

O JULGAMENTO DA ADI 4277 NO STF: UMA CRÍTICA AO BINARISMO SEXUAL À LUZ DO DEBATE FRASER-HONNETH

THE TRIAL OF THE ALLEGATION OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 4277-DF: A CRITIQUE OF THE SEXUAL BINARISM UNDER THE LIGHT THE FRASER-HONNETH DEBATE

Maria Eugenia Bunchaft*
Jéssica Cristianetti**

RESUMO: O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277-DF à luz do debate Fraser-Honneth. Objetivamos investigar, com fundamento nas discussões Fraser-Honneth, se tais instrumentais teóricos são coerentes com os desafios capazes de encarar formas de judicialização expressas no julgamento da ADI 4277-DF pelo STF, criticando discursos implícitos em votos dos Ministros, insuscetíveis de desestabilizar as identidades sexuais binárias. Por meio de um método de procedimento monográfico (estudo de caso), e utilizando a investigação jurisprudencial dos votos dos Ministros do STF na ADI 4277, concluímos que o voto do Ministro Carlos Ayres de Brito, apesar de seu conteúdo progressista para o momento histórico em que foi proferido, ainda consagra uma estrutura binária e determinados discursos que estabelecem padrões heteronormativos que inviabilizam a paridade de participação de casais homossexuais. Sustentamos que a ideia de “Constitucionalismo Fraternal”, mencionada pelo Ministro, se vincula a remédios afirmativos, e não transformativos. Argumentamos que a teoria de Fraser revela maior alcance teórico para criticar a estratégia argumentativa dos Ministros, especialmente pela ênfase em remédios transformativos e em uma proposta desconstrutiva. A pesquisa se desenvolve pelo método fenomenológico-hermenêutico e pela indução analítica. A técnica de pesquisa será a documentação indireta por meio de investigação bibliográfica e pesquisa documental.

Palavras-chave: Binarismo sexual. Reconhecimento. Minorias. União entre pessoas do mesmo sexo.

* Pós-Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Orientadora de Mestrado e Doutorado. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

** Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Caxias do Sul (UCS). Advogada. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

ABSTRACT: This article analyses the trial of the Allegation of Unconstitutionality number 4277-DF under the light of Fraser-Honneth debate. We intend to investigate, according to Fraser-Honneth debate, whether such theoretical frameworks are consistent with the challenges able to face forms of judicialization expressed in the trial of the Allegation of Unconstitutionality number 4277-DF by the Brazilian Supreme Court, criticizing speeches implied in votes of Justices, insusceptible to desestabilize the binary sexual identities. Through a monographic method (case study) and using jurisprudential research about the votes of the Brazilian Supreme Court's Justices, we conclude that the vote of Justice Carlos Ayres de Brito, despite its progressive content, also establishes a binary structure and certain speeches setting heteronormative standards that impede participatory parity of gay couples. We hold that the ideia of "Fraternal Constitutionalism", mentioned by the Minister, is linked to affirmative remedies, not transformative. We argue that the theory of Fraser reveals more theoretical consistency to criticize the argumentative strategy of the Justices, especially given the emphasis on transformative remedies and deconstructive proposal. The research will be developed by the phenomenological hermeneutical method and analytical induction. The research technique will be indirect documentation through bibliographic documentation and documentary research.

Keywords: Sexual binarism. Recognition. Minorities. Same-sex couples.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O DEBATE HONNETH-FRASER; 2.1 PROBLEMATIZANDO O BINARISMO; 3 O JULGAMENTO DA ADI 4277-DF À LUZ DO DEBATE HONNETH-FRASER; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em 2011, o plenário do Superior Tribunal Federal (STF), por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado pela *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) 4277-DF (BRASIL, 2011), ajuizada pelo Procurador-Geral da República para dar interpretação, conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil (BRASIL, 2002), e excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura da união homoafetiva como entidade familiar, entendida como sinônimo perfeito de família. Declarou a perda parcial do objeto originalmente formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (BRASIL, 2011), ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro – que pretendia o uso da técnica da interpretação

conforme a Constituição quanto aos artigos 19, II e V e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Rio de Janeiro (BRASIL, 1975) – tendo em vista a convergência de objetos entre as ações e o pleito subsidiário. Assim, ocorreu o seu recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Neste trabalho, tenciona-se compreender o julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) à luz dos referenciais teóricos desenvolvidos por Axel Honneth e Nancy Fraser e seus reflexos na interpretação e na crítica das formas de ativismo judicial que protegem os direitos das minorias Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT).

O Estatuto da Família (BRASIL, 2013), que foi desarquivado em 2014, representa verdadeiro retrocesso em relação às conquistas da comunidade LGBT, ao incorporar não apenas a perspectiva baseada no binarismo sexual, como também a concepção restritiva de família – que viola os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana – retrocedendo no que diz respeito à concepção de entidade familiar estabelecida pelo STF, em 2011.

Nesse ponto, conceitua a família como “[...] núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 2013). Pode-se inclusive depreender que se o Estatuto da Família for aprovado, há grande probabilidade de o STF declará-lo inconstitucional. O desafio, portanto, seria encontrar uma estratégia argumentativa baseada em uma concepção ampla de entidade familiar, mas também desvinculada da estrutura sexual binária. É precisamente nesse sentido, que se justifica o presente artigo.

Portanto, a pesquisa é relevante e se sustenta pela necessidade de legitimar filosoficamente e, ao mesmo tempo, criticar discursos implícitos a formas de judicialização direcionadas a efetivar direitos de grupos LGBT, para que as decisões proeminentes do Judiciário sejam efetivamente capazes de desestabilizar a estrutura sexual binária.

De início, embora o presente trabalho não propugne investigar a legitimação democrática da judicialização à luz da separação de poderes, é

premente distinguir os conceitos de judicialização e de ativismo judicial. Para Barroso (2012, p. 6), a judicialização, “[...] no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.

Diferentemente, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2012, p. 6). Já nas ponderações de Tate (1995, p. 28), a judicialização da política configura “o processo pelo qual as Cortes e juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.”

Em sentido um pouco distinto, Streck (2014) afirma que a judicialização é um fenômeno contingente que decorre do contexto sociopolítico brasileiro. O ativismo judicial, a seu turno, representa um desvirtuamento da função judicial que extrapola seu papel no quadro da separação de poderes. Na palavras de Streck (2014, p. 589), “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”. Em contraposição, “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à jurisdição constitucional)” (STRECK, 2014, p. 589).

De fato, nas ponderações de Maria Regina do Valle, a judicialização, como fenômeno circunstancial, decorre da afirmação da centralidade do papel da jurisdição constitucional no contexto da reconstitucionalização dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial, especialmente pela afirmação da força normativa dos direitos fundamentais e diante da influência marcante dos sistemas jurídicos norte-americano e europeu. (VALLE, 2009). Por outro lado, segundo Valle (2009), por meio da judicialização, enquanto fenômeno contingencial, o judiciário passa a atuar diante da inércia dos demais poderes. Associa-se à realidade social marcada pela reivindicação de

direitos e pela estrutura política que é perpassada pela inércia na efetivação de direitos fundamentais.

Propugna-se investigar os aportes teóricos das teorias de Honneth e de Fraser, para que se possa compreender como, partindo de perspectivas diversas, desenvolvem o tema do reconhecimento e quais os reflexos filosóficos de suas teorias na análise da temática da judicialização direcionada à concretização dos direitos fundamentais de minorias *gays* e lésbicas no STF, especificamente no tocante à ADI 4277-DF.

Para tanto, intenta-se analisar a perspectiva tridimensional de Fraser (2010) e o paradigma da autorrealização delineado por Honneth (2003a), assim como sua concepção de liberdade social, com o fito de compreender qual dessas teorias revela maior alcance para contemplar as demandas de grupos LGBT.

