

# AMOR E BARGANHA: RECONHECIMENTO, IGUALDADE E INCLUSÃO DOS RELACIONAMENTOS HOMOSSEXUAIS E A INSUFICIÊNCIA DO PROJETO DE LEI N.º 1.151- 1995

JORGE LUIZ RIBEIRO DE MEDEIROS\*

## **Introdução**

Esse artigo pretende abordar a problemática envolvida no Projeto de Lei nº. 1.151/1995, que versa sobre a instituição da união civil entre pessoas do mesmo sexo, partindo da idéia de integração propiciada por uma constante abertura da identidade do sujeito constitucional e de uma interpretação principiológica do Direito, onde o princípio da igualdade exerce importante papel, conforme trabalhado, respectivamente, nas obras de Michel Rosenfeld e Ronald Dworkin.

A partir desse referencial teórico constata-se a insuficiência do PL 1.151/1995 na promoção da igualdade e respeito aos relacionamentos homossexuais, por abordar aspectos apenas de cunho patrimonial e sucessório e promover um reconhecimento não fundado em uma aplicação da igualdade como respeito à diferença.

Tem-se assim uma paradoxal “inclusão guetificada”, que conduz a uma igualdade “menos igual”, em que todos os relacionamentos são iguais, mas alguns são mais iguais que os outros, dependendo da orientação sexual envolvida.

Para um efetivo reconhecimento das relações homossexuais voltado para a igualdade, a reconstrução democrática do conceito de casamento e sua conseqüente extensão, com todos os seus direitos, aos casais homossexuais, tomando como base a já mencionada visão de abertura do sujeito constitucional a partir de uma leitura principiológica do direito, se revela uma saída possível e coerente com o ordenamento constitucional erigido pela Carta de 1988.

## **RDP e Igualdade**

Para entender o contexto que conduziu à apresentação do PL em 1995, é necessário observar a mudança ocorrida no tratamento dispensado pela sociedade e pelo meio jurídico aos relacionamentos homossexuais no ocidente. Um importante retrato

---

\* Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito e Estado da Universidade de Brasília.

dessa transformação foi a consolidação, em legislações nacionais de diversos países ocidentais, de novas visões sobre os direitos daquele grupo, notadamente por duas formas:

(i) A instituição das RDPs (*Registered Domestic Partnerships*), contratos de união civil diferenciados da união estável heterossexual, voltados unicamente para a proteção de bens materiais, relações patrimoniais e sucessórias entre os membros da relação homossexual. Essa visão obteve grande força entre o fim da década de 1980 e ao longo da década de 1990, em países do norte europeu, a exemplo de Dinamarca (1989); Noruega, Suécia e Islândia (todos em 1996); e

(ii) O reconhecimento de que o direito ao casamento civil independe da orientação sexual, sendo estendido, portanto a relacionamentos homossexuais. Essa linha se fortaleceu notadamente no início da presente década, ao permitir a superação do entendimento de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo deveria ser reduzido e protegido apenas como uma relação econômico-material. Nesse contexto, reconhece-se a existência de uma relação afetivo-familiar, possibilitando, conseqüentemente, o gozo, pelos cônjuges, dos mesmos direitos inerentes ao casamento heterossexual, a exemplo da adoção de crianças e utilização do sobrenome do outro cônjuge. Nesse sentido, possuem destaque a pioneira Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha (início de 2005) e Canadá (aprovado pela Câmara dos Comuns recentemente, em 28 de junho de 2005) <sup>1</sup>.

O debate e a luta pelo reconhecimento dos direitos dos homossexuais também é observado no Brasil e não se restringe ao debate legislativo, perpassando decisões judiciais, a exemplo da AC nº. 96.04.55333-0 (inclusão de dependente do mesmo sexo em plano de saúde) e da ACP nº. 2000.71.00.009347-0 (reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais) e no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme observável nos REsp nº. 148.897 (partilha de bens), REsp nº. 154.857 (impossibilidade de desqualificação de testemunha por orientação sexual) e administrativas, conforme recente extensão de benefícios de empregados da Caixa Econômica Federal aos parceiros homossexuais.

