

2007

The Loving Analogy

Casamento interracial nos EUA e outras alianças proibidas

Conferência no Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa
Seminário de Antropologia
9 de Março de 2007.

Miguel Vale de Almeida
MIGUELVALEDEALMEIDA.NET
2007



The Loving Analogy:
Casamento interracial nos EUA e outras alianças proibidas

Miguel VALE DE ALMEIDA

ISCTE e CEAS
mvda@netcabo.pt

Introdução

Nos EUA, os debates públicos sobre questões de direitos são quase sempre, em virtude do modelo jurídico vigente, marcados por pontos de viragem e disputa consubstanciados em - e simbolizados por – casos judiciais¹. Estes casos acabam por ocupar nos debates cívicos e políticos (e sobretudo nos jurídicos, claro) um lugar semelhante a certas vinhetas etnográficas na antropologia. Um determinado caso – chamemos-lhe “X v. Y” é discutido pelas partes em contenda com o mesmo nível de exegese e o mesmo empenho com que, em antropologia, se discute a circulação *kula* nas Trobriand ou a bruxaria Azande. E com o mesmo propósito: o de, a partir dos casos concretos e contextualizados, proceder a construções teóricas de aplicabilidade universal.

No campo que podemos definir como da política sexual, o caso mais conhecido talvez seja “Roe v. Wade”, de 1973. De acordo com a decisão *Roe*, do Supremo Tribunal dos EUA, a maior parte das leis anti-aborto à época existentes violavam o direito constitucional à privacidade, pelo que a decisão aboliu todas as leis estaduais e federais que baniam ou restringiam o aborto.

Também o debate – de facto, a disputa – em torno do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tem os seus casos próprios. Em 1993, o Supremo Tribunal do Havai chegou a uma decisão, considerada surpreendente à época, no caso “Baehr v. Lewin”. Ninia Baehr havia processado o estado do Havai por lhe ter recusado, e à sua companheira, a emissão de licença de casamento. O Tribunal, numa *plurality decision*², decidiu que a proibição estadual dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo consituía

¹ Este texto só foi possível graças à ajuda de Shana Melnysyn que, enquanto minha *Research Assistant* na University of Chicago, fez uma excelente pesquisa bibliográfica sobre o tema entre Março e Junho de 2006.

² Quando não há consenso ou maioria entre os juizes, são emitidas estas decisões, dando conta de diferenças de opinião.

uma discriminação e que, sob a alçada do *Equal Rights Amendment* do Havai, o estado estava obrigado a estabelecer o *compelling state interest* que justificasse essa proibição³. Vinte anos depois, o caso que deu origem à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo no estado de Massachusetts⁴ foi “*Goodridge vs. Department of Public Health*”, de 2003 (ver Vale de Almeida 2007), em que o Tribunal supremo de Massachusetts recordou que o casamento é há muito designado como um direito civil, tendo concluído que “o direito a casar pouco significa se não incluir o direito a casar com a pessoa da escolha de cada um/a, consideradas as restrições governamentais respeitantes aos interesses da saúde pública, segurança, e bem-estar”⁵.

Como é sabido, Massachusetts é o único estado da união que estabeleceu a igualdade no acesso ao casamento civil. No entanto, tem causado polémica o facto de os casais do mesmo sexo oriundos de outros estados onde o contrato seja proibido não poderem casar-se em Massachusetts. Esta proibição baseia-se numa lei de 1913 que impede a emissão de licenças de casamento nesses casos. Essa lei foi redigida e aprovada em função da proibição, então vigente na maioria dos estados, do casamento interracial.

“*Loving v. Virginia*”

A ligação entre a proibição (ou não permissão) dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo e a proibição, em alguns estados, dos casamentos interraciais até 1967 não tem a ver apenas com a invocação da lei de 1913 do Massachusetts. Os defensores da igualdade no acesso ao casamento têm invocado o fim da proibição do casamento interracial como um precedente. Os opositores têm-se esforçado por demonstrar que a ligação é falaciosa. Nos bastidores deste debate está uma questão antropológica central, a saber, a questão das classificações e das categorias, bem como uma questão de

³ Ver também “*Baehr v. Miike*” e “*Baker v. Vermont*”: “The plaintiffs in both these cases, gay and lesbian couples, filed suit in their respective state courts challenging as unconstitutional their state’s denial to same-sex couples of the right to marry. After a landmark decision by the trial court in Hawaii, which held the denial of marriage licenses to gay and lesbian couples to be unconstitutional under the state’s Constitution, the state appealed to the Hawaii Supreme Court. In Vermont, the trial court dismissed the case, and the plaintiffs appealed to their state Supreme Court. People For the American Way Foundation filed amicus curiae briefs on behalf of the plaintiffs in both Supreme Courts. In December 1999, the Hawaii Supreme Court, after sitting on the case for years, dismissed the case as moot. The Court held that a 1998 amendment to the state Constitution (adopted by ballot measure) giving the legislature the power to prohibit same-sex marriages had retroactively validated a prior law to that effect. That same month, the Vermont Supreme Court reached a far different conclusion. In an historic decision, the Court held that, under the Vermont Constitution, the state cannot deny the benefits of marriage to same-sex couples. The Court, however, left it to the legislature to determine how to remedy the discrimination, i.e., by allowing same-sex couples to marry or by creating some other mechanism by which such couples receive all of the benefits accorded heterosexual married couples. The Court stayed its ruling to allow the legislature time to enact legislation consistent with the Court’s decision” (<http://www.pfaw.org/pfaw/general/default.aspx?oid=2920>, acedido em 20 Fevereiro 2007).