Honneth (2003a), em *Luta por Reconhecimento*, inicia seus estudos sobre o reconhecimento com base nos primeiros escritos do jovem Hegel, e conta também com as contribuições da psicologia social de Herbert Mead. Nesse sentido, trabalha apenas com o âmbito do Reconhecimento, pois leciona que todos os conflitos sociais são expressão de lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo. Já em *El Derecho de la Libertad*, Honneth (2012) pondera que uma sociedade justa é aquela em que as diferentes esferas sociais – esfera íntima, mercado e Estado Democrático – efetivam a liberdade individual.

Por sua vez, Fraser (2003a), em sua teoria, primeiramente abarca duas esferas do conflito: a esfera do reconhecimento, que seria determinada pelo *status* social, e a esfera da redistribuição, que contemplaria os conflitos de classe. Posteriormente, em *Scales of Justice*, Fraser (2010) traz à tona a terceira esfera da justiça – aquela relativa ao plano do político – em que se desenvolvem as lutas pela distribuição e pelo reconhecimento.

Diante dessa estrutura conceitual, o principal problema enfrentado por este trabalho é questionar: em que medida os referenciais teóricos dos referidos filósofos pode elucidar – ou criticar – a estratégia argumentativa implícita aos votos dos Ministros do STF no julgamento da ADI 4277-DF?

Com efeito, o objetivo geral do presente estudo consiste em analisar, à luz do debate Honneth-Fraser, se o paradigma da autorrealização, estabelecido pelo filósofo alemão, revela alcance teórico para legitimar a efetivação dos direitos de minorias LGBT expressas no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) pelo plenário do STF, criticando discursos implícitos insuscetíveis de desestabilizar as identidades sexuais binárias.

Incorpora-se então como primeiro objetivo específico, a tarefa de confrontar criticamente os referenciais teóricos de Fraser (2003a, 2003b, 2010) e de Honneth (2003a, 2003b, 2012, 2015), com ênfase na dimensão deontológica do reconhecimento. De outro lado, assume-se como segunda finalidade específica revelar e criticar a estratégia argumentativa pressuposta ao voto do Ministro-relator Carlos Ayres de Brito, no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011), especificamente, no que se refere à temática do binarismo sexual, com base na estrutura conceitual de Fraser (2003a, 2003b, 2010). Por fim, pretende-se investigar uma possível aproximação conceitual entre a ideia de “Constitucionalismo Fraternal” e um sentido de solidariedade cívica, que é pressuposto para a ideia de liberdade social, delineada por Honneth.

Para tanto, a pesquisa se delinea pelo método fenomenológico-hermenêutico, por se tratar de um método de abordagem que pretende aproximar o sujeito e o objeto a ser pesquisado. Segundo Stein (1979), não se trata de uma análise externa, como se sujeito e objeto estivessem desconectados. Diferentemente, o sujeito está diretamente implicado, relacionando-se com o objeto de estudo, o qual interage com ele, sofrendo as consequências dos seus resultados. O próprio investigador está inserido no mundo em que a pesquisa se desenvolve.

O método de indução analítica (método de abordagem) também será utilizado. Deslauriers (2014) leciona que trata-se de um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando as características essenciais de um fenômeno. Nesse ponto, aproxima-se do procedimento indutivo propriamente dito. Assim, seguindo a indução analítica, a pesquisa trabalha de “baixo” para “cima”, iniciando-se por uma análise contínua e aprofundada do conteúdo dos votos dos Ministros, para

estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. As construções explicativas são desenvolvidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo dos votos.

A técnica de pesquisa envolverá a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica do referencial teórico de Fraser e Honneth. Outrossim, também será utilizada a pesquisa documental (documentação indireta) por meio de coleta de dados atinentes à investigação jurisprudencial do conteúdo da argumentação desenvolvida pelos Ministros no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011).

Também será aplicado o método de procedimento monográfico, ao pressupor que o estudo de um caso de maneira profunda pode ser considerado como referência para muitos outros ou mesmo para todos os casos semelhante (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 90). Parte-se da hipótese provisória segundo a qual o voto do Ministro Carlos Ayres de Brito (apesar de seu conteúdo progressista para o momento histórico em que foi proferido) ainda consagra uma estrutura binária e um conjunto de discursos que estabelecem padrões heteronormativos suscetíveis de inviabilizar a paridade de participação de casais homossexuais.

Por fim, como segunda hipótese, edifica-se a ideia de que a concretização objetiva do princípio do pluralismo e da vedação à discriminação – fundamento utilizado pelo Ministro-relator Carlos Ayres Brito, no referido julgamento – representa, à luz da mais recente teoria de Honneth (2012, 2015), a efetivação de promessas historicamente estabelecidas pelas instituições sociais.

2 O DEBATE HONNETH-FRASER

Para Fraser (2003a), a injustiça redistributiva surge quando os bens econômicos são divididos de forma a prejudicar determinadas pessoas, refletindo-se, por exemplo, quando homens recebem salários maiores do que mulheres, ou quando *gays* são privados do direito à herança de seus parceiros, no caso de uniões entre homossexuais.

Nessa seara, segundo a teórica feminista, “[...] o resultado é uma estrutura econômica que gera formas específicas de injustiça distributiva de gênero, incluindo a exploração de gênero, a marginalização econômica e a privação” (FRASER, 2003a, p. 20). Ademais, configura um problema relativo às classes sociais: o não reconhecimento, a seu turno, é compreendido como forma de injustiça nos casos em que as instituições subordinam, por meio de padrões institucionalizados de valores culturais, determinados grupos, por considerá-los inferiores.

Fraser, no caso em tela, afirma que se trata de um problema de *status* social, e exemplifica, resgatando a categoria do gênero, em que as mulheres são vistas como “inferiores” frente aos homens, e assim tornam-se suscetíveis à exclusão social e à marginalização política, à negação dos direitos e às proteções iguais de cidadania. As injustiças decorrentes da subordinação de *status* só podem ser corrigidas pela política de reconhecimento que conduza não à essencialização da identidade, mas à sua desconstrução.

Em *Scales of Justice*, Fraser (2010) modifica seu modelo bidimensional, introduzindo a dimensão do “político”, e indaga: as regras de decisão concedem à comunidade igual participação de todos os membros nas deliberações públicas e uma representação equitativa na adoção de decisões públicas? Para a filósofa, essas questões são conceitualmente diversas da redistribuição e do reconhecimento, pois a representação não pode se reduzir a essas dimensões; entretanto, está diretamente ligada às duas esferas anteriores (FRASER, 2010, p. 18).

Contudo, a terceira dimensão da justiça também contempla como objetivo explicar as injustiças no plano metapolítico/global, que surgem quando se realiza a divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. O resultado é a delimitação injusta da possibilidade de reivindicação das questões de primeira ordem – distribuição, reconhecimento e representação – inspirando injustiças de mau enquadramento.

Por conseguinte, aqueles que se caracterizam como não membros “[...] são excluídos do universo daqueles merecedores de reconhecimento dentro da entidade política no que tange a questões de distribuição, reconhecimento e representação política ordinária” (FRASER, 2010, p. 6). Nesse ponto,

Fraser aponta como exemplo de injustiça de enquadramento, em nível transnacional, a globalização da pobreza que ultrapassa as fronteiras territoriais.