---

<sup>1</sup> Maiores informações sobre a atual situação do reconhecimento jurídico dos relacionamentos homossexuais no ocidente podem ser encontradas no sítio eletrônico [www.samesexmarriage.ca](http://www.samesexmarriage.ca). Último acesso realizado em 22 de outubro de 2005.

Esse movimento obteve repercussão recentemente por meio do slogan utilizado nas recentes Paradas do Orgulho Gay, Lésbico, Bissexual, Transexual e Transgênero (GLBTT) realizadas em todo o Brasil<sup>2</sup>: “Direitos Iguais”. Nesse sentido, temas como adoção ou questões previdenciárias, tampouco o casamento, foram levantados, sendo a principal bandeira para a concretização do slogan o Projeto de Lei 1151, proposto em 1995 e que desde então tramita pela Câmara dos Deputados sem perspectiva de aprovação, haja vista sua retirada de pauta em 1996, após acordo entre os líderes dos partidos representados na Câmara dos Deputados.

Cabe indagar, todavia, se o aludido projeto de lei é suficiente para consagrar a realização de um tratamento constitucionalmente igualitário aos casais homossexuais.

O PL 1.151/1995 pretende instituir, sob o nome de “união civil entre pessoas do mesmo sexo” as *Registered Domestic Partnerships* mencionadas ao início do artigo, concentrando-se, portanto, em aspectos patrimoniais e de sucessão, conforme disposto em seu artigo 1º:

Art. 1º É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nessa Lei.

As características de RDPs estão presentes ao longo de todo o projeto, a exemplo da referência aos integrantes do relacionamento não como cônjuges, mas como contratantes, bem como a instituição da impenhorabilidade de bem imóvel próprio e comum dos membros da relação – aqui reduzida a uma relação contratual – sem, contudo, reconhecer tal imóvel como bem de família.

Por conseguinte, verifica-se que o projeto de união civil não promove a equiparação da relação homossexual a uma relação heterossexual, mas cria uma nova figura de associação entre duas pessoas, objetivando a regulamentação de aspectos apenas materiais, o que é reforçado pela inexistência de alteração do estado civil dos contratantes.

Desse modo, cria-se um reconhecimento guetificado da relação, a imposição de um indevido rótulo jurídico inferior aos relacionamentos homossexuais, ao tratá-los como menos passíveis de consideração e proteção pelo Direito, ao reduzi-los a elementos meramente financeiros, sem que seja considerado o aspecto emocional-

---

<sup>2</sup> Conforme fartamente noticiado pela mídia, diversas capitais brasileiras realizaram esses eventos, a exemplo de Brasília e Rio de Janeiro, não se restringindo, portanto, a mais famosa parada, que ocorre anualmente na cidade de São Paulo e atrai mais de um milhão de pessoas.

afetivo envolvido e sem dizer o que precisa ser dito no âmbito de uma sociedade complexa e plural organizada por princípios em um Estado Democrático de Direito: que as relações homossexuais devem ser protegidas de maneira igual às relações heterossexuais exatamente por serem diferentes<sup>3</sup>.

Para que seja possível uma melhor compreensão dessa visão, se revela necessário o debate sobre o princípio da igualdade, voltado para a integração<sup>4</sup> da diferença e como esse princípio deve ser interpretado em uma comunidade jurídica organizada com base em princípios constitucionais.

Para isso é interessante atentarmos para a abordagem realizada por Michel Rosenfeld sobre a igualdade e sobre a existência de um sujeito constitucional aberto, capaz de dialogar com as diferentes identidades existentes na sociedade sem, contudo, adotar uma delas como dominante. O sujeito constitucional é entendido em um processo de reconstrução, contínuo e incompleto, orientado para a obtenção de um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição de outras identidades relevantes na sociedade.