⁴ A igualdade no acesso ao casamento civil é hoje uma realidade em Massachusetts, Canadá, Países Baixos, Bélgica, Espanha e África do Sul. Todos os outros casos que, nalguns media, passam por tal, são afinal formas específicas de união de facto ou civil registada ou “casamento com outro nome”.

⁵ <http://www.masslaw.com/signup/opinion.cfm?page=ma/opin/sup/1017603.htm> (acedido em 20 de Fevereiro de 2007).

“etnografia da política sexual”, a saber, a forma como esses regimes classificatórios são vertidos em lei pelo Estado e exercem real poder sobre as vidas das pessoas.

O caso chave aqui é “Loving v. Virginia”, de 1967. Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, tinham sido considerados culpados de violar a proibição dos casamentos interracialis na Virginia, pelo que haviam sido expulsos do estado. O tribunal considerou que a lei da Virginia violava a *Equal Protection Clause*⁶ porque estabelecia, de forma odiosa (*invidiously*), uma classificação com base na raça, tendo também estabelecido que a lei violava a *Due Process Clause*⁷ enquanto interferência indevida na liberdade fundamental de casar. O caso surge muito bem descrito e analisado em Pascoe (1996).

Loving e Jeter, residentes da Virginia, casaram-se em Washington, D.C. (onde não havia proibição de casamento interracial), regressando nesse ano de 1958 à Virginia com uma licença de casamento, que orgulhosamente penduraram numa parede de sua casa. Em Julho desse ano foram acordados a meio da noite pelo xerife do condado, acompanhado de dois *deputies*, que entraram atarvés da porta destrancada e se dirigiram ao seu quarto (situações semelhantes de “flagrante delito” são recorrentemente descritas para os casos de violação das leis de sodomia), prendendo-os sob a cusação de terem violado a lei de miscigenação da Virginia - segundo Pascoe, uma amálgama de provisões criminais estabelecidas em 1878 e vertidas no *Act to preserve racial integrity* de 1924)⁸. O casal, identificado nos registos do tribunal como *white* e *colored*, declarou-se culpado e foi condenado a um ano de prisão. A sentença foi suspensa com a condição de saírem do estado e a ele não regressarem por 25 anos. Em 1963, os Lovings, já com 3 filhos, resolveram recorrer da sentença. Em 1965, o juiz recusou a sua petição, alegando que “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed

⁶ “The Equal Protection Clause of the 14th amendment of the U.S. Constitution prohibits states from denying any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. In other words, the laws of a state must treat an individual in the same manner as others in similar conditions and circumstances. A violation would occur, for example, if a state prohibited an individual from entering into an employment contract because he or she was a member of a particular race.” (http://www.law.cornell.edu/wex/index.php/Equal_protection, acessado em 20 de Fevereiro de 2007).

⁷ “In United States law, adopted from English law, due process (more fully due process of law) is the principle that the government must normally respect all of a person's legal rights instead of just some or most of those legal rights when the government deprives a person of life, liberty, or property. Due process has also been frequently interpreted as placing limitations on laws and legal proceedings, in order for judges instead of legislators to guarantee fundamental fairness, justice, and liberty (...)The Fifth Amendment contains a guarantee of due process applicable only to actions of the federal government. The Fourteenth Amendment contains virtually the same phrase, but expressly applied to the states”. (http://www.reference.com/browse/wiki/Due_process, acessado em 20 de Fevereiro de 2007).

⁸ “5. It shall hereafter be unlawful for any white person in this State to marry any save a white person, or a person with no other admixture of blood than white and American Indian. For the purpose of this act, the term "white person" shall apply only to the person who has no trace whatsoever of any blood other than Caucasian; but persons who have one-sixteenth or less of the blood of the American Indian and have no other non-Caucasic blood shall be deemed to be white persons. All laws heretofore passed and now in effect regarding the intermarriage of white and colored persons shall apply to marriages prohibited by this act.” (http://www.vcdh.virginia.edu/encounter/projects/monacans/Contemporary_Monacans/racial.html, acessado em 20 de Fevereiro de 2007).

them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix” (sem referência, in Pascoe 1996: 65). Na sequência destes acontecimentos, o Supremo Tribunal dos EUA aceitou avaliar um recurso. Do lado dos Lovings, além dos advogados, estavam também, desta feita, a NAACP⁹, a Japanese American Citizens League e uma coligação de bispos católicos. O NAACP ofereceu o argumento culturalista de que “a ideia de grupos raciais ‘puros’, passados ou presentes, foi há muito abandonada pelas modernas ciências sociais e biológicas”. Os advogados enfatizaram que as leis sobre miscigenação violavam a garantia constitucional da protecção igual pela lei e a protecção constitucional do direito fundamental a casar (Pascoe 1996: 66). A lei da Virginia foi, por fim, declarada inconstitucional.

