

# RECONHECIMENTO, CONSTITUCIONALISMO E CASAMENTO HOMOSSEXUAL

Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros\*

## 1 Introdução

A partir do fim da década de 1980 novas formas de se encarar e proteger as relações homossexuais começaram a se desenvolver no ocidente, consubstanciadas especialmente na criação das Parcerias Domésticas Registradas (*Registered Domestic Partnerships* – RDP, também chamadas de união civil entre pessoas do mesmo sexo) e, mais recentemente, na extensão do casamento e de todas suas conseqüências jurídicas aos homossexuais.

Essas duas formas de tratamento jurídico dispensado à homossexualidade conduzem a questionamentos que serão abordados no presente ensaio. Como pode o direito lidar com a diferença e promover reconhecimento, em especial no atinente às relações homossexuais? Quais caminhos possíveis pode o constitucionalismo adotar para lidar com as tensões sociais e pressões por inclusão e geração de auto-respeito? Como o casamento pode ser lido em um contexto de Estado Democrático de Direito a fim de permitir um diálogo com a diferença?

Ao longo dessa análise, embasada nas obras de Axel Honneth, Jürgen Habermas e Michel Rosenfeld, serão considerados as experiências internacionais de extensão do casamento aos homossexuais e o Projeto de Lei nº. 1.151/1995, que objetiva instituir a união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Mas o que cada uma dessas formas jurídicas institui?

O reconhecimento de que o direito ao casamento civil independe da orientação sexual, sendo estendido, portanto a relacionamentos homossexuais, se fortaleceu notadamente

---

\* Aluno do Programa de Mestrado em “Direito, Estado e Constituição” da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) na Linha de pesquisa 3 – Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais.; Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” (Linha de Pesquisa: “Direito e Democracia”). Professor das disciplinas Noções de Direito, Introdução ao Direito 1 e Teoria Geral do Direito Público nessa Universidade, no período compreendido entre setembro de 2005 e julho de 2006. Chefe da Divisão de Ensino à Distância do Departamento Penitenciário Nacional, entre junho de 2004 e maio de 2005. Presta serviços junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome desde agosto de 2006. E-mail: [jorge.medeiros@gmail.com](mailto:jorge.medeiros@gmail.com).

no início da presente década, e inova por reconhecer 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<sup>1</sup> (2001), Bélgica (2003), Espanha (início de 2005), Canadá (aprovado pela Câmara dos Comuns recentemente, em 28 de junho de 2005) e Inglaterra (com a entrada em vigor da lei em 5 de dezembro de 2005).

É necessário observar as pequenas nuances que distinguem a mudança ocorrida no Canadá e nos países europeus continentais do ocorrido na ilha britânica. Enquanto naqueles Estados o significado de casamento é ampliado para abarcar relações homossexuais, nesse é criada a união civil homossexual (que não é igual aos contratos típicos de RDP) que uma vez assinado (constando de registro nos conselhos de administração local em uma cerimônia que, diferentemente dos casamentos, não precisam ser públicas) concede os mesmos direitos que valem para heterossexuais que se casam legalmente. Esse tratamento não estaria a gerar uma rotulação, a criação de *status* diferenciado que não seria apto a gerar reconhecimento? Essa questão será abordada mais adiante nesse ensaio.

É necessário observar ainda as diferenças da união civil inglesa para as RDP (*Registered Domestic Partnership*), surgidas e fortalecidas especialmente 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, mais recentemente, na Suíça (2005)<sup>2</sup>. As RDP são contratos de união civil voltados unicamente para a proteção de bens materiais e relações patrimoniais e sucessórias entre os membros da relação homossexual; não há o reconhecimento de uma relação afetiva ou familiar, mas apenas de uma relação econômica.

---

<sup>1</sup> Uma tradução para a língua inglesa da lei holandesa que instituiu que o casamento é uma união entre duas pessoas em exclusão às demais pode ser encontrado no sítio da Faculdade de Direito da Universidade de Leiden, no endereço eletrônico <http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?c=86>. É interessante observar que a lei em comento ao invés de criar um novo dispositivo, uma espécie de “Estatuto do casamento homossexual”, promoveu uma alteração na legislação civil holandesa acerca do conceito de casamento, abordando ainda temas complexos relacionados à sexualidade, a exemplo da abolição da necessidade de não se estar casado para que seja promovida a alteração de sexo no registro civil de trans-sexuais.