Elenca, no mundo globalizado, três núcleos de anormalidade em relação à justiça social, refletindo-se em profundas divergências em torno desses núcleos principais, a saber, as questões de “*quem*” tem o direito de fazer reclamações de justiça em relação ao “*o quê*”. Por fim, surgem disputas em relação ao “*como*”. Em contextos anormais, o “*o quê*” da justiça simboliza objeto de disputa. Alguns criticam a injustiça distributiva, enquanto outros tematizam a subordinação de *status*. A seu turno, há atores sociais que vislumbram o domínio do político.

Com efeito, sustenta como um segundo núcleo de anormalidade aquele decorrente da ausência da visão compartilhada sobre “*o quem*” da justiça. A questão é *quem* conta como sujeito da justiça, como merecedor de igual consideração. Na justiça normal, o “*quem*” da justiça é estabelecido pelos cidadãos de uma comunidade política delimitada territorialmente. Mas, na justiça anormal, o “*quem*” não está definido. Surgem diferentes enquadramentos de disputas jurídicas: enquanto uma parte define a questão em termos de um “*quem*” doméstico e territorial, outra propõe um “*quem*” regional, transnacional, global.

Por fim, o terceiro núcleo de anormalidade decorre da ausência da visão comum sobre o “*como*”. Ao reivindicarem o direito de determinar “*o quem*”, os movimentos sociais problematizam o “*como*” hegemônico. A má representação na política ordinária ocorre quando regras de uma entidade política quanto à tomada de decisões negam direito de voz e de deliberação nos processos decisórios a indivíduos que já são membros daquela nação, e assim encontram-se impedidos de participar como iguais nas interações sociais (FRASER, 2010).

Em face dessa leitura, no trabalho de 2003, – intitulado *Redistribution or Recognition: a Political-Philosophical Exchange*, de autoria de Fraser e de Honneth, – a teórica feminista desenvolve alguns exemplos para elucidar a questão. Um deles é a questão de gênero que se torna um problema de redistribuição (salários mais baixos, maior informalidade no labor, etc.) e de

reconhecimento (abusos sexuais, violência doméstica, objetificação, negação de iguais direitos, etc.).

Diante dessa estrutura conceitual, em *Scales of Justice*, a justiça será analisada também como problema de representação (quando regras de decisão tendenciosas privam membros da sociedade de voz política). Em suma, a subordinação de gênero é uma categoria que engloba as três dimensões apuradas por Fraser (2010) e, para ser superada, requer a reestruturação no campo da redistribuição, do reconhecimento e da representação. Para Fraser, os três âmbitos (redistribuição, reconhecimento e representação) não são excludentes, mas complementares, já que postula a ideia de que, sempre que houver uma dessas injustiças, a outra também virá a ocorrer, mesmo que de forma indireta, uma vez que são interligadas.

Entretanto, Honneth (2003b), ao criticar as duas primeiras dimensões da teoria de Fraser (2003a), considera que as esferas do reconhecimento e da redistribuição não se complementam, haja vista que sempre que se estiver diante de um conflito, em sua origem, inevitavelmente este estará conectado à reivindicação por reconhecimento e à superação de um contexto de invisibilidade social.

Acerca da divisão estabelecida por Fraser (2003a) entre lutas por redistribuição e lutas por reconhecimento cultural, o estudioso aduz que lutas por redistribuição decorrem da experiência do desrespeito e, portanto, pressupõem tentativas de estabelecer padrões valorativos que efetivamente avaliem positivamente as contribuições sociais dos indivíduos. Além do mais, seria imprescindível, para Honneth (2003a), a análise da gramática moral que estaria por trás de todos os conflitos sociais vivenciados.

Nesse quadro teórico, Honneth (2003a), em *Luta por Reconhecimento*, basicamente apura três formas de reconhecimento – a autoconfiança (o amor), o autorrespeito (o direito) e a estima social (solidariedade) – as quais correspondem a três formas de desrespeito, o que poderá acarretar o surgimento de conflitos sociais. De fato, a criança, nos primeiros meses, se percebe como parte da mãe, mas paulatinamente vai aprendendo a conceber-se como ser independente. E à medida em que a mãe, aos poucos, retorna às suas atividades cotidianas, como reação, o bebê – para rebelar-se contra essa independência – dirige contra ela atos agressivos.

Sob essa ótica, trata-se de uma luta por reconhecimento, porquanto “[...] só na tentativa de destruição da mãe, ou seja, na forma de uma luta, a criança vivencia o fato de que ela depende da atenção amorosa de uma pessoa, existindo independentemente dela, como um ser com pretensões próprias” (HONNETH, 2003a, p. 170). Nesse âmbito, cria-se a medida de autoconfiança individual. De acordo com Bunchaft e Honneth pondera que, após a evolução nos estudos psicanalíticos sobre o desenvolvimento da personalidade humana, “[...] seria intrínseco às relações afetivas entre mãe e filho uma articulação entre autonomia e ligação, porquanto, como leciona Hegel, o amor deve ser compreendido como ‘um ser-si-mesmo em um outro’” (BUNCHAFT, 2014, p. 61).

Por outro lado, resgatando o pensamento de Winicott e Honneth se afasta das linhas psicanalíticas que designam a criança como objeto de investigação independente. Honneth, fundamentando-se em pressupostos intersubjetivos, concebe o amor como forma determinada de reconhecimento em virtude do modo específico pelo qual o sucesso “[...] das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a autoafirmação” (HONNETH, 2003a, p. 163).

Contudo, mais importante do que a referida esfera é o reconhecimento dos cidadãos como sujeitos de direito. Apenas à medida em que direitos universais não são concedidos aos membros dos grupos sociais em razão do status, mas de forma igualitária a todos os seres humanos, que é possível assumir a ideia de autorrespeito. Na experiência do reconhecimento jurídico, surge a possibilidade da autocompreensão positiva em relação a si mesmo. Honneth remete à luta do movimento negro por direitos civis na década de 1950 e de 1960 como expressão do “[...] significado psíquico que o reconhecimento jurídico possui para o autorrespeito dos grupos excluídos” (HONNETH, 2003a, p. 198).

Já a estima social diz respeito ao que diferencia o indivíduo dos demais sujeitos. Segundo Honneth, além de realizadas as demandas atinentes à esfera do amor e à do direito, para o ser humano desenvolver uma “autorrelação intacta”, é necessário ainda a estima social que possibilite referir-se de forma positiva a suas propriedades e suas capacidades concretas. Em síntese, “[...] a

estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais” (HONNETH, 2003a, p. 199).

Trata-se de um *medium* social que reflete as diferenças de propriedades entre os seres humanos de maneira intersubjetivamente vinculante. A estima assim se vincula ao contexto de vida social em que os membros contribuem para a efetivação de objetivos sociais em uma comunidade de valores. Nesse ponto, o ser humano é mais ou menos estimado, conforme suas capacidades possam – ou não – auxiliar a concretizar os objetivos de sua sociedade.

Outrossim, conforme Honneth (2003a), lutas por reconhecimento podem ser desencadeadas por motivos, como sentimentos de vergonha e de desprezo. Entretanto, isso dependerá também da esfera social na qual os indivíduos estão inseridos. Para se ter a capacidade de mobilizar os movimentos sociais, é necessário que a ofensa que atinge um indivíduo seja universalizável em uma linguagem comum, transformando-se em efetiva mobilização política. Tais sentimentos impedem as condições básicas para que se atinja a autorrealização plena. Honneth (2003a, p. 221) resgata as ideias de Dewey, de acordo com o qual os sentimentos são percebidos como “[...] a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas”.

Sob esse prisma, em conformidade com Bunchaft (2014), Fraser distancia-se da abordagem psicológica do reconhecimento, opondo-se à desconexão entre as dimensões econômica e cultural e distanciando-se da perspectiva dicotômica que atribui ênfase às questões de justiça material ou que se restringe às injustiças culturais.