Pascoe – que no seu texto aborda casos anteriores a este – afirma que a decisão dava já conta dos efeitos cumulativos de décadas de ataques culturalistas contra o racismo. Nenhum dos actores do processo estava, no entanto, de todo disposto a aceitar a noção de que as identificações populares da “raça” eram *figments of the imagination*. Para eles, “raça” estava reduzida a biologia e o que era moralmente condenável era a sua hierarquização pelos racistas. Dada a dependência das leis de miscigenação em relação a categorias raciais, o Tribunal concluiu que o propósito de pôr fim à supremacia branca obrigava ao abandono das categorias. Ao fazê-lo, aderiu à noção partilhada pelos cientistas sociais de meados do século XX: porque a cultura, e não a raça, dava significado às diferenças humanas, a raça mais não seria do que uma subdivisão do fenómeno mais vasto da etnicidade. Pascoe afirma, então, que o Supremo Tribunal promulgou uma ideologia racial modernista que advogava que a melhor forma de erradicar o racismo era o deliberado não reconhecimento da raça (Pascoe 1996: 67). Segundo ela, esta mudança está na base das disposições culturais e políticas de hoje, em que, desde que não se reivindicuem argumentos biológicos, se aceitam atitudes racistas, normalmente por parte de quem não aceita ser considerado racista. Mas enquanto o Supremo Tribunal continua, hoje, a recusar as categorias raciais, as políticas do governo continuam dependentes delas. As categorias estatutárias de raça são efectivamente estabelecidas pelo *United States Office of Management and Budget* que, em 1977, estabeleceu uma *Statistical Directive* dividindo os americanos em 5 grandes grupos –

⁹ National Association for the Advancement of Colored People.

Índios Americanos ou Nativos do Alasca, Asiáticos ou Ilhéus do Pacífico, Negros, Brancos, e Hispânicos¹⁰. No campo político, há quem diga que o não reconhecimento da raça tem um efeito de erosão sobre a capacidade de reconhecer e nomear o racismo; enquanto nas universidades, muitos académicos revitalizam o argumento a favor da indeterminação biológica da raça, usando esse argumento para explorar a miríade de formas como as noções contruídas de raça continuam salientes (Pascoe 1996: 69). **Que o casamento tenha sido a instituição, o contrato, a relação e o símbolo que gerou esta disputa, é algo que abordaremos no fim.**

Racialismo e culturalismo, ciência e tribunais

A relação do conhecimento especializado, sobretudo antropológico, com o processo legislativo, judiciário e político (do estado e dos movimentos sociais) não é novidade. Mas há razões acrescidas para prestarmos atenção a este fenómeno quando estão em causa questões relacionadas simultaneamente com o casamento, por um lado, e os sistemas de classificação da diferença e da desigualdade, por outro. É disso que se trata, aliás, quando se discute a normatização das relações de género, de raça e de sexualidade. Adam Kuper (2002) refere a “mudança tectónica” que foi, no Reino Unido, a passagem do controlo religioso para o controlo secular da lei de família. Era necessário estabelecer novos princípios que justificassem e guiassem a regulação do sexo e do casamento pelo estado, pelo que as questões de política pública começaram, por sua vez, a influenciar o desenvolvimento de programas de pesquisa científica, tendo médicos, biólogos e antropólogos sido levados para os debates sobre casamento. Num texto subtilmente irónico – nomeadamente por ficarmos a conhecer a predilecção dos nossos antepassados antropólogos evolucionistas pelo casamento com primas em primeiro grau ou cunhadas viúvas - Kuper aborda os três grandes temas em debate nesses finais do XIX britânico: o incesto, o casamento entre primos, e o casamento com a irmã da mulher falecida. Mas para os efeitos deste texto, interessam sobretudo dois pontos. Em primeiro lugar, a íntima ligação entre a agenda das ciências sociais e os debates públicos e políticos sobre a regulação do sexo, da reprodução e da família. Em segundo lugar, a referência de Kuper (2002: 177) a como na década de 60 do século XIX, a opinião pública norte-americana se virava contra o casamento entre primos. As objecções médicas aos casamento entre parentes próximos foram geralmente aceites e

¹⁰ Ver http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/re_guidance2000update.pdf (acedido em 20 de Fevereiro de 2007).

generalizadas e, note-se, “perhaps [as] part of a climate of opinion that produced at the same time a growing concern with miscegenation” (2002: 177). Antes da Guerra Civil americana não havia leis contra o casamento entre primos do primeiro grau em nenhum estado, mas nos finais do século XIX tais casamentos estavam já proibidos no Arkansas, no Illinois, no New Hampshire e no Ohio. Catorze estados seguir-se-lhes-iam ao longo do século XX. De facto, o casamento entre primos viria a decair acentuadamente nos EUA a partir de meados do século XIX. Nos EUA os debates sobre casamento entre primos e também sobre o que viria a ser designado como miscigenação, estavam impregnados de argumentos eugénicos.

As leis sobre miscigenação vigoraram nos EUA, de uma forma ou outra, entre 1660 e a década de 1960. Mas, embora muitos historiadores partam do princípio de que as leis de miscigenação garantiam os tabus americanos contra o sexo interracial, o ponto de focagem legal era mais o casamento do que o sexo (Pascoe 1996: 49). Muitos estados só proibiam o casamento, não o sexo. Na medida em que as leis regulavam mais o casamento do que o sexo, tornava-se fácil para os homens brancos envolvidos com mulheres de cor evitar as responsabilidades sociais e económicas que adviriam de um casamento.

