

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

JESSICA CRISTIANETTI

**A UNIÃO HOMOAFETIVA NO STF E O CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO: CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO RECONHECIMENTO
DE AXEL HONNETH E NANCY FRASER**

SÃO LEOPOLDO

2016

Jessica Cristianetti

A UNIÃO HOMOAFETIVA NO STF E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO:
CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH E
NANCY FRASER

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito,
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Área de concentração: Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direitos

Orientadora: Prof(a). Dra. Maria Eugenia Bunchaft

São Leopoldo

2016

C933u

Cristianetti, Jessica.

A união homoafetiva no STF e o constitucionalismo democrático : contribuições da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser / Jessica Cristianetti. – 2016.

164 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa Interdisciplinar de Pós-Graduação em Direito, 2016.

“Orientador(a): Prof(a). Dr. (a) Maria Eugenia Bunchaft.”

1. Direito constitucional. 2. Casamento entre homossexuais.
3. Minorias – Estatuto legal, leis, etc. I. Título.

CDU 342.726-053.34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A UNIÃO HOMOAFETIVA NO STF E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH E NANCY FRASER”, elaborada pela mestranda **Jessica Cristianetti**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de março de 2016.

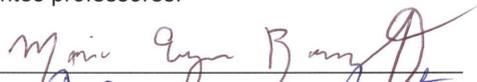


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Maria Eugenia Bunchaft



Membro: Dr. Delamar Jose Volpato Dutra



Membro: Dra. Fernanda Frizzo Bragato



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Para minha mãe, Rita Speroto Cristianetti em agradecimento por todo o amor
fornecido enquanto presente e, para Filipe Carvalho, por tantos anos de companheirismo,
amor e incentivo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS pela oportunidade a mim concedida de conviver dois anos com profissionais exemplos de competência e dedicação.

Sou muito grata ao apoio financeiro concedido a mim, pela CAPES, sem o qual não seria possível a realização de tal sonho.

Agradeço, profundamente, minha orientadora professora Doutora Maria Eugenia Bunchaft, pelo zelo e dedicação prestados na consecução de tal trabalho ao longo destes dois anos de estudo. Meu enriquecimento acadêmico se deve, determinadamente, pelo seu apoio e incentivo, sem o qual, tal trabalho não se perfeitibilizaria. Só tenho a agradecer pela oportunidade de estudar um tema de tanta relevância.

Devo minha gratidão, também, ao meu companheiro de anos, Filipe Carvalho, que foi o principal incentivador em minha curta carreira acadêmica, aquele que sempre acreditou que eu poderia ir mais longe. Obrigada pela compreensão nos momentos difíceis, obrigada por tudo, sem você este trabalho não existiria.

Agradeço à toda minha família, pela compreensão e apoio. Principalmente, à minha mãe, que me deu a vida e, que mesmo não estando mais presente, tenho certeza que me incentivou muito e me deu forças para seguir em frente, onde quer que esteja, fica registrado meu agradecimento.

Meus agradecimentos para minhas eternas amigas (e, em breve Mestras) Allana, Daísa e Larissa por todo o apoio psicológico, obrigada pelas discussões teóricas desde os tempos de pesquisa na Graduação, tais discussões que apenas enriqueceram-me intelectualmente.

Por último, agradeço a meus companheiros peludos de estudo, Nico e Fifa.

Obrigada a todos que participaram direta ou, indiretamente, deste feito.

RESUMO

No presente trabalho objetiva-se realizar uma análise filosófica e jurídica da estratégia argumentativa utilizada pelos Ministros do STF no julgamento da ADI 4277/ ADPF 132. O principal problema dessa pesquisa é: em que medida os referenciais teóricos de Post, Siegel e Fraser podem elucidar - ou criticar - a estratégia argumentativa implícita aos votos dos Ministros do STF no julgamento da ADI 4277-DF? As respectivas estruturas conceituais revelariam alcance para desconstruir o binarismo sexual? No âmbito filosófico, a dissertação trabalha sob as perspectivas teóricas de Nancy Fraser e Axel Honneth, onde objetivou-se responder a questão: o reconhecimento é uma questão de justiça ou de autorrealização? Já no que diz respeito à questão jurídica, o problema que se põe é: à luz do Constitucionalismo Democrático sustentado por Post e Siegel, a recepção de uma perspectiva minimalista - delineada por Sunstein - à cultura política brasileira, revela alcance teórico para potencializar a efetivação judicial de direitos fundamentais de minorias LGBT? Para tanto, será utilizado o método fenomenológico-hermenêutico, por se tratar de um método de abordagem que pretende aproximar o sujeito e o objeto da pesquisa. Segundo Stein (1979), não se trata de uma análise externa, pois sujeito e objeto não estão desconectados. Diferentemente, o sujeito está diretamente implicado, relacionando-se com o objeto de estudo, o qual interage com ele. O método de indução analítica (método de abordagem) também será utilizado. Deslauriers (1997) 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. Assim, seguindo a indução analítica, a pesquisa é desenvolvida de “baixo” para “cima”, iniciando-se por uma análise aprofundada do conteúdo dos votos dos Ministros, para estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. Como resultado, afirma-se a relevância da teoria de Fraser, que tem como questão central a justiça social, que é tridimensional. Esta teoria é mais adequada para trabalhar a questão do papel do STF na efetivação de direitos de minorias LGBT estigmatizadas, justamente por desvincular-se de uma abordagem psicológica. Por sua vez, sustenta-se que o Minimalismo Judicial também não revela alcance teórico para incrementar a concretização dos direitos de minorias LGBT, porquanto o recurso a argumentos estreitos desconsidera o potencial democrático do *backlash*, que é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional. Por fim, com base em Bunchaft (2016), a dissertação pretende articular as teorias de Post, Siegel e Fraser por meio da ideia de Constitucionalismo Democrático-Paritário. O Constitucionalismo Democrático-Paritário, potencializando as práticas comunicativas de interpretação

constitucional dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário a partir de contrapúblicos subalternos, pode desmascarar assimetrias de poder que surgem na esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais que ainda consagram o binarismo sexual, o qual foi expresso no voto do Ministro Relator da ADI 4.277-DF. Essa dissertação sustenta que as estratégias argumentativas dos votos dos Ministros Marco Aurélio, Celso Mello e Ellen Gracie contêm um conjunto de discursos implícitos inerentes ao paradigma da autorrealização.

Palavras-chave: Direito constitucional. Constitucionalismo democrático. Minorias. Teoria do reconhecimento. União entre pessoas do mesmo sexo.

ABSTRACT

This work aims to outline a philosophical and legal analysis of the argumentative strategy used by the Justices of the STF in the judgment of ADI 4277 / ADPF 132. The main problem of this research is: to what extent the theoretical referentials of Post, Siegel and Fraser can clarify - or criticize - the implicit argumentative strategy presupposed by the votes of STF justices in the judgment of ADI 4277-DF? Would their conceptual structures reveal potential to deconstruct the sexual binarism? In philosophical context, the dissertation works on the theoretical perspectives of Nancy Fraser and Axel Honneth, which aim to answer the question: the recognition is a matter of justice or self-realization? In what concerns the legal issue, the problem that arises is: in the light of Democratic Constitutionalism endorsed by Post and Siegel, the reception of minimalist approach - outlined by Sunstein - in the Brazilian political culture, reveals theoretical power to enhance the judicial realization of the LGBT minorities's fundamental rights? For this, will be used the phenomenological-hermeneutical method, because it is a approach method that intends to join subject and object of search. According Stein (1979), it is not an external analysis, because subject and object aren't disconnected. In contrast, the subject is directly involved, relating to the study object, which interacts with it. The analytical induction method (approach method) will be also used. Deslauriers (1997) teaches that it is a logical procedure, which consists to start from the concrete to reach the abstract, delimiting the essential characteristics of a phenomenon. So following analytical induction, the research is developed from "down" to "top", starting with a deep analysis about the content of the Justices votes, to establish concepts and theoretical propositions that will be linked to the case study. As a result, it states the relevance of the theory sustained by Fraser, whose central question is the social justice which is three-dimensional. This theory is most appropriated to work the issue about the Brazilian Supreme Court role of enforcing rights of LGBT stigmatized minorities, precisely because it's disconnected from a psychological approach. In turn, maintains that the Judicial Minimalism also does not reveal theoretical power to increase the achievement of the LGBT minorities rights, because the use of narrow arguments disregards the democratic potential of the backlash, which is a normal condition for the development of constitutional right. Finally, based on Bunchaft (2016), this dissertation intends to articulate the Post, Siegel and Fraser's theories, through the idea of Democratic-participatory Constitutionalism. The Democratic-egalitarian Constitutionalism, enhancing the communicative practices of constitutional

interpretation of social movements and their interaction with the judiciary through subaltern counterpublics, can unmask asymmetries of power that arise in own official public sphere and which are reflected in court decisions that still consecrate sexual binarism, which was expressed on the Justice Carlos Brito' vote in the ADPF n. 132-RJ This dissertation argues that the argumentative strategies presupposed the votes of Justices Marco Aurélio, Celso Mello and Ellen Gracie contain a set of implicit discourses inherent the paradigm of self-realization.

Key-Words: Constitutional right. Democratic constitutionalism. Minorities. Recognition theory. Union between people of the same sex.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|--------|--|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ALGBT | Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais , Travestis e Transexuais |
| ADPF | Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| EUA | Estados Unidos da América |
| IBDFAM | Instituto Brasileiro de Família |
| LGBT | Lésbicas, Gays, Bissexuais , Travestis e Transexuais |
| PL | Projeto de Lei |
| PLC | Projeto de Lei Complementar |
| PDC | Projeto de Decreto Legislativo |
| PSOL | Partido Socialista |
| PT | Partido dos Trabalhadores |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 TEORIA DO RECONHECIMENTO | 21 |
| 2.1 O debate Honneth-Fraser | 22 |
| 2.2. A perspectiva teórica de Axel Honneth, em <i>O Direito da Liberdade</i> | 37 |
| 2.3. Justiça ou autorrealização | 55 |
| 3 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO VERSUS MINIMALISMO JUDICIAL | 58 |
| 3.1 A Teoria do Minimalismo de Cass R. Sunstein e seus desdobramentos conceituais: análise dos comentaristas | 58 |
| 3.1.1. A teoria do Minimalismo Judicial e o Refluxo Social..... | 59 |
| 3.1.2. Acordos parcialmente teorizados..... | 62 |
| 3.1.3. Consenso Sobreposto de Rawls x Acordos Parcialmente Teorizados de Sunstein | 68 |
| 3.1.4 Críticas apontadas por Matthew Steilen | 70 |
| 3.2. O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel: Considerações de Maria Eugenia Bunchaft | 73 |
| 3.2.1. Constitucionalismo Democrático | 73 |
| 3.3.1. A perspectiva de Nejaime e Siegel: refluxo supostamente secular | 79 |
| 3.3. A Perspectiva de Jack Balkin | 81 |
| 3.4. Notas sobre o Originalismo: Balkin, Sunstein, Siegel e Post | 84 |
| 4 UMA VISÃO PANORÂMICA DA ATUAÇÃO DO MOVIMENTO GAY NO BRASIL: A CRÍTICA FEMINISTA AO CASAMENTO GAY | 93 |
| 4.1 Contextualizando o movimento no Brasil | 93 |
| 4.2. A questão da criminalização da homofobia | 103 |
| 4.3. O casamento gay | 108 |
| 4.4. A ADI-DF 4.277/ADPF-RJ 132 e a Resolução 175 do CNJ | 117 |
| 5 O JULGAMENTO DA ADPF 132: UMA ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA DO CONFLITO | 119 |
| 5.1. Análise do conteúdo dos votos dos Ministros do STF à luz do Constitucionalismo Democrático e da teoria tridimensional de Fraser | 125 |
| 5.2. A QUESTÃO DO BACKLASH | 132 |

| | |
|---|------------|
| 5.3. Discursos implícitos na estratégia argumentativa pressuposta pelo voto do Ministro-Relator Carlos Ayres de Brito: Constitucionalismo fraternal e binarismo de gênero, uma crítica à luz do debate Honneth-Fraser..... | 136 |
| 5.4. A desconstrução do binarismo: Constitucionalismo paritário e contrapúblicos subalternos | 139 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 147 |
| REFERÊNCIAS | 153 |

1. INTRODUÇÃO

Um dos principais aspectos que permeiam as sociedades contemporâneas é a tensão entre democracia e constitucionalismo. A democracia direta da pólis grega não encontra mais efetividade nas sociedades contemporâneas complexas marcadas por desacordos morais razoáveis. Uma concepção fundamental que tenta atenuar o conflito é o ideal de democracia constitucional, que não se compatibiliza mais com a ideia de democracia formal e nem mesmo com a proposta de interpretação meramente procedimental da Constituição. O Constitucionalismo, desde a modernidade, limita o poder de atuação do Governo e do Parlamento na medida em que estabelece um rol de direitos fundamentais e de condições procedimentais que oportunizam o jogo democrático.

A ideia fundamental da democracia constitucional concentra-se em viabilizar o autogoverno do povo, contudo, de outro lado, determina que se exerça o respeito aos direitos fundamentais. Subsequentemente à experiência desastrosa do fascismo e do nazismo, a maior parte dos países europeus, em seus processos de reconstitucionalização, tencionou consagrar um conjunto de direitos que funcionassem como *trunfos* contra possíveis investidas de maiorias políticas. A apropriação crítica do passado efetivou-se não apenas pela garantia dos direitos fundamentais, mas também pela criação de Tribunais Constitucionais. Nesse ponto, a democracia constitucional diferencia-se da democracia majoritária, porquanto esta apenas consagra procedimentos de decisão política, enquanto a primeira cristaliza também princípios e valores substantivos.

Indubitavelmente, o Constitucionalismo sem parâmetros pode conduzir ao ativismo judicial nocivo, enquanto a democracia majoritária irrestrita também pode inspirar a tirania populista das maiorias. É nesse contexto que assume relevância o movimento denominado como Constitucionalismo Democrático, postulado por Post e Siegel. Sob essa ótica, é premente distinguir os conceitos de judicialização de ativismo judicial. Para Luís Roberto 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 afirma que a judicialização contempla 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. Ainda nas palavras de Streck, [...] 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).” (STRECK, 2011, p. 589). 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, 2011, 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 Vanice Regina Lírio do Valle (2009), por meio da judicialização, enquanto fenômeno contingencial, o judiciário passa a atuar diante da inércia dos demais poderes. Associa-se a uma realidade social marcada pela reivindicação de direitos e pela estrutura política perpassada pela inércia na efetivação de direitos fundamentais.