<sup>2</sup> Maiores detalhes sobre o atual panorama da aprovação de RDPs e reconhecimento de casamentos homossexuais pelo mundo pode ser obtido em [www.samesexmarriage.ca](http://www.samesexmarriage.ca). O sítio canadense promove um acompanhamento sobre a questão de direitos homossexuais, possuindo destaque suas campanhas de apoio ao casamento homossexual em diversos países, obtendo relevante atuação no processo de aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Canadá, ocorrido ao início de 2005.

O Projeto de Lei apresentado à Câmara dos Deputados em 1995 e retirado de pauta em 1996 após um acordo de líderes, insere-se claramente nos modelos de RDP. Grupos GLBT (Gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) vêm defendendo desde então o retorno do projeto de lei à pauta e sua conseqüente aprovação, como forma de promoção de igualdade, tendo sido esse inclusive o mote das paradas de orgulho GLBT realizadas no país em 2005. Mas o que esse projeto traz?

O PL 1.151/1995 pretende instituir, sob o nome de “união civil entre pessoas do mesmo sexo” as *Registered Domestic Partnerships* no Brasil, 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 à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nessa Lei.

Como se observa, os integrantes do relacionamento não são entendidos como cônjuges, mas como contratantes. Verifica-se ainda, em seu artigo 10, 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, em que pese estender todas suas disposições:

Art. 10 O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8009, de 29 de março de 1990.

Surgem assim novas questões: Em que medida a criação desse novo instituto (RDP) permite um reconhecimento? Será que a negação do reconhecimento do caráter familiar às relações homossexuais não parte de uma visão homogeneizante da homossexualidade, que pensa que todos os homossexuais possuem uma visão contrária à constituição familiar, conduzindo, dessa forma, a uma integração, uma inclusão guetificada? A extensão do casamento aos casais homossexuais propicia a concretização de um reconhecimento?

## **2 Contra a cegueira da visão**

Honneth propõe, a partir de uma tentativa de atualização da teoria do reconhecimento de Hegel, perpassada pelo diálogo com a psicologia social de Mead, uma visão intersubjetiva da consciência, em que só é possível perceber a si mesmo quando do

aprendizado da percepção da própria ação a partir da perspectiva simbolicamente representada de um outro generalizado.

A partir dessa leitura de uma visão intersubjetiva de consciência<sup>3</sup>, Honneth se centra em três padrões de reconhecimento: o amor (baseado na dedicação emotiva e geradora de autoconfiança), o direito (por meio do reconhecimento jurídico, conduzindo ao auto-respeito) e a solidariedade (assentimento solidário, a permitir a auto-estima).

O direito exerce importante papel na medida em que possibilita uma noção universalizante da idéia de portadores de direito, possível apenas quando se sabe que obrigações devem ser respeitadas em face do respectivo outro, conduzindo assim a um reconhecimento do ser humano como pessoa, sem a necessidade de estima por suas realizações ou caráter. Essa universalidade não é estanque e distante, mas aberta ao questionamento a partir da discussão sobre sua aplicação, ou seja, sobre quem é concretamente também portador daquele direito<sup>4</sup> previsto de forma geral e abstrata.

Nessa perspectiva que o direito se constitui como um dos lugares de realização da luta por reconhecimento, ou seja, exatamente em virtude da possibilidade de alcance de “validade”<sup>5</sup> social por meio da afirmação da pertinência de determinado direito a determinados sujeitos.

Desse modo, com o reconhecimento de direitos individuais, tem-se a geração de um auto-respeito, uma auto-noção do sujeito sobre poder colocar legitimamente suas pretensões, a permitir que constate assim o respeito de todos os demais, conforme Honneth<sup>6</sup>:

Um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “auto-respeito”.

Todavia, a observação das condições e das perspectivas de reconhecimento propiciadas pelo direito não é suficiente sem a constatação de suas formas de negação, sua

---

<sup>3</sup> Segundo HONNETH (2003:119-120) uma visão que considera a intersubjetividade vivida no mundo social, que permite uma teoria social de teor normativo, estaria apta a romper com a metafísica presente em Hegel.

<sup>4</sup> Para um debate mais aprofundado sobre a distinção entre discursos de justificação e de aplicação do direito – suscitados de maneira lateral por Honneth às páginas 186 e 187 de sua obra de 2003 – observar GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad.ução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>5</sup> O termo aqui é utilizado no sentido empregado em HONNETH (2005).

<sup>6</sup> HONNETH (2003:197).

ofensa, as atitudes que conduzem a formas de reconhecimento recusado, geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento.

