultaneamente. Note que caso o MFAJ houvesse optado por pedidos de liminar, a lei aplicável e portanto o conteúdo de cada processo dependeria da nacionalidade dos parceiros de cada união.

Responsabilidade civil do Estado

Ações indenizatórias estatais são ações de responsabilidade civil contra o estado ou outras entidades do poder estatal.

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos causados a outrem. Tal como o Código Civil Brasileiro dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo,” o Código Civil Japonês dispõe que “aquele que, voluntariamente ou por negligência, violar os direitos ou interesses protegidos por lei de outrem, fica obrigado a reparar os danos causados. (Art. 709).”

A Lei de Reparação Estatal, seguindo o disposto no artigo 17 da Constituição do Japão, verifica que as regras de responsabilidade civil também se aplicam ao poder público: “O Estado, ou uma entidade estatal, fica obrigado a reparar os danos causados a outrem, ilegalmente, voluntariamente ou por negligência, por funcionário público em exercício de autoridade estatal. (Art. 1)”⁶.

A responsabilidade civil pode funcionar como uma alternativa ao controle concentrado de constitucionalidade por se tratar de um instrumento especialmente abrangente. Para conseguir que um tribunal julgue a constitucionalidade de leis e atos do poder público, bastaria alegar danos morais ou imateriais causados pela inconstitucionalidade de uma lei. Por isso as ações de reparação estatal têm sido utilizadas por diversos movimentos sociais, dentre os quais podemos citar as recentes disputas envolvendo a constitucionalidade dos dispositivos legais que obrigam casais a adotar o mesmo sobrenome para se casar⁷.

Inconstitucionalidade da lei e a responsabilidade civil estatal

Os casais homoafetivos do caso *Valentine’s Day* fundamentaram seus pedidos de indenização na inércia legislativa para corrigir as disposições legais que impedem o casamento homoafetivo. Segundo os requerentes, a proibição do casamento homoafetivo viola o direito constitucional ao casamento e o princípio da igualdade. Por que então, teria o Tribunal Regional de Sapporo indeferido o pedido se, como noticiado, o tribunal julgou ser inconstitucional a proibição do casamento homoafetivo?

A inconstitucionalidade de uma lei não resulta automaticamente na responsabilidade civil do estado. Um dos fundamentos da responsabilidade civil é a culpa: uma pessoa ou entidade não pode ser responsabilizada por danos sobre os quais não tem culpa⁸. Os elementos constituintes da culpa variam conforme o caso.

Em casos de responsabilidade civil estatal por inércia legislativa, para evitar que o judiciário usurpe prerrogativas do poder legislativo em violação do princípio da separação dos poderes, além dos requerimentos expressos na lei, a jurisprudência japonesa exige que a) a inconstitucionalidade da lei ou do poder público seja evidente, e b) a Dieta Nacional fique inerte por um longo período de tempo.

Em sua decisão de 2021, o Tribunal de Sapporo julgou que a proibição do casamento homoafetivo é uma evidente violação constitucional. Entretanto, segundo o tribunal, a Dieta Nacional não poderia ser culpada pela sua inércia uma vez que a inconstitucionalidade das leis só se tornou evidente recentemente, especificamente, após a eclosão de uma variedade de movimentos sociais buscando a legalização do casamento homoafetivo por volta de 2015. Em termos leigos, o legislativo japonês não pode ser responsabilizado pois ainda não teria tido tempo suficiente para resolver uma inconstitucionalidade até então desconhecida.

6 O Artigo 4 da Lei clarifica que os dispositivos do Código civil também se aplicam à obrigação do estado ou entidade estatal de reparar danos.

7 Desde 2015, quando a Suprema Corte do Japão julgou o primeiro caso do tipo, o movimento sociojurídico em defesa do direito à manutenção de sobrenomes distintos após o casamento continua a protocolar ações de responsabilidade civil estatal. A última decisão, confirmando a constitucionalidade dos dispositivos legais, foi divulgada em 23 de junho de 2021. Para mais detalhes sobre a última decisão, em inglês, ver notícia publicada no The Japan Times, NHK, The Asahi Shimbun ou qualquer outra versão digital de jornais japoneses.