Esse processo de equilíbrio perpassa pela noção de igualdade constitucional, da consideração da identidade homossexual como uma identidade que, através da negação de sua característica pré-constitucional, aliada ao recurso de sua comparação com as diferenças e similitudes existentes<sup>5</sup> em relação às identidades reconhecidas pela identidade constitucional plural, permite sua integração à identidade do sujeito constitucional, inacabada e aberta a diálogos com as demais identidades existentes na sociedade.

A igualdade constitucional, que trabalha com as idéias do constitucionalismo, depende de um abstracionismo normativo, ou seja, da análise das diferenças existentes na realidade a partir de uma idéia de tratamento igualitário advinda da proteção constitucional, ou seja, da assunção da igualdade na diferença, para que todas as pessoas tenham garantias dos mesmos direitos constitucionais e recebam igual proteção da lei<sup>6</sup>

<sup>3</sup> É essencial frisar que a diferença aqui considerada diz respeito à orientação sexual dos cônjuges, ou seja, diferente da orientação sexual de casais heterossexuais. No atinente aos aspectos típicos de uma relação estável, amorosa, de mútuo afeto e objetivos comuns, todavia, não há de se falar em diferença alguma, sendo, nesse sentido, espécies semelhantes de relações.

<sup>4</sup> Importante observar a distinção promovida por HABERMAS (1998:108) entre integração e incorporação, que ressalta a necessidade de uma igualdade que considere a diferença existente, na medida em que a autodeterminação, baseada na equiprimordialidade da autonomia pública e privada, possui “o sentido inclusivo de uma autolegislação de todos os cidadãos uniformemente integrados. Inclusão significa que tal ordem política se mantém aberta para a equalização dos discriminados e para a integração dos marginalizados, sem incorporá-los na uniformidade de uma comunidade popular homogeneizada”.

<sup>5</sup> Para um melhor entendimento da negação, metáfora e metonímia no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, ver ROSENFELD (1995).

<sup>6</sup> ROSENFELD (2003:79)

Nesse sentido, pode-se observar a existência de três graus de igualdade. O primeiro deles consiste no entendimento da diferença como desigualdade, na qual a diferença (no caso, a homossexualidade em relação à heterossexualidade) é entendida como justificadora de um necessário tratamento desigual.

Esse grau, insuficiente para lidar com questões inseridas em uma sociedade plural e complexa estruturada em um Estado Democrático de Direito, passa para um segundo grau, no qual se transforma em uma igualdade baseada na identidade, na qual a igualdade só é obtida por quem alcança determinados critérios entendidos como fechados em uma identidade definida, apto a lidar com uma plêiade maior de situações, mas insuficiente, por exemplo, para questões de gênero<sup>7</sup>.

Por fim, o terceiro grau em que as diferenças existentes nas identidades dos grupos e, ainda, no cidadão individualmente considerado, são levadas em conta, conjuntamente com a abstração contra-factual do direito, passando assim a possuir como correlato à igualdade, na medida em que a partir das especificidades da situação concreta e das medidas a serem tomadas para uma efetiva concretização de um tratamento igualitário, tem-se a idéia de que qualquer pessoa deve ser tratada em proporção a suas necessidades e aspirações<sup>8</sup>.

A igualdade como diferença vê sua promoção baseada no exercício de um pluralismo abrangente (*comprehensive*) (ROSENFELD, 2003), no qual ocorre um primeiro momento negativo, onde há uma consideração igualitária de negação e rechaço a todas as diferentes concepções de bem para, em seguida, adotar um segundo momento positivo, em que essas concepções são readmitidas de acordo com a própria concepção de bem do pluralismo, ou seja, em uma readmissão que permita o convívio dessa concepção com as demais concepções, o que afasta a possibilidade de aceitação de uma visão que conduza a uma obrigatoriedade de orientação sexual heterossexual para que se possa ter o reconhecimento de igual proteção às relações afetivas.