A divisão social entre homossexuais e heterossexuais, por exemplo, não se fundamenta somente em critérios econômicos, visto que os homossexuais ocupam diferentes posições sociais na divisão do trabalho e não constituem uma classe especialmente explorada. Assim, Fraser vê a divisão enraizada diferentemente na ordem de *status* da sociedade como padrões institucionalizados de valores culturais, que estabelecem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezada (FRASER, 2003, p. 18).

Desse modo, para Fraser (2003a), combater a homofobia e o heterossexismo requer a modificação da ordem sexual de *status*, desinstitucionalizando padrões de valores culturais heteronormativos e substituindo-os por padrões que expressem igual respeito por *gays* e por lésbicas. Em relação às classes sociais nas quais os sujeitos são tradicionalmente explorados, há necessidade de remédios redistributivos que visem superar injustiças econômicas. Especificamente no caso da discriminação contra as mulheres, articula elementos de exploração econômica, de discriminação sexual e de ausência de voz nas deliberações políticas, o que configura, portanto, a injustiça tridimensional, a qual se expressa na dimensão econômica, na esfera do reconhecimento e no âmbito da representação.

Nesse particular, Fraser (2001) distingue remédios afirmativos e transformativos: os primeiros estão conectados ao “multiculturalismo dominante”, em que advoga reparar o desrespeito por meio da reavaliação das identidades injustamente desvalorizadas de grupos, deixando intactos tanto o conteúdo dessas identidades, quanto as diferenciações de grupos que as embasam.

Diante dessa estrutura conceitual, Fraser (2003a) defende que o modelo de *status* permite a cada indivíduo justificar e tematizar pretensões por reconhecimento como moralmente vinculantes sob as condições modernas de pluralismo valorativo. Aduz que a estratégia equivocada, vinculada à tentativa de justificação de demandas por reconhecimento identitárias relacionadas ao ideal da autorrealização, implica uma perspectiva sectária. Argumenta finalmente que o modelo de *status* é deontológico e não sectário, e “[...] não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para a concepção de justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem.” (FRASER, 2003a, p. 31).

A leitura permite compreender que a desvantagem do paradigma da autorrealização é de que não vislumbra os padrões institucionalizados de valores culturais que inviabilizam aos indivíduos a possibilidade de tornarem-se parceiros plenos nas interações sociais e que impedem o ideal da paridade de participação. Por sua vez, a estratégia teórica do modelo de *status* é adequada para as demandas dos grupos estigmatizados, pois visa combater

leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo e os concebem como ilegítimos e perversos.

Tratam-se de políticas de bem-estar social que estigmatizam mães solteiras como parasitas sexualmente irresponsáveis, e “[...] práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade” (FRASER, 2003a, p. 29-30).

Nesse quadro teórico, sustenta-se que a visão de Fraser acerca do reconhecimento revela maior potencialidade em atender aos desafios propostos pelas demandas de minorias sexuais estigmatizadas em nossa sociedade moderna, tendo em vista sua estrutura deontológica, que atende ao pressuposto do pluralismo. Ademais, Fraser busca desenvolver o conceito de paridade de participação dentro do parâmetro da prioridade do justo sobre o bem, já que o princípio seria o grande objetivo da teoria da justiça.

Fraser (2010) alerta para a necessidade de um princípio normativo que englobe as três dimensões da justiça e aponta que o mais adequado, para tanto, é a paridade de participação, pois os três tipos de injustiça (má distribuição, não reconhecimento e ausência de representação) violam um mesmo princípio.

Ao ensejo, Honneth (2003a, 2003b) preocupa-se com a dialética moral dos conflitos e com a psicologia do sofrimento pré-político. Atribui ênfase ao sofrimento e aos sentimentos de vexação que antecedem os conflitos, realçando que todos os conflitos sociais têm como base a experiência de injustiça.

Nesse panorama, Fraser (2003a), em seu debate com Honneth (2003b), sustenta que seria relevante o que realmente conta a título de injustiça em contraposição ao que é meramente vivenciado como injustiça. Fraser alerta ainda que a injustiça do não reconhecimento independe da presença de efeitos psicológicos. Analisando o debate, Kompridis (2008) se insurge contra essa alegação, questionando: os efeitos do não reconhecimento seriam moralmente irrelevantes?

Por fim, Kompridis (2008) remete à seguinte indagação: como imaginar casos autênticos de não reconhecimento historicamente relevantes e nos quais os efeitos psicológicos não estejam presentes? A crítica se direciona

para o argumento de que a presença de tais efeitos seria indicação de que há algo de errado com a atual institucionalização de normas de igualdade. Na sua percepção, tais efeitos psicológicos não são irrelevantes para apreciar a injustiça.

De fato, Fraser (2003b) sugere que deveríamos apelar não para a esfera de experiências subjetivas insuscetíveis de serem publicamente verificáveis, e sim, para impedimentos externamente manifestados e publicamente verificáveis que impedem alguns indivíduos de serem membros plenos da sociedade (FRASER, 2003b, p. 203-206).

Fraser estabelece a proposta conceitual de recorrer a discursos despersonalizados de justiça, descentrados, que propiciam um ponto de referência empírico mais plausível e pertinente para avaliar as pretensões de reconhecimento que o sofrimento inarticulado. Diferentemente do sofrimento inarticulado, o primeiro não é isolado da deliberação pública, submetendo-se ao escrutínio do debate democrático (FRASER, 2003b, p. 207-211).

Segundo Kompridis (2008), a diferenciação entre o que conta a título de injustiça e o que é vivenciado como injustiça é muito problemática. Se, de um lado, “[...] a experiência subjetiva é notoriamente incerta como fonte de justificação, ela também é insubstituível e fonte de inteligibilidade absolutamente necessária” (KOMPRIDIS, 2008, p. 299). Portanto, para Kompridis (2008), a identificação do não reconhecimento deve contemplar tanto pela experiência subjetiva como pelos discursos descentrados.

Nesse ponto de vista, a crítica de Kompridis (2008) a Fraser é: como o sofrimento inarticulado irá tornar-se articulado? Muitas vezes, vê-se a experiência de ausência de voz, de inexpressividade ou de incapacidade para articular experiências de sofrimento. Segundo Fraser (2008, p. 335), “[...] cada luta histórica contra injustiça tem envolvido a criação de novos vocabulários para articulação de injustiças que previamente são inominadas”.

A segunda fase do movimento feminista inovou com a criação de expressões como “estupro”, “assédio sexual”, dentre outras. Fraser relata que os contrapúblicos de resistência permitem aos movimentos sociais expandir a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas, ampliando o universo da razão pública, por meio de formas críticas de comunicação

expressas, em termos de “contrapúblicos”, que são “[...] arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades” (FRASER, 1992, p. 123).

Em resumo, essa pluralidade de públicos concorrentes revelaria maior potencialidade para inspirar o princípio da paridade de participação, diferentemente de um público único, compreensivo. Por meio da noção de contrapúblico, “Fraser desenvolve uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescenta uma dimensão mais política à noção de esfera pública” (LARA; FINE, 2007, p. 38). Diante do exposto, conclui-se, com base em Fraser, pela necessidade de desconstruir a dicotomia hétero-homo, desestabilizando as identidades sexuais, o que somente se efetivaria por meio da constatação de certos públicos alternativos que inspiram a circulação de discursos de oposição de grupos excluídos da esfera pública oficial, como por exemplo, transexuais e travestis.

Não obstante, para Honneth (2003b), Fraser (2003a) não explica o que conduz os indivíduos a se mobilizarem e a se engajarem democraticamente em procedimentos com vistas à modificação das normas que regulam as interações sociais. Como não explicava a base motivacional dos conflitos sociais, sua teoria era incapaz de perceber a tendência à emancipação do real.