Sob esse prisma, assumindo conotação singular, o *Constitucionalismo Democrático* sintetiza a forma eminentemente dialógica de judicialização que pressupõe uma postura dos tribunais juridicamente que se revela sensível às reivindicações dos movimentos sociais, expressando potencial para influenciar os ramos do Poder Público com valores constitucionais. Analisando o tema, Jaramillo (2013) discorre que o progressismo sustentado pelo *Constitucionalismo Democrático* é fundamentalmente dialógico: não assume concepções populistas e agregativas de democracia e também não se opõe ao sistema de controle de constitucionalidade. Não cabe aos tribunais darem a última palavra na interpretação da Constituição porquanto a efetivação das normas constitucionais adquire sua legitimidade como produto de um diálogo progressivo entre o governo, o Congresso e as Cortes. Todos exercem conjuntamente a responsabilidade pelo cumprimento das normas constitucionais. (JARAMILLO, 2015, p. 68).

Com o propósito de tornar a Constituição o reflexo da interpretação compartilhada entre governantes, povo e movimentos sociais, à luz do *Constitucionalismo Democrático*, o Poder Judiciário pode - e deve- assumir papel proeminente no controle de constitucionalidade dos atos normativos. Cass Sunstein, por sua vez, preconiza a teoria do Minimalismo Judicial, segundo a qual o Judiciário deve se ater às especificidades do caso concreto, sem invocar argumentos amplos e abstratos.

Analisar-se-á, com fulcro no debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial, o papel do *backlash*/refluxo social decorrente da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277-DF* e seu impacto na cultura constitucional brasileira. Para tanto, objetiva-se traçar exemplos de possíveis refluxos após a decisão da ADI 4.277-DF pelo STF, com o propósito de promover a análise do refluxo anteriormente à própria decisão para então compreender se configurou-se como o único fator que impulsionou o refluxo social dentro do cenário constitucional brasileiro.

Nesse âmbito, paralelamente ao debate supracitado, incorpora-se também o referencial de Jack M. Balkin, segundo o qual os movimentos sociais são de grande importância para o desenvolvimento constitucional no sentido de que delineiam novas reivindicações, inspirando a evolução da doutrina constitucional. A ideia é de que os Tribunais sintetizem fóruns em que os movimentos sociais estabelecem batalhas, respondendo de forma reativa às perturbações sociais que eles mesmos trazem à tona.

Os movimentos sociais contemplam a base motivacional da atuação das Cortes, a qual estabelece resposta às reivindicações destes. Portanto, os Tribunais não começam as discussões nem mesmo as terminam, pois quem executa o papel são as movimentações sociais, nas quais os indivíduos têm a possibilidade de clamar sua reivindicação. Tal perspectiva teórica se faz necessária neste trabalho, tendo em vista que valoriza o movimento social como impulsionador da atuação do Tribunal, o que fica visível no julgamento da ADI 4.277-DF.

No que se refere ao cenário jurídico nacional, muitas vezes, para atribuir força normativa aos direitos fundamentais, o STF atua não apenas como legislador negativo, invalidando a norma, mas também como legislador positivo, criando-a ou ainda transcendendo a interpretação literal de dispositivos constitucionais. Frequentemente atua também de forma maximalista. Pretende-se investigar os reflexos desse debate teórico entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial no julgamento da ADI 4277-DF. A decisão ocorreu em 2011, quando o plenário do STF, por unanimidade, julgou procedente o

pedido formulado pela ADI 4277-DF (BRASIL, 2011), ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a fim de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil (BRASIL, 2002), excluindo 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-se a perda parcial do objeto originalmente formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (BRASIL, 2011b), 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. Com isso, ocorreu o seu recebimento, na parte remanescente, como ADI.

Esta dissertação tem o escopo de compreender o julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial, incorporando também os referenciais teóricos de Fraser e de Honneth e seus reflexos na interpretação e na crítica das formas dialógicas de judicialização que protegem os direitos das minorias Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT). Portanto, a pesquisa se mostra relevante e se sustenta pela necessidade de legitimar filosoficamente e constitucionalmente e, ao mesmo tempo, criticar discursos implícitos aos processos de judicialização que se direcionam para a efetivação de direitos fundamentais de grupos LGBT, para que as decisões proeminentes do STF sejam efetivamente capazes de desestabilizar a estrutura sexual binária.

Primeiramente, enseja-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 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), sua concepção de esfera pública pós-Westfaliana e o paradigma da autorrealização delineado por Honneth (2003a), assim como sua concepção de liberdade social, com o fito de compreender qual dessas teorias indica maior alcance para efetivar direitos de grupos LGBT.

Honneth (2003), 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 expressões de lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo. Recentemente, a guinada teórica na estrutura conceitual Honnethiana decorreu do distanciamento em relação à Psicologia Social de Mead e de um 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 a *Filosofia do Direito*.

Honneth (2012; 2015) publicou um novo livro, *O Direito da Liberdade*, que escoa de uma estrutura conceitual mais ampla e capaz de contemplar a 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 ainda não eram suficientemente intersubjetivas, pressupondo ainda a dimensão monológica.

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

Honneth (2012) pondera que a 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.

Etimologicamente, justificar decorre do termo latim *justificare*, o que corresponde a declarar justo. À vista disso, o desenvolvimento de uma investigação científica requer motivos necessários e relevantes que a justifiquem. Elencam-se alguns motivos relevantes que demonstram a pertinência do referencial teórico desta pesquisa:

- a) não obstante o Constitucionalismo Democrático de Post e de Siegel ser bastante estudado no cenário acadêmico internacional, sobretudo no norte-americano, há déficit de penetração no cenário acadêmico brasileiro;
- b) há ineditismo na abordagem que conecta filosofia do reconhecimento e Teoria da Constituição, de forma que a conexão entre investigação jurídica e filosófica

contribui para consolidar os pilares da Filosofia Constitucional - ramo fundamental de estudo da ciência do direito;

- c) como salienta Bunchaft (2012), o debate entre os autores é essencial para fundamentar filosoficamente os posicionamentos dos Ministros do STF na efetivação dos direitos de casais homoafetivos consubstanciada no julgamento da ADI 4277-DF, revelando discursos implícitos na estratégia argumentativa dos votos que ainda consagram o binarismo sexual. Por outro lado, destaca-se a pertinência dos referenciais relativos ao debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo, por meio dos quais é possível compreender os efeitos suscitados pela decisão do STF e pela Resolução nº 175 do *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ), a fim de verificar se esta por si só inspirou o refluxo social, se este já começava a ser delineado antes mesmo da mesma ser prolatada e, sobretudo, se o *backlash* possui dimensão negativa para a cultura jurídico-constitucional.

Diante dessa estrutura conceitual, o principal problema de pesquisa do presente estudo questiona: em que medida os aportes teóricos dos referidos filósofos e constitucionalistas podem elucidar - ou criticar - a estratégia argumentativa implícita aos votos dos Ministros do STF no julgamento da ADI 4277-DF e quais das respectivas estruturas conceituais revelam maior alcance para desconstruir o binarismo sexual?

Do problema principal, desdobram-se outras questões, a saber:

- a) o reconhecimento é uma questão de justiça (Fraser) ou de autorrealização (marco filosófico)? Em se tratando de uma questão de justiça, em que medida a efetivação de direitos de minorias LGBT pelo STF e pelo CNJ pode desinstitucionalizar padrões de valores culturais que impedem a paridade de participação de minorias estigmatizadas?
- b) à luz do Constitucionalismo Democrático designado por Post e Siegel, a recepção da perspectiva minimalista - delineada por Sunstein - à cultura jurídica brasileira revelaria maior alcance teórico para potencializar direitos fundamentais de minorias LGBT no STF e efetivar a paridade de participação desses grupos?
- c) a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo tem caráter de remédio afirmativo ou transformativo, tendo como base o aporte teórico de Fraser? É possível transgredir e transformar tal instituição do casamento através dela mesma, de acordo com a teoria de Barker?
- d) é possível estabelecer aproximação conceitual entre a ideia de Constitucionalismo Democrático - de Post e Siegel - e o referencial teórico de Fraser, precisamente no

que concerne às suas ideias de paridade de participação e de esfera pública pós-Westfaliana?

Com efeito, o objetivo geral do presente estudo consiste em estudar o debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial, incorporando também o embasamento teórico de Fraser e de Honneth, com seus reflexos no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011) pelo plenário do STF, criticando discursos implícitos insuscetíveis de desestabilizar as identidades sexuais binárias.

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-se 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 filosófica e constitucional balizada em uma concepção ampla de entidade familiar e desvinculada da estrutura sexual binária. É precisamente nesse sentido que se justifica também o presente trabalho.

Incorpora-se então como primeiro objetivo específico - que será investigado no primeiro capítulo - 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 a estratégia consubstanciada no capítulo segundo de reconstruir a história dos movimentos LGBT, para a compreensão de sua evolução na sociedade brasileira, com vistas à conexão do movimento com a ideia de contrapúblicos subalternos - estabelecida por Fraser, a qual pretende a inclusão do movimento na esfera pública pós-Westfaliana.

Analisar-se-á não apenas a temática da criminalização da homofobia, mas também a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, com o intuito de investigar se o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o meio adequado para atingir o reconhecimento real - não simbólico - de tal minoria. Para a construção da análise, a feminista Nicola Barker simboliza peça-chave, haja vista que em seu livro, *Not the Marrying Kind: A feminist critique of same-sex marriage*, ataca duramente a equiparação, com o intento de

analisar o potencial transformativo e transgressor do casamento entre pessoas do mesmo sexo em comparação à união civil heterossexual.

Por fim, incorpora-se como terceiro objetivo específico a proposta de revelar e de criticar a estratégia argumentativa pressuposta aos votos do Ministro-Relator Carlos Ayres de Brito, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Carmem Lucia, Celso Mello e Ellen Gracie no julgamento da ADI 4277-DF (BRASIL, 2011), especificamente no que toca à temática do binarismo sexual, com base na estrutura conceitual de Fraser (2003a; 2003b; 2010).

Avaliar-se-á também em que medida os votos dos Ministros Ellen Gracie, Marco Aurelio e Celso Mello atendem - ou não - à perspectiva deontológica. Investigar-se-á ainda a possível aproximação conceitual entre a ideia de Constitucionalismo Fraternal e o sentido de solidariedade cívica, que é pressuposto para a ideia de liberdade social, concebida por Honneth. Por fim, pretende-se regatar a ideia de Constitucionalismo Democrático paritário de Bunchaft como forma de articulação entre as teorias de Post, Siegel e Fraser.

Para tanto, a pesquisa se estrutura pelo método fenomenológico-hermenêutico, por se tratar de um instrumento 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, interagindo com ele e sofrendo as consequências de 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 (1997) leciona que abrange 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 pela 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, de Honneth, de Post e de Siegel. Outrossim, também será empregada a pesquisa documental (documentação indireta), por meio da coleta de dados atinentes à investigação jurisprudencial do conteúdo da argumentação desenvolvida pelos Ministros no julgamento da ADI 4277-DF. Será aplicado ainda 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 semelhantes. (MARCONI; LAKATOS, 2010).

Parte-se das seguintes hipóteses provisórias:

- a) 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;
- b) o Constitucionalismo Democrático paritário de Bunchaft (2016), articulando às ideias de Post, de Siegel e de Fraser e em contraposição a Sunstein e a Honneth, demonstra maior alcance teórico para potencializar direitos de minorias sexuais vulneráveis e para explicar discursos implícitos ao conteúdo dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que impedem minorias LGBT de atuarem como parceiras plenas nas interações sociais. Consequentemente, parte-se da premissa de que tais estratégias argumentativas violam a paridade de participação e estabelecem a subordinação de status;
- c) a igualação do casamento entre pessoas do mesmo sexo à união civil heterossexual tem caráter apenas de remédio afirmativo, porquanto simplesmente adiciona à estrutura já existente mais uma possibilidade, não alterando a estrutura patriarcal em si, da própria instituição do casamento;
- d) o estabelecimento dos parâmetros especificados por Neto e Sarmiento (2015), voltados para calibrar o grau de judicialização é fundamental para a ideia de Constitucionalismo Democrático-paritário;
- e) 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.

Importa ressaltar que tal trabalho faz parte de uma pesquisa ainda maior, intitulada “Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norteamericano”, com apoio financeiro do Programa Pesquisador Gaúcho da Fapergs, coordenada pela Professora Doutora Maria Eugenia Bunchaft, no Programa de Pós Graduação da UNISINOS.

2 TEORIA DO RECONHECIMENTO

Nesta primeira etapa do estudo, buscar-se-á analisar o debate acerca dos princípios que norteiam a Teoria do Reconhecimento entre a socióloga norte-americana Nancy Fraser e o filósofo alemão Axel Honneth, primeiramente tencionando expor suas perspectivas para, ao final do trabalho, reconhecer qual delas se evidencia como mais adequada à discussão aqui pretendida.

A temática do reconhecimento assume especial relevância para o jovem Hegel do período de Jena, minimizando-se a relevância do papel vital das relações intersubjetivas nos escritos posteriores, como em *Fenomenologia do Espírito* e em *Filosofia do Direito*. Os escritos de juventude sintetizam um conjunto de obras produzidas entre 1802 e 1806: *Sistema da Vida Ética*, *Realphilosophie* e *Sobre a Maneira Científica de Tratar o Direito Natural*. Os textos de Jena “vinculam a realização socioinstitucional do espírito, justamente seus núcleos de socialização, à formação, por parte dos indivíduos, de capacidades prático-cognitivas e de aspectos cruciais de sua personalidade e individualidade.” (LIMA, 2011, p. 4). Há forte conexão entre individuação, socialização dos indivíduos e estabelecimento de instituições que efetivam a autoconsciência universal e o espírito do povo.