Até ao século XX os casos eram debatidos na base das inconsistências ou erros da classificação racial dos julgados. Não havia apoio de especialistas ou recurso aos mesmos. Esse recurso acontecia mais nos casos relacionados com processos de naturalização ou obtenção da cidadania (nacionalidade): a partir da década de 70 do século XIX, os advogados apoiavam-se nos *scientific racists* para ajudar a decidir qual o grupo étnico e racial que se adequava ao requisito americano de naturalização: ser branco. A diversidade de esquemas classificatórios – de taxonomias propostas – era tal que gerava enormes confusões e contradições, pelo que nas duas primeiras décadas do séc. XX, o Supremo Tribunal desautorizou as opiniões especializadas e optou pela opinião do “homem comum” (cf Pascoe 1996).

Motivados pela influência de Franz Boas, os especialistas começaram a reagir. A primeira afirmação era de que a noção central do racionalismo, a raça, não fazia sentido biologicamente. A segunda colocava-se no outro fim do espectro, e em aparente contradição: a de que a raça mais não era do que simples biologia. Nas três primeiras décadas do século XX, os racialistas reconstituíram-se em aliança, juntando biólogos e médicos, racialistas do passado como os antropólogos físicos, e os novos eugenistas. A estes últimos coube a tarefa de colar as partes. E fizeram-no apostando sobretudo na

reforma das leis de casamento. De acordo com Grossberg (1982), e na sequência da influência do eugenista Charles Davenport, na década de 30 do século XX 41 estados usavam categorias eugénicas para restringir os casamentos de *lunatics, imbeciles, idiots* e *feble-minded*; 26 estados impediam o casamento a infectados com sífilis e gonorreia; e 27 tinham leis de esterilização. Em meados do séc XX, os testes sanguíneos eram um requisito normal para a obtenção de licenças de casamento.

Os eugenistas apostaram na Virginia onde, em 1924, conseguiram fazer passar a lei de miscigenação mais dura dos EUA, o *Act to preserve racial integrity* - anteriormente referido – que substituiu o critério de que uma pessoa deveria ter um dezasseis-avo de “sangue negro” para ser considerada negra, por uma definição de pessoa “branca” como sendo aquela sem qualquer traço de “sangue” não-caucasiano.

The Loving analogy, I

Continuemos com uma análise da literatura jurídica sobre os casamentos interraciais e entre pessoas do mesmo sexo. Um autor (Koppelman 1988) já discutia nos anos oitenta do século XX o problema das leis da sodomia e a analogia possível com a questão da miscigenação: os estatutos ou leis de sodomia¹¹ violam o direito constitucional à privacidade e a homossexualidade deveria ser uma “classe suspeita” (tradução de *suspect category*), como a raça, colocando assim em causa a *Equal Protection Clause* da 14ª Emenda já acima referida. Koppelman propõe uma terceira analogia, entre as leis de sodomia e as leis Jim Crow¹² sobre miscigenação, que foram declaradas inconstitucionais em “Loving v Virginia”. Ambas violariam a *Equal Protection Clause* pela mesma razão: para lá do mal imediato que infligem às vítimas, o seu propósito é apoiar um regime de casta que prende, à nascença, algumas pessoas dentro de posições sociais inferiores (1988: 147; ver também Koppelman 1996).

¹¹ O Supremo Tribunal dos EUA declarou as leis de sodomia inconstitucionais, com 6 votos a favour e 3 contra, em 2003, na sequência do caso “Lawrence v Texas” (<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>, acedido em 20 de Fevereiro de 2007). Mesmo com esta declaração, o estado da Virginia continua a perseguir e prender pessoas com base no *Statute 18.2-361, Crimes Against Nature*, com pena até 5 anos de prisão. Diz o Statute: “A. If any person carnally knows in any manner any brute animal, or carnally knows any male or female person by the anus or by or with the mouth, or voluntarily submits to such carnal knowledge, he or she shall be guilty of a Class 6 felony (...)”.

¹² Nome do sistema de castas raciais que funcionou sobretudo nos estados do sul e da fronteira entre 1877 e meados dos anos 1960. Incluía leis e sistema de etiqueta. A segregação escolar foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal em 1954. As restantes leis foram abolidas com o “Civil Rights Act” de 1964. Uma excelente sistematização pode ser encontrada em <http://www.ferris.edu/jimcrow/what.htm> (acedido em 20 de Fevereiro de 2007). Sobre a origem do nome: “The term *Jim Crow* comes from the minstrel show song *Jump Jim Crow* written in 1828 and performed by Thomas Dartmouth *Daddy* Rice, a white English migrant to the U.S. and the first popularizer of blackface performance. A caricature of a shabbily dressed rural black, “Jim Crow” became a standard character in minstrel shows” (http://en.wikipedia.org/wiki/Jim_Crow_Laws, acedido em 20 de Fevereiro de 2007).

