



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

O que uma Constituição constitui? Uma discussão sobre a igualdade constitucional a partir da união estável entre pessoas do mesmo sexo

What does a Constitution constitute? A discussion about constitutional equality based on the stable union between people of the same sex

Raphael Peixoto de Paula Marques

Resumo: O presente artigo procura analisar a possibilidade da união estável homoafetiva no Brasil, a partir da interpretação do artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, dispositivo que define, para efeitos de proteção estatal, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. O objetivo principal é reorientar a discussão sobre como se deve ler o catálogo constitucional de direitos fundamentais, levando em consideração o conjunto de princípios amplos e abstratos de moral política trazidos pela Constituição Federal de 1988, os quais devem servir de base interpretativa, afastando a aplicação de regras linguísticas ou referências semânticas.

Palavras-chave: União homoafetiva; direitos fundamentais; interpretação constitucional; igualdade constitucional; direito à privacidade.

Abstract: The present article aims to analyze the viability of a stable union between homo-affective couples according to the interpretation of 226, §3º article from the 1988 Federal Constitution which defines, for the purposes of state protection, the recognition of stable union only between man and woman as a family entity. The main objective is to reorientate the discussion about how the constitutional catalog of fundamental rights should be interpreted considering the wide and abstract set of principles of moral politics brought from the 1988 Federal Constitution. These principles should serve as an interpretative base able to remove linguistic rules or semantic references when it comes to interpreting constitutional law.

Keywords: Same-sex unions; fundamental rights; constitutional interpretation; constitutional equality.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p499-511>

O QUE UMA CONSTITUIÇÃO CONSTITUI? UMA DISCUSSÃO SOBRE A IGUALDADE CONSTITUCIONAL A PARTIR DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Raphael Peixoto de Paula MARQUES*

Sumário: 1 Introdução; 2 O que uma constituição constitui?; 3 Igualdade constitucional e o direito à privacidade: para além do olhar, argumentos para ver; 4 Conclusão: olhar, ver e reparar; 5 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em *Ensaio sobre a cegueira*, o escritor português José Saramago escreve sobre um tipo de cegueira que acomete repentinamente todos os seres humanos. A deficiência visual descrita no romance não é daquela espécie que nos coloca nas trevas; ao contrário, ela é uma cegueira *branca* que, no fundo, representa uma alegoria à falta de solidariedade e sensibilidade da sociedade contemporânea. Em sua obra, Saramago nos convida a refletir sobre nossa condição moral na atual modernidade da sociedade, lembrando sempre a responsabilidade de “ter olhos quando os outros os perderam.” (2004, p. 241). Essa advertência não se resume a simples capacidade de *olhar*, mas exige, também, uma sensibilidade para *ver*. E sendo capaz de *ver*, deve-se *reparar*. Não apenas no sentido de observar os detalhes e significados das coisas, mas, sobretudo, no sentido de correção, de recuperação, de compensação, do **quê** e de **quem** foi injustamente excluído, recusado, privado.

A metáfora da cegueira é útil para analisar a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por muito tempo, a orientação sexual era tematizada não como diferença a ser reconhecida pelo Direito, mas como imposição valorativa de uma maioria heterossexual. O preconceito e a exclusão eram ditados por uma espécie de cegueira que estabelecia e institucionalizava um tipo de *invisibilidade* social e jurídica.¹

O debate em torno do direito a não ser discriminado pela orientação sexual alcançou, inclusive, a Assembleia Constituinte de 1987-1988. Segundo José Afonso da Silva, tentou-se introduzir, no processo constituinte, uma norma que vedasse a discriminação dos homossexuais, “mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual. (...) Teve-se receito de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros.” (2005, p. 224).

Vale lembrar que, menos de dois anos depois da promulgação da Constituição, em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a *homossexualidade* da Classificação Internacional de Doenças, declarando que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. O mesmo já tinha sido feito pelo Conselho Federal de Medicina no ano de 1985. O Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, editou em 1999 uma resolução determinando aos profissionais da área que não exercessem “ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas” (CFP, 1999).