---

<sup>7</sup> Um exemplo pode ser observado em questões relacionadas ao ingresso no mercado de trabalho. Um tratamento baseado na igualdade do tipo 2 não permitiria a discriminação e a vedação do exercício das atividades pelas mulheres, na medida em que estariam inseridas na identidade de trabalhador. Todavia, seria insuficiente para lidar com as especificidades relativas às mulheres para além da identidade de trabalhadores, a exemplo de questões relacionadas à maternidade. Como falar, por exemplo, de licença-maternidade em uma igualdade grau 2, em que após um maior abstracionismo há a inclusão da mulher em uma identidade, porém, em virtude do próprio abstracionismo, as particularidades são desprezadas? Nesse sentido, a igualdade entendida como respeito à diferença se demonstra uma forma mais adequada de permitir a concretização de um efetivo tratamento igualitário, na medida em que faz uso do abstracionismo sem, contudo, fechar os olhos para as peculiaridades.

<sup>8</sup> ROSENFELD (2003:73)

Demonstrado o princípio da igualdade como um elemento protetor da diferença factual, na medida em que propugna a inclusão de novas identidades que, embora factualmente diferentes, possuam uma igual proteção contra-factual pelo Direito, deve-se indagar se o projeto de lei e o discurso em torno dele desenvolvido encontram-se fundamentados e guiados de acordo com uma interpretação de grau 3 desse princípio, apta a lidar com as diferenças.

Para isso é necessário atentar para a idéia de comunidade de princípios, desenvolvida por Ronald Dworkin, uma comunidade<sup>9</sup> voltada para um ideal de integridade em que as atitudes legislativas e a interpretação do direito deverem atentar e ter como limites os princípios comuns compartilhados por seus co-associados – como o princípio da igualdade, permitindo assim um respeito à justiça (as especificidades de cada situação, mesmo que se trate de uma situação geral e abstrata prevista na regulação da lei e que só fará sentido quando de sua verificação em uma situação particular e concreta) e às regras do jogo (os princípios) estabelecidas.

Para Dworkin<sup>10</sup>, direitos e deveres advém desse sistema de princípios<sup>11</sup> em que

Cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política como um dos componentes da comunidade política.

Essa leitura dos princípios parte de uma concepção deontológica das disposições normativas do direito conduz à conclusão de que a utilização de modelos de análise de discursos morais (e seu conseqüente juízo de ponderação) para análise de discursos jurídicos é possível apenas no sentido de que ambos versam sobre a aplicação de normas, devendo ser resguardadas as fortes diferenças existentes entre as duas espécies de discurso, na medida em que a dimensão de validade jurídica é dotada de características diferentes das características de validade de valores.

Deve-se observar que as normas jurídicas, conforme já mencionado, são dotadas de um caráter deontológico, em que leis válidas obrigam seus destinatários de

---

<sup>9</sup> DWORKIN (2003).

<sup>10</sup> DWORKIN (2003:255)

<sup>11</sup> Deve-se observar que, conforme afirma o próprio Dworkin à página 258 de sua obra, “os modelos de comunidade usados nesse argumento são vários sentidos”, todavia, como o próprio autor menciona à página 261, ao rebater um dos possíveis defeitos da aplicação prática do modelo “nosso compromisso com a integridade significa, contudo, que devemos considerar esse fato como um defeito, e não como o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião, e que devemos nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a deparar.

uma maneira indistinta, em um cenário no qual não se cabe falar na preferência pela adesão ou não a determinada norma, diferentemente dos valores, que são teleológicos, voltados para um fim e adquiridos ou realizados a partir de uma perspectiva intersubjetiva voluntária de determinado grupo ou forma de vida. Exatamente em virtude de sua pretensão generalizante, as leis jurídicas conduzem a proposições binárias, em que se pode dizer se na hipótese considerada o dispositivo normativo legal se aplica ou não, de modo distinto de valores, baseados em relações de preferência, de livre atração por determinado bem.<sup>12</sup>

Habermas<sup>13</sup> aponta algumas características que diferenciam valores e normas<sup>14</sup>:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer.