8 A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, só pode ser imposta nos casos previstos por lei.

Portanto, apesar de negar provimento ao pedido de indenização, a decisão de Sapporo é uma clara vitória para a causa do casamento homoafetivo: não só o tribunal declarou ser inconstitucional a proibição, como também deu um ultimato à Dieta Nacional do Japão. A mensagem é clara: “Caso vocês continuem a ignorar a inconstitucionalidade das leis, em breve, vocês serão obrigados a pagar pelos danos causados por sua inércia.”

Observe que o tribunal não disse que a única maneira de resolver a inconstitucionalidade da lei seria a legalização do casamento homoafetivo. A corte parece entender que uma lei alternativa ao casamento, tal como a da união estável no Brasil, bastaria para reparar o presente vício de inconstitucionalidade.

Declaração de constitucionalidade: casamento não é um direito constitucional

Apesar dos requerentes terem fundamentado suas ações em violações dos artigos 24, 13 e 14 da Constituição do Japão, o Tribunal Regional de Sapporo declarou que a proibição do casamento homoafetivo viola apenas o artigo 14, o qual dispõe sobre princípio de igualdade pela vedação da discriminação fundamentada em características pessoais que independem da escolha do indivíduo⁹:

“Artigo 14. Todos são iguais perante a lei e ficam proibidas quaisquer discriminações políticas, econômicas ou sociais por raça, credo, sexo, classe social ou origem familiar.”
(Tradução livre)

Ao modelo da jurisprudência estadunidense¹⁰, na qual o casamento é considerado um direito fundamental garantido pela constituição, os requerentes alegaram que a proibição do casamento homoafetivo viola um suposto direito ao casamento previsto no artigo 24 que dispõe *verbatim*:

“Artigo 24. O casamento é formado apenas pelo consentimento mútuo de ambos os sexos e deve ser mantido pela cooperação mútua tendo a igualdade de direitos do casal como base. A escolha de cônjuge, patrimônio, herança, escolha de domicílio, divórcio e outras matérias relacionadas ao casamento e a família devem ser reguladas por lei fundamentadas na dignidade individual e na essencial igualdade entre os sexos.” (Tradução livre)

Como se observa na letra da constituição japonesa, não apenas inexistente uma menção ao suposto “direito ao casamento” no artigo 24, como o mesmo parece limitar o casamento às uniões heterossexuais, isto é, “de ambos os sexos.”

No entanto, ao contrário do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, no qual os termos “entre o homem e a mulher” foram incluídos pela Assembleia Constituinte unicamente “para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação” que incluía casais homoafetivos, a expressão “de ambos os sexos” se ocupava apenas de garantir a igualdade entre os sexos nas relações de família. Como exposto em detalhes pelo Tribunal Regional de Sapporo em sua decisão, o principal objetivo do dispositivo era abolir o antigo modelo familiar Japonês que limitava a liberdade individual na escolha de cônjuge em prol do grupo familiar patriarcal¹¹. Ao declarar que o casamento pode ser formado apenas pelo consentimento mútuo, o texto constitucional tinha por objetivo a revogação de todos os impedimentos matrimoniais relativos ao antigo modelo familiar, tais como a autorização do chefe de família ou o consentimento parental para o casamento de maiores. Ademais, como bem cita o tribunal, em 1946, quando o texto foi formulado, a homossexualidade era considerada uma doença psiquiátrica, sendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo impensável, e portanto desnecessário discutir a sua proibição.

9 Note que mesmo que se compreenda a orientação sexual como algo passível de mudança ao longo da vida de um indivíduo, ainda assim, tal mudança não costuma ocorrer de maneira voluntária. Apesar de recentes críticas ao discurso focado na involuntariedade da orientação sexual, a involuntariedade é de extrema importância no âmbito jurídico-constitucional para que se possa igualar a discriminação por orientação sexual aos outros tipos de discriminações vedadas pela constituição.

10 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

11 Sobre a origem do artigo 24 da Constituição do Japão, recomendo a leitura da biografia de Beate Sirota Gordon, *The Only Woman in the Room: A Memoir of Japan, Human Rights, and the Arts*, publicada pela University of Chicago Press em 11 de abril de 2014.