* *Doutorando (2013) e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB (2011). Especialista em direito constitucional contemporâneo pela UnB (2007). É integrante dos grupos de pesquisa “Percurso, narrativas e fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo”; (UnB/UFSC) e “Direito e História: políticas de memória e justiça de transição”; (UnB). É membro da Advocacia-Geral da União.*

¹ Forma de invisibilidade que não envolve evidentemente uma ausência no sentido físico, mas uma não existência no sentido social e jurídico. Cf. HONNETH, 2001; CITTADINO, 2005.

Não obstante essa mudança gradual de mentalidade, o que restou assentado no *texto* do art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, foi que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Como ler essa disposição constitucional? Como conciliar uma interpretação literal, que caminharia para uma exclusão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com o direito à liberdade e à igualdade previstos no art. 5º da Constituição brasileira? Qual o conceito de família implícito no art. 226? Afinal, o que uma constituição constitui? Há vedação expressa na legislação infraconstitucional? Essas são algumas indagações que devemos responder antes de se posicionar sobre o tema.²

2. O que uma constituição constitui?

De início, quero assinalar que interpretar a Constituição não é a mesma coisa que interpretar uma lei, uma resolução ou uma portaria. Todos sabemos, até mesmo vivencialmente, que a Constituição é uma aquisição evolutiva da modernidade que estabelece uma assimetria no Direito, servindo de medida de conformidade ou não-conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos (LUHMANN, 1996). Para ser mais direto: levar a sério a Constituição é considerar que tipo de documento ela é, o que ela constitui e qual a sua hierarquia dentro do sistema jurídico. Para falar com Paulo Bonavides, “ontem, o Código, hoje, a Constituição.” (2004, p. 114).

Para esse fim, necessário o esclarecimento da concepção de Constituição que estou adotando. Seguindo a linha de Ronald Dworkin, entendo que a concepção que faz jus à nossa história constitucional, dando continuidade, à melhor luz, ao desenvolvimento permanente dos ideais de igualdade e liberdade, seja uma concepção abstrata e principiológica de Constituição (2003, p. 165-206). Uma Constituição não é uma apólice de seguros ou um contrato de arrendamento mercantil, mas um documento que constitui uma comunidade fundada sobre princípios que se alicerçam sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e liberdade de todos e de cada um de seus membros (CARVALHO NETTO, 2007). Como bem ensina Menelick de Carvalho Netto,

(...) esse conteúdo quando incorporado ao Direito como direitos fundamentais, como princípios constitucionais, ou seja, como a igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, bem como, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar, como histórica e muito concretamente pudemos aprender, a **igualdade do respeito às diferenças**, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertencamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, devemos nos respeitar ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças. (2007).

Dessa forma, pode-se reorientar a discussão sobre como se deve ler o catálogo constitucional de direitos fundamentais, na medida em que, se a Constituição consiste em um conjunto de princípios amplos e

² Gostaria de esclarecer que o presente texto concentra-se na análise da possibilidade da união estável homoafetiva. Todavia, tal fato não inviabiliza a defesa, também, da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, como lembra Nancy Fraser, “o que não seria justificado, ao contrário, é uma abordagem como o Pacs francês ou a lei da união civil no estado de Vermont, nos Estados Unidos, que estabelece um segundo status legal, paralelo, de parceria doméstica, que não consegue conferir todos os benefícios simbólicos ou materiais do casamento, ao mesmo tempo em que reserva esse último e privilegiado status exclusivamente para casais heterossexuais. Embora tais reformas representem um claro avanço em relação às leis existentes e possam criar apoio em campos táticos como medidas transitórias, elas não satisfazem as exigências de justiça tal como entendida pelo modelo de status” (FRASER, 2007, p. 127-128). Sobre o direito de casar dos homossexuais, Cf. NUSSBAUM, 2009.

