

Fórum do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo
Centro de Estudos de Antropologia Social
Associação ILGA Portugal

**Matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e homoparentalidade :
uma nova etapa da modernidade política e jurídica.**

Conferência do Professor Daniel Borrillo

Introdução

Na controvérsia atual sobre o direito ao matrimônio para os casais do mesmo sexo, é habitual apresentar a questão como uma ruptura com a tradição do direito civil da família. O casamento homossexual é normalmente considerado pela doxa como uma revolução moral que compromete a estrutura mesmo da ordem jurídica e política.

Até muito recentemente a diferença de sexos não precisava ser especificada, a união matrimonial só podia ser concebida entre um homem e uma mulher. A natureza "heterossexual" do matrimônio era tão evidente que o Legislador não teve necessidade de dar uma definição. O artigo 144 do código civil francês diz :

" L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ".

Note-se que o Legislador não considerou necessário indicar: "o homem e a mulher entre si." Era então tão evidente que uma especificação nesse sentido aparecia como uma redundância supérflua.

A reivindicação do *ius nubendi* para os casais do mesmo sexo acabou com esta evidência.

A evolução social obriga ao jurista a repensar os fundamentos das instituições que ele estuda. Lembremos que as primeiras normas jurídicas nessa matéria apareceram como resposta à situação dramática criada pela infecção do HIV. A epidemia de Sida pôs em evidência a precária situação das uniões homossexuais na qual um dos parceiros morria sem poder garantir ao seu companheiro o benefício de direitos tão elementares como a continuidade no apartamento alugado pelo defunto, a transmissão do património ou o acesso aos direitos sociais, para mencionar só alguns exemplos.

Mas se a emergência da questão está relacionada a uma certa circunstância histórica, o tópico apresenta um carácter universalista ao qual tem que responder a sociedade democrática no seu conjunto. Nesse sentido, deveríamos transcender ao contexto histórico-social e considerar o casamento gay como uma questão geral de filosofia política e moral. Também a luta pela igualdade de lésbicas e homossexuais deve entender-se como um combate político que inclui o coletivo social. Com efeito, se a reivindicação é pontual, o modo como as sociedades respondem a este pedido tem que ser universal, ou seja, tem a ver com todos, heterossexuais e homossexuais.

A partir desta perspectiva generalista, e em função de uma preocupação de natureza universal, a pergunta que emerge no debate é a seguinte: a resposta positiva à reivindicação do movimento LGBT constitui uma ruptura com a filosofia do direito civil? Ou, pelo contrário é a radicalização de algo que existia de um modo implícito na instituição matrimonial?

Nas páginas que se seguem, eu tentarei responder a estas perguntas.

Natureza jurídica do matrimônio

A partir da Revolução francesa, o matrimônio deixa de ser concebido como um sacramento para se tornar um contrato de direito civil. Se, no âmbito canônico, a diferença de sexos é consubstancial à união pois a reprodução é um dos objetivos do casamento, no âmbito civil, o que é particularmente relevante é a vontade das partes contratantes.

Desse modo, uma vez produzida a secularização do matrimônio, a característica da consumação (como união de duas carnes) do sacramento religioso é substituída pelo consentimento (como união de duas vontades) própria ao direito civil. Sendo o acordo de vontades, e não a *copula carnalis* o que faz a essência do matrimônio, a *conditio sine qua non* de sua existência não pode continuar sendo a diferença dos sexos das partes contratantes. Em outras palavras, para o direito secular o que conta não é a natureza física da instituição mas a sua dimensão psicológica. À carne sexuada da regra canônica, o direito moderno opõe o sujeito abstrato, livre e consciente. Lembremos também que para o direito civil nem o projeto reprodutivo nem a fertilidade dos cônjuges constituem uma exigência para se poder casar. O estéril, as mulheres menopáusicas ou simplesmente os casais que não querem ter crianças nunca foram privados do direito matrimonial.