Pois bem, é evidente que o dito artigo não proíbe o casamento homoafetivo, mas não seria possível dar-lhe um interpretação extensiva para incluir na liberdade de escolha de cônjuge, a escolha de uma pessoa do mesmo sexo? Não existiria aí, no espírito do artigo 24, uma liberdade fundamental merecedora de proteção judicial?

Infelizmente ou não, a jurisprudência japonesa tradicionalmente entende que o artigo 24 confere abrangente poder discricionário à Dieta Nacional para regular matérias do direito de família, desde que respeitados os princípios constitucionais de dignidade individual e igualdade entre os sexos, sendo pois inadequado entender o casamento em si como um direito ou liberdade fundamental.

Observe-se que na jurisprudência estadunidense, o conceito de casamento como um direito constitucional se consolidou ao longo de décadas tendo como ponto de partida a declaração de inconstitucionalidade da proibição de casamentos interracialis. Em contraste, no direito japonês, existe apenas uma única declaração de inconstitucionalidade que trata da liberdade de casamento como uma garantia constitucional e, diga-se de passagem, de uma maneira bem limitada¹².

Foi neste contexto que o Tribunal Regional de Sapporo decidiu que a proibição do casamento homoafetivo não viola o artigo 24 da Constituição do Japão¹³.

Declaração de inconstitucionalidade: tratamento discriminatório

A declaração de inconstitucionalidade foi fundamentada apenas na vedação da discriminação e no princípio de igualdade previstos no artigo 14. Por que, segundo o tribunal, a proibição do casamento homoafetivo constitui uma violação do preceito constitucional mesmo que inexista um direito constitucional ao casamento? Como pode haver tratamento discriminatório por parte do governo, se o que se permite aos casais heterossexuais não é um direito?

Mesmo que o casamento por si só não seja um direito, a legislação infraconstitucional vincula diversos direitos, benefícios e privilégios às uniões matrimoniais e, portanto, a proibição do casamento homoafetivo resulta em evidente tratamento discriminatório entre casais hétero e homoafetivos. Por exemplo, em um caso recente julgado pelo Tribunal Regional de Nagoya, disputou-se a possibilidade do parceiro sobrevivente de uma união homoafetiva receber a pensão garantida por lei a cônjuges sobreviventes de uniões estáveis heterossexuais¹⁴. Desde benefícios fiscais até o privilégio matrimonial de testemunho, pessoas em uniões heterossexuais, estáveis ou matrimoniais, contam com uma extensa lista de privilégios garantidos por lei¹⁵.

Observe-se o argumento descabido do governo: para o réu, inexistiria tratamento discriminatório uma vez que não se veda a pessoas homossexuais o casamento com uma pessoa do sexo oposto. Argumento apenas cabível se a orientação sexual fosse algo voluntário ou, como apontou o tribunal, se o casamento nada tivesse a ver com relações sexuais¹⁶.

Note porém que nem todo tratamento discriminatório constitui uma “discriminação” vedada pelo princípio da igualdade. Tratar duas situações diferentes de maneira igual só resulta em mais desigualdade. Portanto, o tratamento discriminatório só é inconstitucional quando inexista justificativa razoável. Existiria, então, uma razão lógica e adequada para se proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, negando todos os benefícios legais que daí advém?

12 Trata-se de decisão da Suprema Corte do Japão de 16 de outubro de 2015 na qual a corte declarou parcialmente inconstitucional o artigo do Código Civil japonês que exigia que mulheres aguardassem um período de 180 dias para contrair novas núpcias, ou seja, casar-se de novo. Apesar da corte mencionar um direito ao, ou liberdade de casamento, a corte considerou inconstitucional apenas a parte do período que exigia que mulheres esperassem mais de 100 dias, sendo este o tempo necessário para evitar a convergência das presunções de paternidade dos dois casamentos. Ou seja, para a corte, nem um dispositivo legal que limite o direito matrimonial apenas das mulheres violaria o suposto direito constitucional ao casamento.