abstratos de moral política, a correta aplicação desses princípios a casos particulares depende de uma **questão interpretativa** e de uma percepção de moralidade política da comunidade, e não de uma simples regra linguística ou referência semântica. É por isso que a distinção entre direitos constitucionalmente enumerados e direitos constitucionalmente não enumerados – ou direitos expressos e direitos implícitos – não tem o menor sentido (DWORKIN, 2006; 1992). Ora, qual o significado de “vida”, “igualdade”, “liberdade” ou mesmo “dignidade humana”? Quem pensa que do simples sentido das palavras “direito à vida” pode-se concluir pela possibilidade de pesquisa com células-tronco? E a adoção do sistema de cotas no ensino público para negros do princípio da “igualdade”? Será que o direito à liberdade de expressão autoriza o discurso de ódio contra judeus? Ou a possibilidade de fornecimento gratuito de remédios que não constam da lista do SUS com base no “direito à saúde”? Todos esses casos foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e demonstram que em nenhum deles o resultado decorre da semântica das palavras, mas de uma prática interpretativa orientada por princípios que atualizam e perenizam o sistema, sempre aberto e incompleto, dos direitos constitucionais. Nesse sentido, **“os direitos fundamentais somente podem pretender-se permanentes precisamente porque somos capazes de relê-los de uma perspectiva sempre e cada vez mais inclusiva.”** (COSTA, 2008, p. 03).

Partindo dessa premissa, por que negar a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, se a própria Constituição, que é por natureza um documento dinâmico e sempre inconcluso, não o faz expressamente? Aqui, levo em conta que

(...) é justamente pelo caráter abstrato e universal da linguagem em que se expressam constitucionalmente esses direitos fundamentais que é possível a sua ampliação mediante a explicitação em lei do que agora eles significam para nós. Torna-se claro agora, para nós, que o reconhecimento dessa diferença específica como direito à igualdade **sempre esteve autorizado pela afirmação desses princípios, nós que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada.** Dessa sorte é que **essa explicitação** mediante lei, atuação administrativa ou decisão judicial, na verdade, **não altera a Constituição**, apenas explicita o patamar alcançado por nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição, comprovando o sucesso vivo e pulsante do que ela constituiu. (CARVALHO NETTO, 2007).

A própria Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, §2º – dispositivo que remonta à Constituição de 1934 – uma cláusula de abertura “de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de *direitos* que se propõem no horizonte da acção humana.” (CANOTILHO, 2003, p. 404)³:

Art. 5º. (...).

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem** outros decorrentes do **regime** e dos **princípios** por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Constituição, portanto, não se resume apenas à literalidade dos seus textos. Textos constitucionais sozinhos significam muito pouco; eles apenas inauguram o problema do Direito.⁴ A coerência e o caráter

³ Como afirma Menelick de Carvalho Netto e Judith Karine, “o §2º do art. 5º é um exemplo disso: igualdade e liberdade são um processo aberto. Mesmo quem hoje não é percebido como titular de direito, amanhã pode passar a ser, por decisão judicial, por prática legislativa, por política pública do executivo, etc. E somente há liberdade para refazer a forma interpretativa do art. 5º porque, na verdade, este conteúdo sempre esteve lá. O que há, portanto, não é alteração, mas cumprimento” (KARINE; CARVALHO NETTO, 2008).

harmônico do ordenamento jurídico não se dão no plano das normas gerais e abstratas, mas no plano de sua aplicação às situações concretas, através do conjunto de decisões administrativas e judiciais que desenvolvem esse patrimônio constitucional. Sugiro, desse modo, que entendamos a Constituição como um *projeto* sempre inacabado, de aprendizado permanente, que deve ser constantemente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. “Se não, não é Constituição.” (CATTONI DE OLVEIRA, 2007, p. 75-76).⁵ Essa característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas:

Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de **atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos** estatuído no documento da constituição. (...) O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma **explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais**. (...) Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de **tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos**. (2003, p. 164).⁶

Sem embargo de tudo o que foi dito, pode-se questionar: diante dessa abertura e generalidade, então, vale tudo? Quais são os limites que a Constituição impõe ao intérprete no desenvolvimento do catálogo de direitos fundamentais? Como insiste Dworkin, devemos “deixar de lado a infrutífera busca por restrições mecânicas ou semânticas e buscar as verdadeiras restrições no único lugar onde de fato poderão ser encontradas: em bons argumentos.” (2006, p. 131). Por outro lado, é óbvio que uma leitura principiológica da Constituição não fornecerá uma fórmula ou método para garantir que todos os aplicadores e intérpretes do Direito cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes. Ao contrário, e de acordo com o que afirma Dworkin, devemos aceitar o fato de que sempre se discordará, às vezes profundamente, acerca das exigências da igualdade de consideração e da idéia de liberdade. Devemos insistir, portanto, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre os direitos fundamentais e sobre o papel da Constituição, os juízes, os administradores e os aplicadores do Direito em geral, também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da idéia de **integridade**, nas decisões que tomam (DWORKIN, 2003).⁷ Quais são as dimensões dessa exigência de integridade?

