

# IGUALDADE, INCLUSÃO E A INEXORÁVEL (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Silvagner Andrade de Azevedo\*

Alexandre de Castro Coura\*\*

## RESUMO

O presente artigo trata do princípio constitucional da igualdade e demonstra a necessidade de constante reconstrução da identidade do sujeito constitucional em face das inesgotáveis lutas por reconhecimento verificadas na sociedade.

**Palavras-chave:** Igualdade. Identidade. Reconhecimento. Constituição.

## ABSTRACT

This paper deals with the constitutional principle of equality and demonstrates the need for constant reconstruction of identity of the constitutional subject in face of the endless struggles for recognition observed in the society.

**Keywords:** Equality. Identity. Recognition. Constitution.

---

\* Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) (orientado pelo Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura).

\*\* Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) (orientado pelo Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura).

## INTRODUÇÃO

Desde a origem dos Estados Constitucionais burgueses, o termo “povo” aparece como fonte de legitimação última para a fundação de ordens políticas. Como observa Friedrich Muller, “[...] a figura de argumentação que aparece ‘no início da Constituição’, o poder constituinte do povo, é tão antiga quanto o Estado Constitucional moderno”.<sup>1</sup>

Nesse sentido, os autores da Constituição norte-americana de 1787 iniciaram-na com uma frase envolvente e acolhedora: “*We the people of the United States...*”.<sup>2</sup> Entretanto, em breve análise é possível verificar que à época apenas alguns homens, brancos, protestantes e proprietários de terra, poderiam ser calorosamente acolhidos por essa assertiva e considerados sujeitos de direitos dentro da nova ordem política que estava se fundando.

A posição dos escravos afro-americanos encontrava-se inevitavelmente à margem do alcance constitucional estabelecido:

Com base no credo fundamental de que todos os homens – com sentido de seres humanos – nascem iguais, ‘Nós, o Povo’ deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente nos EUA em 1787. Entretanto, à medida que a Constituição de 1787 omite a escravidão, não se pode dizer com justiça que a expressão ‘Nós, o Povo’ incluía os escravos afroamericanos então vivendo nos EUA.<sup>3</sup>

Mergulhados no paradigma constitucional do Estado Liberal, de natureza burguesa, os autores da Constituição norte-americana buscavam consolidar o direito à igualdade, liberdade e propriedade, de maneira formal, não se importando com as desigualdades que de fato se apresentavam na sociedade da época, notadamente na questão racial.

Enquanto ainda vigorava a escravidão nos EUA, a Suprema Corte, para solucionar problemas relativos ao direito de propriedade sobre os escravos, resolveu a questão da desigualdade racial com a negação de pertinência dos afroamericanos à raça humana<sup>4</sup>. Assim, o “Nós, o Povo” continuava pleno e sublime, a envolver “todos os seres humanos” daquela época.

Essa proposital exclusão da identidade negra ao sujeito constitucional norte-americano irá reverberar, ao longo da História, em sangrentas lutas pela reconstrução da identidade constitucional dos negros, numa tentativa de subsumi-la à proteção do emblemático “Nós, o povo”.

Bastaram então mais 45 anos para que Barack Obama fosse eleito o primeiro presidente negro dos Estados Unidos da América, o que marca não apenas a ruptura do governo de intolerância de George W. Bush, mas também a esperança visivelmente contagiante do povo americano de que realmente uma mudança estava por se iniciar, confirmando o *slogan* de sua campanha: “*Change we can believe in*”.<sup>5</sup> A eleição de um presidente negro, até recentemente impensável, denota a transformação social pela qual o País vem passando desde sua fundação em 1787.

A evolução histórico-interpretativa do conceito de “povo” demonstra, passados mais de dois séculos desde a fundação dos Estados Unidos, a necessidade de sua desnaturalização e permanente reconstrução, pois, como observa Ralph Christenten, em introdução à obra de Friedrich Muller.<sup>6</sup>

Em conseqüência das lutas políticas, o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência de seus interesses, introduzindo-os no processo político. Durante o embate semântico da ampliação do conceito de povo, os agrupamentos inicialmente excluídos forçam a sua inclusão e produzem assim no término do processo o povo soberano idêntico consigo mesmo.