No *Sistema da Vida Ética*, Hegel (1991) sublinha sua interpretação do vir-a-ser como um processo intersubjetivo de reconhecimento da particularidade dos indivíduos. Nos escritos posteriores, Hegel (1992; 2010) não mais afirma a centralidade dos processos intersubjetivos de reconhecimento, mas o movimento especulativo do espírito. O papel da luta por reconhecimento presente nos escritos de juventude perde relevância para Hegel (1992) na *Fenomenologia do Espírito*. Honneth (2003a), em *Luta por Reconhecimento*, reitera que, na *Fenomenologia do Espírito*, a mudança na estrutura conceitual hegeliana conduz à substancialização da eticidade e à afirmação da filosofia da consciência.

Em *Filosofia do Direito*, a concepção hegeliana (2010) de eticidade assume a forma de um “espírito monologicamente desenvolvido” e não configura-se mais como uma expressão da intersubjetividade. (HONNETH, 2003, p. 86). Na observação de Honneth (2003), Hegel deixa de compreender o espaço de ação do Estado como a esfera de realização das relações de reconhecimento que atribuem respeito ao indivíduo em sua singularidade biográfica. Também em *Filosofia do Direito*, Hegel (2010) propugna delinear uma Ciência Filosófica do Direito, enfatizando as manifestações do espírito objetivo, o qual encontra fundamento na ideia de liberdade humana. Trata-se de diferentes formas de manifestação da ideia de liberdade – a

qual não é teorizada em sua dimensão social, mas como momentos da realização da vontade livre numa de suas determinações. (WEBER, 2014). O conceito de liberdade não tem conotação meramente subjetiva, pois efetiva-se objetivamente nas instituições, no Estado e na história. Nesta obra, a sociabilidade, em vez de se configurar como obstáculo à manifestação da liberdade humana, representa sua condição. O desenvolvimento da liberdade objetiva é resguardado pela comunidade. (WILLIANS, 1997, p.121).

Recentemente, a guinada teórica na estrutura conceitual honnethiana (2015) em *O Direito da Liberdade* - como pretendemos demonstrar - decorre do distanciamento em relação à psicologia social de Mead e do resgate da filosofia tardia de Hegel. Nesse ponto, a influência da teoria do reconhecimento presente nos escritos do jovem Hegel é substituída pela obra do Hegel maduro (2010), especificamente em *Filosofia do Direito*. Como deseja-se analisar, recentemente, Honneth (2012; 2015), em seu novo livro, *O Direito da Liberdade*, delineia uma estrutura conceitual mais ampla, capaz de contemplar uma teoria da justiça que se expresse na forma de análise da sociedade.

2.1 O debate Honneth-Fraser

Para início de discussão, importa ressaltar que ambos os doutrinadores concentram-se fundamentalmente em “[...] reconstruir os fundamentos conceituais da teoria crítica e, com a esperança de satisfazer seus imperativos, se tem idealizado um marco no qual a categoria de reconhecimento desempenha um papel importante.” (HONNETH; FRASER, 2003b, p. 150). Nesse contexto, Honneth e Fraser delineiam suas teorias do reconhecimento sob duas perspectivas diferentes, com o objetivo de alcançar propostas próprias de renovação da Teoria Crítica, como se analisará adiante.

Inicialmente, Fraser (2003b) foca sua proposta nos discursos descentrados de crítica social, articulando sua crítica com o contexto social e centrando-se nos paradigmas populares da justiça social que, em sua concepção, criam as gramáticas hegemônicas de discussão e de deliberação. Trata-se de formas discursivas despersonalizadas, com o propósito de desconectar a teoria da filosofia polarizada no sofrimento do indivíduo. Nesse ponto de vista, tais paradigmas populares de justiça conglobam a redistribuição e o reconhecimento.

Fraser leciona que a teoria crítica é *policêntrica* e *multilateral*, e contrapõe-se à teoria de Honneth (2003b; 2003c) - cuja base é a psicologia moral - o que é objeto de crítica pela estudiosa. (Fraser, 2003b, p. 157). Portanto, em consonância com Fraser (2003), 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, 2003, p. 20). Ademais, a má distribuição configura um problema relativo às classes sociais, e o não reconhecimento, a seu turno, é compreendido como forma de injustiça decorrente da subordinação de status, que estabelece padrões institucionalizados de valores culturais direcionados a determinados grupos, por considerá-los inferiores.

Fraser, no caso em tela, postula 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, tornando-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. (Fraser, 2003, p. 23).

Em *Scales of Justice*, Fraser (2010) modifica seu modelo bidimensional, introduzindo a dimensão do *político*. Tal mudança decorre da substituição de um modelo territorial/nacional de delimitação dos espaços (modelo Keynesiano Westfaliano) para um espaço global, sem delimitação de fronteiras (modelo pós-Westfaliano), em que as questões atinentes ao primeiro modelo já não conseguem mais respostas suficientes em nível nacional, como refere Fraser (2009, p. 14), ao exemplificar a evolução de um modelo para o outro: “[...] muitos observam que os processos sociais que moldam suas vidas rotineiramente transbordam as fronteiras territoriais”.

Um exemplo de mudança é o movimento feminista, o qual reivindica reformas de legislação em âmbito internacional, e não mais apenas contra formas patriarcais locais. (Fraser, 2009). Em outras palavras, existe uma transformação na forma de reivindicar, já que em nível nacional, muitas vezes, as políticas já não atendem mais aos anseios contemporâneos dos movimentos sociais, como ocorre com o referido caso. Nesse diapasão, Fraser (2010, p. 18) 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?” Em resposta, assevera que essas questões são conceitualmente diversas da redistribuição e do reconhecimento, posto que a dimensão do *político* não pode se reduzir a essas duas esferas, embora esteja diretamente ligada a elas. Logo, é dessa coimbricação das esferas – pressuposta por Fraser (1999) que o monismo de Honneth não se faz plausível.

Contudo, a terceira dimensão da justiça também agrega 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 afastados do contexto daqueles merecedores de reconhecimento no interior da entidade política, no que diz respeito a questões de distribuição, de reconhecimento e de representação política ordinária. (Fraser, 2010).

Para tanto, Fraser propõe uma estratégia de reflexão sobre o problema do enquadramento, recomendando que a teoria da justiça deve se tornar tridimensional para então apresentar sua nova dimensão: a política. Defende ainda que cabe compreender a dimensão política da representação como apropriada para englobar três níveis. (Fraser, 2009). Nessa senda, 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. (Fraser, 2010).

Com efeito, sinaliza como segundo núcleo de anormalidade que decorre 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. No entanto, na justiça anormal, o *quem* não está definido. Surgem então 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. (Fraser, 2010).

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 o direito de voz e de deliberação nos processos decisórios a indivíduos que já são membros daquela nação, que

ficam impedidos de participar como iguais nas interações sociais. Aqui se verifica um déficit democrático alinhado ao entendimento de Fraser (2009). Ademais, cumpre salientar que

As lutas por justiça em um mundo globalizado não podem alcançar êxito se não caminharem juntamente com as lutas por *democracia metapolítica*. Então, nesse nível também, não há redistribuição ou reconhecimento sem representação. (FRASER, 2009, p. 34).

No momento em que se adota uma abordagem democrática do *como*, a teoria da justiça assume a forma adequada para um mundo globalizado, e o entendimento da justiça como paridade participativa acaba por conceder exatamente o modelo de reflexividade que é exigida no contexto transnacional. (Fraser, 2009). Em face dessa leitura, no trabalho de 2003 - intitulado *Redistribution or Recognition: a Political-Philosophical Exchange*, de autoria de Fraser (2003a; 2003b) e de Honneth (2003b; 2003c) - a teórica feminista desenvolve alguns exemplos para elucidar a questão. Um deles é a questão de gênero que, no contexto da obra, torna-se um problema de redistribuição (salários mais baixos, maior informalidade no labor, dentre outros) e de reconhecimento (abusos sexuais, violência doméstica, objetificação, negação de iguais direitos, dentre outros).

Entretanto, Honneth (2003b), no contexto do dualismo de Fraser, ao criticar as duas primeiras dimensões de sua teoria, 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 se estará conectado à reivindicação por reconhecimento e à superação de um contexto de invisibilidade social.

Para Fraser (2003a; 2003b), Honneth (2003b), ao realizar a construção de uma teoria monista, não entende como necessária uma segunda ordem de reconhecimento, pois apenas uma explicação diferenciada acerca do reconhecimento é imperativa na teoria crítica. Aqui o reconhecimento configura uma categoria suficiente para identificar todos os déficits normativos da sociedade contemporânea. Em contraposição, Fraser (2003a; 2003b) desenvolve sua perspectiva dualista de reconhecimento e de redistribuição por entender que está limitada a uma forma de injustiça social e, assim, não se basta sozinha - como pretende Honneth (2003b). Portanto, suscita a dimensão da injustiça distributiva em que se incluem os mecanismos do mercado capitalista.

Outrossim, na atualidade, a perspectiva de uma única via culturalmente homogênea é difícil de ser considerada e tal visão acaba apelando para um viés sectário, que não seria desejável para a teoria de justiça. Portanto, o que a teoria crítica precisa é satisfazer duas

condições ao mesmo tempo: ser geral - para evitar o sectarismo - e determinada, para julgar os conflitos. Somente assim a teoria pode fazer frente em problemáticas de nível global. (Fraser, 2003b).

Nesse embate, Fraser (2003b) deixa claro que sua teoria é superior à de Honneth (2003b; 2003c), e que, por trás de todos seus debates teóricos, o problema do filósofo, no fim, é o mesmo: “Honneth amplia em excesso a categoria do reconhecimento, até o ponto de perder sua força crítica”. (FRASER, 2003b, p. 151). Realmente, quando Honneth (2003c) rebate tais análises de Fraser, revela não acreditar nas críticas que lhe são dirigidas pela socióloga, chegando ao ponto de afirmar que seria necessário assumir uma postura ofensiva - e não mais defensiva - em sua réplica à Fraser.

Ainda em sua crítica, Fraser (2003b) explica, no âmbito do monismo moral de Honneth (2003b), que não é evidente que o descontentamento diário dos indivíduos dependa sempre da negação de reconhecimento. Dessa feita, ter apenas uma motivação na base dessa infelicidade seria, de alguma forma, inverossímil em sua perspectiva. A teórica do reconhecimento ainda insinua que contextos em que alguém é privado de certas possibilidades ou excluído socialmente por motivos de desigualdade econômica não seriam alcançados pela teoria de Honneth (2003b; 2003c).

Tais questões negam a paridade de participação e, na concepção de Fraser (2003a; 2003b), considerar que contemplam violações da identidade pessoal não seria a melhor interpretação possível delas mesmas. Fraser (2003a; 2003b) considera então que, no âmbito da interpretação, acaba-se por centrar-se no eu - e não mais na sociedade, na qual se assenta um sentido personalizado do dano. Por fim, neste âmbito de debate, compreende que tais problemáticas exemplificadas devem ser tratadas como formas de injustiça sentidas, e não como um reconhecimento negado. Porém, realça que mais preocupante do que tal questão é a designação desse sofrimento como o ponto de referência privilegiado da teoria crítica. (Fraser, 2003b).

Honneth (2003b; 2003c) alega que Fraser (2003a; 2003b), desde o princípio da explicação de sua teoria, utiliza uma manobra para chegar ao dualismo de perspectiva preconcebida (redistribuição e reconhecimento), pois não comprova se haveria outras formas de reconhecimentos específicos em determinadas sociedades. Nesse ponto, a questão parece plausível, já que Fraser (2003a; 2003b) não traz comprovação do que postula Honneth (2003c). Todavia, mais tarde, Fraser (2010) elabora a sua terceira dimensão de reconhecimento, mostrando haver insuficiência nas duas esferas obtidas a princípio, e

confirmando que é possível haver mais formas de reconhecimento criadas em conformidade com a demanda da evolução social.

Em se tratando da divisão de Fraser (2003a; 2003b) entre lutas por redistribuição e lutas por reconhecimento cultural, para Honneth (2003c), as primeiras decorrem da experiência do desrespeito e, portanto, pressupõem tentativas de estabelecer padrões valorativos que efetivamente avaliem de forma positiva as contribuições sociais dos indivíduos. Ademais, seria imprescindível a análise da gramática moral que estaria por trás de todos os conflitos sociais vivenciados. Nas palavras de Bunchaft (2014, p. 64),

A divergência entre os autores surge, porque Fraser propõe articular distribuição material de recursos e reconhecimento cultural por meio de uma política econômica socialista, capaz de combater as diferenças sociais, e uma perspectiva desconstrutivista, que implicaria não políticas estreitas de autenticidade de grupo, mas um processo de desconstrução identitária.

Por conseguinte, no quadro teórico que se descortina, Honneth (2003a), em *Luta por Reconhecimento*, basicamente apura três formas de reconhecimento - a dedicação emotiva (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, percebe-se como parte da mãe, mas paulatinamente aprende a conceber-se como ser independente. E na medida em que a mãe, aos poucos, retorna às suas atividades cotidianas, como reação, o bebê para de rebelar-se contra essa independência e dirige contra ela atos agressivos. Nessa 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, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública.” (HONNETH, 2003a p. 178). De acordo com Bunchaft (2014), Honneth (2003a) 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)

Tal concepção é entendida pelo próprio doutrinador (2003a) como uma teoria pluralista (três princípios), em que se pode informar a análise das lutas e dos processos sociais

de transformação com respeito aos quais podem considerar-se justificadas as reivindicações morais. Por outro lado, resgatando o pensamento de Winicott, Honneth (2003a) afasta-se das linhas psicanalíticas que designam a criança como objeto de investigação independente. 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 auto-afirmação” (HONNETH, 2003a, p. 163).

Contudo, mais importante do que a esfera é o reconhecimento dos cidadãos como sujeitos de direito. Apenas na 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 se possibilita assumir a ideia de autorrespeito. Na experiência do reconhecimento jurídico, surge a possibilidade da autocompreensão positiva em relação a si mesmo. Honneth (2003a) 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 (2003a), além de superadas as demandas atinentes à esfera do amor e à do direito, para o ser humano desenvolver a *autorrelação intacta*, calha a estima social que possibilite referir positivamente 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. 210). 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 de vista, o ser humano é mais ou menos estimado conforme suas capacidades possam - ou não - auxiliar a concretizar os objetivos de sua sociedade. Destarte, considera que

[...] sob condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto das relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. (HONNETH, 2003a, p. 210).