⁴ Como registra Michel Rosenfeld, “pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis” (2003a, p.18).

⁵ Em sentido semelhante, cf. CHRISTENSEN, 2000, p. 42; ZAGREBELSKY, 2005, p. 86; 91; ROSENFELD, 2003a, p. 18-19; HABERMAS, 2003, p. 153-173; RABENHORST, 2001, p. 40-41; 45-49.

⁶ Conforme Rosenfeld, “para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”. No entanto, “dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (2003a, p.18).

⁷ Sobre essa exigência, vale registrar que “nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprovou ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista ad hoc de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial [assim como a decisão administrativa] deve ser uma **questão de princípio**, não de conciliação, estratégia ou acordo político. (...) Em segundo lugar, (...) a integridade se afirma **verticalmente**: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz [assim como o administrador ou aplicador do Direito] deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma **horizontalmente**: um juiz [ou mesmo a Administração Pública] que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, e mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (DWORKIN, 2003, p. 204).

Partindo do princípio da integridade e de suas dimensões, tentarei, abaixo, demonstrar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com o princípio da igualdade constitucional e protegida pelo direito à privacidade, além de estar amparada pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre, especialmente, o princípio da dignidade humana e pelas demais decisões administrativas no âmbito da Administração Pública Federal.

3. Igualdade constitucional e o direito à privacidade: para além do olhar, argumentos para ver

O que diz a Constituição Federal sobre a igualdade? Uma leitura do art. 226 que exclua a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com as demais disposições constitucionais? Uma breve lida na nossa Carta Magna mostra que o princípio da igualdade e a proibição de discriminação foram ideais expressamente protegidos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como **fundamentos**:

(...)

II - a **cidadania**;

III - a **dignidade** da pessoa humana;

(...)

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

se encontra no cerne de nossa história. Não obstante, a disciplina da integridade é formidável". (DWORKIN, 2003. p. 203-205).

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, a mera previsão textual da “igualdade de todos perante a lei” não é suficiente. Quando dizemos que todos os seres humanos são iguais, a despeito de raça ou sexo, estamos afirmando exatamente o quê? Implica tratar todos de maneira absolutamente igual? Ou autoriza o tratamento diferenciado em determinados casos? Sabemos, hoje, que um Estado que se diga “constitucional” e “democrático” pressupõe o pluralismo⁸ como base constitutiva da sociedade contemporânea – e inclusive, da própria idéia de igualdade⁹ – e, por isso, não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários de vida boa que conformam esse mesmo pluralismo (GUALUPPO, 2001, p. 53). Logo, é preciso reconhecer que a assertiva de que todos são iguais, encontrada em grande número de Declarações de Direitos, Tratados ou Constituições, “não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral.” (VIEIRA, 2006, p. 282).¹⁰

Sendo assim, conclui-se que a igualdade não é mais que um *ideal inalcançável*, na medida em que, não sendo de fato todas as pessoas “iguais”, o seu conteúdo é construído a partir de uma tensão permanente entre identidade e diferença. Nesse contexto, o que ordinariamente se inclui sob o âmbito da igualdade constitucional são certas proibições contra a desigualdade, ou mais precisamente contra *algumas desigualdades*. Segundo Michel Rosenfeld (2006), a luta pela igualdade se dá a partir de um processo dialético de três diferentes etapas, que marcaram a progressão lógica da desigualdade ao ideal de igualdade constitucional: a) diferença como desigualdade; b) igualdade como identidade; e c) igualdade como diferença.

Na primeira etapa desta dialética, a diferença tem como correlato a desigualdade – isto é, aqueles que são caracterizados como diferentes são tratados legitimamente como inferiores ou superiores, dependendo de sua posição na hierarquia. Na segunda etapa, a identidade tem como correlato a igualdade, de forma que todos têm direito a ser tratados de forma igual, desde que reúna certos critérios adotados como critérios de identidade. Finalmente, na terceira etapa, a diferença tem como correlato a igualdade, já que qualquer pessoa será tratada na proporção de suas necessidades e aspirações. (2003b).