13 Note que os requerentes tentaram fundamentar a noção de direito ao casamento invocando também o artigo 13 que dispõe sobre o direito à busca da felicidade, o qual é tradicionalmente utilizado para o reconhecimento de novos direitos constitucionais. Não obstante, o argumento fundamentado no artigo 13 não parece ter influenciado o entendimento do tribunal.

14 Tribunal Regional de Nagoya, 4 de junho de 2020. Para mais detalhes sobre o caso em inglês, ver, por exemplo, notícia publicada no The Japan Times, “Japan court rejects notion same-sex couples are de facto marriages,” disponível em: <https://www.japantimes.co.jp/news/2020/06/04/national/crime-legal/japan-court-rejects-notion-sex-couples-de-facto-marriages/> (Última visualização: 08/02/2022).

15 Infelizmente disponível apenas em japonês, a ONG EMA Japan divulga uma lista (grande mas não necessariamente completa) de todos os benefícios legais garantidos às uniões matrimoniais: <http://emajapan.org/promssm/laws> (Última visualização: 08/02/2022).

Origem da proibição do casamento homoafetivo no Japão

Em sua obra “*Male Colors*,” Gary Leupp diz o que muitos já sabem: “Poucas outras sociedades, excetuando-se aquelas da antiguidade clássica ocidental, tiveram a tradição homossexual masculina tão bem documentada (Tradução Livre).”

Como o próprio autor aponta, muitos aspectos da cultura contemporânea japonesa, em conjunto com a história da homossexualidade no país, poderiam levar à conclusão de que o Japão moderno seria menos homofóbico do que muitas sociedades ocidentais. Entretanto, o autor continua:

“...o Japão de hoje não é mais o mundo bissexual vivenciado pelos japoneses durante o período Tokugawa... As atitudes diante do sexo entre dois homens mudaram drasticamente nos últimos 135 anos. A mudança se deu principalmente em decorrência da natureza da incorporação do Japão ao sistema global em 1859... Formou-se um consenso por entre a elite japonesa segundo o qual o país precisaria absorver o conhecimento ocidental... Nesse conhecimento estava incluído o até então desconhecido conceito de homofobia... (E assim,) já no final do século 19, as elites japonesas passaram a enxergar a homossexualidade como algo antinatural, e alguns até advogaram pela sua criminalização.” (Tradução livre)

O Japão só escapou da criminalização definitiva da homossexualidade por intervenção do francês Gustave Émile Boissonade que convenceu os legisladores japoneses, a exemplo dos códigos napoleônicos, a deixar a supressão da homossexualidade nas mãos da sociedade. E assim foi: no início da década de 1920, a exemplo dos países ocidentais, a homossexualidade já era considerada uma “perversão sexual.”

Como explica o Tribunal Regional de Sapporo, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo não se justificava pelo entendimento de que o objetivo principal do casamento seria a reprodução, uma vez que desde a sua concepção no Código Civil Meiji em 1898, o casamento era considerado uma união socioafetiva, independente da procriação ou sua possibilidade - vale lembrar que a adoção para fins sucessórios, inclusive de filhos nascidos de relações adulterinas, não só era permitida por lei como também perfeitamente normal. Portanto, para o tribunal, a única justificativa para o tratamento discriminatório se encontrava no entendimento científico e social que enxergava a homossexualidade como uma doença.

Observe-se aqui que, apesar de não mencionado na decisão de Sapporo, o patriarcalismo e a desigualdade de gênero também inviabilizava a possibilidade do casamento homoafetivo no sistema jurídico do Código Civil Meiji. Marido e mulher tinham direitos e deveres distintos¹⁶e, logo, seria impossível aplicar a legislação matrimonial da época a casais do mesmo sexo. Banida a família patriarcal pelos princípios da igualdade entre os sexos e da dignidade individual dispostos no artigo 24 da Constituição de 1947, a única barreira ao casamento homoafetivo que restou foi o entendimento patológico da homossexualidade.