Convém mencionar que, quando grupos são excluídos do processo político, terminam por vivenciar uma experiência de desrespeito, que é a base motivacional dos conflitos sociais. Outrossim, em concordância com 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. Com isso, tais sentimentos impedem as condições básicas para que se atinja a autorrealização plena. É clara a assertiva de Honneth, ao aduzir que

Para chegar a uma autorrelação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas como a vergonha ou a ira. Daí a experiência do desrespeito estar sempre acompanhada de sentimentos afetivos que, em princípio, podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas. (HONNETH, 2003a, p. 220).

É mister lecionar que Honneth 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.” (HONNETH 2003a, p. 221). Também é premente reiterar o conceito delineado por Honneth (2001) - o de invisibilidade social - o qual se reflete quando os parceiros de interação social não reconhecem singularidades, ou seja, ao não identificar as especificidades de cada um, terminam por assumi-los por invisíveis, como pessoas que não existem na sociedade.

Em suma, para Honneth (2001, p. 01), “[...] a história cultural oferece inúmeros exemplos nos quais o dominador expressa sua superioridade social ao não perceber aqueles que dominam.” Um sujeito pode confirmar sua própria visibilidade somente forçando seu parceiro de interação social a reconhecer as singularidades e as propriedades que formam uma identidade.

Voltando à questão da terceira dimensão do reconhecimento em Fraser - como se confere no livro *Scales of Justice* (2010) - esta, que corresponde à esfera do político, também se conecta às outras, pois embora não se reduza à redistribuição e ao reconhecimento, também não pode ser vislumbrada de maneira desconectada. À vista disso, a teórica passa a defender a perspectiva tridimensional de justiça, que trata o reconhecimento, a redistribuição e a

representação (esfera do político) como categorias analiticamente distintas, mas que estão interligadas e se reforçam mutuamente. Logo, conglobam formas de injustiça primárias e cooriginárias, pois “[...] nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento, isoladamente, são suficientes.” (FRASER, 2003, p. 19).

A discriminação contra mulheres constitui uma categoria híbrida decorrente da injustiça distributiva, da ordem de *status* na sociedade e da esfera do político, porque o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado ocupado por homens e trabalho doméstico não remunerado atribuído a mulheres. Nessa perspectiva, esses padrões androcêntricos institucionalizados.

[...] são relativamente independentes da economia política e não são meramente superestruturais. Eles, portanto, não podem ser superados apenas por redistribuição, mas exigem medidas adicionais independentes de reconhecimento. (FRASER, 2003, p. 21).

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) sustenta 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 ainda 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 oportuniza compreender que a desvantagem do paradigma da autorrealização é a 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).

Com efeito, para Fraser, “[...] em cada caso, o efeito é a criação de uma classe de pessoas desvalorizadas que se veem impedidas de participar como pares uns com os outros na vida social.” (FRASER, 2003a, p. 29-30). Destarte, é clara a visão de Mattos (2006, p. 149), que confirma que

As vantagens da análise do reconhecimento como sendo um critério de justiça ao invés de autorrealização é permitir justificar as lutas como moralmente obrigatórias em condições modernas de pluralismo, deixando os componentes da autorrealização e do valor ético de práticas num segundo plano, sendo, portanto, de fácil justificação.

Diante dessa estrutura conceitual, a passagem supracitada só vem a corroborar o entendimento segundo o qual a visão de Fraser acerca do reconhecimento revela maior potencialidade em efetivar direitos de minorias estigmatizadas em nossa sociedade moderna, tendo em vista sua estrutura deontológica, que atende ao pressuposto do pluralismo. 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.

Dessa feita, envolve a possibilidade de igual participação de todos os cidadãos como pares nas interações sociais, sem excluir ninguém em razão do não reconhecimento, da não distribuição ou da ausência de representação, o que acarretaria um ato de violação à justiça. Porém, em 2003, Fraser sublinhava que, para se alcançar tal objetivo, seriam necessárias duas condições, quais sejam,

A distribuição de recursos materiais deve ser de molde a garantir a independência e a “voz” dos participantes. Este chamarei a condição objetiva de paridade participativa. [...] Em contraposição, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam a igualdade de oportunidade para alcançar a estima social. Este chamarei a condição intersubjetiva da paridade participativa. (FRASER, 2003a, p. 36).

É premente sublinhar que ambas as condições deveriam ser satisfeitas para que se efetivasse a paridade de participação, o que simbolizaria a visão ampliada da concepção tradicional de justiça, que traz para seu âmbito questões objetivas e subjetivas. 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. Já no que se refere à estima social, Fraser (2010) compreende que todos têm direito igual a ter estima social como condição para igual oportunidade.

Na concepção de Honneth (2003a), por sua vez, a estima social contempla um pressuposto para o desenvolvimento da intersubjetividade não distorcida, tendo em vista a formação de uma identidade positiva. Vale também frisar a concepção de Bunchaft (2014, p. 67) acerca das divergências dos estudiosos, que revela que

A divergência fundamental entre os autores consiste no seguinte pressuposto: para que se forma a identidade? Para Honneth, a possibilidade de desenvolvimento da identidade autônoma seria um fim em si mesmo, sendo que a participação na esfera pública assume uma dimensão instrumental; para Fraser, é um meio para alcançar o fim superior da participação.

Nesse panorama, Fraser (2003b), em seu debate com Honneth (2003a; 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) insurge contra essa alegação, questionando: os efeitos do não reconhecimento seriam moralmente irrelevantes?

Por fim, o autor (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 observação, tais efeitos psicológicos não são irrelevantes para apreciar a injustiça.

De fato, Fraser (2008) sugere que deveria se apelar não para a esfera de experiências subjetivas insuscetíveis de serem publicamente verificáveis, e sim, para impedimentos externamente manifestados e publicamente verificáveis que impossibilita alguns indivíduos de serem membros plenos da sociedade. Nessa perspectiva, a presente dissertação compartilha a proposta conceitual - estabelecida por Fraser (2008) - de recorrer a discursos despersonalizados de justiça, que propiciam um ponto de referência empírico mais plausível e pertinente para avaliar as pretensões de reconhecimento que o sofrimento inarticulado. Defende-se, à luz da estratégia teórica de Fraser - que, diferentemente do sofrimento

inarticulado, o primeiro não é isolado da deliberação pública, submetendo-se ao escrutínio do debate democrático.

Na interpretação de Kompridis, 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). Assim, arremata que a identificação do não reconhecimento deve se contemplar tanto pela experiência subjetiva, como pelos discursos descentrados.

O autor (2008) defende uma perspectiva equivocada segundo a qual os discursos despersonalizados têm a capacidade de agir como corretivos das experiências subjetivas, e estas, como corretivas dos primeiros. Kompridis (2008), portanto, sustenta a conexão recíproca entre as experiências subjetivas e os discursos descentrados. As primeiras devem perpassar os discursos para garantir que o conteúdo deles não seja vazio e que não sejam fonte de alienação. Os discursos descentrados do não reconhecimento, a seu turno, devem ter a potencialidade de atribuir sentido ao sofrimento. De um lado, então, Fraser (2003a; 2003b) atribui ênfase aos últimos em detrimento dos primeiros, considerando o não reconhecimento como desprovido da noção de sofrimento. Honneth (2003a; 2003b), a seu turno, privilegia as experiências subjetivas.

Entretanto, segundo Kompridis (2008), muitas vezes, o que precisa ser justificado é insuscetível de ser externamente manifestado e publicamente verificável em discursos e em vocabulários atuais. A interrogação, em verdade, é: como se pode confiar nos “[...] padrões de verificação pública que pressupõem a adequação dos discursos atuais disponíveis e os vocabulários de avaliação e justificação?” (KOMPRIDIS, 2008, p. 299). É justamente porque não se pode presumir a capacidade de justificação e de articulação de certas experiências de sofrimento que a experiência subjetiva deve sempre ser um ponto de referência normativo fundamental para a “resistência, contestação e transformação.” (KOMPRIDIS, 2008, p. 300).

Nesse parâmetro, a crítica de Kompridis a Fraser (2008) é: como o sofrimento inarticulado irá tornar-se articulado? Por vezes, vê-se a experiência de ausência de voz, de inexpressividade ou de capacidade para articular experiências de sofrimento. A luta por reconhecimento para encontrar voz ou nome ao que até agora não possuía, para Kompridis, resume um tema que não foi adequadamente tratado na teoria de Fraser, a qual enfrenta a crítica no sentido de que sua tese nunca afirmou que vocabulários existentes de justificação sejam capazes para revelar danos que ainda não foram publicamente articulados.

Mas não seria uma estratégia equivocada fazer apologia do sofrimento pré-político? Nesse sentido, Fraser (2008, p. 310-326) enfatiza que “[...] 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). Ademais, de acordo com Bunchaft (2014), Fraser pretende demonstrar como em processos discursivos da esfera pública os grupos sociais com desigualdade de poder tendem a desenvolver estilos culturais desigualmente valorados. Com base em Fraser, conclui-se 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 esclarecia 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 (2003a) 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.

Na visão do filósofo, uma sociedade apenas é justa quando possibilita a seus membros o desenvolvimento de uma identidade intacta - o que para ele é o elemento fundamental de uma Teoria da Justiça sensível às vulnerabilidades dos indivíduos. Assim, conforme Fraser (2003b, p. 169), Honneth considera que “[...] toda reivindicação autêntica de justiça é uma reivindicação de reconhecimento, que aspira a consolidar uma identidade intacta. E toda reivindicação de reconhecimento está teleologicamente justificada, como meio para a vida boa. [...]”

Ou seja, tal concepção de justiça de Honneth (2003a; 2003b; 2003c) baseia-se em um viés teleológico de vida boa, em que busca-se alcançar uma identidade intacta. A ideia parece um tanto quanto paradoxal, visto que não se vislumbra como seria possível a todos os cidadãos alcançar uma identidade intacta, tendo em conta as especificidades de cada população, a crescente globalização e o pluralismo das sociedades contemporâneas, dentre outros fatores. Para Fraser (2003b, p.169), tal teoria é “deficiente como uma teoria de justiça.” Ainda,

Quando fala de três princípios “igualmente importantes” de reconhecimento, não nos diz o que devemos fazer para que a estima das contribuições do trabalho de alguns suponha a negociação da igual cidadania de outros. A falta de um método para resolver estes conflitos, seu monismo tripartite de reconhecimento cai preso em outra dimensão de indeterminação. (FRASER, 2003b, p. 171).

A crítica de Fraser (2003a; 2003b) é de grande importância, tendo em vista que traz um dos pontos mais controversos da doutrina de Honneth (2003a; 2003b; 2003c), que requer igual cidadania a todos, mas não especifica como. Assim, se coloca a questão: como resolver tal impasse diante de um paradoxo de igualdade para alguns e de desigualdade/sofrimento para outros? Sua teoria não resolve a problemática e não soluciona a questão do escravo-feliz. Na perspectiva de Fraser (2003a; 2003b), o problema reside na questão do ponto de partida teleológico de Honneth (2003a; 2003b, 2003c), que acaba por assumir uma concepção de justiça através de uma ideia de vida boa e, assim, se vê compelido a dar passos extraordinários para evitar capitular diante do sectarismo ético, e tentando evitá-lo, acaba sucumbindo através da indeterminação. (Fraser, 2003b). Ou seja, acaba adotando uma perspectiva sectária e indeterminada, o que na visão de Fraser é inviável para uma teoria da justiça.

Fraser (2003b) apresenta então o que seria a sua solução para tal impasse: uma teoria que pressupõe a concepção de autonomia e o valor moral igual dos seres humanos através de uma visão deontológica. Refere que apenas por esse viés poder-se-á articular as

consequências da igualdade de autonomia por meio de uma teoria da justiça que seja compatível com uma pluralidade de visões razoáveis de vida boa. O princípio fundamental dessa teoria é a paridade de participação - que é deontológico, porém não é sectário. Portanto, tal princípio “[...] assume tanto a razoabilidade do desacordo ético como a igualdade de valor moral dos seres humanos”, ainda afirmando que a paridade de participação “[...] é compatível com todas as formas de entender a vida boa que respeitem a igualdade de autonomia.” (FRASER, 2003b, p. 172). O ponto principal desse ideal é que o princípio de paridade de participação sustenta que “[...] para respeitar a igualdade de autonomia e de valor moral dos demais, é preciso conceder-lhes o status de participantes de pleno direito na interação social.” (FRASER, 2003b, p. 172).

Outra característica é que esse princípio apenas pode se dar de forma dialógica por meio do processo democrático de debates públicos (Fraser, 2003b), ou seja, é aplicável em sociedades democráticas que tenham por objetivo possibilitar a paridade de participação de todos os indivíduos, pois assim pode-se alcançar o consenso legítimo, uma vez que todos participaram da escolha com suas concepções de vida boa. Resta ressaltar mais algumas características do princípio ora em análise. Consoante Fraser (2003b, p. 173), “[...] a paridade participativa encontra o tipo adequado de apoio filosófico em duas linhas argumentativas complementares, nenhuma das quais é ética.” Nessa senda, as duas linhas argumentativas são: a conceitual e a histórica. A primeira refere-se ao fato de que apenas respeita-se a igualdade de valor moral de cada indivíduo quando se cumprem todas as condições, garantindo que todos possam interagir como iguais. A segunda ideia significa que as normas de igualdade não se limitam a direitos formais, pois juntamente inserem-se as condições sociais de seu exercício. (Fraser, 2003b). Por fim, Fraser (2003b) compara seu ideal de paridade participativa com o projeto teórico de Honneth (2003a; 2003b) acerca da igualdade, e assim, diz que

[...] ao contrário de Honneth, meu enfoque não requer uma explicação ética dos tipos de participação que fazem falta para o progresso humano. Diferentemente, assume que os participantes o decidirão por si mesmos, a seu bem saber e entender. (FRASER, 2003b, p. 174).

Fraser (2003b) finaliza o enfoque que teoriza - a teoria deontológica, não sectária, determinada - especificando que é suficiente para satisfazer aos requisitos de uma teoria crítica da justiça em uma era de globalização.