No âmbito jurídico o desrespeito se manifesta pela privação do acesso a direitos, no caso homossexual, por exemplo, na vedação de acesso a institutos de direito de família que reconhecem a proteção a laços afetivos e a relações patrimoniais erguidas no âmbito de uma relação conjugal, refletindo dessa forma a negação de ser portador concreto de direitos abstratos ou pela negação do reconhecimento jurídico a uma pretensão levantada.

Essa negação de direitos conduz à perda de auto-respeito, à capacidade de se referir a si mesmo como um igual dentro da interação social<sup>7</sup>, ferindo assim o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita um campo de atuação particular do sujeito, como de autonomia pública, ao rotular o homossexual como inferior, como um parceiro de menor valor na interação existente dentro de uma sociedade de co-associados pelo direito<sup>8</sup>.

A rotulação, a minoração de valor, a invisibilidade social para com os homossexuais, reforçada pelo Direito, levou à organização do movimento GLBT<sup>9</sup> que passou a atuar junto ao judiciário por interesses e contra o desrespeito, objetivando desenvolvimentos e progressos na realidade social do grupo<sup>10</sup>, especialmente por meio do reconhecimento da extensão de direitos usualmente entendidos como não pertinentes a homossexuais.

Nesse tocante, é interessante atentar para a distinção que Honneth<sup>11</sup> faz entre lutas sociais calcadas em interesses coletivos e aquelas baseadas em lesões a experiências morais. As primeiras teriam como base aspectos de sobrevivência econômica de determinado grupo, as segundas relacionadas a situações de desrespeito, ligadas à própria integridade psíquica dos integrantes do grupo, afetada por sentimentos de injustiça que conduzem a uma auto-percepção reducionista.

Deve-se observar que as decisões judiciais, a exemplo do ocorrido no sul do país na Ação Civil nº. 96.04.55333-0 (inclusão de dependente do mesmo sexo em plano de saúde)

---

<sup>7</sup> HONNETH (2003:217).

<sup>8</sup> Cf. HABERMAS (1997).

<sup>9</sup> O movimento GLBT (Gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) é composto por diversas organizações não-governamentais que atuam em rede. Recentemente (novembro de 2005) foi realizado o XII Encontro Brasileiro Gay, Lésbico e Transgênero, que contou com o lançamento da **revista Memória EBGLT**, voltada para o resgate da atuação do movimento ao longo dos últimos 25 anos. Além disso, o movimento apresentou como principal objetivo estratégico a ser alcançado a aprovação do PL 1.151/1995, como instrumento garantidor de direitos iguais. Como indaga o presente artigo, será isso propiciado pelo aludido Projeto de Lei?

<sup>10</sup> HONNETH (2003:227).

<sup>11</sup> HONNETH (2003:260).

e na Ação Civil Pública nº. 2000.71.00.009347-0 (reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais) e no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme observável no Recurso Especial nº. 148.897 (partilha de bens), tidos como marcos no desenvolvimento jurídico das relações homossexuais<sup>12</sup>, versam mais sobre interesses e aspectos econômicos do que sobre o reconhecimento baseado na inclusão e no igual posicionamento dos casais homossexuais como membros dotados das mesmas propriedades capacitadoras da participação na formação discursiva da vontade.

Em sentido semelhante caminha o PL nº. 1.151/95, centrado em interesses econômicos e com pouca preocupação sobre a afirmação da diferença e a possibilidade de geração de auto-respeito.

Não se pode, contudo, dogmatizar a distinção entre interesses e combate ao desrespeito, ou encarar tal distinção com olhos ingênuos que pretendam hipertrofiar um dos lados. O que se impõe não é indagar se o projeto e as RDP defendem interesses ou se defendem o combate ao desrespeito, sob pena de incursão em um neo-conservadorismo que se baseia em jogos de distinções para a manutenção de um *status quo*, que nem satisfaz interesses nem permite auto-respeito.

Até mesmo porque no debate sobre reconhecimento não se pretende excluir a possibilidade de criação de um instituto<sup>13</sup> jurídico apto a regular a proteção apenas de aspectos financeiros de relacionamentos<sup>14</sup>, sob pena de incorrer em padronização das diferenças, por meio de uma leitura redutora, conforme Slaughter<sup>15</sup>:

Mais importante, contudo, o pluralismo diminui o poder da diferença ao tratar todas as diferenças como iguais, quando em termos de posicionamento social, elas não são.