Michel Rosenfeld, ao trabalhar o conceito de povo na Constituição americana, refere-se à identidade do sujeito constitucional, atribuindo-lhe igualmente características de dinamicidade e mutabilidade. Utilizando-se das ideias e argumentos desenvolvidos pelo autor em sua obra *A identidade do sujeito constitucional*, buscar-se-ão elementos do processo de reconstrução da identidade constitucional de minorias ainda marginalizadas no discurso constitucional brasileiro, como é o caso da identidade homossexual.

## **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL**

A Constituição Federal de 1988, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelece como objetivos fundamentais da República “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.<sup>7</sup> A abertura interpretativa desse dispositivo constitucional, densificador do princípio da igualdade, permite incorporar nesse rol de preconceitos questões relacionadas com a discriminação da homossexualidade. O constituinte, por covardia ou omissão em assegurar positivamente a proteção constitucional a essas formas discriminatórias, não impediu a sua posterior inclusão.

A Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida, nas lúcidas palavras de Marcelo A. Cattoni de Oliveira.<sup>8</sup>

[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais.

No Brasil, apesar de a homossexualidade não ser considerada uma conduta ilegal, tanto nos discursos de justificação como nos de aplicação normativa, a condição homossexual apresenta-se ainda em situação de marginalidade constitucional e/ou indefinição legal.

A produção legislativa federal sobre o tema é inerte e incapaz de promover a emancipação político-jurídica de pessoas cuja orientação sexual e identidade de gênero divergem do padrão heterossexual majoritário. Desde 1995, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Outros 17 projetos de lei que envolvem temas relacionados com a homossexualidade tramitam

no Congresso Nacional. Entretanto, com exceção da Lei Maria da Penha, que, visando a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exclui a orientação sexual como critério impeditivo ao gozo de direitos fundamentais, nenhuma outra produção legislativa federal sobre o assunto foi aprovada até o momento.

Penosa também é a tramitação – mais de oito anos – do Projeto de Lei da Câmara (PLC nº 122), cuja oposição por parte da bancada evangélica se fundamenta fortemente em argumentos religiosos. O projeto tem por fim criminalizar atos de homofobia, ou seja, de discriminação, preconceito ou de agressão dirigidos à população de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transgêneros (LGBT), equiparando essa situação à discriminação por raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos discursos de aplicação normativa associados ao tema, polêmico é o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer, no art. 226, § 3º, que “[...] para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, aparentemente, em uma interpretação literal, exclui a proteção constitucional à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece.

O reconhecimento jurídico das “uniões homoafetivas”<sup>9</sup> constitui-se um dos grandes debates jurídicos da atualidade. Diante do silêncio legislativo em relação ao tema e da divergente hermenêutica jurídico-constitucional de dispositivos referentes à união estável, as demandas judiciais de casais homossexuais que mantêm uma relação de convivência e afetividade têm sido postas à apreciação do Judiciário.

Como consequência de demandas judiciais tão recorrentes, e decisões tão divergentes, a questão agora é posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 132, e pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a ADI nº 4.277.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 132, que tramita no Supremo Tribunal Federal, foi proposta pelo

Governador do Estado do Rio de Janeiro e pleiteia o reconhecimento de que o regime jurídico das relações estáveis dos funcionários públicos civis municipais também deve se aplicar às uniões homoafetivas.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ADI nº 4.277, proposta pela procuradora geral da República, Deborah Duprat, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002.<sup>10</sup> Tal ação ocorre em razão da divergência de interpretação quanto ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas que em sentido majoritário, as desqualifica como união estável.

Partindo-se dos pressupostos utilizados na fundamentação da ADPF nº 132, de que a homossexualidade é um fato presente e cada vez mais visível nas sociedades contemporâneas; que as relações homoafetivas não se configuram atos ilícitos e podem ser consideradas próprias à esfera privada das pessoas; que os argumentos utilizados nas decisões judiciais devem ser de natureza laica, pública e não expressar uma visão particular de mundo; e, além disso, que a legitimidade do Direito, em sociedades complexas, se funda em comunidades de membros livres e iguais, nas quais a pluralidade de visões de mundo é característica marcante, chega-se à constatação de que o Direito não pode desconsiderar o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas ou mesmo manifestar-se em decisões judiciais com tanta discrepância de entendimentos.