2.2. A perspectiva teórica de Axel Honneth, em *O Direito da Liberdade*

Recentemente, em *Direito da Liberdade*, Honneth (2015) percebe que a psicologia social de Mead e sua ideia de assunção recíproca de perspectiva não eram suficientemente intersubjetivas, pressupondo ainda uma dimensão monológica. Como enfatizamos, o seu instrumental teórico contempla uma teoria da justiça renovada que se efetiva por meio de uma teoria da sociedade, o que

[...] só poderia ser conseguido se as esferas constitutivas da nossa sociedade fossem conceituadas como materializações institucionais de determinados valores, cuja imanente pretensão à realização pudesse servir para indicar os princípios de justiça específicos de cada esfera. (HONNETH, 2015, p. 09)

Na reflexão sobre a forma de conceber o indivíduo em *A Luta por Reconhecimento* (2003) e em *Direito da Liberdade*, Sobottka (2013) refere que, na primeira obra, a capacidade de o indivíduo autonomamente instituir e concretizar seu projeto de vida ainda era avaliada no nível de relações intersubjetivas diretas. Já no atual contexto, a mesma capacidade deverá ser avaliada no nível das principais instituições sociais.

Pinzani (2012) explicita que, com a recente obra, Honneth (2015) objetiva apresentar uma forma mais *sistemática* de organizar seu plano teórico centrado no reconhecimento, a fim de oportunizar atualizações acerca dos pensamentos de Hegel. Assim, procede por meio de uma perspectiva que conceda relevância central aos fatos históricos, e a consequente interpretação deles, nos termos do que o filósofo denomina como reconstrução normativa.

Embora Honneth (2015) evidencie conhecer a existência de patologias sociais e de desenvolvimentos estabelecidos de forma errônea, também demonstra esperança de que a sociedade possa ter a solidariedade ampliada, abordando o desenvolvimento histórico (bases para a reconstrução normativa) como um caminho que se constitui positivo e progressivo. (Pinzani, 2012). Segundo o conceito de Honneth, por reconstrução normativa

Entende-se o processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade, já que valores justificados de maneira imanente são, de maneira direta, tomados como fio condutor da elaboração e classificação do material empírico. Tendo em vista seus esforços normativos, as instituições e práticas são analisadas e apresentadas à medida que se mostram importantes para a materialização e realização de valores socialmente legitimados. (HONNETH, 2015, p.24-25).

Destarte, de todos os valores éticos que tentaram prosperar na sociedade, apenas um deles revelou-se capaz de caracterizar de forma duradoura o ordenamento institucional da

sociedade - qual seja, a liberdade no sentido da autonomia dos indivíduos - com o intento do estudioso em demonstrar a superioridade do valor da liberdade individual. Honneth (*apud* PINZANI, 2012) teoriza que é a própria sociedade que atribui valor superior à liberdade individual. Logo, a justiça apenas pode ser legitimada publicamente quando se faz referência à própria liberdade individual.

Importa mencionar que Pinzani (2012, p. 209), ao se referir ao conceito de liberdade individual tomado por Honneth, explica que “Seu conceito de liberdade individual não desconsidera o fato de que o indivíduo está inserido em um contexto social caracterizado pela existência de instituições e práticas sociais legítimas”. Ou seja, Honneth considera em seu ideal de liberdade individual o contexto social no qual está inserido o cidadão, até porque não faria sentido desconsiderar-se tal fato, tendo em vista que o meio é importante no desenvolvimento dos indivíduos. O fato resta claro na seguinte passagem dos escritos de Honneth (2015, p. 35):

[...] a ideia de liberdade individual suscita uma ligação entre as duas grandezas de referência: sua representação do que é bom para o indivíduo contém ao mesmo tempo indicações para a instituição de um ordenamento social legítimo.

Ou em outras palavras, trata-se de uma interligação que não pode ser dissociável. Insta ressaltar que Honneth (2015) depreende que é a liberdade individual que se constitui como pedra fundamental de todas as ideias de justiça. Desse modo, “deve valer como justo o que garante a proteção, o incentivo ou a realização da autonomia de todos os membros da sociedade.” (HONNETH, 2015, p. 40).

Em *Filosofia do Direito* de Hegel (2010), existiam três divisões: direito abstrato, moralidade e eticidade. Pressupondo essa tripartição, Honneth teoriza três sentidos de liberdade: a liberdade jurídica, a liberdade moral e a liberdade social. Nesse sentido, em conformidade com 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.” (BUNCHAFT, 2014, p. 469).

Honneth (2015) procede referindo ser necessário analisar os diferentes modelos de liberdade individual, com o objetivo de selecionar aquele modelo através do qual cada concepção de justiça deverá se orientar. Nessa senda, toma as três dimensões de liberdade supracitadas - jurídica, moral e social. Para expor sua primeira ideia de liberdade, Honneth

(2015) inicia a explanação tratando das ideias de liberdade negativa em Hobbes e em Sartre. Seu intento é demonstrar o parentesco nas teorias acerca da liberdade negativa desenvolvida por ambos. Nesse contexto, indica como ponto de conexão a seguinte passagem: “[...] devem amparar a tese segundo a qual a ideia de uma liberdade negativa poderia se tornar um elemento inquebrantável da moderna representação de mundo, por ter proporcionado um direito à aspiração de especificação individual.” (HONNETH, 2015, p. 49).

Posteriormente, examina a teoria da justiça de Robert Nozick, que segue a mesma ideia de liberdade negativa descrita por Hobbes e por Locke. A diferença de sua teoria reside no fato de tratar o cidadão como um individualista radical do século XX, e não como um cidadão que luta por liberdade de credo em um Estado monárquico. (Honneth, 2015). Então, entende que “[...] todos os objetivos de vida, por mais irresponsáveis, autodestrutíveis ou idiossincráticos que sejam, devem valer como objetivos da realização da liberdade; bastando que não violem o direito das outras pessoas.” (HONNETH, 2015, p. 51). Para Bunchaft (2014, p. 469), a liberdade negativa pressupõe “[...] a inexistência de impedimentos externos à concretização da vontade individual e à possibilidade de atuar sem necessidade de justificar-se a terceiros.”

Honneth (2015) explicita que todas as teorias em xeque que buscavam um ordenamento justo do Estado utilizavam-se da figura de um estado de natureza. Nesse contexto, o homem era tido como um ser que não tinha interesse algum além de realizar suas próprias preferências, sem que limitações fossem impostas. A importância do estado de natureza para a consecução de um ordenamento jurídico se faz central, já que é a partir dos princípios morais do estado natural que as variantes do ordenamento jurídico são mensuradas, com a clara a ligação do estado de natureza e a construção do ordenamento jurídico.

De acordo com Honneth (2015), a liberdade negativa afeta as concepções de justiça desenvolvidas, visto que limita o indivíduo ao interesse da proteção e à garantia de sua própria margem de liberdade. Em suma, mantém no indivíduo o sentimento de egocentrismo, não possibilitando transcender para além de seus próprios interesses. O filósofo infere também que

Partir de uma liberdade apenas negativa não permite que os cidadãos do Estado sejam apreendidos como autores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos; para isso seria necessário que, na aspiração à liberdade pelo indivíduo, em termos conceituais, se justificasse um ponto de vista adicional e de grau mais elevado que lhe atribuísse um interesse na cooperação com todos os demais. (HONNETH, 2015, p. 55-56).

Contudo, o conceito de liberdade negativa, conforme Honneth (2015), continua impregnado nos princípios de justiça. Levando-se em consideração a ideia de que deve existir o mínimo de restrições ao exercício de tal liberdade, no contexto da concepção liberal de justiça, “[...] os princípios de um ordenamento justo também só podem expressar o valor da liberdade se mantiverem aberta, tanto quanto possível, a margem de manobra para decisões.” (HONNETH, 2015, p. 56). Isso significa que se reflete no ordenamento jurídico legítimo a concepção de liberdade negativa desenvolvida no estado de natureza, assim necessitando deixar-se espaço para a própria no âmbito da concepção de justiça, trazendo à tona o conceito de justiça liberal. Ademais, a última deve possibilitar justificção às imposições de limitações à liberdade individual que vise tornar possível a convivência dos indivíduos em sociedade.

A ideia final de Honneth (2015) é a de que a liberdade negativa não se trata de uma autodeterminação individual, pois para que fosse assim abordada, o correto seria que a liberdade do indivíduo propiciasse o estabelecimento de seus próprios fins. Mas nas concepções de Hobbes, de Sartre e de Nozick esta sempre é relacionada à causalidade, assim não sendo o bastante para tanto. Honneth (2015, p. 57) finaliza dizendo que

Só mesmo para além das fronteiras assim caracterizadas que se começa a delinear o conceito a que se faz referência na modernidade, quando se fala em autodeterminação individual; de sua parte, tal conceito abarca duas formas diferentes, sendo a primeira delas a liberdade reflexiva.

E assim, surge a segunda dimensão da liberdade, a reflexiva, a qual “[...] 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.” (BUNCHAFT, 2014, p. 470). Nessa perspectiva, “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.” (BUNCHAFT, 2014, p. 469). Nas ponderações de Bunchaft (2014), para Honneth, as instituições sociais somente alcançam o patamar de justiça na medida em que satisfazem às expectativas legítimas dos cidadãos de concretizar tais formas de liberdade. Para explicar o formato da liberdade reflexiva, Honneth procede a uma conceituação específica, que se denomina demasiadamente geral. Refere que

[...] a ideia de liberdade reflexiva se estabelece, antes de tudo, somente pela relação do sujeito consigo mesmo; segundo essa ideia, é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo de modo que em seu agir ele se

deixe conduzir apenas por suas próprias intenções. (HONNETH, 2015, p. 58-59).

Menciona que a ideia da liberdade reflexiva surge com Rousseau, que traz questões como a autolegislação, em que o indivíduo só atinge a liberdade conforme respeita as leis que atribuiu a si mesmo. Relata que quando um indivíduo realiza aquilo que sua vontade lhe impõe - e não seus apetites - pode finalmente sentir-se livre. Porém, detecta-se uma falha em seu conceito de vontade, já que não consegue deixar claro seu significado. Ainda assim, no entendimento de Honneth (2015), a teorização de Rousseau é relevante, pois indica um caminho e possibilita, ao mesmo tempo, estabelecer o fundamento das duas formas da noção moderna de liberdade reflexiva.

Posteriormente, Kant (*apud* HONNETH, 2015) prossegue aos estudos de Rousseau (*apud* HONNETH, 2015), elaborando seu conceito de autodeterminação através das ideias deste último, e com a noção de autolegislação, insere a ideia de liberdade individual. Nessa seara, “[...] o sujeito humano deve ser ‘livre’ uma vez que possui fortuna e à medida que tem a capacidade de se dar as leis de seu agir e se fazer ativo em conformidade a elas.” (HONNETH, 2015, p. 63). Todavia, Kant vai além, e através de seus estudos acaba por derrubar as obscuridades que existiam em torno do conceito de vontade de Rousseau. Assim, para Kant, “[...] o homem é realmente livre ao orientar sua ação por leis morais que ele se deu no exercício de sua vontade.” (HONNETH, 2015, p. 65).

A mera conformação às leis universais serve como princípio à questão da vontade, segundo as ideias de Kant. (*apud* HONNETH, 2015). Nessa esteira, “[...] a liberdade reflexiva, que Kant tem em vista, consiste na implementação da perspectiva segundo a qual eu tenho o dever moral de tratar todos os demais sujeitos da mesma maneira, como autônomos, como eu próprio esperaria ser tratado por eles.” (HONNETH, 2015, p. 65).

Honneth (2015, p. 67) também resgata as ideias desenvolvidas por Herder, em que a liberdade reflexiva é tida como a “[...] execução de uma apropriação em cujo transcurso aprendo a articular o que constitui o autêntico cerne de minha personalidade ao passar pela generalidade da linguagem.” As abordagens de Kant e de Herder demonstram duas vias de concepção da liberdade individual como o fruto da reflexividade. (Honneth, 2015).

Por fim, Honneth (2015) explana que a concepção de autonomia transcendental de Kant acaba por envolver-se no campo empírico, mas nem por isso seus enunciados empíricos estão livres de características transcendentais. Inicia-se então um processo de reformulação da teoria Kantiana, por meio da teoria da intersubjetividade, que ocorre por meio das contribuições teóricas de Apel, de Habermas, de Pierce e de Mead, que passam a compreender

a ideia de comunidade de comunicação cujo sujeito moral estaria identificado. Na onda do pensamento de tais teóricos, “[...] o indivíduo se vê forçado por pressuposições que atuam por trás da linguagem, de modo que a si mesmo ele concebe como parte numa conversa em que todos os demais têm de se respeitar como pessoas autônomas.” (HONNETH, 2015, p. 69).

Por conseguinte, ocorre a virada teórico-linguística na qual a liberdade reflexiva sai de um modelo monológico para adentrar numa perspectiva de comunicação entre os sujeitos, num processo dialógico. A mudança se dá no sentido de que o *eu* passa para o *nós* da autolegislação, em que o sujeito compreende-se como destinatário da legislação que ele próprio criou com os demais. No entanto, tem-se que tal mudança de perspectiva não é o bastante para abarcar em toda a sua extensão as reflexões sobre a liberdade intersubjetiva. Portanto, para que o *eu* e o *nós* alcancem sua autodeterminação, é necessário localizar as condições institucionais que proporcionem a seus fins a oportunidade de realização, no âmbito da realidade social. (HONNETH, 2015).

Hoje, tem-se a autenticidade e a autorrealização como conceitos separados, em que a liberdade reflexiva da autorrealização requer esforços diversos daqueles que necessitam contemplar os pressupostos no processo de construção de uma vontade autêntica - ao contrário do que teorizava Herder. Isso posto, as conceituações diversas de liberdade reflexiva levaram a diferentes formas acerca de como a concepção de justiça social deve ser abordada. (HONNETH, 2015).

No que tange à justiça no âmbito da liberdade reflexiva, Honneth (2015) salienta que o que o entendimento moderno compreende por justiça depende da concepção de liberdade individual pressuposta, numa forma de liberdade que vem sendo tida como ato reflexivo e interpretada como processo de articulação própria, que se estende por toda sua vida, resultando num entendimento de justiça representável em um sistema social no qual todos os indivíduos estão em condições de autorrealizarem-se sem acarretar danos aos outros sujeitos que integram o sistema.

No viés de justiça como busca pela autorrealização através da articulação do próprio eu, acaba por revelar-se um lado individualista e outro coletivo, primeiramente pode entender-se como justo o ordenamento que proporcione as condições necessárias para o desenvolvimento da história de vida de cada um, sem coerções. Na segunda perspectiva, o ordenamento justo é aquele em que o próprio sujeito não dispõe de condições para autorrealizar-se de forma individual, o que apenas seria possível em um contexto de coletividade.