A citação acima trabalhada no bojo do presente ensaio não possui como objetivo contrariar as possibilidades de inclusão e reconhecimento oriundas de uma interpretação pluralista, mas atentar para a necessidade de que o debate sobre igualdade e inclusão não se

---

<sup>12</sup> Para um aprofundamento nesse debate, ver RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

<sup>13</sup> Instituto não pode ser entendido aqui a partir de uma leitura dogmática que o interprete como algo estanque e fechado, mas entendido como um ponto de regulamentação do direito aberto a re-significações e reconstruções.

<sup>14</sup> Nesse sentido, interessante observar o posicionamento adotado pela Holanda; na medida em que reconheceu às relações homossexuais o direito ao casamento, permitiu também a utilização das RDP por qualquer par, independentemente de sexo ou orientação sexual, conduzindo assim a uma maior abertura à diferença. Detalhes sobre a organização do direito de família holandês podem ser obtidos no sítio eletrônico do ministério da justiça daquele país, em [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

<sup>15</sup> SLAUGHTER (1998:378), livre tradução do original.

pode dar apenas em um plano abstrato, mas em um contexto de abertura à dinâmica social, conforme será mais adequadamente abordado adiante.

Reitera-se, portanto, que o cerne desse debate não é uma análise de ponderação entre interesses e luta contra desrespeito (em que pese a relevância de sua abordagem), mas a possibilidade de inclusão capaz de ser gerada pelo constitucionalismo.

Para abordar essa temática é necessário, primeiramente, pensar sobre qual inclusão se deseja. Essa inclusão certamente não pode se basear em um delineamento, promovido por uma comunidade fechada, dos limites da diferença. Caso contrário estaria a ser gerada uma inclusão guetificada, sem autonomias pública nem privada, que ao invés de incluir, integra a diferença em limites que a sufocam, não permitindo seu exercício e, acima de tudo, não a reconhecendo.

A integração acaba por conduzir a uma diferença que só é tolerada<sup>16</sup>, mas não é reconhecida, e só é tolerada quando da submissão a uma igualdade de visão de mundo que, paradoxalmente, a exclui.

Se a humilhação está ligada à invisibilidade<sup>17</sup>, a inclusão guetificada, a integração da diferença<sup>18</sup>, que juridiciza a diferença para limitá-la e padroniza-la, pode no máximo ser uma visão míope.

### **3 A igualdade na diferença**

Contra a cegueira da visão e a visibilidade míope, parte-se de uma inclusão protagonizada pelos diversos atores que a pretendem, sem incorrer em uma visão homogeneizante ou que transforme os movimentos sociais em únicos portadores do discurso de inclusão.

O reconhecimento pelo direito que permita uma inclusão autônoma passar por

[...] direitos que garantam a todos os cidadãos igual acesso a ambientes culturais, relações interpessoais, e tradições – na medida em que esses são elementos materiais para a formação ou manutenção de suas respectivas identidades pessoais.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. HABERMAS (2003).

<sup>17</sup> Cf. HONNETH (2005:3).

<sup>18</sup> Cf. HABERMAS (1998).

<sup>19</sup> HABERMAS (2003:10), livre tradução

A partir dessa visão se constata que o PL 1.151/95 não é suficiente para permitir igual acesso dos homossexuais à possibilidade de reconhecimento pelo direito de suas relações afetivas e o conseqüente sentimento de auto-respeito por isso gerado. O projeto nega aos homossexuais a proteção de suas relações enquanto relações afetivas, delimitando-as apenas como relações econômicas, contratuais, restando assim rotuladas com um status inferior quando consideradas perante os relacionamentos heterossexuais.

Revela-se assim a possibilidade de as *Registered Domestic Partnerships* serem utilizadas para denegar autonomia e reconhecimento, em que pese satisfazerem interesses econômicos. Essa possibilidade de instrumentalização conservadora da pretensão homossexual ficou clara na aprovação do projeto suíço de união civil entre pessoas do mesmo sexo. Ao mesmo tempo em que passou a permitir contratos entre casais homossexuais, com a finalidade de construção conjunta de patrimônio e utilização de benefícios previdenciários, proibiu expressamente a adoção de crianças por aqueles que assinarem tal contrato; além disso, proibiu que no caso de casais de lésbicas, sejam realizados tratamentos de inseminação artificial por qualquer das parceiras.