As reações violentas que levanta o debate sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo mostra a existência de uma questão prévia implícita que é necessário tornar explícita para entender o alcance e as conseqüências da controvérsia na qual nos encontramos hoje. Além da dimensão discriminatória que demonstrei em muitos outros artigos, proponho analisar o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo a partir de outro ângulo que, longe de invalidar a questão da igualdade, nos permitirá completá-la e clarificá-la. Se a extensão do matrimônio para os casais do mesmo sexo ainda provoca reações negativas (deixando de lado a homofobia que

ainda permite explicar muitas delas), é porque ao falar de matrimônio muitos dos oponentes não fazem tanto referência à dimensão civil da instituição mas ao seu passado sacramental.

É nesse sentido que eu pretendo ler a questão jurídico-política do casamento gay. Quer dizer, como a radicalização do direito moderno fundado na livre escolha do estado civil (solteiro ou casado). Se para o direito moderno a vontade não tem religião, nem raça, nem cor política, porque há-de ter então gênero?

O movimento LGBT e a radicalização das jurídico-políticas de modernidade.

Como disse na introdução, a reivindicação do casamento entre pessoas do mesmo sexo constitui um tópico geral da filosofia moral e jurídica.

O movimento LGBT não só produz uma radicalização da civilidade da aliança mas também da filiação, no sentido em que o seu combate político pela igualdade civil nos obriga a assumir completamente as raízes da modernidade.

Segundo Alain Touraine, a modernidade é caracterizada pela proeminência do indivíduo que se afirma independentemente da ordem na qual se inscreve. Os três grandes pilares da modernidade foram historicamente definidos por Spinoza (liberdade de consciência), Locke (privacidade) e Montesquieu (liberdade política). Foi necessário a invenção desses três momentos para permitir a emergência da figura do homossexual e da lésbica enquanto indivíduo autónomo capaz de construir o seu próprio destino (Sastre, Foucault).

A tolerância em relação à diferença, o respeito pelo pluralismo, a proteção da vida privada e a concepção da política como um “devenir” ao qual todos estamos chamados a participar pela deliberação democrática (contra a revelação teocrática), permitiram a construção da sociedade aberta que produz movimentos sociais que permitem a sua evolução permanente. Os anos 1980 foram caracterizados pelos

diferentes processos de descriminalização da homossexualidade em nome do respeito da privacidade. Durante os anos 1990, se multiplicaram as leis de reconhecimento do concubinato, a união civil ou os *Registered Partnerships*. Porém, poucos países assumiram o passo fundamental entre união civil e matrimônio. O primeiro fica no registro da tolerância de uma maioria que concede alguns direitos à minoria sem reconhecer a igualdade total, o segundo se afasta da tolerância e fica situado no plano do reconhecimento pleno.

Voltemos à questão da radicalização da dimensão moderna do matrimônio graças à intervenção política do movimento LGBT. Este produziu a vitória da visão individualista, contratualista e dessacralizada da vida familiar, concebida de agora em diante ao serviço do indivíduo e não este ao serviço daquela. A família se legitima na negociação das partes e não na imposição estatutária de uma instituição sacralizada. Esta radicalização da visão moderna do direito se produz tanto a nível da aliança (I) como ao nível da filiação (II).

I. Do ponto de vista do casal.

O matrimônio gay inscreve-se na história do longo processo de democratização do matrimônio ocidental. Durante a Idade Média se prolongou a ordem hierárquica dos três modos de nupcialidade existente no direito romano (matrimônio legítimo, concubinato e contubérnio). O primeiro passo para a concepção secularizada do matrimônio foi a proclamação em 1787 por Louis XVI de um édito que concedia aos protestantes a possibilidade de se beneficiar do *ius nubendi* sem passar pelo sacramento católico. No século XVIII, as elites francesas não suportavam a idéia de uma união *ad vitam* de carácter sagrado. Despossuído da sua natureza religiosa, o matrimônio secular estabelecido pela Revolução francesa funda sua autenticidade na vontade recíproca das partes. Conforme a concepção civil, a aliança é fundada

exclusivamente na liberdade das partes contratantes. O direito moderno acaba daquele modo com a ideia da consumação e estabelece o consentimento como causa e legitimação da união. Para o direito moderno o que conta é o acordo de vontades e não a copulação de corpos.