Dessa maneira, o ordenamento *justo* presume “[...] que se tenha, em última instância, o

que tender socialmente a promover as posições solidárias que compõem uma condição necessária para a atividade comum no espaço público.” (HONNETH, p. 78, 2015). Por fim, ressalta-se que a liberdade reflexiva está imbricada com a participação em arenas discursivas, e a questão do discurso passa a ser componente da própria liberdade. Honneth (2015) entende que é essa ampliação institucional da concepção de liberdade reflexiva que fornecerá o caminho para a próxima forma de liberdade - a liberdade social.

Em seguida, surge a terceira dimensão da liberdade - que é denominada como social - vinculando-se à ideia de intersubjetividade no reconhecimento. Na 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). Outrossim, a construção da identidade do sujeito autônomo prevê relações intersubjetivas de reconhecimento, vinculando-se à execução de papéis sociais que são estabelecidos pelas instituições.¹ A liberdade social somente é efetivada nas instituições sociais como elemento estruturante que constitui a liberdade dos indivíduos.

À vista disso, o termo social representa o fator que determina que as instituições da realidade social passem a ser condição e meio para o exercício da liberdade. Honneth (2015) irá trabalhar com a perspectiva de que apenas no Hegel tardio - especificamente na obra *Filosofia do Direito* - é possível entender como determinadas instituições efetivam liberdade reflexiva.

Honneth (2015, p. 84), no que concerne à concepção de liberdade social de Hegel, aduz que

[...] a ideia de liberdade social seria entendida como resultados de um esforço teórico de compreender que o critério subjacente ao pensamento da liberdade reflexiva amplia-se até mesmo às esferas que tradicionalmente se contrapõem ao sujeito como realidade externa.

A ideia é viabilizar também uma realidade social externa livre de coerções, porém Honneth (2015) atenta para a dificuldade que existe implicada no fato, já que muitas vezes surgem individualmente dúvidas sobre o que é livre - ou não é. Em um contexto de realidade social, tais questões seriam ainda mais complexas. Hegel, desde seus primeiros escritos, tratava o reconhecimento recíproco como fator imprescindível para a ideia de liberdade aqui desenvolvida. Nesse diapasão, os sujeitos reconhecem-se nos outros, e então, a liberdade

¹ Em análise sobre o tema, Okochi ensina que “por meio da incorporação da autorrealização nas relações sociais que o reconhecimento recíproco desempenha um papel fundamental.” Para Okochi, “a liberdade é possível à medida que os sujeitos encontram outros com quem podem ter relações de reconhecimento recíproco, dentro de suas práticas institucionais, e podem encontrar condições para sua própria autorrealização.” (OKOCHI, 2012).

reflexiva passa a ser uma liberdade intersubjetiva. Posteriormente, com a ideia de que a liberdade individual só é satisfeita no âmbito das instituições (ou com o seu auxílio), a liberdade intersubjetiva amplia-se para a concepção de liberdade social, segundo as considerações produzidas por Hegel. (HONNETH, 2015).

Nas palavras do próprio Honneth (2015, p. 87),

[...] na forma do “ser em si mesmo no outro” sempre se pensa numa referência a instituições sociais, uma vez que somente práticas harmonizadas e consolidadas fazem que os sujeitos compartilhados possam se reconhecer reciprocamente como outros de si mesmos. E somente essa forma de reconhecimento é a que possibilita ao indivíduo implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente.

Hegel (*apud* HONNETH, 2015) via na relação amorosa um exemplo do reconhecimento recíproco, do ser no outro, da dependência em relação ao outro, mas em certo momento de sua teoria expande o entendimento de reconhecimento ao mercado econômico, que torna-se uma das instituições de reconhecimento através da interação existente entre os sujeitos participantes, em que através do reconhecimento recíproco pode-se chegar à satisfação de seus fins.

Nas palavras de Honneth, a ideia central de Hegel (*apud* HONNETH, 2015, p. 89) manteve-se ao longo de sua evolução teórica, qual seja, a “[...] de que a liberdade dos indivíduos em última instância só é estabelecida onde ela pode participar de instituições cujas práticas normativas asseguram uma relação de reconhecimento recíproco.” Explicando a importância da formação do indivíduo nas instituições sociais desenvolvidas por Hegel, Honneth (2015, p. 93-94) narra que

Assim como num ciclo, a socialização em complexos institucionais preocupa-se com o reconhecimento de que o sujeito aprenda a constituir fins universais e necessitados de complementaridade, que mais tardem poderiam então ser satisfeitos unicamente mediante práticas recíprocas, por força das quais aquelas instituições se mantêm de pé.

Em outras palavras, toda a estrutura das instituições sociais se mantém através das relações recíprocas entre os sujeitos, a fim de que constituam fins universais que necessitem de um complemento, o qual será dado pelo método da reciprocidade. Para Honneth (2015), tendo em vista a terminologia independente de Hegel, pode-se considerar que emprega um método para construir um equilíbrio entre circunstâncias sócio-históricas e considerações racionais, o que condiz com um processo de reconstrução normativa que irá traçar como os

fins devem ser detalhados, buscando a maior aproximação possível do ideal conceitual. Finalmente, ter-se-á “[...] um resultado, quase sob a forma de determinações típicas ideais, manifestar-se-ão os objetivos buscados pelos sujeitos situados historicamente como seres razoáveis na modernidade.” (HONNETH, 2015, p. 108).

Importa esclarecer que mesmo com a criação da liberdade social hierarquicamente superior às duas modalidades anteriores, Hegel visa integrar as três formas de liberdade trabalhadas. Logo, Honneth (2015) exemplifica que, no âmbito dos direitos abstratos, pode-se fazer uso da liberdade negativa e, através do reconhecimento de sua própria moralidade, os sujeitos colocam-se na posição de validar suas convicções nascidas a partir da reflexão contra o ordenamento imperante. Tal integração só é possível na medida em que não houver prejuízos à estrutura institucional da autêntica liberdade, a social. Ainda relata que, para que se concretize a interação social, precisa-se de distanciamentos que são tomados nas liberdades negativa e reflexiva.

Para reiterar a importância teórica de Hegel no tocante à teoria do reconhecimento, Honneth (2015, p. 115) destaca que “[...] a ideia de liberdade social de Hegel coincide com intuições pré-teóricas e experiências sociais em grau muito maior do que se poderia ter na outras ideias de liberdade da modernidade.” Ou seja, sua ideia de liberdade social avançou frente a outras já elaboradas. Portanto, tem-se que, para Hegel, liberdade diz respeito a “[...] uma falta de coerção pessoal e de uma ampliação que resulta da promoção de meus objetivos mediante os objetivos do outro.” (HONNETH, 2015, p. 116). Depreende-se que, para o indivíduo ser livre, necessita da ausência de repressão contra ele e do aumento dos fins perquiridos por um indivíduo através dos fins do outro, o que presume a premissa de *estar consigo mesmo no outro*, criada por Hegel.

Na mesma linha de reflexão, Pinzani (2012, p. 210) afirma que “[...] experimentamos nossa liberdade individual somente no contexto de obrigações sociais que surgem do fato de desempenharmos certos papéis sociais [...]”, o que significa que é exercida através da interação com os demais cidadãos, e por esse motivo, para Honneth, não há patologias nessa esfera da liberdade - diferentemente das outras formas de liberdade. Por conseguinte, de acordo com Pinzani (2012), em vez de patologias, o que existiria seriam desenvolvimentos retrógrados, que ocorrem, na visão do doutrinador, quando certo ponto de desenvolvimento da liberdade é atingido e, em seguida, é abandonado. Tais fatos abrangem as regressões históricas de Honneth, em que a sociedade perde um nível de liberdade social já adquirido, e não de patologias individuais.

redir e transformar tal instituição do casamento através dela mesma, de acordo com a

mercado e do Estado, a história moral da humanidade pareceria ter acabado aí. Por outro lado, Honneth (2015) lembra que a cultura da liberdade teria adotado um modelo totalmente novo para atuar na sociedade moderna de hoje, e a partir de tais ideais de Hegel, pretende “[...] desenvolver os princípios de justiça social diretamente sob a forma de uma análise da sociedade”, como explanou em seu prefácio. (Honneth, 2015, p. 09).

Destarte, na fala de Honneth (2015, p. 121-122), a associação entre valores e ideais já postos na sociedade acaba por reconstruir o desenvolvimento social de uma forma não limitada apenas à forma normativa:

Reconstruir normativamente um ordenamento desse tipo deve então significar a busca de seu desenvolvimento pensando-se se valores culturalmente aceitos nas diferentes esferas de ação chegam a ser realizados, de que modo isso ocorreu e quais normas de comportamento os acompanham, em cada caso, de maneira ideal.

Com isso, a forma de reconstrução normativa que não seja vista apenas pelo viés normativo, na ideia de Honneth (2015), procederá daqui para frente em sua teoria. Acerca da ideia de justiça - que até o momento atual, havia sido tratada como sem conteúdo e substância - deverá ser repensada, agora ligada aos valores éticos, com fundamentação numa ideia de bem, pois se faz necessário que o indivíduo tenha clareza quanto às considerações éticas do outro no agir comum, para que se possa dispor sobre um entendimento que transmite os padrões imperativos para um *fazer* e um *permitir* justos, que embasarão a justa forma de agir para com o outro da relação.

Honneth (2015) interpreta que a concepção da liberdade não pode se limitar à exposição e à fundamentação de princípios meramente formais. A objeção justifica-se pelo motivo de que tal teoria deve abranger a realidade social, visto que nela encontram-se as condições sob as quais o objetivo de efetivar maior liberdade possível possa ser atingido. É através da referência ética que a teoria da justiça pode deixar os contextos meramente formais e passar para o conteúdo social - ponto-chave na busca pela ampliação da liberdade.

Nesta etapa da pesquisa, o foco voltar-se-á à terceira forma de liberdade - a social - considerando-se que é nela que estão dispostas as esferas das relações pessoais, a saber, questão mais relevante para o estudo em questão. No âmbito da liberdade jurídica, constata-se que, para os indivíduos assumirem-se como pessoas autônomas e donas de suas vontades, são pertinentes os direitos subjetivos, os quais devem possibilitar a margem de ação que, protegida pelo Estado, viabilize aos sujeitos a prospecção de suas aptidões, de suas referências e de suas finalidades. Trata-se, por conseguinte, da autonomia privada juridicamente

garantida. (Honneth, 2015). Em contraposição à ideia de liberdade jurídica, o filósofo elucida que

O princípio da autonomia moral, organizado também como sistema de ação, compartilha com a autonomia privada, garantida pelo sistema jurídico moderno, o caráter de possibilitar a liberdade, mas não de realizá-la no âmbito institucional; pois aqui também é dada aos indivíduos a oportunidade, concedida culturalmente, mas não garantida pelo Estado, de se retrair por trás dos deveres de ação, a fim de, à luz de um ponto de vista especial – o da moral -, novamente estar em conexão com um mundo real outrora vivenciado como dividido. (HONNETH, 2015, p. 175-176).

Em outros dizeres, na perspectiva de Honneth (2015), em ambas as liberdades (jurídica e moral) os sujeitos têm a possibilidade de renegar os deveres de ação e de rejeitar os laços sociais construídos, bastando comprovar que tais fatores se mostram incompatíveis com seus interesses próprios e legítimos ou com suas convicções morais. No âmbito da liberdade jurídica, o direito é concedido pelo Estado, e na liberdade moral, garante-se intersubjetivamente.

Honneth (2015) aduz que nem mesmo a instituição do amor, por exemplo, não pode ser compreendida adequadamente quando analisada apenas pelo viés exclusivo das duas primeiras formas de liberdade. Portanto, esclarece que os sistemas de ação da liberdade individual também são regulados por normas do reconhecimento recíproco, em que, num primeiro caso, o indivíduo pode distanciar-se de forma egocêntrica quando se atribuiu um estatuto que possibilita a realização das considerações respectivas, contudo o sujeito não pode contar com o mesmo meio para a execução de seus próprios objetivos, o qual apenas pode servir de base para a busca por clareza. Em um segundo aspecto, a concessão recíproca de um estatuto normativo concedido habilita o indivíduo a esperar do outro uma conduta que propicie a satisfação de seu próprio agir. Outrossim,

Nos sistemas de ação do primeiro tipo, as normas subjacentes de reconhecimento do agir “regulam” os sujeitos participantes de tal modo que, uma vez que cada um se sintonize intersubjetivamente com o outro, eles “constituem”, nos sistemas de ação do segundo tipo, um agir que os sujeitos participantes só podem executar pela via cooperativa ou coletiva; a esses sistemas de práticas sociais podemos chamar, com Talcott Parsons, de “instituições relacionais”, ou então, com Hegel, de “esfera éticas.” (HONNETH, 2015, p. 227).

Compreendem-se então tais sistemas de ação como *relacionais*, já que pautados pela relação recíproca dos sujeitos os comportamentos de tais participantes são institucionalizados

sob a forma de papéis sociais, e a moral passa a ser um componente intrínseco das práticas sociais. Ademais, Honneth (2015, p. 228) recomenda que para que esses sistemas de ação se formem em esferas da liberdade social, é necessário o assentimento reflexivo, pois as obrigações, se impostas aos sujeitos, não se reconheceriam na “[...] complementaridade recíproca de suas ações uma realização ‘objetiva’ de sua própria liberdade.” A exigência de um assentimento reflexivo se alinha à concordância com as obrigações que os papéis de cada esfera sujeitam aos participantes.

O doutrinador deixa claro que, com a crescente onda de individualização ocorrente na modernidade, as exigências de comportamento correspondentes a cada subsistema relacional passam a ser cada vez mais vagas e menos claras, sinalizando que podem se encontrar tais relações institucionais em três esferas - as relações pessoais, a ação de economias de mercado e a abertura política. Na crítica de Pinzani (2012), Honneth define o Estado como o órgão reflexivo, considerando-se que

[...] o Estado é o instrumento através do qual os cidadãos ativos politicamente realizam suas convicções e, portanto, sua liberdade social. Contudo, os desenvolvimentos errados são particularmente numerosos e concernem à incapacidade concreta do Estado em lidar com os problemas ligados à economia, com a influência dos *lobbies*, com a burocratização dos partidos políticos, etc. Uma saída possível é identificada por Honneth na capacidade de pressionar os parlamentos demonstrada pelos movimentos sociais e associações civis. (PINZANI, 2012, p. 214).