Essas distinções afastam a idéia de ser o direito um discurso moral especial e demonstra diferenciações necessárias a serem observadas quando da análise do discurso jurídico a partir de modelos de análise moral, haja vista o direito se basear na legislação política, que não tem como apoio unicamente argumentos morais, mas também argumentos de outras proveniências, como disponibilidade, pertinência e escolha de informações, dentre outros, sendo uma elaboração diferenciada da elaboração de princípios morais. A elaboração dos dispositivos normativos orientadores do direito dialoga com questões políticas e de demarcações de objetivos, mas também com valores e, em seu processo de formação democrática, permite a entrada, no direito, de elementos teleológicos, que são, todavia, “domesticados”, relidos a partir de uma visão normativa deontológica, incompatível com uma ponderação ou com uma busca de otimização no seu alcance, conforme Habermas, “eis por que as relações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> HABERMAS (2003 Vol I, p 290)

<sup>13</sup> HABERMAS (2003 Vol I, p. 317).

<sup>14</sup> Deve-se observar, em nome de uma coerência com o marco teórico adotado, que as características diferenciadoras entre normas e valores adotadas por Habermas não possuem um caráter de rigidez hermética, de critérios fixos, sendo apenas elementos que se sabem contingentes e oriundos de um processo discursivo de reconstrução dos conceitos utilizados.

<sup>15</sup> HABERMAS (2004, p. 297)

O projeto de Lei em questão, assim como as demais leis que instituíram RDPs em outros países, acabam por abordar o princípio da igualdade uma maneira que pode conduzir à sua não concretização, na medida em que o trata não como um elemento deontológico a ser cumprido, mas como um valor que deve alcançar uma máxima otimização possível.

Isso porque os projetos, ao invés de trabalharem por um processo de inclusão e reconhecimento de que a diferença necessita de um tratamento igualitário, por se estar em um Estado Democrático de Direito, por se estar em uma comunidade onde a legislação e a aplicação do Direito são limitadas e conduzidas por princípios deontológicos voltados para a integração, observam a diferença como elemento fundamentante de um tratamento reutivo, particular e minimizador, no que diz respeito à proteção e afirmação de uma identidade homossexual e seu acesso aos mesmos direitos e possibilidades procedimentais do próprio acesso a esses direitos que existem quando se fala de relacionamento em um contexto de identidade heterossexual.

Não se trata apenas de uma insuficiência ou uma hipossuficiência no reconhecimento da diferença, no acesso aos mesmos direitos, mas sim no risco do sacrifício da própria fundamentação principiológica motivadora e justificadora da inclusão.

Isso porque a suposta igualdade que propugna o projeto é uma igualdade conciliada, barganhada, que ignora o aspecto normativo da própria igualdade como princípio dentro de um ideal de integridade para tratá-lo como um bolo negociável e repartível, como peixe vendido no mercado central.

Essa leitura barganhada, que pretende reduzir direito a valores passíveis de uma otimização realizada na medida do possível conduz a uma “igualdade desigual”, em que “todos os são iguais, mas alguns são mais iguais aos outros”<sup>16</sup>.

A tentativa de se ler um princípio deontológico como um valor passível de uma busca por otimização conduz ao risco de sacrifício do próprio princípio. Tem-se então tudo, menos respeito à autonomia privada, à autonomia pública dos cidadãos, à liberdade, e à igualdade.

É esse o risco que o Projeto de Lei em análise e as RDPs alimentam, a partir da leitura da qual partem sobre o grande ponto que poderia fundamentar um efetivo e igual acesso à igualdade. Por que passa a ser permitido que um homossexual tenha direitos previdenciários em relação a um companheiro que falece e não tenha direito a

---

<sup>16</sup> Situação bem trabalhada por George Orwell em seu clássico “A Revolução dos Bichos”.



adotar uma criança? Por que, como prevê expressamente a lei suíça que instituiu a RDP naquele país, a parceira homossexual ter direito à herança, mas é expressamente proibida de realizar um tratamento de inseminação artificial? Não há respostas coerentes e fundamentadas em princípios jurídicos e constitucionais para isso, caindo-se em um arbítrio que, como arbítrio que é, pode negar esses outros direitos simplesmente em nome de uma incompatibilidade com as negociações e acertos realizados.

