

## A REGULAÇÃO JURÍDICA DA INTIMIDADE – A PROPÓSITO DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

*By focusing on what is believed to be a major difference, the sexual orientation, lesbians and gays are not seen in their complexity as individuals and citizens, which makes it very difficult for them to do things that are considered very “normal” for other citizens – e.g. raising children and living a family life.*

DAGMAR MEHRTENS, 2004<sup>1</sup>

1. No dia 9 de Janeiro de 2010, Portugal deu mais um passo no sentido da democracia e da liberdade. Reconheceu, através de votação maioritária na Assembleia da República, a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo celebrarem entre si um contrato de casamento. Muitas vozes se levantaram pela inutilidade, ligeireza ou perversão do gesto. Salvo o devido respeito, estavam enganadas.

Há cerca de cem anos, Oscar Wilde sofreu na pele as consequências de um dos mais célebres processos judiciais *à scandale*, em que foi acusado e condenado por crime de sodomia. Só muitos anos depois (um século, aproximadamente) o Direito Inglês alterou as suas regras estritas nesta matéria, descriminalizando as relações homossexuais entre adultos, em privado, pressuposto o livre consentimento. Entretanto, nos últimos anos do século XX e nos primeiros do actual XXI, muitos tribunais nacionais e internacionais, legisladores e variadas outras instâncias de autoridade (incluindo a Medicina) se foram pronunciando no sentido da *normalização* da inclinação, identidade, preferência ou tendência homossexual, consoante o contexto e a formatação teórica do discurso. Mas o “fim” da

---

<sup>1</sup> *Sexy families for sexy citizens? The Non-recognition of Same-sex Families in the Human Rights Discourse* (tese de Mestrado EMA ([www.eiuc.org](http://www.eiuc.org)), 2004, sob a orientação de Teresa Pizarro Beleza, Biblioteca da FDUNL).

desconstrução da singular ideia de que a Humanidade se divide entre homo e heterossexuais ainda vem muito longe... Até porque a luta contra-hegemónica que auto-identifica positivamente uma certa forma de ser, de identidade, como o oposto da discriminação passada (*gay pride; black is beautiful; in a different voice*, no que respeita às mulheres) torna inevitável um reforço da construção identitária que, paradoxalmente, começou por contestar. Por esta razão, todas as normas anti-discriminatórias trazem em si o ADN da discriminação que querem combater. Reforçam a convicção do senso comum (e de boa parte da ciência) de que a Humanidade se divide *naturalmente* entre Brancos e Negros, Homo e Heterossexuais, Mulheres e Homens... como se o nosso olhar e o nosso discurso não construíssem a Realidade, nomeando-a.

Quase cem anos depois do julgamento de Oscar Wilde, MICHEL FOUCAULT publicaria a sua famosa *História da Sexualidade* (original: Paris: Gallimard, 1976), em cujo primeiro volume, “A Vontade de Saber”, explica como a *identidade* homossexual sucede à repressão de *actos* homossexuais. Mais precisamente, o Direito Antigo tendia a proibir e sancionar, com penas muitas vezes severas, até à morte pelo fogo – como as nossas Ordenações do Reino, no caso da sodomia e da bestialidade - todos os actos de natureza sexual não conducentes à procriação, incluindo a masturbação. Até há muito pouco tempo – se é que já foram todas expressamente revogadas - algumas leis estaduais dos puritanos Estados Unidos da América incriminavam actos de sodomia entre pessoas (homem e mulher) casadas entre si.

2. Não deixa de ser curioso que a *Licence to Marry* (Cass Sunstein) seja hoje em dia qualquer coisa de tão pouco contestado (quanto à sua existência e razoabilidade), por um lado, e de tão ambicionado (quanto à sua *acessibilidade*) por outro. É verdade que as consequências jurídicas da abusivamente chamada e ainda mais abusivamente regulada união de facto (que direito tem o Direito de se meter onde as pessoas *que poderiam casar* o não querem fazer?) não são as mesmas do casamento (melhor fora...). Mas ninguém ou quase ninguém parece verdadeiramente aperceber-se do enorme paradoxo que existe entre o discurso do respeito pela intimidade

das famílias, supostamente algo de natural, pré-dado, não-histórico e a ancestral – essa sim – intromissão do Estado (ou, antes, historicamente falando, outros Poderes: com “Estado” no sentido Moderno ou sem ele, regras costumeiras, religiosas, tribais) na intimidade da vida das pessoas. Curiosa distração...