Para Strasser (1991) são patentes os paralelos entre a recusa dos casamentos interracialis e entre pessoas do mesmo sexo. Embora tenha sido invocado que os casos Loving e Perez – este último um caso de 1948, “Perez v Sharp”, em que o Supremo Tribunal da Califórnia reconheceu que a proibição de casamentos interracialis violava a *Equal Protection Amendment* da Constituição Federal - não alteraram a definição básica de casamento como sendo entre homem e mulher, Strasser afirma que poderia igualmente estar escrito que o casamento deve ser entre um homem e uma mulher desde que sejam da mesma raça. Argumentando que o casamento homossexual não contradiz o interesse do estado em promover o casamento e a família, contempla a questão dos interesses individuais, isto é, a liberdade de casar enquanto direito pessoal vital (1991: 999). Os teóricos e juristas opostos ao casamento entre pessoas do mesmo sexo têm argumentado em dois planos: ou dizendo que a recusa do estado seria um caso de imprecisão teórica inerente a toda a legislação e não seria constitucionalmente ofensivo (isto é, há uma impossibilidade prática de tratar todos por igual); ou afirmando que homossexuais e heterossexuais são distinguíveis e que por isso o privilégio de um grupo não tem que ser estendido ao outro, no que poderíamos chamar uma perspectiva diferencialista. (1991:1005)

Os opositores do reconhecimento evitariam mencionar que as razões hoje invocadas para impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo foram já usadas no passado para estabelecer a mesma tese no que diz respeito ao casamento interracial (1991: 1008). Quanto à questão do “carácter odioso” ou *invidiousness*, os opositores argumentam por vezes que apenas os estatutos que impedem casamentos entre raças diferentes contêm *invidiousness*. Para Strasser, tal só se justificaria se fosse falso que um grupo estivesse a ser focado e identificado, ou se, sendo identificado, merecesse a discriminação. Parte do raciocínio do tribunal no caso Loving era que o estatuto da Virgínia promovia a percepção de uma raça como sendo superior a outra. Mas – e à semelhança do que acontece com os homossexuais – poderia ter dito que não subscreviam a inferioridade duma raça perante outra, mas que simplesmente queriam preservar a integridade racial dos cidadãos, prevenir a corrupção do sangue ou o fim do orgulho racial. Poderiam simplesmente ter defendido a pureza racial como um bem em si mesmo. Já quanto às questões da ordem da moralidade, Strasser aborda os argumentos sobre o perigo das “exibições ofensivas”, isto é, o facto de os casais homossexuais poderem passar a exhibir afecto. Também no caso da miscigenação, o tribunal do caso Loving havia recusado o argumento do “mau gosto” da visibilidade de

casais interracialis e suas crianças. Por fim, o argumento da procriação e da protecção da discriminação de terceiros menores poderia igualmente ter sido usado em Loving – como aliás o foi no passado, em que as crianças de casais interracialis eram vistas como potenciais vítimas de discriminação social.

As restrições legais à miscigenação datam dos tempos coloniais e chegaram a estar em vigor em 37 estados. Dirijiam-se sobretudo à mistura branco-negro, mas também proibiram brancos de se casarem com índios, chineses, etíopes, hindus, coreanos, japoneses e malaios. O primeiro estatuto foi o da Virginia em 1691. O objectivo era evitar *abominable mixture and spurious issue* (Trosino 1993). Os argumentos sobre a degenerescência racial causada pela mistura estavam sempre presentes. Parte do raciocínio consistia sempre numa qualquer noção de protecção da feminilidade branca, sob a forma da pergunta “gostaria que a sua filha se casasse com um negro?”, frase idiomática que fazia sistema com a incitação da masculinidade hegemónica local para o sexo dos jovens brancos com mulheres negras como ritual de entrada na idade adulta. Até meados do séx. XX era comum a preocupação com a prevenção do surgimento de uma geração de mestiços, vistos como física e mentalmente inferiores e como incapazes de se reproduzir entre si após a terceira geração. Paralelamente, há relatos da noção de que os mulatos eram potencialmente problemáticos do ponto de vista anímico e relacional, ao contrário dos negros submissos. Uma vez mais, os ideais eugénicos reforçaram e legitimaram cientificamente estas noções quotidianas assentes na economia política racial, conseguindo conciliar ciência e pensamento simbólico, já que, por exemplo, no *Virginia Racial Integrity Act* de 1924 se referia o receio da *poluição*.

Seguindo um esquema explicativo semelhante ao de Strasser, Trosino identifica três argumentos contra os casamentos entre pessoas do mesmo sexo: o do carácter antinatural da homossexualidade; o perigo de encorajamento da homossexualidade; e o mau ambiente para a procriação. A analogia com a questão racial estabelece-se no pressuposto de uma hierarquia moral entre hetero e homossexualidade. Num dos primeiros casos relacionados com a proibição do casamento homossexual - “Baker v Nelson”, de 1971 - Richard Baker e James McConnell pediram licença de casamento num tribunal local e esta foi-lhes negada. Levado o caso a tribunal, a decisão viria a argumentar que o casamento é uma instituição histórica com fundamentos mais profundos do que os interesses dos queixosos. Referindo-se a Loving, que foi naturalmente invocado pelos queixosos, o tribunal disse que “Virginia’s

antimiscegenation statute... was invalidated solely on the grounds of its patent racial discrimination... There is a clear distinction between a marital restriction based merely upon race and one based upon a fundamental difference in sex” (*Baker*, 191 N. W. 2d at 187, in Trosino 1993:112). No entanto, segundo Trosino, é comum encontrar-se nos casos antimiscigenação referências a uma “fundamental difference between the races”