Verifica-se assim a importância dos movimentos sociais nas novas concepções de Honneth, já que são tratados como o instrumento que pode ofertar uma saída aos desenvolvimentos errôneos. Honneth (2015) considera a concepção Hegeliana de reconhecimento como fundamental para as instituições da liberdade em sociedades modernas. A ideia de liberdade é efetivada pelo Estado, pelo mercado e pela sociedade civil. Por conseguinte,

[...] 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, 2015, p. 471).

Honneth (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:

- a) garantias jurídicas de participação política dos indivíduos;
- b) espaço comunicativo comum;
- c) sistema diferenciado de mídia;
- d) motivação para engajamento participativo dos cidadãos em discussões públicas; e
- e) cristalização do sentimento de solidariedade cívica.

No que diz respeito às relações pessoais, Honneth (2015) suscita que, desde os primórdios, o amor e a amizade são vistos como relações de complementaridade do outro, e com isso, inicia sua explanação ao longo da história, lembrando que houve um período em que o homem era privilegiado por regras de ação. De mais a mais, alerta para o fato de que

[...] nenhuma das formas sociais destrinchadas se manteve aqui como era de início, foram todas absorvidas numa panaceia acelerada de redefinições e novas definições, na qual as identidades de gênero alteraram também os respectivos padrões de papéis. (HONNETH, 2015, p. 240).

Ou seja, com a modernidade surgiram novos papéis sociais que até então estavam inertes e escondidos pelos preconceitos da era tradicional, e que com o desenvolvimento das estruturas sociais vieram à tona, modificando o cenário de até então, a exemplos das relações homossexuais, da luta por emancipação das mulheres, dentre outros.

Iniciando a tratar da ideia de amizade, Honneth (2015) leciona que, na Antiguidade, a relação era pautada por ligações masculinas para a obtenção de vantagem em negócios, ocorrendo mais preponderantemente nas classes altas. Via-se também uma relação estruturada na experiência de vizinhança e no trabalho, entre as classes sociais menos favorecidas. A concepção de amizade passa a modificar-se após os escritos de Ferguson, de Hume, de Hutcheson e de Adam Smith, que revelam a concepção de que além das relações familiares, há uma segunda forma de relação social - a amizade.

Desse modo, Honneth (2015, p. 246) informa que “[...] os sujeitos se educam para assumir papéis recíprocos que os motivam a sentir uma empatia benevolente com a sorte e com as transformações na atitude da contraparte.” De fato, fica evidente o aumento da liberdade individual que é concedido a ambas as partes. Outro aspecto histórico de grande importância é que a partir do século XIX, as mulheres iniciaram ciclos de amizades, extinguindo-se as relações pessoais (amizade) apenas entre homens, e aquela amizade fundamentada em relações de negócios, com fins de vantagem, passa a ser firmada pelo interesse recíproco e pelo bem-estar do outro. (HONNETH, 2015). É clara a assertiva do

filósofo alemão:

Relações de amizade compõe uma forma institucionalizada de pontos em comum pré-reflexivos, caracterizada pelo desejo de ambas as partes em manifestar reciprocamente e sem reservas os próprios sentimentos e atitudes; as obrigações implícitas de papéis estremeiam-se de tal forma que ambas as partes têm confiança e certeza de que, com os desejos mais idiossincráticos ou despropositados, haverá consideração e não traição. (HONNETH, 2015, p. 252)

Honneth (2015) postula que a amizade sintetiza um elo baseado na confiança entre os sujeitos e no desejo de bem-estar recíproco, sem coerções. A relação viabiliza a liberdade social no momento em que proporciona aos indivíduos envolvidos uma experiência de autoarticulação - que é ao mesmo tempo desejada e cuidada. Ademais, o ganho de liberdade é tido pelo ato de assumir obrigações de papéis complementares que possibilitem a perpetuação das práticas garantidoras dela.

Por fim, no contexto da amizade, Honneth (2015) expressa sua preocupação com o possível fim dessa relação social. O fato se deve à ampla individualização e à elevada pressão por desempenho - características claras da modernidade. Ressalta também o fato de as relações estarem voltando-se para um fim instrumental, que objetiva forjar relações vantajosas. Nesse viés, Honneth (2015) aduz que o que existe é uma violação às práticas normativas da amizade, e termina por concluir que, diante do que se presencia hoje em termos de estudos sociológicos, não há que se duvidar de tal diagnóstico de instabilidade da instituição chamada amizade.

Com base na esfera das relações íntimas, Honneth (2015) explana que apenas após o século XVIII inicia-se a aceitação da institucionalização social da relação amorosa moderna com o alicerce do sentimento. A partir disso, a concepção de afeição recíproca como fundamento para o matrimônio se dissipa socialmente, e é nesse cenário que Hegel diz que em um matrimônio ocorre a reciprocidade, tendo em vista que os participantes dividem os mesmos desejos, interagindo de forma livre entre si.

Ao mesmo tempo em que podem se considerar tais fatos como um avanço, o casamento ainda era limitado às pessoas heterossexuais. As tarefas domésticas ainda eram imputadas de forma desigual entre homens e mulheres, o que acarretou reivindicações sociais pela emancipação feminina e o conseqüente fim da família burguesa. Porém, até a concretização de muitos desses fatos, passaram-se muitos anos, como por exemplo, no que concerne à aceitação de homossexuais na vida pública em condição de igualdade com heterossexuais. (HONNETH, 2015).

Honneth (2015) assevera que, para tratar de uma relação amorosa ou íntima, cabe que os integrantes da relação tenham reciprocidade pelos desejos e pelos interesses do outro - hoje e futuramente. Menciona que “[...] uma atenção duradoura e compassiva para com as mudanças de comportamento que vierem a indicar uma transformação na paixão ou nos interesses constitutivos do outro [...]” (HONNETH, 2015, p. 266).

Para explicar porque o amor constitui uma instituição de relação pessoal diversa da amizade, o doutrinador esclarece que tal distinção baseia-se na “[...] característica da exigência recíproca de intimidade sexual e de uma alegria, que a tudo abarca, na corporeidade da outra parte.” (HONNETH, 2015, p. 267).

Honneth (2015) fala abertamente sobre o casamento homossexual e menciona a impossibilidade de chancela do Estado, em comparação com o matrimônio heterossexual, na grande maioria do Ocidente. Assim, diz que a liberdade social nesse âmbito não se consuma pela chancela do Estado, mas sim, pela existência da afeição recíproca e sem coerções entre os dois participantes da relação amorosa. Portanto,

[...] toda a identidade física está referida na reciprocidade: os dois indivíduos se complementam e se completam um ao outro não apenas ao estimular reciprocamente e amparar sua formação ética, mas também, sobretudo, na satisfação recíproca de necessidades físicas, que a cada um dos quais é especialmente importante para a própria vitalidade e para o próprio bem-estar. (HONNETH, 2015, p. 276-277).

A passagem supracitada evidencia a concepção de relação amorosa baseada na reciprocidade com a qual Honneth trabalha. A característica da complementaridade é sempre presente, e se fundamenta na máxima *estar consigo mesmo no outro* (de Hegel). De acordo com Honneth (2015), é nesse contexto que um indivíduo possibilita a liberdade social ao outro, orientado na confiança recíproca que faz possível a automanifestação corpórea frente ao outro concreto, sem medo.

Para Honneth (2015), o que se vê, na atualidade, é que, por motivos egocêntricos, pela busca de autorrealização pessoal e profissional, os indivíduos cada vez menos investem em relacionamentos amorosos de longa data. A individualização do mundo moderno chega às relações mais remotas da história, o amor. Novamente, as relações são pautadas pela vantagem profissional, o que leva a refletir sobre a instituição das relações íntimas e sua consequente crise.

Em sua análise sobre a instituição da família, Honneth (2015) relata que sua característica fundamental é a presença de um terceiro - um ou mais filhos. Desse modo, tem-

se a relação triangular, não importando se o casal é heterossexual ou homossexual, posto que a existência de mais de duas pessoas representaria fator decisivo para a liberdade social. Examinando a ideia de família burguesa, a submissão da mulher ao homem, a divisão de tarefas desiguais para a criação dos filhos, conclui que hoje existe um modelo de família totalmente distinto, o que se clarifica na seguinte passagem:

[...] quando as antigas e tradicionais coerções de papéis começaram a perder terreno, a coatuação paterna sob condições de participação pareceu conter a promessa de que cada qual poderia se realizar, de maneira isenta de coerções, sua personalidade no seio da família. (HONNETH, 2015, p. 293).

Como se sabe, com a emancipação feminina, a entrada das mulheres para o mercado laboral e a conseqüente mudança na estrutura patriarcal de família, os homens precisaram se adequar à realidade, desligando-se da imagem de provedores da família e de tomadores de todas as decisões. Tal mudança histórica possibilitou liberdade aos membros dessa esfera social, já que as mulheres puderam reconhecer-se além das funções de mãe, de esposa ou de dona de casa.

Como consequência, Honneth (2015) aponta o alto número de divórcios em meados de 1960, o que delegou aos pais mais atenção para com os anseios de seus filhos. Assim, ambos (mãe e pai) passaram a dar assistência emocional aos filhos - papel que, no patriarcado, correspondia apenas à mãe - e a relação familiar passou a ter como foco a relação dos pais com o filho, e não mais se ateuve à relação exclusiva do casal. Nessas modificações de papéis familiares (que os tornaram mais difusos), os participantes da relação puderam ver-se reciprocamente como pessoas em sentido pleno, sabendo que poderiam esperar dos outros sentimentos como o amor e o zelo. O episódio do divórcio também oportunizou, como propugna o filósofo, a pluralidade de modalidades familiares.

A entrada das mulheres no mercado de trabalho simbolizou, para Honneth (2015), a quebra de uma missão dada às mulheres - criação dos filhos, cuidados com a casa - que era tida como natural, e viabilizou um primeiro passo em busca da realização do princípio do reconhecimento. A família é pautada pelo afeto e pelo amor, de forma solidária, entre os seus membros. A liberdade se norteia no fato de que os indivíduos componentes da relação são livres, visto que não estão predispostos a determinados papéis sociais impostos a eles. É clara a assertiva de Honneth:

É somente, pois, se seus membros puderem servir uns aos outros como reflexos de execuções vitais que não podem ser experimentadas em nenhum

outro lugar com intensidade e proximidade equiparáveis à da família que o direito a determinada conformação de liberdade social manifesta-se com referência a uma relação social. (HONNETH, 2015, p. 312).

Com efeito, as relações sociais são consideradas como concernentes a uma família, quando em nenhuma outra esfera puderem ser encontradas, e a liberdade social se revela com menção a uma efetiva relação social. Nessa seara, Honneth (2015) cita como característica significativa o fato de hoje os pais viverem mais tempo do que antigamente, e assim, os que cuidavam do filho quando pequeno vêm a receber os cuidados do filho quando envelhecem.

Portanto, a relação familiar contempla o lócus em que os laços afetivos e o convívio são efetivados por longo espaço de tempo, como nenhuma outra forma social de relações pessoais. Além do mais, “[...] pais e filhos são, uns para os outros, um reflexo para fases da vida que ou ainda estão à sua frente, ou já passaram [...]” (HONNETH, 2015, p. 313). Logo, os filhos podem ter seus pais como um reflexo de si mesmos, como um espelho a ser seguido - ou não - diante da possibilidade de se colocar no lugar do outro.

Honneth (2015) assevera que, na família, é possível ultrapassar as fronteiras da idade, já que os pais podem brincar com os filhos como se crianças fossem. Outrossim, o filho pode ser parceiro de interação dos pais, e tais questões só poderiam assim serem vistas na família moderna. Portanto, a constituição da liberdade subjetiva, hoje, se dá no sentido de

uma simbolização recíproca de estágios de vida passados e futuros: dado que os membros de uma família democratizada aprendem a lidar de maneira lúdica com seus limites naturais num espelhamento recíproco desse tipo, cada qual realiza uma forma singular de liberdade no um-com-o-outro institucionalizado. (HONNETH, 2015, p. 325).

Por fim, Honneth (2015, p. 321) mostra as virtudes da família moderna, dizendo que é nessa esfera que “[...] se encontra em sua via de desenvolvimento normativo para, como nunca antes em sua breve história, exercer e praticar, de maneira socializatória, formas de interação consentidas, democráticas e cooperativas.” Na nova faceta da presente instituição social ocorre a libertação de membros do papel social rígido, e como consequência, desenvolve-se a relação de triangularidade consciente com pessoas escolhidas para tanto, por meio do afeto recíproco, com os mesmos direitos disponíveis para ambos, com independência sobre o vínculo dos pais (se casados, separados, homossexuais ou heterossexuais), e o desenvolvimento saudável e feliz do filho se justifica como a real função da instituição chamada família. (Honneth, 2015).

O autor compreende que,

Nessa medida, os membros das famílias de hoje se reconhecem reciprocamente como sujeitos humanos, que por essa razão compõe juntos uma comunidade única, delimitada por nascimento e morte, pois é de maneira coletiva, em consciente responsabilidade, que desejam possibilitar a passagem à vida pública – auxiliam-se reciprocamente para poder ser aquele que, com base em sua própria individualidade, gostariam de poder realizar na sociedade. (HONNETH, 2015, p. 322).

A família evoluiu de forma imensurável, porque libertou-se das amarras patriarcais, dos papéis sociais impostos, da desigualdade de direitos entre homens e mulheres, da forma autoritária do homem, da falta de afeto com relação ao filho por parte do pai, para tornar-se uma esfera de liberdade social com a possibilidade da triangularidade sem coerções, de forma livre, do auxílio recíproco aos filhos, que com o aumento da média de sobrevida permitiu que viessem a cuidar dos pais quando idosos, demonstrando um fechamento do vínculo familiar de forma harmoniosa. Por todas as razões expostas, os componentes dessa instituição puderam reconhecer uns aos outros como sujeitos humanos, de forma a auxiliarem-se de forma recíproca, em uma comunidade de solidariedade que se prolonga até a morte.