Na verdade, a esfera “privada” – a família – nunca esteve fora do olhar público e da regulação jurídica. A regulação pormenorizada do contrato de casamento (desde que existe enquanto contrato civil, naturalmente) e dos seus efeitos, a prescrição legal sobre as formas de relacionamento mais ou menos estável entre as pessoas (na lei da família ou na lei penal, por exemplo, ou na regulação ou desregulação do trabalho doméstico) sempre colocaram na ordem jurídico-política a regulação da intimidade. Se uma lei ou um tribunal questionam quem tem relações sexuais com quem, como e onde, ou se A é filho de B ou de C, ou se D é o culpado da separação entre ele e E ou se é esta a culpada, se uma lei determina que certos relacionamentos sexuais são lícitos e outros não, ou certos arranjos matrimoniais são admitidos e outros não, ou que o acesso à procriação medicamente assistida está limitado a certos casais, ou a certas pessoas, ou em certas circunstâncias, o que está a fazer a ordem jurídica senão a regular a intimidade?

Ainda hoje o Direito dos Estados tende a controlar fortemente não só a família, a sua formação, o seu reconhecimento formal, mas também a constituição de qualquer vínculo directa ou indirectamente ligado à filiação: a filiação natural e a medicamente assistida, a possibilidade de adopção juridicamente eficaz, com todos os direitos e deveres que resultam da constituição válida do vínculo; mas também a contracepção e o aborto. Até 1974, a mera publicidade a medicamentos anti-genésicos (a vulgarmente designada pílula anticoncepcional) era proibida por lei em Portugal, mesmo nas revistas (médicas) da especialidade.

É aliás por isto mesmo que o debate em torno da *privatização* do casamento<sup>2</sup> é, intelectualmente falando, tão divertido.

---

<sup>2</sup> Ver por exemplo [http://en.wikipedia.org/wiki/Marriage\\_privatization](http://en.wikipedia.org/wiki/Marriage_privatization); consultada em 1 de Março de 2010.

Aliás, apenas a pandemia do HIV/SIDA tornou crível e fez tornar realidade o que antes era, pura e simplesmente, impensável, apesar de toda a estranha evolução da suportabilidade pública das imagens “íntimas”: qual Buñuel de *O Charme Discreto da Burguesia*, as televisões passaram a mostrar profusamente não só pensos higiénicos, fraldas, papel higiénico e toda a sorte de coisas supostamente íntimas, para as quais o bom gosto, se não o pudor, aconselhariam porventura maior resguardo, mas também preservativos (masculinos, mais frequentemente) incluindo a forma de os colocar e utilizar, em grande pormenor e destaque.

Nunca a sua utilização como “mero” contraceptivo, como prevenção de gravidez indesejada, teria feito evoluir as coisas desta maneira. Há duas “explicações” pelo menos, julgo eu, para esta evolução: a SIDA, ao contrário da gravidez, acolhe indistintamente homens e mulheres; a SIDA não é, ao contrário do que se pensou inicialmente, uma doença de homossexuais, o que traria a serenidade de um mal pelo qual se é ou se pode ser considerado culpado. Como exemplos do mundo da ficção, são notáveis o já referido *Philadelphia*, ou, entre muitas outras hipóteses, o extraordinário *The Line of Beauty*<sup>3</sup>... livro e adaptação para série televisiva pela BBC; um belíssimo “documentário” dos tempos Thatcherianos e das suas convulsões sociais e políticas, incluindo os hábitos sexuais de algumas camadas da população, as suas interligações e o carácter interclassista das mesmas).

A outra radica no voyeurismo generalizado – por sua vez necessitando de “explicação”, naturalmente; mas não é este o sítio nem o momento - que foi permitindo que a *liberalização* fosse progressivamente confundida com *libertação* (Marcuse). No átrio gigante do Aeroporto Marco Polo, em Veneza, os painéis monumentais publicitários que rodeiam as indicações dos horários das partidas mostram desde há cerca de dois anos belíssimos modelos femininos em roupa interior, perdão, *lingerie*, cuja marca (agora também já comum em Portugal) é... *Intimissimi*. Está-se mesmo a ver ...

---

<sup>3</sup> *The Line of Beauty* é o título de um romance de Alan Hollinghurst, que ganhou o Booker Prize, um dos prémios literários mais importantes da ficção anglo-americana, em 2004. O livro foi adaptado para uma série televisiva por Andrew Davies (BBC 2; início em 17 de Maio de 2006).

3. O Tribunal Constitucional da África do Sul, num notável acórdão relatado por um não menos notável Juiz Conselheiro, Albie Sachs, decidiu em Dezembro de 2005 (*“Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another”*) que a lei sul-africana que definia o casamento como um contrato entre pessoas de sexo diferente era incompatível com a proibição constitucional de discriminação por orientação sexual. Deu ao Parlamento o prazo de um ano para alterar a lei, findo o qual esta passaria a ser lida, se o Parlamento não reagisse, como incluindo pessoas do mesmo sexo.