The Loving analogy, II

Tem cabimento agora abordar um ataque explícito ao uso da analogia entre antimiscigenação e antihomossexualidade. Acompanhemos a argumentação de Lynn Wardle (1996), publicada na revista de Direito da principal universidade mórmona dos EUA¹³. O ponto de partida para o artigo é um lamento sobre o tabu, reinante na academia norte-americana, contra qualquer crítica às preferências (sic) gay e lésbicas. Identifica, à semelhança dos autores já revistos, os argumentos do direito constitucional ao casamento e do direito à privacidade ou à associação íntima. Quando enfatizam questões de privacidade familiar, os defensores recorrem a “*Loving vs Virginia*”. Mas a tendência tem sido, afirma, no sentido da preferência por argumentos de igualdade mais do que de direitos.

A argumentação de Wardle contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo começa, em primeiro lugar, com a invocação das noções de história e experiência, isto é, a experiência histórica do povo duma nação. Em segundo lugar, define a natureza e o significado do casamento como exclusivamente heterossexual, uma vez que a essência do casamento é a integração de um universo de diferenças de género associadas à identidade sexual: “In the same way that ‘separate but equal’ was a false premise and that racial segregation is not equivalent to racial integration, same-sex marriage is not equivalent to heterosexual marriage” (Wardle 1996: 39). Em terceiro lugar, afirma que a “zona de privacidade” da Constituição não se estende ao casamento homossexual, dada a diferença fundamental entre o estado não punir o comportamento sexual entre adultos e o estado endossar ou reconhecer um direito público a tal comportamento. Tratar-se-ia da diferença entre privacidade e direitos. Em quarto lugar, o direito ao casamento

¹³ O *Mission Statement* da BYU começa com a frase “The mission of Brigham Young University - founded, supported, and guided by The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints - is to assist individuals in their quest for perfection and eternal life” (<http://unicomm.byu.edu/about/mission/>, acedido em 20 de Fevereiro de 2007). A posição da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias sobre homossexualidade pode ser exemplificada assim: “Like other violations of the law of chastity, homosexual activity is a serious sin. It is contrary to the purposes of human sexuality (see Romans 1:24–32). It distorts loving relationships and prevents people from receiving the blessings that can be found in family life and the saving ordinances of the gospel.” (http://christianteens.about.com/gi/dynamic/offsite.htm?zi=1/XJ&sdn=christianteens&cdn=teens&tm=19&gps=127_297_1020_649&f=10&su=p284.5.420.ip_&tt=12&bt=1&bts=1&zu=http%3A/www.lds.org/).

homossexual não é parte de nenhum direito constitucional à associação íntima. Por fim, em quinto lugar, dá relevo à inexistência de um consenso sobre a possível extensão da protecção constitucional. Mas é na diferença entre tolerância e preferência que ele se centra. Num extremo de uma escala de atitudes do estado face aos comportamentos, estaria a conduta proibida; num segundo grau estaria o comportamento permitido; e num terceiro, a conduta preferida. A fronteira entre as duas primeiras seria a tolerância; entre as duas últimas a preferência.

Mas é na parte final do artigo que se propõe desmontar o que chama a falácia dos argumentos dos defensores, especialmente o seu recurso à analogia já abordada. A sua primeira argumentação baseia-se na afirmação de que o comportamento homossexual não é biologicamente pré-destinado e imutável. Raça e género, segundo ele, são características biológicas imutáveis e genéticas, ao passo que não se comprovou que a homossexualidade seja genética na sua origem – ela inclui, sim, uma escolha comportamental que não existe na raça e no género. A partir desta afirmação, que coloca o lugar da verdade na biologia, desmonta os erros metodológicos dos defensores dos direitos dos homossexuais que defendem a determinação biológica da homossexualidade. Ora, esta linha de argumentação tem sido por mim atacada e constitui um grande divisor de águas entre o essencialismo estratégico muito disseminado nos EUA e uma visão processualista, histórica, construtivista e performativa que tenho defendido. Que Wardle se centre na desmontagem do erro das reivindicações biologistas, coloca-a no mesmo paradigma epistemológico daqueles que pretende atacar – o que pode ser explicado pela comum referência cultural à dicotomia natureza-cultura como linha divisória entre legitimação absoluta das identidades e instabilidade negocial dos comportamentos e da moralidade.