Com isso, mina-se a própria força que o direito como integridade possui, reduzindo-o a um jogo de barganhas onde todos têm tudo a perder, na medida em que os direitos são tratados como mercadorias em uma feira, como bens distributíveis e não como conquistas e trunfos que o cidadão (e conseqüentemente a própria sociedade) possui, a partir de um sistema de princípios, para garantir a justiça, o respeito às regras do jogo e, conseqüentemente, sua liberdade e sua igualdade. Concretiza-se, dessa forma, “a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado”<sup>17</sup>.

Tratar direitos como bens conciliáveis, em nome de um “progresso” na aceitação do reconhecimento e do tratamento igualitário à homossexualidade, em nome de posteriores conquistas maiores, acaba por fragilizar essas pequenas conquistas e criam a margem de atuação para a arbitrariedade apta a impedir as pretensas futuras conquistas.

Isso não significa, todavia, desprezar a necessidade da proteção também – mas não apenas – a aspectos materiais da relação afetiva homossexual, mas compreender o risco<sup>18</sup> de sua redução a tais aspectos e a fragilidade de uma leitura barganhada, conciliatória, de princípios garantidos constitucionalmente.

Questões de princípio não podem ser arbitrariamente ou “comercialmente” decididas e, sem dúvida alguma, o acesso de homossexuais aos mesmos direitos que casais heterossexuais possuem, diz respeito ao princípio da igualdade. Agir dessa maneira arbitrária conduz a situações dignas do Barão de Münchhausen, conforme exemplificado por Dworkin ao abordar a questão da permissão do aborto.

<sup>17</sup> DWORKIN (2003: 223)

<sup>18</sup> Ressalte-se que não é adotada aqui uma visão ingênua no sentido de defender a possibilidade de eliminação de riscos. O risco não é um elemento capaz de ser regulamentado, controlado pelo direito, na medida em que constitui uma conexão com o futuro. A concepção de risco advém da inserção do Direito em uma sociedade hiper-complexa e dotada de uma conseqüente contingência. Exatamente por causa dessa contingência, a determinação do futuro, a previsibilidade, se demonstra insustentável. As decisões são contingentes, elas sempre podem ser tomadas de outra forma e, assim a assunção de uma tomada de decisão acarreta em risco, ou seja, não resulta no controle previsível do futuro, mas em uma tentativa de determinação de indeterminações futuras, tomando com base uma visão de probabilidade, conforme trabalhado por Corsi (1997). Isso não significa a impossibilidade de se lidar com riscos, mas a necessidade de assunção da impossibilidade de realização de atividades isentas de risco e da necessidade de uma abordagem criativa (mas jamais controladora ou eliminadora) dos riscos.

Uma negociação poderia conduzir à excrescência de uma lei que, a partir de visões conciliatórias que estabelecessem que mulheres nascidas em anos pares pudessem abortar, aquelas nascidas em anos ímpares não. Ora, nesse exemplo ter-se-ia alcançado a satisfação parcial, por meio de mútuas concessões, entre os movimentos contrários e favoráveis ao aborto, mas não teria sido observado respeito algum a princípios e à igualdade.

O marcante caso *Brown v. Board of Education*, conforme analisado por Dworkin, demonstra o risco que se corre ao entender como lei, como direito, um texto legislativo que ofenda princípios e a própria justificação e força do direito e a importância do respeito ao direito como integridade e de sua existência conforme uma comunidade de princípios:

Essa concepção é, portanto, muito mais exigente e radical em circunstâncias semelhantes às do caso Brown, quando o pleiteante consegue mostrar que uma parte importante daquilo que se acreditava ser lei é incompatível com os princípios mais fundamentais, necessários à justificativa do direito como um todo.

Por todo o exposto demonstra-se a insuficiência do Projeto de Lei 1.151/1995 para a concretização do reconhecimento das relações homossexuais, na medida em que veda aos casais homossexuais direitos pertinentes aos relacionamentos heterossexuais, devido à sua abordagem otimizada da igualdade que, conforme foi possível constatar, acaba por gerar os próprios riscos para a efetivação da igualdade.