Albie Sachs (e outras pessoas com ele, felizmente) compreendeu há muito que a exclusão dos homossexuais do casamento – porque é obviamente sobretudo disso que se trata – é uma forma de indignidade, de não reconhecimento, de expulsão. De ostracismo. De continuação dos processos de estigmatização do “anormal”, do “diferente”, do suposto desviante, doente ou pecador, consoante a fonte da classificação. E que a democracia levada a sério implica a capacidade da aceitação da igualdade na diversidade. “O que estava em questão era a necessidade de reafirmar a nossa sociedade como baseada na tolerância e respeito mútuo. O teste para a tolerância não é ver como lidamos com as pessoas ou os hábitos com os quais nos sentimos identificados, mas como encontramos solução para a expressão do que nos parece estranho ou diferente.”

E com ele o Tribunal Constitucional sul-africano, que se dividiu quanto à solução prática legal, mas não quanto ao fundo da questão. O possível conflito entre a profunda religiosidade de muitos sul-africanos e as alterações à lei do casamento é analisado de forma brilhante e sensível num capítulo do seu novo livro *The Strange Alchemy of Life and Law*, publicado pela Oxford University Press em 2009.

4. Sempre entendi e continuo a entender que, assim como o anti-racismo não é coutada intelectual ou política dos chamados “negros”, também a luta política e intelectual contra o sexismo ou a homofobia, ou contra a discriminação cada vez mais insidiosa e sinistra contra os mais velhos *não é nem deve ser tida como exclusiva de quem por elas sofre, de quem é sua vítima*. A prática e a própria teorização discriminatórias afectam toda a gente, porque

uma sociedade discriminadora forma cidadãos e cidadãs menos livres e menos autónomos.

É verdade que a desigualdade, qualquer que seja a forma que toma, pressupõe privilegiado de um lado e prejudicado (“discriminado”, em sentido estrito) do outro. É verdade que sempre me pareceu “lírica” a ideia Hegeliana da intermutabilidade entre Senhor e Escravo.

Mas a expropriação da dignidade do escravo pelo senhor não deixa, não pode deixar intacta a dignidade deste, *porque ambos são humanos*. Não é livre a pessoa que domina o outro, não o é sequer na própria produção discursiva da alteridade, porque do mesmo passo que constrói o outro como “Outro” condena em si própria a dignidade do outro que discrimina – seja a pretexto da cor, da idade, do sexo, do nascimento, da origem nacional ou das suas preferências sexuais. Ou de qualquer outra coisa.

Quando a Constituição da República Portuguesa finalmente incluiu no texto do seu artigo 13º a “orientação sexual” como factor expressamente proibido de discriminação, a luta política e jurídica contra a discriminação da homossexualidade, ou dos homossexuais, ganhou novo alento e nova legitimidade do estrito ponto de vista do Direito Nacional escrito. A bandeira da legalidade é coisa muito útil nestas andanças, como se pôde ver logo aquando das decisões do Tribunal Constitucional em matéria de incriminação diferenciada dos “actos sexuais com adolescentes” consoante sejam homófilos ou heterófilos (2005).

Já sobre o casamento, o mesmo Tribunal Constitucional deliberou, em 2009, que seria constitucionalmente legítima a recusa de casar duas mulheres por interpretação estrita do Código Civil, que define casamento como um contrato entre duas pessoas de sexo diferente, ie, que essa decisão não feria a Constituição da República, não obstante o disposto no art. 13º, que expressamente proíbe a discriminação em função da “Orientação Sexual”<sup>4</sup>. O Tribunal Constitucional julga, neste caso, em

---

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 359/2009, Processo n.º 779/07, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. Data: 9 de Julho de 2009. Decisão: “Nestes termos, o Tribunal decide negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida no que toca à questão da inconstitucionalidade. Custas pelas recorrentes, fixando a taxa de justiça em 25 UC”, o que significa que o TC entendeu – por maioria (3), com votos de vencido (2) – que o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa decidira por forma não inconstitucional quando

“fiscalização concreta”, na sequência de um recurso interposto de um Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

O contrato de casamento – estranho contrato, aliás, por várias razões – possivelmente perderá a razão de existir, com a facilitação progressiva do divórcio (embora esta seja também uma forma de o perpetuar: muitas pessoas se divorciam para se casarem de novo), com o desaparecimento da distinção entre filiação dita “legítima” e “ilegítima” (designação absurda entre todas) e porventura sobretudo com a inacabada mas real erosão da hierarquia de género. Esta é certamente uma das mais profundas e curiosamente mais escondidas razões para a enorme resistência à abertura do casamento a casais do mesmo sexo.

Seja como for, a lei aí está, promulgada e publicada, abrindo espaço à oficialização civil do relacionamento homossexual. Quem sabe, o casamento e estabilidade das famílias ganharão novo alento com esta inovação legislativa – paradoxalmente, vinda do lado da contestação a uma das mais tradicionais moralidades de Ordem Pública: “O casamento entre duas pessoas do mesmo sexo é juridicamente inexistente”.

Março-Junho 2010

---

entendeu que o Código Civil fundamentava de forma constitucionalmente legítima a recusa do Conservador do Registo Civil no sentido de não celebrar o matrimónio (civil, claro) entre duas Mulheres que lho solicitaram.