Terminada a desconstrução metodológica dos argumentos biologistas homófilos, Wardle separa as águas a outro nível: segundo ela, mesmo que houvesse imutabilidade biológica, isso não apoiaria a reivindicação dos defensores, pois a imutabilidade não é uma base necessária nem suficiente para gerar o tratamento como categoria suspeita. As condições imutáveis estão na base de muitas proibições matrimoniais reconhecidas, como a idade ou o grau de parentesco. Mas é na não equivalência legal de raça e homossexualidade que escolhe concentrar-se – isto é, em por que falha a analogia Loving. Reporta-se a “Baehr vs Lewin” para dizer que esta analogia foi rejeitada, embora no mesmo caso uma *plurality* do Supremo Tribunal Havaiano tenha adoptado a analogia Loving. Segundo ela, no caso Loving aquilo que foi alvejado foi o racismo, na

sequência de três emendas constitucionais que abraçaram o valor da igualdade racial, não havendo nada comparável em relação à homossexualidade. Além disso, em *Loving* os casamentos interracialis foram considerados funcionalmente iguais aos de pessoas da mesma raça. Fechando este argumento, Wardle reforça: “race is an inherent *condition*, but homosexual behavior is chosen *behavior*. Race is *passive*, homosexual behaviour is *active*” (Wardle 1996: 82).

Também a comparação entre género e comportamento homossexual não é para ela aceitável. Em alguns casos judiciais, além de ser usado *Loving*, diz-se que ao se permitir que um homem, por exemplo, case com uma mulher mas não com um homem, se está a discriminar com base no sexo, em violação da *Equal Protection Clause*. Em relação a isto ela diz que o género é mais dúctil legalmente, pois há discriminações permitidas e até incentivadas, na base de que aquilo que é diferente não pode ser tratado como igual. Por fim, ela tenta demonstrar que os homossexuais não são uma *discrete and insular minority* – algo que no regime americano justificaria, com base na classificação (ou no que outros chamariam comunitarismo?), a protecção propiciada pela categoria de *suspect class*.

O regresso do casamento

Neste texto preocuparam-me as categorias de proibição que vão além da velha questão antropológica dos graus de parentesco ou das fronteiras entre exo e endogamia. A categoria racial e a categoria da orientação sexual apresentam-se sem dúvida com características diferentes. No entanto, quer o sistema de vigilância normativa, quer o sistema de contestação da norma, recorrem à analogia entre as duas para defender o seu caso. Por outro lado, julgo ser produtivo notar que é na regulação do casamento – enquanto instituição, contrato, relação e símbolo, que se disputou e disputa a própria validade das categorias discriminatórias e das suas consequências – ali, na relação interpessoal do casamento ocidental e moderno supostamente gerido pela analogia do amor. A atenção prestada ao debate jurídico-político deve-se, obviamente, ao facto de ser aí que se dá a regulação normativa na modernidade, pelo que se justifica uma crescente abordagem antropológica dessa área. Mais: estes casos permitem compreender a proximidade e a distância que medeiam entre o jurídico e o antropológico ao nível analítico.

Sobre a relação entre classificações e direitos, na cultura jurídica Americana, e não só, reconhece-se a existência de vestígios de desigualdade que permanecem vindos do passado. Isto é normalmente apelidado de *invidious discrimination* ou *institutional de facto discrimination* e foi definido tendo em mente sobretudo o peso simbólico da escravatura. No entanto, reconhece-se a existência legítima de certas formas de discriminação. Isto basear-se-ia na noção de que existem diferenças entre as pessoas, que as leis afectam diferentes grupos de formas diferentes, que legislar implica classificar quais os grupos mais ou menos afectados. Uma vez classificados, os grupos poderão ser tratados de modo diferente entre si, mas os seus membros devem ser tratados igualmente no interior dos grupos. Estas duas últimas afirmações constituiriam o princípio da protecção igual – ou da discriminação igual. Competiria ao legislador decidir sobre quais são as boas e más discriminações, considerando a história, a cultura e as atitudes em mudança – num processo de teste chamado *levels of scrutiny* (também conhecido como *rational basis test*, *minimal scrutiny* ou *reasonableness test*). Este é o teste básico. O segundo teste seria o *compelling interest test* ou *strict scrutiny* - ou, ainda, *suspect class test*. Uma *suspect class* é um grupo de pessoas que já se determinou ser alvo de distinções ou discriminações irracionais. São grupos “protegidos”, e os casos mais conhecidos têm a ver com questões de raça e discriminação racial. O terceiro teste é o *substantial interest test* (ou *intermediate scrutiny*, ou ainda *heightened scrutiny*). Relaciona-se com grupos vistos como historicamente desprivilegiados ou sem poder político e tem-se aplicado sobretudo à discriminação de género e sexo¹⁴.

A discussão entre defensores e opositores da “Loving analogy” é, pois, uma discussão de *scrutiny* sobre a relação entre classificações e direitos. Esta é claramente uma discussão que apela à antropologia da cidadania, da relação entre direitos individuais, direitos colectivos e estado. E onde se situa o nó que necessita ser desatado, antropologicamente, nesta questão? Está, a meu ver, na chave simbólica do casamento e na forma como este permite articular questões de discriminação – no sentido neutro e no sentido pesado – racial e sexual. Para um antropólogo, o grande ausente na discussão que apresento aqui é o género como constructo e relação charneira no casamento, e a forma como se articula quer com raça quer com orientação sexual. O género é um

¹⁴ Ver <http://faculty.nwc.edu/TOConnor/410/410lect05.htm>, acedido em 20 de Fevereiro de 2007.

operador de diferença essencializada, que permite a reprodução de outras diferenças essencializadas, nomeadamente as que apelidamos de “raciais”, ou “étnicas” ou “nacionais”. Homens e mulheres são supostos unir-se para a reprodução humana e social, mas não quaisquer homens ou mulheres – daí a atenção ao casamento, ao *issue* (à prole) do casamento, e ao controle do da reprodução feminina na questão racial. No reverso, temos a punição quer da recusa de participar no ordenamento de género – homens que não querem unir-se com mulheres e vice-versa – quer a prevenção da reprodução não bi-sexuada do ponto de vista social – através da adopção, da inseminação artificial ou de reprodução bi-sexuada sem conjugalidade e laço legalmente reconhecido.