Fraser (2003b), a seu turno, destaca que Honneth (2003b) não aborda adequadamente as relações de poder que surgem nas relações sociais. Não há nexos necessários entre o sentimento de desrespeito e a superação da dominação. Muitas vezes, relações de reconhecimento que são perpassadas por estruturas de poder, embora estabeleçam assimetrias, podem inspirar nos sujeitos um contexto de felicidade ilusória. A questão fundamental não é abordar o sentimento de desrespeito, mas os reflexos do não reconhecimento na esfera das interações sociais.

Recentemente, a guinada teórica na estrutura conceitual honnethiana decorreu do distanciamento em relação à psicologia social de Mead e do resgate da filosofia tardia de Hegel. Nesse ponto, a teoria do reconhecimento presente nos escritos do jovem Hegel é substituída pela obra tardia de Hegel (2010), especificamente em a *Filosofia do Direito*. Honneth (2012, 2015)

publicou um novo livro, *O Direito da Liberdade*, que nasceu de uma estrutura conceitual mais ampla, capaz de contemplar uma teoria da justiça que se expresse na forma de análise da sociedade. Honneth (2012) percebe que a psicologia social de Mead e a ideia de assunção recíproca de perspectiva não eram suficientemente intersubjetivas, pressupondo ainda uma dimensão monológica.

Não obstante, ao se distanciar da psicologia social de Mead, Honneth (2012, 2015) renuncia também à base motivacional que impulsionava a luta intersubjetiva por reconhecimento, porquanto tal base decorria justamente da dialética moral entre o *I* e o *Me*. O desafio agora era encontrar um critério que atribuísse às lutas por reconhecimento uma dimensão normativa. Para tanto, a estratégia de Honneth (2012, 2015) desvincula-se de uma antropologia filosófica-naturalista, passando-se a vincular-se a princípios de reconhecimento ancorados institucionalmente e decorrentes do contexto histórico.

Honneth (2007, 2015) vai se direcionar para a reconstrução do campo semântico das práticas sociais existentes. Nesse sentido, desde *Sofrimento de Indeterminação*, Honneth (2007) já percebia a importância do conceito de reconstrução normativa, que será aprofundada pelo filósofo (HONNETH, 2015) em *Direito da Liberdade*. A ideia então não é deduzir princípios de justiça abstratos independentemente e de forma transcendente ao contexto, tal como a teoria de justiça rawlsiana, mas buscar a normatividade imanente ao contexto social.

A reconstrução normativa simboliza “um processo pelo qual se pretende implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante uma teoria da sociedade” e assume diretamente “os valores justificados imanentemente como fio condutor de elaboração e classificação do material empírico” (HONNETH, 2015, p. 24). Tendo em vista seus esforços normativos, “as instituições e práticas são analisadas e apresentadas à medida em que se mostram importantes para a materialização e realização dos valores socialmente legitimados pela sociedade” (HONNETH, 2015, p. 24-25). Honneth passou a sustentar que as três esferas de reconhecimento descritas em *Luta* são as expressões da liberdade, sendo esta hierarquicamente superior

àquelas (SOBOTTKA; SAAVEDRA, 2012). Por conseguinte, Honneth (2012, p. 9) esclarece que:

[...] isso somente seria possível se as esferas constitutivas da nossa sociedade fossem compreendidas como a corporificação institucional de determinados valores, cuja pretensão imanente de realização possa servir como indicador dos princípios de justiça especificados em cada esfera.

Com efeito, como leciona Bunchaft, a descrição dos princípios normativos que legitimam e que estruturam as instituições sociais, em Honneth, se conecta “[...] a uma reconstrução normativa que pressupõe uma análise crítica dos potenciais emancipatórios intrínsecos às instituições sociais, garantindo a relevância social da sua teoria da justiça” (BUNCHRAFT, 2014, p. 469). A liberdade se expressa em três dimensões diferentes. Em primeiro lugar, a liberdade negativa, a qual presume “[...] a inexistência de impedimentos externos à concretização da vontade individual e à possibilidade de atuar sem necessidade de justificar-se a terceiros” (BUNCHRAFT, 2014, p. 469); a segunda dimensão parte da liberdade expressa em forma reflexiva. Ainda para Bunchaft, esta “[...] pressupõe a possibilidade de realizar julgamentos morais de normas que irão pautar a conduta individual, problematizando as exigências impostas pela sociedade e instituições quando não atendam a argumentos universalizáveis” (BUNCHRAFT, 2014, p. 470). E finaliza: “Trata-se da racionalidade kantiana na qual o indivíduo distancia-se de suas paixões e, como sujeito moral, passa a orientar-se por uma moralidade que trata cada ser humano como um fim em si mesmo” (BUNCHRAFT, 2014, p. 470).

As instituições sociais somente alcançam o patamar de justiça na medida em que satisfazem as expectativas legítimas dos cidadãos de concretizar tais formas de liberdade. Por fim, surge a terceira dimensão da liberdade – que é denominada como social – vinculando-se à ideia de intersubjetividade no reconhecimento. Segundo a tese de Honneth, “O sujeito, em última análise, somente é livre quando encontra um outro com o qual estabelece uma relação de reconhecimento recíproco, porque divisa nos objetivos dele

uma condição para a realização dos seus próprios objetivos” (HONNETH, 2012, p. 86).

A construção da identidade do sujeito autônomo supõe relações intersubjetivas de reconhecimento, conectando-se à execução de papéis sociais que são estabelecidos pelas instituições. A liberdade social somente é efetivada nas instituições sociais como elemento estruturante que constitui a liberdade dos indivíduos. Honneth (2012, 2015) considera a concepção hegeliana de reconhecimento estabelecida em *Filosofia do Direito* como fundamental para as instituições da liberdade em sociedades modernas – tal ideia de liberdade é efetivada pelo Estado, pelo mercado e pela sociedade civil. Ademais, analisa Honneth (2012, p. 471) que:

[...] a instituição da esfera pública democrática como um espaço social intermediário no qual cidadãos e cidadãs devem formar aquelas convicções passíveis de um consenso geral que deveriam ser respeitadas pelo processo legislativo por meio de procedimentos próprios do Estado de Direito.

Honneth (2012, 2015) aponta como um dos elementos fundamentais para a construção da esfera pública democrática a consagração do ideal do patriotismo constitucional que permita fluxos de comunicação entre governo e população. Para tanto, enumera cinco pressupostos que irão viabilizar maior nível de concretização da liberdade social: garantias jurídicas de participação política dos indivíduos; espaço comunicativo comum; sistema diferenciado de mídia; motivação para engajamento participativo dos cidadãos em discussões públicas; e cristalização do sentimento de solidariedade cívica. O último pressuposto está intimamente vinculado à ideia de “constitucionalismo fraternal”, invocada pelo Ministro Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011).

Diante do exposto, a temática do reconhecimento é tratada em Fraser não como questão de ética ou de autorrealização, mas como subordinação institucionalizada e uma séria violação de justiça. Feitas essas considerações, é imprescindível refletir – ainda que brevemente – sobre a temática do binarismo.

2.1 PROBLEMATIZANDO O BINARISMO

De início, é premente lecionar que o binarismo pressupõe a concepção segundo a qual a definição do sexo é apresentada como realidade verdadeira já existente sobre a qual se constroem os gêneros. A identidade sexual é concebida como algo natural, que atribui consistência objetiva e científica à teoria dos dois sexos, de tal modo que a Medicina e a Biologia se evidenciam como campos de reflexão que não apenas definem os sexos, mas também estabelecem quantos existem. Essa concepção “[...] supõe uma fundamentação naturalizada da crença de que há dois sexos e somente dois, inexistindo outras possibilidades” (FDEZ-LLEBREZ, 2015, p. 119, tradução nossa).