Ora, o que impede o tratamento igualitário entre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais? A identidade homossexual estaria à margem da identidade do sujeito constitucional brasileiro? Toda a construção jurisprudencial das decisões relativas às demandas de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, bem como a existência da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 parecem confirmar o que Rosenfeld pretendeu alertar:

Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades ao elaborarem o texto constitucional amplamente fundado, traços das identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais.<sup>11</sup>

Tudo isso demonstra a necessidade de reconstrução da identidade homossexual no discurso constitucional. Para tal desiderato, utilizar-se-ão as ideias e argumentos desenvolvidos por Michel Rosenfeld, em seu livro *A identidade do sujeito constitucional*.

## CONSTITUCIONALISMO E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

O desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, com visões plurais de mundo, bem como a revolução linguístico-pragmática surgida na Filosofia influenciaram diretamente a concepção e formação do paradigma do Estado Democrático de Direito, de caráter pluralista e aberto. Contudo, em relação à homossexualidade, continuará o Direito ainda impregnado de concepções da época pré-moderna, na qual direito, religião, moral, tradição e costumes formavam um amálgama normativo indiferenciado?<sup>12</sup>

A evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Desde o surgimento das revoluções liberais burguesas, essa evolução vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres, negros e homossexuais. Nesse sentido, afirma Michel Rosenfeld:<sup>13</sup>

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o 'eu' e o 'outro' à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente.

Diante desse contexto, de complexidade, pluralismo e mutabilidade social, surge uma importante questão: como é possível o estabelecimento da identidade do sujeito constitucional? O desenvolvimento da filosofia

da linguagem aponta que o “congelamento” da identidade do sujeito constitucional pelos autores constituintes é apenas aparente, uma vez que “[...] sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída”.<sup>14</sup> Ou, mais precisamente:

[...] não é obvio congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda não é obvio que esse congelamento seja desejável, pois seria autocontraditório uma vez que os próprios constituintes tinham a intenção de criar tão-somente o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras.<sup>15</sup>

Nesse sentido, uma visão principiológica e discursiva do Direito e da Constituição, vistos não mais como um sistema fechado de regras, parece ser capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da identidade do sujeito constitucional, delimitada por essa moldura maleável estabelecida pelos constituintes.

Assim, o constitucionalismo moderno, no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, deve sujeitar-se à ideia de governo limitado, à aceitação do Estado de Direito e à proteção dos direitos fundamentais.<sup>16</sup> Este último apresenta-se como fator legitimador da proteção constitucional às minorias, como as relacionadas com a homossexualidade, por exemplo. Dessa forma, no constitucionalismo moderno, a ocupação do lugar do legítimo sujeito constitucional ocorre com a alienação de poder, submetendo-se às prescrições do Direito e em face dos direitos fundamentais.

## A NATUREZA DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Rosenfeld<sup>17</sup> desenvolve a tese segundo a qual o sujeito constitucional se encontra constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa. A identidade do sujeito constitucional se desenvolve, dessa forma, em um

hiato ou na ausência, o que guarda analogia com a teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan, e com a teoria filosófica do sujeito, de Hegel. Entretanto, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução.

O processo de reconstrução da identidade constitucional é influenciado por sua propensão em se alterar com o tempo e pela tensão entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Essas identidades, que farão parte da determinação da identidade constitucional, desdobram-se, por exemplo, em identidades nacionais, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas.

Uma constatação da alteração da identidade constitucional ao longo do tempo é dada pela Constituição Norte-Americana e seu “Nós, o povo”, cuja interpretação foi paulatinamente incorporando identidades inicialmente “deixadas de fora”.

Quanto à tensão entre a assimilação e rejeição de identidades relevantes, Rosenfeld afirma que “[...] a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial, mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes”.<sup>18</sup>

Ou seja, a identidade do sujeito constitucional é mutável e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa.

## **A RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL NO DISCURSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Inicialmente, é importante retomar o que Rosenfeld afirma sobre o sujeito e o discurso constitucionais:

[...] o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência e inerente incompletude, precisa

se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível.<sup>19</sup>

O discurso constitucional passará a se configurar, então, na narrativa por meio da qual a identidade homossexual deverá instrumentalizar-se, como auto-identidade constitucional plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional.