Como se sabe, a homossexualidade foi excluída da classificação internacional de doenças da Organização Mundial da Saúde em 1990 (ICD-10). Em 1994, o Ministério da Saúde do Japão adotou o ICD-10, e no ano seguinte, a Sociedade Japonesa de Psiquiatria e Neurologia seguiu o exemplo. Assim, em meados da década de 1990, não havia mais justificativa para o tratamento discriminatório de pessoas ou casais homossexuais.

Aqui, um leitor atento deve estar se indagando: Mas espera aí, se a única coisa que tornava a proibição constitucional desapareceu há mais de duas décadas, não seria a “inércia legislativa” mais do que prolongada o suficiente para justificar a intervenção judicial?

¹⁶ A meu ver, o tribunal foi um pouco longe demais ao fundamentar o contraargumento de que homossexuais não são “livres” para se casar com o sexo oposto em um entendimento segundo o qual o casamento entre uma pessoa homossexual e uma pessoa do sexo oposto poderia ser considerado nulo por falta de intenção de casar, uma vez que o sexo seria um componente essencial da relação matrimonial. Há um abismo entre se dizer que o sexo é irrelevante e se dizer que o mesmo é essencial para se justificar a necessidade do reconhecimento das uniões homoafetivas.

¹⁷ Por exemplo, a mulher casada tinha a sua capacidade civil limitada e era subjugada às decisões do marido e do chefe do grupo familiar.

Re-patologização das minorias sexuais e ideia equivocada de casamento tradicional

Como já mencionado de passagem, o movimento japonês em defesa do casamento homoafetivo só tomou forma recentemente e portanto, mesmo já reconhecida a ilegalidade da discriminação por orientação sexual em uma decisão do Tribunal Superior de Tóquio em 1997, a inconstitucionalidade não era evidente no sentido de revelar a necessidade de intervenção legislativa.

Não obstante o aumento da visibilidade da população LGBT provocado pelo chamado “*gay boom*” na mídia japonesa em meados da década de 1990, o qual por sua vez foi resultado do amadurecimento do movimento de libertação gay e da epidemia da Aids, a decisão judicial de 1997 foi o último avanço dos direitos dos homossexuais até o ano de 2015, quando, como veremos mais adiante, se inaugurou a primeira lei regional dispendo sobre as parcerias homoafetivas.

A meu ver, há três motivos que levaram à volta dos homossexuais japoneses para dentro do “armário” da sociedade após o “*gay boom*” da década de 1990. Primeiro, a crença popular de que a lei matrimonial japonesa era atrasada e machista, não servindo portanto ao público homossexual. Segundo, ao contrário do que se nota na maioria dos países ocidentais, o preconceito e a discriminação se dão de maneira velada e pouco agressiva. Por exemplo, um casal homoafetivo não é alvo de ofensas apenas por andar de mãos dadas em público (apesar de que demonstrações públicas de afeto são raras mesmo entre os casais heterossexuais). Finalmente, a porção transsexual das pessoas LGBT que almejava a legalização da cirurgia de redesignação de gênero adotou um discurso de patologização da transexualidade para convencer o público e os legisladores da necessidade, tanto da cirurgia quanto da mudança do sexo no registro civil.

Assim, de um lado, os homossexuais (e parte dos transexuais) não demonstraram interesse no casamento e nem precisavam se defender de ataques discriminatórios. Do outro lado, os transexuais, naturalmente mais visíveis que os homossexuais, adotaram um discurso heteronormativo¹⁸ que resultou na aprovação da Lei de 2003 que autoriza a mudança do sexo no registro civil de pessoas que passaram pela cirurgia de redesignação de gênero. Note-se que o discurso heteronormativo foi tão eficaz que não só foi autorizada a mudança do registro civil mas também o casamento com uma pessoa do mesmo sexo biológico após a mudança do registro.

Até 2014, quando se formou a primeira ONG em defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁹, os raros movimentos em prol da legalização das uniões homoafetivas não pediam a legalização do casamento mas sim uma lei ao modelo francês do Pacto Civil de Solidariedade (PACS), a qual fosse adequada ao público homossexual²⁰. Foi em resposta a essa demanda que em 2015, o Distrito de Shibuya aprovou a primeira lei regional a dispor sobre a certificação pública de parcerias homoafetivas.