Em consequência, é forçoso perceber que a via mais adequada para o reconhecimento dos relacionamentos homossexuais e um conseqüente tratamento efetivamente igualitário pelo Direito é a reconstrução do conceito de casamento em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Essa afirmativa necessita, evidentemente, de maior aprofundamento, não cabível no presente artigo. Todavia, é possível levantar alguns aspectos interessantes que apontam para a coerência de tal assertiva com o ordenamento constitucional instituído pela carta de 1988.

Ao se falar sobre o casamento homossexual, usualmente a resposta que se obtém é no sentido de sua impossibilidade, contudo, sem apresentar uma tematização apropriada para fundamentar esse entendimento<sup>19</sup>. A visão de privação do acesso ao

---

<sup>19</sup> Essa visão é encontrada em diversas obras que versam sobre direito de família, a exemplo de RODRIGUES (2001), PEREIRA (2000), MONTEIRO (1972) RUGGIERO (1972). Até mesmo autores que promovem uma leitura crítica da homossexualidade no direito não fundamentam adequadamente sua posição acerca da vedação ao casamento homossexual, cf. RIOS (2004:121): “Uma vez descartada a compatibilidade das uniões homossexuais à comunidade familiar derivada do casamento – pois nesta

casamento a casais homossexuais é repetida de uma maneira carente de discussão pelos autores que trabalham a temática, sem o questionamento do significado de casamento no direito e tomando como algo dado uma suposta oposição entre casamento e homossexualidade. Essa repetição só é possível em virtude da existência de uma prática não reflexiva continuada, um pano de fundo a que recorrem os juristas em seu agir cotidiano. Warat<sup>20</sup> denomina essa prática de senso comum teórico.

Segundo Warat, sua finalidade seria assegurar a reprodução de crenças, valores e práticas dominantes a partir de uma organização acrítica da realidade, ou seja, uma reprodução na qual os valores dos aplicadores e as práticas não seriam questionados ou problematizados, mas seriam considerados elementos dados e necessários de perpetuação. Nesse sentido, o senso comum teórico, que não é consolidado apenas na prática dos tribunais, mas também em outros marcos institucionais, como faculdades de direito e órgãos legislativos, acaba por apresentar respostas sobredeterminadas, respostas previamente elaboradas que não procuram se adequar criticamente à realidade.

Esse senso comum teórico acaba por gerar conflitos entre elementos que são incomensuráveis por serem produzidos em paradigmas distintos, conduzindo a uma situação de irracionalidade, onde se pretende o diálogo de um conceito elaborado em um contexto distinto para uma realidade na qual ele não é adequado<sup>21</sup>.

Nesse sentido, entender o casamento a partir de uma matriz eminentemente cristã, sustentando como suposto pré-requisito um relacionamento entre membros de sexos opostos e conduzindo a uma vedação de sua extensão a relacionamentos homossexuais, não seria inadequado em um contexto de Estado Democrático de Direito

---

espécie de união a distinção dos sexos é pressuposta de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência – resta analisar a pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo à chamada ‘união estável’”. Observa-se uma explicação circular e que não aborda a igualdade como um princípio deontológico, sendo a suposta impossibilidade sustentada pela doutrina se baseia no fato de a doutrina entender que é impossível o casamento homossexual. Tal espécie de explicação, além de ignorar a inexistência, no texto constitucional, de qualquer vedação ao aludido casamento, se demonstra incoerente com um Direito que, na modernidade, possui uma pretensão racional.

<sup>20</sup> WARAT (1982:56).

<sup>21</sup> Warat reflete sobre essa desconexão em relação à consolidação, no senso comum teórico, de conceitos kelsenianos: “A apropriação institucional dos conceitos produz-se ao aceitar, como legítima, a assimilação e dispersão de conceitos que pertencem a disciplinas e paradigmas diversos, como é o caso da aludida apropriação institucional das categorias pertencentes às matrizes Kelsenianas. Elas foram perdendo, paulatinamente, todas as suas singularidades teóricas, através de lentos mecanismos redefinitórios que terminaram por fundir os conceitos Kelsenianos às representações jusnaturalistas e tudo isto misturado com princípios liberais, aspirações transcendentalistas, fenomenológicas, neopositivistas e até, em muitos casos, com um Hegel inconsciente e esterotipadamente assimilado”.

baseado em uma interpretação de princípios, onde a igualdade desempenha papel essencial?