A segunda característica do binarismo diz respeito ao caráter dicotômico da concepção de sexo. De um lado, o sexo masculino que se contrapõe ao sexo feminino, configurando-se como dois polos diferenciados entre si. Se não se é uma coisa (homem), inevitavelmente se é outra (mulher). Essa concepção cria categorias que funcionam por meio de “[...] estereótipos contraditórios que qualificam e classificam a identidade masculina e a feminina” (FDEZ-LLEBREZ, 2015, p. 119, tradução nossa). A relação entre homem e mulher, em razão desses estereótipos, é assimétrica, suscitando reflexos na relação desigual de poder existente entre ambos.

Foucault (2014), em *História da Sexualidade*, sustenta que a sexualidade – habitualmente considerada como impulso natural, privado e íntimo – é construída culturalmente, atendendo aos objetivos políticos da classe dominante. Os comportamentos sexuais vinculam-se a dispositivos específicos de saber e de poder, inserindo-se nos discursos da Psicologia, da Medicina, da religião. O interesse feminista em analisar a construção social das categorias sexo/corpo se incrementa nos anos de 1980, refletindo a estratégia de emancipação feminina. Nesse sentido, o corpo feminino e a sexualidade passam a ser concebidos como construções sociais suscetíveis à mudança ou a construções criativas e inovadoras.

A teorização do corpo como um material inerte tem seus antecedentes modernos no cristianismo e na tradição cristã, a partir da articulação entre mística e neoplatonismo. Mesmo em Beauvoir, permanece a concepção do

corpo como uma faticidade muda. Há, portanto, um dualismo que separa o corpo como algo dado, anterior e indiferente à significação? Seria realmente o corpo algo dado, uma realidade fixa e indiscutível? Seria um instrumento passivo sobre o qual incidem conteúdos culturais?

A obra coletiva *The Female Body in Western Culture*, organizada por Suleiman (1986), congloba contribuições teóricas de autoras feministas europeias e norte-americanas sobre como a construção cultural do corpo feminino tem se concretizado. As estudiosas discutem os processos históricos de produção simbólica do corpo feminino nos últimos dois séculos.

Outrossim, uma das primeiras a teorizar acerca do tema, Rubin (1975), sintetiza que a sexualidade não é biologicamente determinada, mas construída na história e na sociedade. O sexo está organizado em sistemas de poder que premiam ou promovem algumas atividades sexuais de acordo com um sistema de valores sociais. Para Rubin (1975), a sexualidade envolve um sistema de opressão específico, assim como outras estruturas de desigualdade social – como classe, raça, gênero – sendo necessária uma teoria específica de opressão sexual. Rubin (1975, p. 159) então define o sistema sexo-gênero como “um conjunto de disposições pelas quais uma sociedade transforma os direitos da sexualidade biológica em produtos da atividade humana”.

De início, é mister frisar que Butler (2003) também é uma das principais autoras que estabelecem uma crítica consistente ao binarismo. A estrutura sexual binária, na sua perspectiva, seria decorrente da regra da heteronormatividade. As categorias identitárias, portanto, para a teórica, são produtos ficcionais das estruturas de poder, ou seja, não são preexistentes às estruturas de poder, mas produtos performativos das instituições, das práticas e dos discursos. Como já se salientou, para Butler (2003), os atributos biológicos não resumem uma base coerente para fundamentar a identidade, porquanto sexo e gênero são construções socioculturais que pressupõem as aspirações dos sujeitos de se ajustarem a padrões sociais. Portanto, como pretendemos explicar, a decisão na ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) reflete implicitamente um discurso que incorpora um conjunto de categorias aparentemente fundacionais, que são produtos culturais capazes de criar uma aparência de natural, original, inevitável.

Segundo Jagger (2008), Butler (2003) não estabelece como estratégia teórica apenas a análise da desnaturalização das categorias identitárias, mas também trata da possibilidade de resistência e de mudança em seus âmbitos. Uma vez que o sistema binário de diferença sexual é uma estrutura instável, surge assim a possibilidade de transformação. Com efeito, o projeto político torna-se uma questão de subversão da identidade.

Fraser (2001), a seu turno, teoriza a respeito da temática do binarismo e aduz que, embora os remédios afirmativos propugnem reparar a subordinação de status de homossexuais por meio da valorização da cultura LGBT, mantêm intacto o código binário homem-mulher, hétero-homo (que atribui sentido à relação). Sua teoria se contrapõe ao binarismo por meio da ideia de remédios desconstrutivos que conduzem à desconstrução da oposição binária, e não ao reforço da dicotomia homem-mulher/hétero-homo. O ponto, segundo Fraser, não é dissolver toda diferença sexual em uma identidade humana universal, e sim defender um campo de diferenças sexuais múltiplas, fluidas e não binárias que pressuponham o igual valor moral dos seres humanos.

Honneth (2003a; 2003b) não tematiza diretamente a temática do binarismo. Não obstante, ao essencializar a identidade, seu paradigma da autorrealização desvela-se insuscetível de superar a estrutura binária – precisamente em face do déficit político de sua teoria. Defende que as reivindicações por justiça em uma sociedade pluralista relativas à crítica ao binarismo devem supor o *insight* crítico-reflexivo da norma da paridade de participação por meio da qual torna-se possível avaliar quais demandas por reconhecimento são efetivamente legítimas, confrontando-se estruturas de poder heteronormativas. Além disso, como ressaltam Werle e Melo (2013, p. 329), em Honneth, “a tarefa de uma teoria da justiça parece ficar reduzida ao realizar ou proporcionar o bem ético da formação bem-sucedida da identidade pessoal, entendido como uma necessidade básica dos indivíduos.” Sob esse prisma, descortina-se o déficit político da teoria de Axel Honneth.

Basicamente, são essas as contribuições filosóficas examinadas, e a seguir, tratar-se-á da ADPF nº 132/ADI 4.277, a qual conferiu interpretação

conforme a constituição do art. 1723 do Código Civil, aplicando-se o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas.

3 O JULGAMENTO DA ADI 4277-DF À LUZ DO DIÁLOGO HONNETH-FRASER

Após estudados os principais pontos das teorias do reconhecimento de Axel Honneth e de Nancy Fraser, pretende-se agora compreender a temática dos direitos dos casais homossexuais na decisão do STF, para que se possa refletir criticamente sobre um conjunto de discursos implícitos aos votos dos Ministros. A decisão foi vista como expressão ilegítima de ativismo judicial, pois, na visão de muitos teóricos, não seria competência do Judiciário decidir questões constitucionais controvertidas que envolvam desacordos morais razoáveis, nem violar os limites semânticos do artigo 226, § 3º da Constituição (BRASIL, 1988).

A concepção tradicional de família no direito pátrio tem passado por transformações de grande alcance, desde a decisão do STF na ADI 4277-DF, culminando na edição da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A omissão legislativa na efetivação dos direitos de casais homossexuais legitimou tanto a decisão do STF no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011), quanto a edição da Resolução 175 do CNJ (BRASIL, 2013). Nessa percepção, a Resolução 175 do CNJ dispõe sobre habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, instaurando que os Cartórios Extrajudiciais brasileiros devem assim proceder, sem criar obstáculos a quem pretenda legitimar os atos jurídicos supracitados¹.