A lei suíça instituiu então que a diferença, nesse caso a diferença por orientação sexual, só pode existir dentro de limites determinados e só pode ser reconhecida<sup>20</sup> se tiver sua autonomia violada. A diferença “amarrada” não condiz com a possibilidade de participação discursiva na formação da vontade em iguais bases, na medida em que afeta a autonomia privada, ao delimitar qual o grau de envolvimento e construção de uma vida em comum podem os homossexuais ter reconhecidos como direito, prejudicando, dessa maneira, o exercício da autonomia pública pelos homossexuais, na medida em que acabam sendo reconhecidos como “cidadãos de segunda classe” privados de direito e, conseqüentemente, com seu auto-respeito violado. A diferença é transformada em desigualdade.

É interessante observar que mesmo o acesso a semelhantes direitos pode ocorrer de forma excludente e desigual, conforme ocorre no caso inglês, por meio da criação de um instituto que dispensa aos casais homossexuais as mesmas conseqüências jurídicas dispensadas ao casamento, mas não o reconhece como tal.

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.

---

<sup>20</sup> O termo “reconhecida” é utilizado aqui em um sentido fraco, quase denotativo, na medida em que uma pseudo-inclusão, uma integração nos termos de HABERMAS (1998), não propicia reconhecimento.

Conforme trabalha Buckel<sup>21</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.

Como se observa, o reconhecimento não trata apenas da concessão de um pacote de direitos, em que pese essa concessão ser importante e contribuir em parte com o objetivo de melhoria de vida dos indivíduos empenhados na busca por reconhecimento de suas pretensões morais. A concessão de um status jurídico que não conduza a redução também se demonstra essencial, segundo Honneth, para a geração de auto-respeito e exercício autônomo de pretensões.

Demonstrada a importância do direito para a luta por reconhecimento, por meio de sua inclusão que permite a autonomia e a construção de auto-respeito, cabe indagar como o constitucionalismo moderno, com suas premissas de governo limitado, aderência ao Estado de Direito e proteção aos direitos fundamentais, pode lidar com tais pretensões.

Nesse sentido, Michel Rosenfeld apresenta uma proposta hábil para o estabelecimento de diálogo entre as diferentes concepções sobre o bom e identidades existentes na sociedade, sem que seja necessária a adoção de uma dessas como dominante. Baseia-se para isso na idéia de abertura do sujeito constitucional e no respeito à igualdade baseada na diferença.

A identidade do sujeito constitucional é entendida como aberta, incompleta, em um processo contínuo de inclusão e exclusão de identidades aptas a serem albergadas pelas disposições constitucionais em um processo ininterrupto de construção e concordante com o constitucionalismo.

À primeira vista, tal leitura sobre o sujeito constitucional poderia levar a uma compressão que visse na incompletude uma fraqueza ou na abertura uma demonstração da dispensabilidade de se trabalhar tal sujeito. Essa compreensão se demonstra equivocada, na medida em que a possibilidade de abertura para o futuro e para novas demandas e pretensões

---

<sup>21</sup> BUCKEL (2005:79), tradução livre.

a ser apresentadas propiciada pela reconstrução e pela determinação apenas parcial do sujeito constitucional<sup>22</sup>, constituem significativa força para o constitucionalismo lidar com novos problemas que lhe são apresentados.

O processo de reconstrução permite assim a abertura e o diálogo da identidade constitucional com as demais identidades existentes na sociedade, propiciando dessa forma a abertura do direito à luta por reconhecimento.

O reconhecimento do outro, pelo direito, como um membro da comunidade com igual respeito e iguais possibilidades de atuação na formação coletiva da vontade, perpassa pelo reconhecimento de sua identidade como componente da identidade plural do sujeito constitucional.

Como se pôde observar no debate sobre a rotulação inferiorizante promovida pelas RDP e pelo modelo britânico de união civil, não há, nesses institutos, a ampliação da identidade constitucional rumo à inclusão da homossexualidade (ou da identidade homossexual), na medida em que se verifica a criação de uma cidadania de segunda classe. Há apenas a promoção da tolerância e a tolerância não reconhece outras identidades.

Tal afirmação se revela mais clara quando se atenta para as etapas, práticas, procedimentos envolvidos no reconstruir contínuo da identidade do sujeito constitucional, notadamente a negação, a metáfora e a metonímia, que interagem entre si.

A negação<sup>23</sup> abarca um momento de exclusão de todas as identidades pré-constitucionais (chamado de momento negativo) para a posterior reinclusão seletiva (momento positivo) das identidades aptas a lidar com a pluralidade de uma forma não destrutiva.

Agindo solipsisticamente, todavia, ela não é capaz de promover uma construção do sujeito constitucional de acordo como constitucionalismo<sup>24</sup>, como pôde ser observado na reconciliação precária produzida no caso Dred Scott, que negou aos escravos seu caráter de humanidade.