De acordo com isso, uma noção contemporânea de igualdade constitucional só pode significar – devido, principalmente, ao caráter plural das concepções éticas existentes – uma oscilação entre os estágios da

⁸Como bem lembra Michel Rosenfeld, em uma sociedade completamente homogênea o constitucionalismo seria supérfluo (ROSENFELD, 1998. p. 4).

⁹Como ressalta Marcelo Neves, “outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade (2001. p. 334).

¹⁰Em sentido idêntico, SINGER, Peter. Ética prática. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26-27.

igualdade como identidade e da *igualdade como diferença*.¹¹ No que toca à possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, qual seria o modelo mais adequado? Suprimir as diferenças (heterossexual x homossexual) a partir da ideia de igualdade como identidade? Ou evidenciá-las, a partir da igualdade como diferença? Já que não se trata, aqui, de um problema relacionado, pelo menos diretamente, a questões de redistribuição, mas sim de reconhecimento¹², certamente a aplicação do modelo de igualdade que faz justiça para o caso é a de igualdade como identidade, já que a utilização, aqui, de um raciocínio metafórico¹³ possibilita que se alcance um nível de abstração no qual, pelo menos para efeito de questões vinculadas aos usuais direitos de família, não sejam reconhecidas diferenças juridicamente relevantes entre as duas situações factualmente diversas. Como ressalta Rosenfeld,

Superar a crença de que a homossexualidade supõe uma ameaça à sociedade, tornando possível a igualdade dos homossexuais, requer uma aproximação multifacetada para combater os prejuízos e outras percepções. Sem embargo, o que é crucial, para nossos propósitos, é **a necessidade de reorientar o discurso constitucional para um nível mais alto de abstração**. Ao invés de nos centrarmos nas práticas homossexuais e nas atitudes tradicionais voltadas a eles, deveríamos ressaltar a necessidade de toda pessoa, seja heterossexual ou homossexual, em ter relações sexuais íntimas, e insistir no fato de que todos os adultos deveriam possuir a mesma capacidade de ter, na intimidade, relações sexuais consensuais com outro adulto. Obviamente, neste caso, o movimento a um nível mais alto de abstração supõe uma mudança de enfoque da homossexualidade: de uma primeira etapa da diferença como desigualdade para uma segunda etapa da igualdade como identidade. (2003b).

Desta forma, ao se suprimir as diferenças de orientação sexual, descortina-se outra possibilidade de proteção constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo: o direito à intimidade e à privacidade, que no caso da nossa Constituição foi expressamente previsto. Ao afirmar que a diferença em questão não é relevante para o reconhecimento da união estável, desloca-se a questão da orientação sexual para o âmbito da intimidade e privacidade de cada pessoa, de sorte a proteger tanto a sua autodeterminação (autonomia), quanto a sua auto realização (identidade), garantindo, assim, a cada indivíduo o direito de adotar suas próprias concepções éticas, ou seja, o direito de escolher o seu próprio modo de vida (COHEN, 1996, p. 201-202).¹⁴

¹¹ Para uma melhor compreensão desse desenvolvimento lógico, pode-se dar o exemplo das mulheres: no primeiro estágio, a diferença de sexo servia como pretexto para a desigualdade das mulheres diante dos homens; no segundo estágio, as mulheres puderam reclamar igualdade de direitos baseadas na afirmação de que homens e mulheres eram seres humanos merecedores da mesma dignidade humana. Esse estágio, no entanto, cobrou um preço alto, na medida em que apagou as diferenças particulares entre os sexos (como a gravidez, por exemplo), fazendo com que houvesse, na prática, uma nova desigualdade; por fim, no último estágio, a igualdade entre homens e mulheres só é alcançada se se reconhece, na própria lei, as diferenças existentes (a licença-maternidade maior do que a licença-paternidade, por exemplo).

¹² “Ao terem sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestação, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta. Consequentemente, o remédio para essa injustiça é reconhecimento e não distribuição” (FRASER, 2001. p. 257-258). No mesmo sentido, Cf. LOPES, 2005, p. 65-95.