Essa auto-identidade constitucional, entretanto, “[...] só pode ser articulada pouco a pouco, por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos”.<sup>20</sup>

O processo de reconstrução da identidade constitucional, tal qual é apresentado por Rosenfeld, é instrumentalizado por três ferramentas: negação, metáfora e metonímia:

A negação, metáfora e metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como um ‘eu’ distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora, ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidade que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro.<sup>21</sup>

Assim, utilizando esse ferramental reconstrutivo, buscar-se-á uma auto-identidade homossexual plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional, que inclua pessoas que, em virtude de sua

orientação sexual e/ou identidade de gênero, possam ainda situar-se fora do alcance constitucional. Tal exclusão, conforme visto, ocorre quando há desequiparação de direitos em relação ao grupo de orientação sexual ou identidade de gênero “majoritários”, ou quando há discriminação negativa em razão das mesmas características. Antes de tratar da interação entre as três ferramentas, que nos dará um sentido determinado dentro do discurso constitucional, passemos à análise de cada uma delas.

## NEGAÇÃO

De acordo com Rosenfeld, “[...] o papel da negação no processo de estabelecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se multifacetado, intrincado e complexo, pois envolve funções como rejeição, repúdio, repressão, exclusão e renúncia”.<sup>22</sup>

A contribuição essencial da negação para a definição da autoidentidade constitucional manifesta-se na busca de uma identidade distinta. De outra forma, “[...] enquanto pura negatividade, o sujeito constitucional experiencia a si próprio como ausência, carência, hiato e aspira preencher esse vazio interno mediante o desenvolvimento de uma identidade positiva”.<sup>23</sup>

Nesse momento reconstrutivo, entra em cena uma das principais características do constitucionalismo, o pluralismo:

Em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas. Desse modo, o primeiro estágio do pluralismo deve ser um momento negativo, no qual ele nega exclusividade ou predomínio de todas as concepções concorrentes de bem (exceto, é claro, a do próprio pluralismo).<sup>24</sup>

Como decorrência do pluralismo, inerente ao constitucionalismo, e por meio da negação, o sujeito constitucional homossexual emerge como um “eu” distinto por meio da exclusão e da renúncia, que

são apresentadas tanto nos processos de justificação quanto nos de aplicação normativa. Esse é o primeiro momento que se seguirá na busca da definição de uma autoidentidade constitucional positiva, a ser complementada pelo ferramental reconstrutivo da metáfora e da metonímia.

## METÁFORA

A metáfora é a ferramenta que, no discurso jurídico e constitucional, explora similaridades e equivalências para o estabelecimento de vínculos de identidade, numa dialética entre semelhanças e diferenças. Segundo Rosenfeld, “[...] a função metafórica exerce um papel essencial tanto na retórica jurídica quanto no discurso constitucional”.<sup>25</sup>

Na argumentação jurídica, ela contribui no estabelecimento de analogias e similaridades, como ocorre na prestação jurisdicional no sistema da *common law*, fundado no precedente, e no uso da analogia, nos casos de lacuna da lei, utilizado pelo sistema de direito romano-germânico.

É o que ocorre quando, no Brasil, demandas de reconhecimento jurídico de relações homoafetivas são postas à apreciação do Judiciário, cuja decisão se fundamenta, em alguns casos, na analogia com a união estável heterossexual:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.<sup>26</sup>

No caso da decisão judicial acima, a função metafórica utilizada na analogia, prevista no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabeleceu semelhanças, “[...] o elo afetivo que identifica as entidades familiares” [em detrimento das diferenças] convivência duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo sexo.

No discurso constitucional, a função metafórica não fica restrita ao nível da retórica, mas “[...] também contribui para assentar pontos cardeais de referência na ordem constitucional”.<sup>27</sup>

O postulado da igualdade, assentado pelo constitucionalismo moderno, de que “todos os homens nascem iguais”, depende de uma análise metafórica que enfatize as similaridades à custa das diferenças:

Sem dúvida, não se trata tanto do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os serem humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.<sup>28</sup>

Rosenfeld também traz mais dois exemplos de aplicação da função metafórica ao discurso constitucional. O primeiro trata-se do *dictum* norte-americano “*the constitution is colorblind*” (“a Constituição é cega à cor das pessoas”), no qual há ênfase às similaridades entre as raças, aquilo que elas compartilham em detrimento das diferenças entre elas. É o que Michel Rosenfeld afirma quando diz:

Essa metáfora legítima, sobretudo, a doutrina constitucional que veda as distinções e classificações fundadas na raça e promove a identidade constitucional que se eleva acima da desunião, da divisibilidade, da política racial. De um ponto de vista normativo, a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas.<sup>29</sup>

Outro exemplo apresentado é o caso discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers v. Hardwick*, em 1986, que entendeu, por cinco a quatro, que o sexo consensual entre adultos homossexuais não era um direito à privacidade constitucionalmente protegido. Diferentemente da concepção majoritária, que se apoiou na condenação dessa prática em razão de padrões éticos, morais e religiosos, razoável é o posicionamento do voto dissidente do ministro J. Stevens:

Nos termos do Ministro Stevens, do ponto de vista do indivíduo, homossexuais e heterossexuais têm o mesmo interesse em decidir como viverão suas próprias vidas e, mais estritamente, em decidir como se comportarão em suas associações pessoais e voluntárias com seus companheiros. A intromissão do Estado na conduta privada de qualquer um deles é igualmente opressiva.<sup>30</sup>

Na construção, portanto, de uma autoidentidade constitucional caracterizada pela orientação sexual e identidade de gênero, a função metafórica tem sua importância no processo de estabelecimento de similaridades com grupos sociais em que tais características se apresentam majoritariamente opostas ou distintas, em detrimento daquilo que as diferencia, ou seja, a preferência por determinada orientação sexual ou a livre identificação com o próprio gênero.

## METONÍMIA

A metonímia, em um processo contraposto ao da metáfora, promove as relações de contiguidade no interior de um contexto, ou seja, evoca as diferenças mediante a contextualização.

Com sua ênfase na contiguidade e no contexto, a metonímia é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro.<sup>31</sup>

Da mesma forma que na metáfora, Rosenfeld aponta o papel importante da metonímia na retórica jurídica e constitucional. Os argumentos jurídicos fundados na metonímia, “[...] evocam as diferenças mediante a contextualização, repousam sobre as relações de proximidade para delinear um quadro que revele o máximo possível de detalhes concretos”.<sup>32</sup> É o caso dos argumentos utilizados na seguinte decisão judicial:

MUDANÇA DE SEXO. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das considerações peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente às alterações nas certidões do registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial.<sup>33</sup>

É possível notar nesse acórdão a intenção do magistrado em ressaltar as diferenças e peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o contexto da transexualidade permitiu o destaque das diferenças que embasaram o deferimento do pedido, possibilitando a alteração do nome de registro.

No discurso constitucional, a função metonímica exerce importante papel na definição de direitos constitucionais e na identidade constitucional, conduzindo “[...] a uma maior contextualização e, portanto, a uma maior especificação, do mesmo modo que a metáfora aponta para as similaridades”.<sup>34</sup>

Quanto à definição de uma autoidentidade do sujeito constitucional, o processo metonímico é apresentado por Michel Rosenfeld da seguinte forma:

Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida a mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o eu e o outro, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional.<sup>35</sup>

Rosenfeld alerta que o papel da metonímia no discurso constitucional pode ser empregado tanto para promover a ampliação quanto a restrição de direitos constitucionais. Como exemplo do emprego da contextualização metonímica para limitar direitos constitucionais, é retomado o exemplo do caso *Bowers v. Hardwick*, no qual a maioria dos ministros contextualizou a homossexualidade para combater a metáfora do indivíduo autônomo que decide por si só, sob os cânones da moral judaico-cristã como uma prática abominável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca reconstrutiva da identidade do sujeito constitucional envolve, como foi visto, a complexa interação entre os processos de negação, metáfora e metonímia. Nesse sentido, afirma Rosenfeld:

De um ponto de vista geral, a negação especificamente por meio da determinação, do recalçamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional, com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papéis da identidade e da diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia.<sup>36</sup>

Dessa forma, a negação à identidade homossexual altera o *status quo* da identidade constitucional, criando um hiato, um vazio que precisa ser preenchido pelos processos discursivos da metáfora e da metonímia. A nova identidade constitucional necessita, então, de um processo dialético de estabelecimento de novas coordenadas paradigmáticas (metáfora) e sintagmáticas (metonímia). Segundo Rosenfeld:<sup>37</sup> “[...] essa dialética procura estabelecer um equilíbrio entre o pólo da identidade e o pólo da diferença”, numa tensão que deve evitar o duplo perigo da identidade por demais restritiva e a diferença insuficientemente determinada.