Por conseguinte, a negação necessita interagir com a metáfora, que recorre a relações de similaridade e de minoração das diferenças, para permitir, no momento positivo

---

<sup>22</sup> Atente-se para que a menção à determinação parcial do sujeito constitucional pretende afirmar que a leitura vigente no presente sobre esse sujeito é aberta, precária e contingente, inserida dentro do processo contínuo de reconstrução, não podendo ser entendida como uma identidade final, conclusa ou integralmente determinada; daí a utilização da idéia de uma determinação parcial.

<sup>23</sup> Um maior aprofundamento das características individuais e interacionais de cada uma dessas “práticas” ocorre em ROSENFELD (1995).

<sup>24</sup> Cf. ROSENFELD (1995:11).

de formação da identidade do sujeito constitucional, uma maior inclusão, por meio do recurso à contra-factuality enriquecedora da factuality, conforme exemplifica Rosenfeld<sup>25</sup>:

Na verdade, não é o fato de que todos os seres humanos compartilham certas características comuns, mas antes a proposição contra-factual de que todos os seres humanos são iguais como agentes morais, que forma a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.

A metonímia, em contrapartida, participa do procedimento de reconstrução reforçando as diferenças e conduzindo à contigüidade com contextos mais amplos, a fim de permitir, por meio da interação com a negação e a metáfora, uma identidade do sujeito constitucional parcial formada com base em relevantes identidades e relevantes diferenças.

Em virtude do papel que essa interação desempenha e da tensão existente entre igualdade e diferença no processo da determinação parcial da identidade, Rosenfeld<sup>26</sup> observa que

[...] cada passo [na reconstrução da identidade] deve ser medido, a fim de balancear metáfora e metonímia, para que se evitem os perigos gêmeos de uma identidade demasiadamente restritiva ou de uma diferença insuficientemente reprimida.

Ora, o que ocorre nas RDP e na união civil britânica é exatamente a restrição em demasia da identidade, na medida em que, a partir da diferença de orientação sexual, consolida-se a exclusão dos homossexuais do usufruto dos mesmos direitos e status jurídico destinado a parceiros heterossexuais, negando-se o reconhecimento quando da afirmação de sua não pertinência à identidade do sujeito constitucional.

A metonímia, que nesse caso ressalta a diferença de orientação sexual como diferença necessária de restrição, não apta ao momento positivo de reinclusão na identidade do sujeito constitucional, acaba por não atentar para a contigüidade com um contexto de Estado Democrático de Direito que a discussão jurídica sobre o casamento deve ter.

O Estado Democrático de Direito<sup>27</sup> objetiva permitir a conciliação entre o respeito a garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão, conduzindo a uma concepção de cidadania que entende o público como uma esfera de atuação do indivíduo

---

<sup>25</sup> ROSENFELD (1995:12), livre tradução.

<sup>26</sup> Ibid., p. 17.

<sup>27</sup> Um debate mais aprofundado na literatura brasileira sobre os modelos de Estado desenvolvidos ao longo da experiência constitucionalista conforme trabalhados por Jürgen Habermas, observar CARVALHO NETTO (1999) e CARVALHO NETTO (2001).

na coletividade e compreende a legitimidade baseada com base na igual consideração da autonomia pública e privada, sem a hipertrofia ou privilégio de uma em detrimento da outra.

Isso porque o sujeito só adquire autonomia na medida em que pode compreender a si mesmo como autor dos direitos ao qual se submete e só é capaz de deliberar sobre esse direito quando possui a garantia de direitos individuais; a autonomia pública e a autonomia privada, apesar de distintas, não são mais antagônicas, mas interdependentes, sendo ambas violadas em virtude da negação do direito à igual proteção de relacionamentos afetivos desenvolvidos na esfera privada, o que conduz a um rebaixamento no panorama de atuação na esfera pública.

O tratamento desigual à diferença fere a autonomia e demonstra a tensão existente entre diferença e igualdade. Mas sobre qual igualdade se fala? Será possível pensar no respeito à diferença sem falar na igualdade? A diferença não pode ser pensada por meio da igualdade?

O que se pretende ao invés da submissão da diferença a igualdade que rotula a diferença como desigualdade é a utilização de uma igualdade que só consegue se afirmar a partir do respeito à diferença, igualdade entendida não de uma maneira limitadora, mas que seja igual exatamente por possibilitar o exercício da autonomia a vivência da diferença sem um tratamento desigual e inferiorizante pelo direito.