18 Em suma o discurso consiste em pedir ajuda para que uma pessoa transsexual possa se tornar heterossexual por meio da cirurgia de redesignação de sexo e consequente mudança do registro civil. Nesse discurso, a patologização redefine a proibição da cirurgia e da mudança de gênero como um obstáculo à heterossexualidade da pessoa acometida da chamada disforia de gênero. A natureza do discurso se evidencia no nome da própria lei, a qual se refere a disforia de gênero como uma “deficiência.”

19 Equal Marriage Japan (EMA Japan): <http://emajapan.org/> (Última visualização: 08/02/2022).

20 A única ONG que encontrei em 2013, durante o meu mestrado na Universidade de Tóquio, era a chamada “Partner Law Net (パートナー法ネット).” Participei de algumas reuniões onde tive a oportunidade de fazer algumas perguntas, dentre as quais, a razão pela qual o grupo não advogava a legalização do casamento. A resposta que obtive foi a de que a lei matrimonial japonesa não era adequada aos casais homoafetivos. Como civilista perguntei quais normas ou aspectos da lei seriam inadequados a casais homoafetivos e, como esperado, não obtive uma resposta convincente. A ideia de que a lei matrimonial japonesa é machista ou ultrapassada é equivocada: a letra da lei é neutra; o que é ultrapassado, patriarcalista, e machista, é a maneira como as pessoas a utilizam. Por exemplo, desde 1947, casais podem optar pelo sobrenome da mulher; não obstante, ainda hoje, 99% dos casais optam pelo sobrenome do homem. Outro exemplo: desde 1947, o direito sucessório do filho homem primogênito foi revogado e deu lugar a igualdade de direitos entre os filhos; não obstante, muitos herdeiros ainda abrem mão de seus direitos em prol do filho homem primogênito, e não são raros testamentos com o objetivo de deixar o máximo de patrimônio o possível para o filho primogênito. Outra prova disto é que a proposta de revisão do Código Civil apresentada pela oposição em 2021 não fazia nada mais do que neutralizar o vocabulário da lei e incluir os termos “partes do mesmo sexo ou do sexo oposto” no artigo 739 que dispõe sobre a necessidade de se registrar o casamento.

Infelizmente, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos onde cada estado tem o seu próprio direito de família, o direito de família japonês é unificado, sendo prerrogativa do poder legislativo nacional legislar sobre matérias do direito civil. Portanto, as chamadas leis regionais de parceria homoafetiva, já adotadas por 147 municipalidades no Japão, são meramente simbólicas, não sendo capazes de conferir direitos e benefícios matrimoniais às uniões homoafetivas²¹.

A crença equívoca²² de que a lei matrimonial japonesa seria inadequada aos casais homoafetivos só começou a ser superada após aprovação da Lei francesa, “Mariage pour tous (Casamento para todos),” em maio de 2013 e do julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos que obrigou todos os estados a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2015.

Foi só em 2014 que a primeira ONG foi formada; foi só em 2015 que a primeira lei regional, de caráter meramente simbólico, foi aprovada; também foi só em 2015 que se protocolou a primeira reclamação de violação de direitos humanos com a Ordem de Advogados do Japão; foi só por volta de 2017 que foi instaurada a primeira ação questionando a recusa do governo de conceder visto a parceiros homoafetivos; foi só em 2019 que foram apresentadas as primeiras ações questionando a constitucionalidade da proibição do casamento homoafetivo; foi também só em 2019 que foram promulgadas as primeiras decisões judiciais sobre a validade e os efeitos jurídicos das uniões estáveis homoafetivas...

Conclusão: uma questão de tempo?

A maioria da mídia tratou a decisão do Tribunal Regional de Sapporo como uma vitória para a causa do casamento homoafetivo no Japão. Por certo, como demonstrado ao longo deste ensaio, o reconhecimento das uniões homoafetivas pela Dieta Nacional do Japão parece ser uma questão de tempo. Mas quanto tempo?