O entendimento da exclusividade do casamento a casais heterossexuais não estaria, longe de consagrar o direito, a violá-lo, na medida em que impossibilitaria o acesso de homossexuais a esse direito e aos direitos dele conseqüentes?

É importante observar, ainda, que a própria questão da denominação adquire importância no contexto jurídico atual, em virtude de não ser coerente entender o casamento como uma mera soma de direitos. Conforme trabalha Buckel<sup>22</sup>, o casamento carrega consigo todo um status jurídico de reconhecimento, que não seria satisfeito com a simples concessão de direitos semelhantes sob um instituto distinto:

Como o testemunho acima ilustra, e o precedente anterior demonstra, o casamento não pode ser visto meramente como certo conjunto de direitos, divisível por medidas em listas de benefícios e responsabilidades. Casamento é um status privilegiado, com um impacto maior do que soma de suas partes (direitos). Uma união civil é um status inferior, com um impacto que diminui a soma de suas partes.

Dessa forma, observa-se o risco de geração de um “selo” diminuidor, de uma inclusão gutificada pelo Projeto de Lei nº. 1.151/1995. A forma mais adequada de trabalhar esse risco se dá por um processo de reconhecimento das relações homossexuais a partir de uma interpretação deontológica do princípio da igualdade, que acaba por conduzir, dentro do Estado Democrático de Direito, à necessária extensão do direito ao casamento aos casais homossexuais<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> BUCKEL (2005:79), tradução livre.

<sup>23</sup> Esse tema será aprofundado na dissertação de mestrado.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BUCKEL, David. S. *Government Affixes a Label of Inferiority on Same-Sex Couples When It Imposes Civil Unions & Denies Access to Marriage*. In.: Stanford Law & Policy Review, Volume 16, Issue 1. Stanford Junior University Press, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Notícia do direito brasileiro. Nova série. Nº 6. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: Fórum administrativo. Ano I. Nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Trad. Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Domínio da Vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade (I e II)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (trad. de Flávio Beno Siebeneichler).

\_\_\_\_\_. *Faticidade e Validade: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. (trad. de Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos).

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004 (trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe)

\_\_\_\_\_. *Inclusão: Integrar ou Incorporar? Sobre a Relação entre Nação, Estado de Direito e Democracia*. In. *Novos Estudos CEBRAP nº 52*. São Paulo: CEBRAP, novembro de 1998.

\_\_\_\_\_. *Intolerance and discrimination*. In. I. COM., Volume 1, Number one. Nova Iorque: Oxford University Press and New York University School of Law, 2003. p.p. 2-12.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 11. ed. rev. ampli. São Paulo: Saraiva, 1972.

ORWELL, George. *Animal Farm*. Londres: Longman Publishers, 1993. 83 ed. 122 p.

- PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Volume 6*. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSENFELD, Michel. *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *The Identity of the Constitutional Subject*. In. Cardozo Law Review. Nova Iorque: Cardozo Law School, Janeiro de 1995.
- \_\_\_\_\_. *American Constitutionalism Confronts Denninger's New Constitutional Paradigm*. In.: Constellations Vol. 7 Issue 4 Page 529 December 2000
- \_\_\_\_\_. *Hacia una Reconstrucción de La Igualdad Constitucional*. In El Principio Constitucional de igualdad: Lecturas de introducción. Miguel Carbonell (org.). México D.F: Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2003.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Volume II*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas*. In Revista CCJ nº 5. Florianópolis: CCJ, 1982.
- \_\_\_\_\_. *O Senso Comum Teórico dos Juristas*. In.: O Direito Achado na Rua. José Geraldo de Souza Junior (org.). 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.