Nessa direção, Rosenfeld trabalha a igualdade constitucional a partir do constitucionalismo e do modelo de Estado Democrático de Direito, calcado na contrariedade de um abstracionismo normativo, que considera as 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>28</sup>.

Essa idéia é desenvolvida a partir da elaboração de três graus de igualdade. Observe-se que essa divisão em graus não conduz necessariamente a uma superioridade, uma hierarquia entre os diferentes graus, tampouco conduz à noção de superação, por exemplo, dos graus 1 e 2 pelo grau 3. O que ocorre é que cada grau lida com situações de complexidades distintas, sendo às vezes determinado grau insuficiente para a concretização da igualdade de acordo com o constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito em situações concretas.

---

<sup>28</sup> ROSENFELD (2003:79).

O grau 1 consiste no entendimento da diferença como desigualdade, na qual a diferença é entendida como justificadora de um necessário tratamento desigual. Tal leitura da igualdade se revela inadequada para abordar a questão homossexual no atual estágio do constitucionalismo, haja vista que parte de visões totalizantes e excludentes sobre aspectos da autonomia privada do indivíduo, a exemplo da orientação sexual.

O segundo grau (grau 2) baseia a igualdade na identidade, em que 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, como por exemplo, o igual tratamento a membros de uma mesma categoria profissional, mas insuficiente, por exemplo, para questões de orientação sexual e de gênero.

Um exemplo<sup>29</sup> 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.

Não há como falar, por exemplo, de licença-maternidade em uma igualdade grau 2, em que a partir de um abstracionismo (que trata homens e mulheres como iguais) há a inclusão da mulher em uma identidade e em tratamento igualitário, porém, em virtude do próprio abstracionismo, as particularidades são desprezadas e acaba por se conduzir a um panorama de desigualdade.

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. É o que se verifica no grau 3 de igualdade, 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 diferença 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

---

<sup>29</sup> A questão feminista no Estado Democrático de Direito e o diálogo com as diferentes formas de leitura da igualdade pode ser observado em HABERMAS (2004).

igualitário, tem-se a idéia de que qualquer pessoa deve ser tratada em proporção a suas necessidades e aspirações<sup>30</sup>.

A igualdade como diferença vê sua promoção baseada no exercício de um pluralismo abrangente<sup>31</sup> (*comprehensive*) que dialoga com a própria abertura do sujeito constitucional, possuindo 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.

Dessa forma, a igualdade pela diferença, em virtude do respeito às autonomias e do tratamento da diferença como diferença não-desigual, permitindo abertura às interações sociais, se revela mais apta a dialogar com a contínua reconstrução da identidade do sujeito constitucional, possibilitando, dessa maneira, uma maior perspectiva de inclusão e reconhecimento da diferença.

Conforme essa visão e conforme trabalhado ao longo do texto, se verifica que a extensão do casamento a casais homossexuais se demonstra mais hábil para lidar com a igualdade pela diferença e, conseqüentemente, com o reconhecimento, do que as RDP e o modelo inglês, na medida em que encara a proteção de relacionamentos homossexuais não como apenas a concessão de um amontoado de direitos voltados para a proteção financeira, mas como o reconhecimento de igual status a essa espécie de relação.

Desvela-se dessa forma a questão de fundo na discussão, que não diz respeito estritamente ao casamento, mas à possibilidade de autonomia do outro, de ver sua diferença, no atinente à orientação sexual, respeitada, ao mesmo tempo em que pode, exatamente por ter sua diferença respeitada no âmbito da autonomia privada e ser reconhecido como um igual participe na formação discursiva da vontade no âmbito público, decidir pela adesão ou não a institutos conservadores.

A extensão do casamento a partir da idéia de igualdade pela diferença propicia maior inclusão sem guetificação, na medida em que rompe delimitações indevidas verificadas

---

<sup>30</sup> ROSENFELD (2003:73).

<sup>31</sup> Ibid.

nas outras formas de regulamentação das relações homossexuais, haja vista não delimitar arbitrariamente até que ponto pode ser a diferença diferente.

#### **4 Conclusão**

A partir da análise desempenhada, pode-se constatar a insuficiência do projeto de união civil entre pessoas do mesmo sexo (tanto em sua versão RDP quanto em sua versão inglesa) perante o constitucionalismo, por não promover o reconhecimento dos homossexuais, na medida em que viola suas autonomias pública e privada por meio de um status rebaixador e conduz a uma integração que não inclui, por não reconhecer a identidade homossexual como integrante da identidade do sujeito constitucional.