1 O então Presidente do CNJ, Ministro Joaquim Barbosa, que também foi autor da proposta de Resolução, ponderou, durante a sessão de apreciação da Resolução pelo Colegiado, que seria contrassenso aguardar a regulamentação legislativa da decisão do STF na ADI 4277-DF pelo Congresso Nacional, porquanto ao se reconhecer juridicamente as uniões homoafetivas como uniões estáveis, demandar-se-ia tratamento idêntico em relação ao casamento, uma vez que a Constituição proíbe qualquer forma de discriminação. Portanto, o CNJ não usurpou competência legislativa, já que apenas resguardou a isonomia prevista no artigo 5º, caput da Constituição Federal, atuando no âmbito de sua competência regulamentar atribuída pela Emenda Constitucional nº 45.

Uma das questões que mais se discutiu em torno do julgamento do STF na ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) foi o conceito da ideia de família. Os Ministros Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – ainda que o último, de forma mais tímida – fizeram referência em seus votos às novas concepções de família da sociedade contemporânea. Assim sendo, acabou-se por considerar a união homoafetiva como a constituição de uma família. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso, embora considerando a pretensão procedente, assentaram a existência de lacuna normativa sobre a questão.

O Ministro Ricardo Lewandowski enfatizou que a união homoafetiva não constitui união estável – que impõe gêneros diferentes – mas forma distinta de entidade familiar não prevista no rol exemplificativo do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, o voto do Ministro ainda contempla uma interpretação binária de sexo. Nesse ponto, considerou cabível o mecanismo da integração analógica com o objetivo de aplicar às uniões homoafetivas as prescrições legais atinentes às uniões homossexuais, excluindo-se aquelas que exijam diversidade de sexo para seu exercício até que o Congresso Nacional estabeleça tratamento legislativo (BRASIL, 2011).

A estrutura sexual binária também repercutiu no voto do Ministro Gilmar Mendes, quando defendeu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre união estável e a homoafetiva, não incidindo todas as normas relativas àquela entidade, porquanto não se trataria de equiparação (BRASIL, 2011).

O Ministro Gilmar Mendes limitou-se a reconhecer a existência dessa união pelo mecanismo da analogia ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula do art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Consagrou que a ideia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade, realçando que a ausência de um modelo institucional que garantisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. (BRASIL, 2011).

Segundo o Ministro-relator Carlos Ayres de Brito, o tratamento discriminatório – ou preconceituoso – em razão do sexo dos seres humanos se

contrapõe ao objetivo constitucional de promover o bem de todos. Enfatiza a importância do pluralismo sociopolítico cultural, como valor do preâmbulo da Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal pluralismo sociopolítico-cultural, para o Ministro-relator, estaria ligado à democracia substancialista baseada na respeitosa convivência dos contrários (BRASIL, 2011).

Nesse ponto, sustenta-se que o contato paritário entre as identidades – decorrente do pluralismo sociopolítico cultural e de “Constitucionalismo fraternal”, como refere o Ministro – é fundamental para inspirar o sentido de solidariedade cívica, que é pressuposto para a ideia de liberdade social descrita por Honneth (2012). Como já se salientou, Honneth (2012), em *El derecho de la Libertad*, elenca cinco pressupostos que irão viabilizar maior nível de concretização da liberdade social, dentre os quais, a cristalização do sentimento de solidariedade cívica. Portanto, o argumento do pluralismo é essencial para o estabelecimento de relações humanas ricas e plurais, mas, por outro lado, deveria ser aprimorado em direção à interpretação desconstrutiva capaz de contemplar a crítica ao binarismo sexual.

Honneth (2015), em *O Direito da Liberdade*, reconstrói as diversas formas de relacionamentos pessoais que envolvem a amizade, as relações íntimas e a família. Na obra, demonstra a evolução do amor romântico ao amor livre da década de 1970 e revela como a família patriarcal foi substituída pela família nuclear tradicional (em que os pais cumprem determinados papéis) que, por sua vez, evolui na direção à família moderna, na qual inexistem rigidez na divisão de papéis.

Por fim, destaca como surgiram novas formas familiares compostas também por pessoas do mesmo gênero. Trata-se de vínculos mantidos por laços afetivos, enquanto tal modificação da autocompreensão institucional da família atingiu o aumento da liberdade.

A compreensão sobre a evolução institucional da família contém uma fundamentação filosófica baseada na ideia de liberdade social, o que a torna capaz de elucidar um conjunto de discursos implícitos ao voto do Ministro-relator, especificamente quando ressalta que a Constituição, ao fazer referência à instituição da família, para fins de especial proteção estatal, o fez “[...] em

seu coloquial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas” (BRASIL, 2011).

O Ministro-relator concluiu que a Constituição não vinculou a formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Interpretando o art. 226 da Constituição Federal, menciona que a família é “[...] vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada” (BRASIL, 2011).

Embora seu voto assuma uma conotação positiva, uma vez que afirma que o preconceito em razão do sexo seria vedado constitucionalmente (já que a Constituição não obrigou, nem proibiu o uso concreto da sexualidade), ainda pressupõe a estrutura binária de sexo, quando narra que “[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” (BRASIL, 2011).

O Ministro-relator informa expressamente que o sexo “[...] é um dado empírico que nada tem a ver com merecimento ou desmerecimento inato das pessoas, pois se não é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher ou homem.” Em outras palavras, pressupõe o sexo como “[...] conformação anátomo-fisiológica”, sendo biologicamente determinado (BRASIL, 2011).

Assim, infere-se que a estratégia argumentativa ainda consagra a interpretação binária do sexo – que é problematizada por Fraser – estando implícita no julgamento, especialmente no voto do Ministro-relator. Destarte, ainda o Ministro-relator defende o “Constitucionalismo fraternal” voltado para a integração comunitária das pessoas a se viabilizar por “[...] políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais desfavorecidos e até vilipendiados” (BRASIL, 2011).

Fraser (2001), em sua crítica aos remédios afirmativos, assevera que estes inspiram a reificação identitária, enquanto deixam intacto o código binário homem-mulher, hétero-homo. É precisamente nesse sentido que

aponta remédios transformativos, conectados à pretensão de desconstrução, que modificariam a estrutura cultural subjacente, desestabilizando as diferenças de grupo existentes, vinculados à *queer politics* – que visa desconstruir a oposição homo-hétero, evitando a essencialização da identidade *gay*.

A estratégia transformativa não pretende “[...] solidificar uma identidade *gay*, mas desconstruir a dicotomia hétero-homo a fim de desestabilizar todas as identidades sexuais.” (FRASER, 2001, p. 23).

4 CONCLUSÃO

O conceito tradicional de família – composta pelo homem, pela mulher e sua prole – se esvazia com a chegada da modernidade e da globalização, porquanto cada vez mais surgem diferentes formas de família (como as monoparentais e as homoafetivas), o que coloca a própria dicotomia homem-mulher em cheque. O que se verifica, no entanto, é uma reviravolta naquele antigo conceito de família e na concepção binária de sexo, o que vem a requerer do Direito novos posicionamentos.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Direito Civil e as demais normas foram criados para atender ao conceito tradicional de família, porém, hoje já não são suficientes para acolher as novas demandas que surgem. Assim, se faz necessária a ruptura com concepções assimétricas de mundo, o que paulatinamente vem ocorrendo.

Diante do que se explanou, o voto do Ministro Carlos Ayres consagrou um conceito renovado de família, ampliando a concepção tradicional por meio da interpretação sistemática e contemplando implicitamente o princípio da Unidade, que pretende interpretar a Constituição na sua totalidade. De fato, o artigo 226, § 3º, estabelecido na Constituição Federal (BRASIL, 1988), foi considerado pelo STF de maneira articulada com os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana – liberdade, legalidade, igualdade.