De um lado, o movimento sócio jurídico em prol do casamento homoafetivo entrou nos trilhos, com claro aumento do apoio público desde 2015. Apresentação de novas ações judiciais, tais como a que pede o reconhecimento do direito ao visto de cônjuge e a que pede uma liminar para a efetivação do registro, indicam que a judicialização da matéria deve avançar. O aumento da visibilidade produzido pelo novo movimento também levou a governadora de Tóquio a declarar que introduzirá uma lei de parceria homoafetiva para toda a capital ainda em 2022.

Por outro lado, movimentações recentes do partido no poder (Partido Liberal Democrata, ou Jiminto) indicam que o caminho pode ser mais pedregoso do que se esperava. Chamaram atenção, primeiro, o fracasso em obter consenso dentro do próprio partido para apresentar um projeto de lei de “promoção da compreensão das pessoas LGBT²³”. Segundo, a vitória do partido nas eleições gerais de 2021 após a eleição de um presidente partidário que se recusou a declarar apoio à legalização do casamento homoafetivo dizendo que o tema ainda precisa ser discutido. Esta sinaliza uma oposição velada, visto que políticos japoneses utilizam a alegação de que “a matéria ainda precisa ser discutida” desde a década de 1990 para se esquivar de perguntas sobre o reconhecimento de sobrenomes distintos após o casamento. A relutância do Partido Liberal Democrata em endossar o casamento homoafetivo pode ser explicada pela baixa participação eleitoral entre o público mais jovem, onde se localiza a maior parte das opiniões favoráveis à legalização: apoiar o casamento homoafetivo acaba por “não dar votos”, sendo os resultados das eleições gerais de 2021 prova disso.

21 O único privilégio seria o acesso a moradia pública, na municipalidade onde foi reconhecida a parceria. Observe, porém, que com o gradual reconhecimento da união estável homoafetiva nos tribunais, os certificados de parceria poderiam assumir uma função comprobatória de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Função extremamente relevante considerando a dificuldade de se comprovar uniões que tendem a se formar de maneira discreta, ou não notória. Ou seja, os certificados de parceria poderiam funcionar como os registros de uniões estáveis no direito brasileiro, os quais, apesar de não serem requerimentos, são importantes para comprovar a união tanto nos tribunais quanto fora deles.

22 Ver nota de rodapé número 21.

23 The Japan Times, “LDP shelves LGBT bill for current Diet session due to conservative opposition,” 29 de maio, 2021, disponível em: <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/05/29/national/politics-diplomacy/ldp-shelves-lgbt-bill/> (Última visualização: 08/02/2022).



Assim, apesar do aumento da visibilidade e da mudança de atitude da sociedade em geral, a Dieta Nacional do Japão pode acabar sofrendo, por causas distintas, da mesma inércia que acometeu o poder legislativo brasileiro. Neste caso, o direito japonês poderia trilhar um caminho semelhante ao direito brasileiro, tendo como ponto de partida o reconhecimento da união estável homoafetiva por via judicial. Entretanto, mesmo que já iniciado em 2020 pelas primeiras decisões favoráveis dadas por um Tribunal Regional e pelo Tribunal Superior de Tóquio em um caso sobre a separação de um casal homoafetivo feminino, esse processo, tal como no Brasil, levaria anos ou mesmo décadas.

Finalmente, devemos fazer uma ressalva quanto ao conteúdo de um possível ato legislativo. Considerando a presente dificuldade em se alterar a lei matrimonial para permitir que casais mantenham sobrenomes distintos após o casamento, me parece improvável que os legisladores japoneses respondam à demanda pelo reconhecimento das uniões homoafetivas através da legalização do casamento em si. Como vimos ao longo deste ensaio, mesmo o Tribunal Regional de Sapporo parece aceitar a constitucionalidade de uma lei que estenda ao menos parte dos privilégios matrimoniais às uniões homoafetivas. Essa lei, que provavelmente consistiria de uma espécie de parceria civil para casais homoafetivos, não responderia à demanda do movimento iniciado pelo MFAJ que pede o reconhecimento do casamento homoafetivo e nada menos. Portanto, uma nova lei neste sentido não significaria o fim do movimento sociojurídico em defesa do casamento igualitário no Japão.