¹³ Para uma análise do papel da metáfora no discurso constitucional, cf. ROSENFELD, 2003a, p. 61-67.

¹⁴ Esse aspecto é, inclusive, uma das dimensões do princípio da dignidade humana. Segundo Ronald Dworkin, “o segundo princípio da dignidade humana que mencionei, insiste que cada um de nós tem a responsabilidade pessoal na condução

A partir disso, compreender o parágrafo terceiro do artigo 226 da CF/88 como um elenco taxativo é ler a **Constituição contra a própria Constituição**. Pois, como afirma Flávia Piovesan (1998), excluir a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir do art. 226 “limita os direitos estabelecidos no art. 5º, do mesmo diploma legal, ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade.” Como criticamente ressalta Dworkin, “uma interpretação da Declaração de Direitos que afirme que um princípio moral contido num artigo é efetivamente rejeitado por outro artigo não é um exemplo de flexibilidade pragmática, mas de hipocrisia.” (2006, p. 129).

Por outro lado, enxergar o art. 226 como a instituição de um rol meramente exemplificativo das possibilidades de entidade familiar é, justamente por força do caráter principiológico e constitutivo da Constituição, uma exigência de um direito civil constitucionalizado (MORAES, 1991; PERLINGIERI, 2002; TEPEDINO, 2006; FACHIN, 2003; LOBO, 1999) e de um conceito de família totalmente repersonalizado (LOBO, 1999; TEPEDINO, 2004). Conforme observa Paulo Luiz Netto Lobo,

os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. (2002).

Se não bastarem todos esses argumentos, a interpretação que acabei de propor do art. 226 da Constituição brasileira, além de estar ancorada em ampla literatura jurídica abalizada (MEDEIROS, 2007; BARROSO, 2008; MORAES, 2000; SARMENTO, 2008; RIOS, 2002; DIAS, 2001; LEIVAS, 2002; DWORKIN, 2006), encontra guarida, também, na jurisprudência – inclusive dos tribunais superiores – e na legislação administrativa mais recente, como se demonstrará abaixo.

4. Conclusão: olhar, ver e reparar

Em uma sociedade altamente complexa como a nossa, não basta conseguir *olhar*. Devemos ter a sensibilidade e a capacidade de *ver* e, sobretudo, de *reparar* o **quê** e **quem** foi excluído e privado de ter direitos durante muito tempo. Estamos sempre a um passo, a um *apagar de olhos*, de nos tornarmos desumanos, em falta com o sofrimento e a dignidade do *outro*, seja este o negro, o índio, a mulher, o homossexual, enfim, qualquer um que pretenda que sua *diferença* seja reconhecida pelo Direito. Afinal, para falar com a poesia de Gloria Anzaldúa, “to survive in the Borderlands, you must live *sin fronteras*, be a crossroads”.

Borders are set up to define the places that are safe and unsafe, to distinguish us from them. A border is a dividing line, a narrow strip along a steep edge. A borderland is a vague and undetermined place created by the emotional residue of an unnatural boundary. It is in a constant state of transition. The prohibited and forbidden are its inhabitants. *Los atravesados* live here: the squint-eyed, the perverse, the queer, the troublesome, the mongrel, the mulato, the half-breed, the half dead; in short, those who cross over, pass over, or go through the confines of the *normal*. (1999, p. 25).

de sua própria vida, o que inclui a responsabilidade de tomar e executar decisões finais sobre o que seria uma vida boa para seguir. Não devemos nos subordinar à vontade de outros seres humanos ao tomar tais decisões; não devemos aceitar o direito de ninguém a nos forçar a aceitar uma perspectiva de sucesso que, a não ser pela coerção, nós não escolheríamos. (...) O princípio da responsabilidade pessoal autoriza o Estado a nos forçar a viver de acordo com decisões coletivas de princípio moral, mas o proíbe de ditar convicções éticas (...)” (DWORKIN, 2006b, p. 17; 21).