Todavia, interpreta-se, à luz da estrutura deontológica de Fraser (2010), que o referido “Constitucionalismo fraternal” (mencionado pelo Ministro-relator) se vincularia a remédios afirmativos, e não transformativos, sendo os primeiros insuscetíveis de desestabilizar a estrutura sexual binária. Com essa estrutura conceitual, o aporte teórico de Fraser – especificamente

sua concepção de remédios transformativos – é essencial para compreender e criticar um conjunto de discursos implícitos ao teor do voto do Ministro Carlos Ayres de Brito, precisamente pelo fato de a estudiosa defender a necessidade de desconstrução das dicotomias hétero-homo e homem-mulher.

Sustentamos, à luz de Fraser (2003a, 2010) que, embora Honneth (2003a; 2012, 2015) teorize um relevante diagnóstico de opressão contra minorias, sua perspectiva é insuscetível de se contrapor ao binarismo sexual. De fato, o voto do Ministro-relator, ao resgatar os princípios da liberdade e da intimidade, enfatiza que “[...] tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, com base no art. 5º, II da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consagra implicitamente a ideia de liberdade social, tal como delineada por Honneth (2015).

Não obstante, entende-se que somente a criação de novos contrapúblicos subalternos que ampliam novas interpretações de necessidades não ouvidas na esfera pública oficial torna possível combater a inexpressividade ou a ausência de voz. Nesse particular, o modelo de *status* delineado por Fraser (2003a, 2003b, 2010) é deontológico, não apelando para a concepção de autorrealização ou bem, mas para a concepção de justiça democraticamente estabelecida, que pode ser aceita e justificada por indivíduos com concepções divergentes de bem.

Nessa perspectiva, Fraser (1992, 2001, 2003a, 2003b, 2010) possui recursos conceituais que revelam maior alcance teórico para interpretar e para criticar o voto do Ministro-relator e dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, propugnando uma teoria feminista que se contrapõe à essencialização identitária e ao binarismo de gênero – mas sem anular a autonomia do sujeito – assumindo como objetivos a descrição das desigualdades e a formulação de um projeto emancipatório, por meio de contrapúblicos subalternos. Então, enquanto Honneth (2003a, 2012, 2015) compreende o reconhecimento como forma de autorrealização, Fraser (2003a, 2003b, 2010) parte da perspectiva de que se trata de uma questão de justiça social, que reflete a dimensão tridimensional voltada para atingir a paridade de participação entre todos os membros da sociedade.

Honneth, ao pretender sanar o déficit sociológico da Teoria Crítica, inspira o que Werle e Melo (2013, p. 335) denominam como déficit político da Teoria Crítica, no sentido de inexistir em sua estrutura conceitual qualquer preocupação em “[...] explicitar um princípio de justificação recíproca e universal em que os próprios cidadãos pudessem decidir quais formas de reconhecimento e princípios de justiça são legítimos ou ilegítimos”.

Fraser (2003a; 2003b; 2010), finalmente, enfatiza o reconhecimento na melhor das perspectivas possíveis, já que o vê como questão unicamente de justiça social e sob a perspectiva tridimensional – e não apenas como questão de autorrealização. E vai além: não trabalha com as práticas depreciatórias ou com o sofrimento inarticulado de que trata Honneth (2003a, 2003b), mas com as práticas discriminatórias institucionalizadas que estabelecem a subordinação de *status*. Portanto, sua teoria é mais abrangente, aplicando-se de maneira mais pertinente e revelando maior alcance para casos de não reconhecimento de minorias sexuais no STF, desconstruindo a estrutura binária.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Synthesis**: Cadernos do Centro de Ciências Sociais – UERJ. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012.

BEAUVOIR, Simone. **The Second Sex**. New York: Bantam Books, 1970.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 ago. 2016.

_____. **Decreto-Lei 220 de 18 de Julho de 1975**: Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 19 de Julho de 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

_____. Constituição. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 1 maio 2015.

_____. **Resolução n. 175, de 14 de Maio de 2013:** dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 1 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil:** ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Relator: Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BUNCHRAFT, Maria Eugênia. **Ativismo judicial grupos estigmatizados:** filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Ativismo judicial grupos estigmatizados:** Filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução analítica. In.: POUPART, Jean; PIRES, Álvaro. **A pesquisa qualitativa:** enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2014.

FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de género. **Desafios**, Bogotá, v. 27, n. 2, p. 99-143, 2015. Disponível em: <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/viewFile/3803/2731>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade, v. 1.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

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: UNB, 2001.

_____. Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political philosophical exchange.** London: Verso, 2003b.

_____. Justice Social in the Age of Identity Politics. In.: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political philosophical exchange.** London: Verso, 2003a.

_____. Prioritizing Justice as Participatory Parity. A reply to Kompridis and Forst. In: OLSON, Kevin (ed.). **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics.** London: Verso, 2008.

_____. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In.: CALHOUN, Craig. **Habermas and the Public Sphere.** Cambridge: Mit Press, 1992.

_____. **Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world.** New York: Columbia University Press, 2010.

HEGEL, G. W. **Filosofia do Direito.** Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Unisinos. 2010.

HONNETH, Axel. Democracia como Cooperação Reflexiva. John Dewey e a Teoria Democrática hoje. In.: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: UNB, 2001.

_____. **El Derecho de La Libertad.** Madrid: Katz, 2012.

_____. Invisibility: on the epistemology of recognition. In.: **Supplement to the Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 75, n. 1, 2001.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Edições 34, 2003a.

_____. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser. In.: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition**. Londres: Verso, 2003b.

_____. **Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel**. Trad. Denílson Luiz Werle e Rúrion Soares. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

JAGGER, Gill. **Sexual Politics, Social Change and the Power of Performative**. New York: Routledge, 2008.

KOMPRIDIS, Nikolas. Struggling over the Meaning of Recognition. In.: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her Critics**. Londres: Verso, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARA, Maria Pia; FINE, Robert. Justice and the Public Sphere: The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory. In.: LOVELL, Terry (Ed.). **(Mis) recognition, Social Inequality and Social Justice: Nancy Fraser and Pierre Bourdieu**. London and New York: Routledge, 2007.

RUBIN, Gayle. The Traffic in woman: notes on the political economy of sex. In.: REITER, Rayna. **Toward an Anthropology of Women**. Monthly Review Press, p. 157-210, 1975.

SOBOTTKA, Emil A.; SAAVEDRA, Giovani A. Justificação, reconhecimento e justiça: tecendo pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. **Civitas**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 126-144, jan./abr. 2012.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In.: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 283- 292. (Coleção Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SULEIMAN, Susan Rubin. **The Female Body in Western Culture: contemporary Perspectives**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

TATE, Neal. Why the expansion of judicial power. In.: TATE, Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório da análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

WERLE, Denilson; MELO, Rúrion. Um déficit político do liberalismo hegeliano. Autonomia e reconhecimento em Honneth. In.: MELO, Rúrion (org.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade, justiça. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 317-335.

AGRADECIMENTO

Este artigo é resultante da coordenação de dois projetos de pesquisa por Maria Eugenia Bunchaft:

Edital Pesquisador Gaúcho (FAPERGS-Processo n. 2345-2551/14-4)
e Chamada Universal 2014 (CNPq-Processo n. 456364/2014-5).

Correspondência | Correspondence:

Maria Eugenia Bunchaft
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Centro de Ciências
Jurídicas, Avenida Unisinos, São João Batista, CEP 93.022-000. São
Leopoldo, RS, Brasil.
Fone: (51) 3590-8148.
Email: mbunchaft@unisinos.br

Recebido: 30/12/2015.

Aprovado: 05/06/2016.

Nota referencial:

BUNCHRAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI, Jéssica. O julgamento da ADI 4277 no STF: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 2, p. 51-84, maio/ago. 2016. Quadrimestral.