Deste modo, a dimensão contratual é valorizada. A escolha individual é o elemento principal do contrato. O direito só tem que garantir esta liberdade contratual. Nesse sentido, podemos dizer que o matrimônio é o contrato *in tuitu personae* por excelência. Posto isto, é evidente que as características do co-contraindo como por exemplo o aspecto físico, o seu rendimento, as convicções religiosas, o sexo ou a orientação sexual, embora podem ser essenciais na escolha particular, são dados irrelevantes do ponto de vista jurídico sempre que o contrato seja legítimo. Todo o indivíduo deveria ter o direito de escolher o seu estado civil, impor o celibato a uma parte da sociedade é contrário aos valores do Estado de direito.

Também o matrimônio entre pessoas de mesmo sexo põe fim à visão do “contrato de gênero” implícito próprio ao casamento clássico, afirmando deste modo a igualdade radical dos cônjuges. Com efeito, o casamento (heterossexual) implicou, e ainda insinua, o encontro de dois indivíduos caracterizado por seus gêneros respectivos: o masculino faz referência a Polis (política) enquanto que o feminino faz referência (e ainda continua remetendo) à noção de Oikos (domesticidade). Deste modo no matrimônio tradicional cada um ocupou um lugar em função do sexo: para o homem o governo da família e para a mulher somente a administração doméstica.

Se o movimento feminista denunciou este contrato de gênero considerando-o como a perpetuação da desigualdade social e política, o movimento lésbico e gay radicalizou esta situação pois acaba com a base mesma da diferença de sexos como componente do contrato.

Por isso, por exemplo o novo código civil espanhol já não fala de "marido" e "mulher", denominações de tipo residual que fazem referência a especificidade das funções masculinas e femininas, mas de "cônjuges", terminologia mais apropriada à demanda de igualdade entre as partes a partir do momento em que os direitos e obrigações não são determinadas pelo sexo dos contratantes.

II. Do ponto de vista da filiação.

O direito ao casamento para pessoas do mesmo sexo radicaliza a modernidade não só da aliança mas também da filiação.

Que o casal homossexual possa não só adotar crianças ou aceder à reprodução assistida mas que também possa beneficiar da presunção de paternidade, significa assumir a diferença fundamental entre reprodução e filiação. É evidente que para que haja reprodução biológica é necessário o encontro de um espermatozóide e um óvulo mas para que exista filiação é necessário outra coisa. Acontece freqüentemente que a realidade biológica e a realidade cultural coincidem mas em muitos outros casos isto não acontece – pensemos na adoção que é uma forma plena e total de filiação que não tem nada a ver com a realidade biológica. Se, em oposição ao direito romano e durante a Idade Média, a Igreja proibiu a adoção, era porque para ela só a realidade biológica (naturalismo) podia fundar a filiação.

A homoparentalidade também rompe a ordem implícita do masculino relacionado com a produção e o feminino associado com a reprodução. A paternidade e a maternidade não são mais que funções intercambiáveis exercitadas por indivíduos. Nos anos 1970 os principais códigos estabelecem os mesmos direitos e as mesmas obrigações para os progenitores (biológico ou social). Estes partilham a autoridade e disfrutam dos mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos.

Se o movimento feminista produziu a dissociação entre sexualidade e reprodução, o movimento LGBT radicaliza a ruptura entre reprodução e filiação. Deste modo, já não é a capacidade reprodutiva (biológico-glandular) o que funda a filiação mas a vontade individual ou partilhada num projeto parental. Isto é patente na presunção de paternidade para os casais homossexuais. Assim, quando a lei do Québec presume a maternidade do cônjuge feminino de uma mulher que foi inseminada com esperma anônimo, o direito renuncia completamente a toda pretensão de fundação biológico-naturalista da filiação. Já não se pode fingir. As uniões de mesmo sexo nos obrigam a assumir um sistema de filiação fundado exclusivamente na vontade.