O processo discursivo da metáfora desloca a identidade constitucional para além de preconceitos relativos à diversidade sexual, buscando similaridades na autonomia privada, no princípio da igualdade e na dignidade da pessoa humana, e menosprezando as diferenças relativas às características que inicialmente desencadearam o processo de negação.

Já o processo metonímico contextualiza as diferenças, especificando a nova identidade homossexual como parte da identidade do sujeito constitucional, pois as diferenças relativas à orientação sexual e identidade de gênero passam a ser incorporadas à identidade constitucional, em equilíbrio dinâmico com as demais identidades relevantes.

Assim, a negação da identidade constitucional promove um vazio ou hiato, sendo necessário um rearranjo na identidade do sujeito constitucional por meio dos processos metafóricos e metonímicos, que culminarão na sobredeterminação, isto é, no assentamento de “[...] novos marcos ao longo das vias metafórica e metonímica na identidade constitucional”.<sup>38</sup>

Essa sobredeterminação é sensível às diferenças de tempo e lugar, permitindo à identidade constitucional se desenvolver e se reinventar sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível.<sup>39</sup>

A dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional, em sua luta por alcançar equilíbrio

em um cenário sempre mutável. Nesse aspecto, compreender e aplicar a força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse, como a “[...] interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais”,<sup>40</sup> permite que a identidade do sujeito constitucional se torne dinâmica, aberta e não naturalizada.

Tendo em vista que “[...] a identidade do sujeito constitucional jamais pode se tornar assentada, pois não há como superar a separação entre o eu e o outro”,<sup>41</sup> a evolução da identidade do sujeito constitucional, ao incorporar a identidade homossexual, não se fixa ou estabiliza. Ela permanece constantemente aberta a um novo rearranjo, a um novo discurso constitucional reconstrutivo que estabeleça novos parâmetros e deslocamentos metafórico-metonímicos.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

## NOTAS

- 1 MÜLLER, Friederich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.
- 2 “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”. Tradução livre: “Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, garantir a tranquilidade interna, promover a defesa comum, o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade para nós e para os nossos descendentes, promulgamos e estabelecemos a Constituição para os Estados unidos da América”.
- 3 ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 251.
- 4 Ibid., p. 60.
- 5 Tradução livre: “A mudança na qual podemos acreditar”.
- 6 MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.
- 7 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 17.
- 8 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.
- 9 Expressão cunhada por Maria Berenice Dias, ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacando a característica da afetividade presente nas relações entre pessoas do mesmo sexo, assim como nas uniões estáveis heterossexuais.
- 10 Art. 1.723 - “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.
- 11 ROSENFELD, 2003, p. 22.

- 12 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473.486, maio 1999.
- 13 ROSENFELD, op cit., p. 29-30.
- 14 Ibid., p. 18.
- 15 Ibid., p. 18.
- 16 Ibid., p. 36.
- 17 Ibid., 2003.
- 18 Ibid., 2003, p. 27.
- 19 Ibid., p. 40.
- 20 Ibid., p. 41.
- 21 Ibid., p. 50.
- 22 Ibid., p. 51.
- 23 Ibid., p. 52 e 53.
- 24 Ibid., p. 54.
- 25 Ibid., 62.
- 26 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 4ª G. C. Cív., El 70003967676, Redatora para acórdão Des<sup>a</sup>. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003)
- 27 ROSENFELD, op cit., p. 64.
- 28 Ibid., p. 64.
- 29 Ibid., p. 64.
- 30 Ibid., p. 67.
- 31 Ibid., p. 50.
- 32 Ibid., p. 70.
- 33 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul , 7ª C. Cív., AC 700118911594, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 25.04.20070.
- 34 ROSENFELD, op cit., p. 71.
- 35 Ibid., p. 74.
- 36 Ibid., p. 83.

- 37 Ibid., p. 86.
- 38 Ibid., p. 94.
- 39 Ibid., p. 107.
- 40 CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 321.
- 41 ROSENFELD, 2003, p. 111.

Artigo recebido em: 17/08/2010

Aprovado para publicação em: 25/08/2010