A analogia Loving é válida do ponto de vista antropológico porque permite perceber relações sistémicas entre sistemas de classificação e discriminação e o centro silencioso e invisível do sistema – a reprodução do sistema de sexo e género patriarcal, e o seu papel central na reprodução de grupos culturais específicos (Rubin 1975). No caso do impedimento do casamento interracial acresce ter sido uma forma jurídica de ajudar a perpetuar a própria diferença racial. No caso do impedimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo acresce ser uma forma jurídica de impedir o reconhecimento duma categoria cujo elemento definicional central é justamente a sexualidade e a desadequação ao sistema de género.

A antropologia dos nossos dias, depois dos questionamentos do parentesco iniciados por Leach (1961), Needham (1971), Rivière (1971), Schneider (1984), talvez pensasse que discussões sobre o casamento eram coisas do passado. É certo que com Strathern (1992) ou Carsten (2004) assistimos a um regresso do “parentesco”, mas há que reconhecer que o casamento não foi um dos retornados. Acontece todavia que hoje não podemos subscrever com tranquilidade a ideia Leachiana do casamento como *bundle of rights* – ou, pelo menos, agora os *rights* em causa são outros. Se o que estivesse em causa fossem apenas os direitos de filiação, parentalidade, herança, acesso sexual, etc., as demandas pelo acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ficariam pela aceitação de uniões registadas ou casamentos que não se chamassem casamento. Ora, o que acontece, é que é justamente a simbologia político-cultural do casamento que é disputada e exigida: o reconhecimento de casais pelo Estado que Judith Butler tanto criticou desde uma perspectiva queer (Butler s.d.: <http://www.beyondmarriage.org/>) é, afinal, metonímico e integrante do reconhecimento duma categoria suspeita cujo traço definicional é o desvio à orientação sexual que se

espera existir por defeito no sistema de género vigente. É o surgimento mesmo da orientação sexual enquanto categoria, já que a heterossexualidade (normativa) surge porque surgiu discursivamente – e logo social e identitariamente – a homossexualidade.

Gostaria de discutir estas pistas convosco para, eventualmente, chegarmos a um acordo sobre onde estão – se é que estão - as verdadeiras e produtivas questões de pesquisa.

Bibliografia

- BUTLER, Judith et. al., s.d., *Beyond Same-Sex Marriage: A New Strategic Vision For All Our Families and Relationships*, <http://www.beyondmarriage.org/> (acedido em 20 de Fevereiro de 2007)
- CARSTEN, Janet, 2004, *After Kinship*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GROSSBERG, Michael, 1982, "Guarding the alter: Physiological restrictions and the rise of state intervention in matrimony", *American Journal of Legal History*, 26: 221-24.
- KOPPELMAN, Andrew, 1996, "Same-sex marriage and public policy: The miscegenation precedents", *Quinnipiac Law Review*, 16: 105-151
- KOPPELMAN, Andrew, 1988, "The miscegenation analogy: sodomy law as sex discrimination", *Yale Law Journal*, 98: 145-164
- KUPER, Adam, 2002, "Incest, cousin marriage, and the origin of the human sciences in nineteenth-century England", *Past and Present*, 174 (1): 158-183
- LEACH, Edmund, 1961, *Rethinking Anthropology*, Londres: Athlone.
- NEEDHAM, Rodney, org., 1971, *Rethinking Kinship and Marriage*. Londres: Tavistock.
- PASCOE, Peggy, 1996, "Miscegenation law, court cases, and ideologies of 'race' in twentieth-century America", *The Journal of American History*, 83 (1): 44-69.
- RIVIÈRE, Peter, 1971, "Marriage: a reassessment", in Needham, org., pp 57-74
- RUBIN, Gayle, 1975, "The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex", in Rayna Reiter, org., *Toward an Anthropology of Women*, New York: Monthly Review Press, pp 157-210.
- SCHNEIDER, David, 1984, *American Kinship*. Chicago: University of Chicago Press.
- STRASSER, Mark, 1991, "Family, definitions, and the constitution: on the antimiscegenation analogy", *Suffolk University Law Review*, 25: 981-1034.
- STRATHERN, Marilyn, 1992, *After Nature. English Kinship in the Late Twentieth Century*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TROSINO, James, 1993, "American Wedding: Same-sex marriage and the miscegenation analogy", *Boston University Law Review*, 73: 93-120
- VALE DE ALMEIDA, Miguel, 2007, "O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre «gentes remotas e estranhas» numa «sociedade decente»", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 76 (no prelo).

WARDLE, Lynn, 1996, "A critical analysis of constitutional claims for same-sex marriage", *Brigham Young University Law Review*, 1: 1-101