O matrimônio homossexual e a filosofia moral moderna

Tendo acabado com a diferença de sexos como *conditio sine qua non* do *ius nubendi*, um país de tradição católica como a Espanha apostou claramente numa certa filosofia moral baseada numa visão individualista, voluntarista e imanente do matrimônio contra uma concepção tradicionalista, instrumentalista e metafísica do mesmo.

O fim do monopólio sacramental, a declaração da união civil de natureza secular, a igualdade dos cônjuges, o regulamento do divórcio, a filiação adotiva, a *patria potestas* partilhada, a autorização de métodos anticoncepcionais no seio da união matrimonial são algumas das características do casamento civil. A todas essas evoluções se opuseram sistematicamente os defensores da visão residual de tipo canônico-sacramental.

O matrimônio novo também rende homenagem à modernidade pela abolição das hierarquias e dos privilégios das sexualidades (heterossexual / homossexual) que o matrimônio heterossexual traz consigo. Da mesma forma que a raça, as opiniões

políticas ou o sexo não podem constituir barreiras para o exercício dos direitos, a orientação sexual dos indivíduos não deveria impedir o acesso a uma liberdade fundamental como é o casamento.

Finalmente, a união entre pessoas do mesmo sexo radicaliza a laicidade da instituição civil do matrimônio ao ser dissociada completamente da instituição do velho sacramento canônico. Assim, a produção de efeitos civis do sacramento matrimonial, vestígio do Estado confessional, é hoje mais que nunca anacrônico.

Conclusão

Vimos como a extensão do direito ao matrimônio para os casais de mesmo sexo nos obriga a assumir sem eufemismos os princípios jurídicos que fundam o direito moderno da família. A dessacralização do matrimônio, a dissociação entre sexualidade e reprodução, a fundação da filiação na vontade e não na biologia, a contratualização das relações familiares, mostram a radicalização da modernidade provocada pelo casamento gay. De agora em diante não podemos continuar a pretender que as instituições familiares estejam fundadas numa ordem natural que transcende a vontade individual.

A rejeição do matrimônio homossexual não é habitualmente mais do que a hostilidade à modernidade política e jurídica. O horror que produz a homoparentalidade é proporcional ao medo de fundar a regra do direito em valores imanes e não numa metafísica naturalista.

Os argumentos usados contra a igualdade dos casais homossexuais não são novos, eles foram já usados contra os matrimônios interracialis, contra a livre disposição do corpo para as mulheres, contra o voto universal, contra o estado providência. Todas estas evoluções também foram consideradas pelos conservadores como

situações apocalípticas. Mas só os conservadores têm um medo irracional da modernidade.

Habermas define a modernidade como um projeto inacabado, uma questão ainda pendente, com um grande potencial utópico. Hoje a luta do movimento LGBT constitui uma contribuição fundamental à realização deste projeto.

Daniel Borrillo

Professor de Direito Privado

Universidade de Paris X-Nanterre

O matrimônio antigo	O matrimônio moderno
Sacramento	Contrato
Tradição	Inovação
Estatutário	Individualista
Marido / mulher	Cônjuges
Instrumental (reprodução)	Autônomo (vida comum)
Metafísico	Imanente
Consumação	Consentimento
<i>Copula carnalis</i>	Acordo de vontades
Vontade sexuada	Vontade abstrata
Pai / mãe	Progenitores
Indissolúvel	Divórcio
Visão biológico-naturalista	Visão Culturalista
Reprodução	Filiação
Hierarquia de sexos	Igualdade de sexos
Diferença de sexos	Indiferença de sexos