Dentro desse contexto, é inconcebível que, ainda nos dias de hoje, não se consiga perceber que a livre orientação sexual é um direito fundamental. E que essa específica *diferença* não pode ser usada como pretexto para discriminar ninguém. A igualdade constitucional exige, nessa questão, que utilizemos um instrumental metafórico que explora similaridades e equivalências para forjar vínculos de identidade. Como bem demonstra Michel Rosenfeld,

Assim, *todos os homens nascem iguais* certamente enfatiza as similaridades à custa das diferenças e, em um exame mais acurado, e, em última instância, pode depender mais da substituição do que da combinação. Sem dúvida, **não se trata tanto do fato de todos os seres compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais**, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo. (2003, p. 64).

É nesse sentido que os direitos fundamentais pressupõem a exigência moral, universal e abstrata do reconhecimento dos princípios da igualdade e da liberdade. O constitucionalismo moderno requer a diluição da unidade e homogeneidade típicas das sociedades tradicionais, pois somente numa sociedade complexa onde figure a distinção entre direito, moral e ética é que pode aflorar o pluralismo que lhe é inerente.

Voltando à obra de Saramago, mais especificamente no final de *Ensaio sobre a Cegueira*, um dos personagens do livro indica – logo após o término da terrível experiência de não enxergar nada – a possível causa de toda aquela repentina deficiência visual. Para ele, “penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem” (2004, p. 310). Esse é o risco paradoxal que corremos o tempo todo: de ser um cego que enxerga; de conseguir *olhar* o mundo, mas não *ver* as injustiças cometidas.

Contra esse perigo permanente, faz-se obrigatório perceber que a Constituição, ao constituir uma comunidade de princípios, deve estar sempre aberta a novas **inclusões**, isto é, a novas formas de *olhar* as injustiças cometidas pela humanidade, de forma a conseguir *repará-las*. Pois, como diz um dos personagens de Saramago, “o pior cego é aquele que não quer ver” (2004, p. 283).

5. Referências

- ANZALDÚA, Glória. *Borderlands/La frontera: the new mestiza*. São Francisco: Aunt Lute Books, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões

- constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 01, mar./maio 2007.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; COSTA, Alexandre Bernardino. Razões para comemorarmos os vinte anos da Constituição. *C&D – Observatório da Constituição e Democracia*, Brasília, n. 20, mar. 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick; KARINE, Judith. Trabalho infanto-juvenil e interpretação constitucional. *C&D – Observatório da Constituição e Democracia*, Brasília, n. 25, ago./set. 2008.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.
- CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antônio Cavalcanti et al (Org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COHEN, Jean L. *Democracy, difference and the right to privacy*. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 22 de mar. 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 59, 1992.
- _____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes: 2003.
- _____. *O que diz a Constituição*. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.
- _____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006b.
- FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2001.
- _____. *Reconhecimento sem ética*. *Lua Nova*, [s. l.], n. 70, 2007.
- GUALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003.
- HONNETH, Axel. *Invisibility: on the epistemology of recognition*. *The aristotelian society, supplementary volume*, n. 75, 2001.

- HUMAN RIGHTS WATCH, UN.Support Global Gay Rights Charter, 05 nov. 2007.Disponível em:<<http://hrw.org/english/docs/2007/11/05/global17251.htm>>. Acesso em 05 nov. 2008.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito dos Homossexuais à Tratamento Isonômico perante a Previdência Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luís Gustavo. (Org.). Homossexualidades, Cultura e Política. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 141, 1999.
- _____. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, n. 12, 2002.
- _____. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, n.24, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, a. 2, n. 2, 2005.
- LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.
- MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade.Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 1, jul./dez. 1991.
- _____. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil,Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, jan./mar., 2000.
- MOREIRA, Adilson José. As várias faces da igualdade. In: DANTAS, Bruno (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2008.
- NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 2001.
- NUSSBAUM, Martha. Right to marry? Same-sex marriage and Constitutional Law. Dissent Magazine,New York, Summer 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de mesmo sexo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel. (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998.
- _____. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003a.
- _____. *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *El principio constitucional de la igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003b.
- _____. *Equality and the Dialectic between Identity and Difference*. In: SHABANI, Omid A. Payrow (Ed.). *Multiculturalism and Law: acritical debate*. Cardiff: University of Wales Press, 2006.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. *Revista de Direito do Estado*, [s. l.], v.1, n. 2, abr./jun., 2006.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.