Não se pretende com isso afirmar ser irrelevante a luta do movimento GLBT brasileiro pela aprovação do PL 1.151/1995. O projeto pode ser importante para regulação de interesses e aspectos econômicos de casais homossexuais que não tenham interesse na utilização de um instituto mais rígido como o casamento, todavia, por promover uma cidadania de segunda classe, não pode ser encarado como apto a gerar inclusão ou reconhecimento.

Para esse fim, o casamento homossexual se revela mais adequado. A importância da extensão do casamento a pares homossexuais não reside apenas na possibilidade de desfrute dos direitos associados ao casamento (tais como utilização do nome do parceiro, adoção, inclusão em planos previdenciários e de saúde como dependente, dentre outros), mas ao reconhecimento de que tal relação possui o mesmo status que uma relação heterossexual, por serem ambas as relações desenvolvidas por iguais agentes morais, os quais vêm o desenvolvimento de sua esfera privada respeitada pela proteção de suas relações afetivas, conduzindo a igual respeito a seu posicionamento dentro da esfera pública, por meio da mencionada garantia de desenvolvimento privado.

Isso não significa que o casamento homossexual seja um ponto final da luta por reconhecimento pelos homossexuais, haja vista a existência de demandas voltadas não apenas para um reconhecimento jurídico, mas também social.

Ademais, há de se observar que a identidade do sujeito constitucional está em um processo de reconstrução contínuo, com movimentos de exclusão e inclusão e que o reconhecimento do casamento homossexual não pode ser entendido como uma garantia, como uma consolidação não passível de alteração, rejeição por uma outra identidade constitucional

parcialmente determinada ou pela manipulação da utilização do reconhecimento contra o próprio reconhecimento, de maneira semelhante à utilização dos interesses contra os próprios interessados, ocorrida na RDP suíça.

Artigo recebido em agosto de 2006

Aceito para publicação em fevereiro de 2007

### Referências

BUCKEL, David. S. Government Affixes a Label of Inferiority on Same-Sex Couples When It Imposes Civil Unions & Denies Access to Marriage. *Stanford Law & Policy Review*, v.16, n. 1, 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.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Faticidade e Validade: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto.

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

\_\_\_\_\_. 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.** New York: I. COM, v. 1, n. 1, p. 2-12. 2003.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais.** Tradução de Luiz Repa .São Paulo: Editora 34, 2003.

\_\_\_\_\_. **Invisibility: On the epistemology of Recognition.** Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/pdf/Texto%20Prof.%20Honneth.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2005.

MILOVIC, Miroslav. **Comunidade da Diferença**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROSENFELD, Michel. *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. American Constitutionalism Confronts Denninger's New Constitutional Paradigm. *Constellations*, v. 7, n. 4, p. 529, dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Hacia una Reconstrucción de La Igualdad Constitucional. In: *El Principio Constitucional de igualdad: Lecturas de introducción*. Miguel Carbonell (Org.). México: Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Identity of the Constitutional Subject*. *Cardozo Law Review*, New York, jan. 1995.

SAJÓ, Andrés. Preferred generations: a paradox of Restoration Constitutions. In: *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 335-351.

SLAUGHTER, M.M. The multicultural self: questions of subjectivity, questions of power. In: ROSENFELD, M. (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 369-380.

## Abstract

### Resumo

O ensaio, a partir do diálogo com a idéia de reconhecimento, desenvolvida por Axel Honneth, pluralismo abrangente no constitucionalismo, de Michel Rosenfeld e a abordagem de Jürgen Habermas ao Direito, trata da problemática da proteção jurídica às relações entre pessoas do mesmo sexo.

Aborda, para isso, as experiências internacionais acerca do tema, a tradição constitucionalista e o projeto de lei existente no Brasil para disciplinar tais relações, demonstrando a necessidade de condução do debate a partir de uma leitura de igualdade que permita a proteção à diferença.

**Palavras-chave:** Proteção jurídica das relações entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Pluralismo abrangente. Proteção à diferença.

This essay is based on ideas of Axel Honneth's recognition, Michel Rosenfeld's comprehensive pluralism in constitutionalism, and Jürgen Habermas' approach on law. It discusses the question of juridical protection to same-sex relationships. This discussion is made by approaching international experiences about the theme, in collaboration with both the constitutionalism tradition and a statute project in Brazil. The debate points out the necessity of a discussion based on the equality principle that allows protection regarding differences.

**Keywords:** Juridical protection for same-sex relationships, Recognition, Comprehensive pluralism. Protection to differences