Pinzani (2012) critica o estudo de Honneth (2012; 2015), ao referir que parece que o filósofo está a tratar sobre seu próprio contexto, a Alemanha. Todavia, o fato é esclarecido pelo próprio Honneth, no início de seu livro, quando explica que tal estudo restringe-se, sim, apenas à Alemanha. Como afirma o crítico,

Em outros países, contudo, os mecanismos institucionais mencionados por Honneth permanecem uma utopia, e o mercado de trabalho não obedece a regras estabelecidas discursivamente, nem ao princípio da igualdade de oportunidades. Portanto, a reconstrução normativa, neste caso, parece questionável [...]. (PINZANI, 2012, p. 213).

Mostra-se contundente a assertiva de Pinzani (2012), haja vista que Honneth (2015) parece adotar uma perspectiva restrita ao seu âmbito local, não fornecendo uma análise mais global acerca das problemáticas, tendendo a resolver o problema no âmbito das potências mundiais - isso ao compreender-se que sua interpretação seja a realidade até mesmo na Alemanha. Enfim, repara-se uma evolução do pensamento de Honneth (2015), o qual se distancia de relações intersubjetivas restritas para avaliar a capacidade do indivíduo em um plano mais amplo e importante - o das instituições sociais. O fato se faz claro no estudo da esfera das relações pessoais, em que o indivíduo é posto em um ambiente relacional, quer seja na amizade, na relação afetiva ou na família. Em sua individualidade, é chamado a realizar seus objetivos e seus desejos ao mesmo tempo em que possibilita a seu parceiro de interação o mesmo. Essas formas de relações se pautam pela reciprocidade sem coerções, e é assim que

os sujeitos desenvolvem suas liberdades - principalmente a liberdade social, a mais relevante das formas analisadas, no entendimento do doutrinador em estudo.

Mas ao mesmo tempo, o filósofo (2015) continua a centrar-se no indivíduo, no paradigma da autorrealização. Ou seja, mesmo na busca por uma teoria da justiça como análise da sociedade, tal concepção de justo é restrita ao ser de forma autônoma. Sustenta-se então que o paradigma da autorrealização é insuscetível de desestabilizar padrões impostos socialmente que impliquem em subordinação, como a questão de gênero.

O entendimento buscado por Honneth (2015) não demonstra efetivamente resolver os problemas práticos postos em questão na sociedade moderna. Embora seu estudo contribua de forma fundamental, traçando um diagnóstico de opressão contra minorias e reconstruindo normativamente a esfera da família, sua estrutura conceitual não revela alcance teórico para desconstruir determinadas concepções assimétricas inerentes às estruturas de poder, que perpassam relações de reconhecimento. Apenas a título de curiosidade, questões como estas serão retomadas no último capítulo da presente dissertação.

O ato de esclarecer que justo é o ordenamento que proporcione a cada um as condições imprescindíveis para o desenvolvimento de sua história de vida sem coerções ainda expressa forte individualismo inserido na concepção de teoria do reconhecimento. A autorrealização encontra-se impregnada, pois em cada forma de relação pessoal o objetivo é a autorrealização dos seus componentes, o que se dá por meio da reciprocidade de relações entre eles.

2.3. Justiça ou autorrealização

Com a abordagem das perspectivas de Honneth (2003a; 2003b; 2003c; 2015) e de Fraser (2003a; 2003b; 2010) acerca da concepção de reconhecimento, neste breve tópico, objetiva-se esclarecer a pergunta: o reconhecimento é uma questão de justiça (Fraser) ou de autorrealização (Honneth)? A indagação representa um ponto de grande divergência entre ambos, uma vez que Honneth (2003a; 2003b; 2003c; 2015) trata o reconhecimento como categoria da sociologia e da psicologia moral ligada à ideia de autorrealização individual, e por outro lado, Fraser (2003a; 2003b; 2010) compreende o reconhecimento como uma questão essencialmente de justiça, o que não configura obstáculo para a autorrealização, atendo-se às práticas discriminatórias institucionalizadas que acarretam a violação à justiça.

Indubitavelmente, Fraser (2003a; 2003b; 2010) explicita uma visão mais profunda e abrangente acerca do reconhecimento/não reconhecimento, pois não se abstém a entender o

último apenas como deformação psíquica capaz de inspirar sentimentos de vexação, mas vai além, trabalhando com práticas discriminatórias institucionalizadas e com a ideia de paridade de participação. O não reconhecimento, na concepção de Fraser, surge quando há institucionalização de padrões de valores culturais que impedem a paridade de participação.

Em debate com Fraser (2003a; 2003b), no livro *Redistribution or Recognition: A Political Exchange*, Honneth (2003b) em resposta à crítica direcionada ao âmbito da Psicologia Moral, ressalta que ela dramatiza demais a questão, já que as considerações da psicologia moral sobre a fundação do reconhecimento apenas exercem papel da concepção de justiça na medida em que apoiam a tese teórico-social de que a integração social impregna as formas de reconhecimento mútuas. Além do mais, afirma que a tese de Teoria Social, em vez da Psicologia Moral, simboliza a chave para determinar a finalidade da justiça social.

Em consonância com a concepção de Honneth (2003b), depreende-se que é apenas em condições de estabelecimento de uma ordem social que os indivíduos podem atingir uma autorrelação possível consigo mesmos - portanto, que inspire a autonomia individual. O filósofo 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. Por sua vez, Fraser (2003a; 2003b; 2003c) abraça a ideia de que o reconhecimento abarca uma questão de justiça social.

Nessa senda, Fraser (2003b) afirma que Honneth (2003a; 2003b; 2003c), ao abordar que a Psicologia Moral trata como única experiência autêntica de injustiça a depreciação da identidade, acaba por reduzir todas as demais injustiças a tal perspectiva. Institui então uma construção tradicional fundamentalista, em cuja base está a psicologia moral. Na concepção de Fraser, tal teorização acaba por “[...] restringir de forma indevida a sociologia política, a teoria social e a filosofia moral, truncando de forma ilegítima essas investigações e quebrando sua relativa autonomia.” (FRASER, 2003b, p. 155).

Fraser assinala também que “[...] na teoria moral, podemos identificar normas para julgar as reivindicações de justiça, sem estar limitados pelos ditados de uma psicologia imperfeita.” (FRASER, 2003b, p. 157). 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. Nesse aspecto, é clara a afirmativa de Fraser (2003, p. 18), ao descrever que:

Eles estão também estabelecidos em muitas áreas da política governamental (incluindo imigração, naturalização e política de asilo) e padrões de práticas profissionais (incluindo medicina e psicoterapia). Padrões valorativos heteronormativos também penetram na cultura popular e na interação cotidiana. O resultado é construir gays e lésbicas como uma sexualidade desprezada, sujeitos a formas sexualmente específicas de subordinação de status. O último inclui vergonha e assalto, exclusão dos direitos e privilégios do casamento e parentesco, restrições nos direitos de expressão e associação, imagens estereotipadas danosas na mídia, assédio e depreciação na vida cotidiana e negação dos plenos direitos e de igual proteção da cidadania.

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 outros, 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.

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 desenhado por Fraser é deontológico e não apela para a concepção de autorrealização ou de bem, mas para a concepção de justiça democraticamente estabelecida, que pode ser aceita e justificada por concepções divergentes de bem.

Em suma, Fraser enfatiza o reconhecimento na melhor das perspectivas possíveis, posto 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, 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.

3 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO *VERSUS* MINIMALISMO JUDICIAL

Este capítulo versa sobre as principais premissas que caracterizam o debate que norteia a presente dissertação: o Constitucionalismo Democrático e o Minimalismo Judicial. O principal pressuposto que delinea a Teoria Minimalista, preconizada por Cass Sunstein, é o de que os Tribunais não devem resgatar teorias amplas e abstratas na resolução do caso concreto que se apresenta na ocasião. Pretende-se analisar os principais aspectos do Minimalismo Judicial sustentado por Sunstein, em contraposição à teoria do Constitucionalismo Democrático, especialmente no que se refere ao papel do *backlash* e seu impacto no desenvolvimento de uma cultura constitucional.

3.1. A Teoria do Minimalismo de Cass R. Sunstein e seus desdobramentos conceituais: análise dos comentaristas

Para Sunstein, a postura correta do juiz diante de uma questão altamente controversa geralmente seria abster-se de adentrar em concepções amplas e abstratas. O objetivo da virtude passiva das Cortes corresponde ao receio de inspirar um possível refluxo social acerca da decisão tomada - questão a ser abordada posteriormente. Desse modo, o Judiciário teria de agir com cautela, evitando pronunciar-se por meio de concepções amplas e abstratas, precisamente quando existe uma divergência consolidada acerca da questão em sociedade.

Por conseguinte, certas formas de Minimalismo Judicial incrementam e potencializam a democracia e “[...] asseguram que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis.” (SUNSTEIN, 1999, p. 05). Sunstein parte da ideia de que as Cortes não possuem *pedigree democrático* para decidir questões que envolvam teorias amplas (ao contrário da arena democrática), visto que a forma correta de resolver tais casos, em sua visão, é por meio da deliberação política. O propósito desta etapa da pesquisa é descortinar a teoria do Minimalismo Judicial de Cass Sunstein e a temática do refluxo social, investigando-se os acordos parcialmente teorizados juntamente com a breve comparação com o consenso sobreposto de Rawls. Por fim, apuram-se as críticas realizadas pelo teórico Mathew Steilen à teoria de Sunstein.

3.1.1. A teoria do Minimalismo Judicial e o Refluxo Social

Sunstein sublinha que a utilização de teorias amplas e abstratas pode levar ao enfraquecimento da respectiva deliberação.

Aprofundando-se nas características da decisão minimalista, a primeira delas - a estreiteza - significa que não se deve aprofundar em questões supérfluas para a decisão do caso concreto. Como exemplificação, tem-se que em uma decisão acerca do aborto, não é correto suscitar teorias que abordem o tema do início da vida humana, devendo-se levar em conta apenas questões imprescindíveis para a tomada de decisão.

A superficialidade - segunda característica - pressupõe que os indivíduos, em meio a intensos desacordos, procuram alcançar acordos parcialmente teorizados. O ensejo seria promover “[...] acordos sobre abstrações entre desacordos ou incertezas sobre o significado particular de tais abstrações.” (SUNSTEIN, 1999, p. 11). Nesse panorama, é clara a assertiva de Sunstein, ao registrar que

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo [...]. (SUNSTEIN, 1999, p. 5).

A passagem supracitada elucida as questões já ressaltadas até aqui, pois vem a corroborar o objetivo de limitação e de esforço contra a amplitude da decisão jurídica. Ademais, abarca que, quando juízes se deparam com a falta de informações necessárias para a decisão do caso, o ideal é que adotem a teoria minimalista, através da modéstia judicial.

No entendimento de Bunchaft (2014), Sunstein reconhece que a atuação minimalista, embora seja totalmente apropriada, não cabe em todas as situações fáticas possíveis de ocorrer, e assim defende o aspecto amplo obtido na decisão do julgamento de *Brown versus Board of Education* - nos Estados Unidos da América (EUA), em 1954 - que apreciou como inconstitucional a segregação racial nas escolas. Para tanto, justifica sua posição sobre o caso, alegando que a decisão frutificou do amadurecimento constitucional, em que a discriminação racial foi majoritariamente reprovada pela sociedade e pelos Tribunais (que já vinham decidindo nesse sentido).

Convém também adentrar na análise da decisão judicial de *Obergefell versus Hodges* (nos EUA, no ano de 2015), julgada em junho daquele ano, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser proibido em qualquer Estado da Nação, e que essa forma de união deve ser reconhecida como válida em todos Estados. Estabeleceu também como obrigatória a aceitação de sua realização em toda a jurisdição sujeita à Constituição dos EUA.

Quanto à decisão, Sunstein então redigiu e publicou uma coluna com sua interpretação, salientando que o Tribunal proferiu uma decisão seguindo um consenso social preexistente - qual seja, o de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo deveria ser reconhecido em todo o país, e que o julgamento terá baixo custo de retaliação. Aduziu ainda que se tratava da consequência de contínuas decisões sobre a temática - que, em época anterior, seriam tidas como controversas, mas que hoje tem sua maioria amplamente comemorada, ainda que vista como um ícone a ser venerado. (SUNSTEIN, 2015). Aqui desvela-se a questão do amadurecimento social acerca de questões morais controvertidas, as quais são vistas por Sunstein como decisões legítimas.

Mesmo que a teoria minimalista represente o ideal na concepção do jurista em análise, é cabível concluir que entenda que determinadas posições maximalistas também possam ser pertinentes na democracia deliberativa. Tais decisões são legítimas quando o caso em foco trata de uma questão que já passou por um longo processo de amadurecimento na política e na sociedade, o que o torna passível de ser julgado por meio de teorias amplas, através do Poder Judiciário. No entanto - vale comentar - estas são as exceções à teoria, nunca a regra, na visão do teórico em estudo.

Retomando as decisões minimalistas, Sunstein considera que essa perspectiva interpretativa seja a melhor maneira de decidir um caso em que há ampla controvérsia moral na sociedade, sempre tendo em vista a superficialidade e a estreiteza para não decidir questões que estejam além do caso concreto, assim evitando impacto em outras questões sociais. Para tanto, tudo isso se justifica com vistas a desviar do suposto refluxo social - passível de ocorrer como resposta/reação à decisão tomada.

Para entender as razões de Sunstein tanto rezear o fenômeno (*backlash*), parte-se agora para a sua compreensão e para a implicação da teoria do Minimalismo frente ao fato. Insta ressaltar que tal explicação se limitará ao seu conceito, para que seja possível explicar como o *backlash* conecta-se à teoria do Minimalismo, sublinhando que, na segunda parte do capítulo, na abordagem da teoria do Constitucionalismo Democrático, o fato voltará a ser estudado de forma mais aprofundada.

Nessa linha de análise, o termo americano *backlash* pode ser traduzido como Refluxo Social, o que significa ser um conjunto de efeitos que decorrem de uma decisão judicial ativista, como pode exemplificar-se na decisão *Roe versus Wade* (nos EUA, em 1973)². O caso é emblemático na doutrina americana e mundial, pois, na ocasião, decidiu-se que o aborto seria liberalizado, o que, no entendimento de Sunstein, teria produzido intenso refluxo social, que se torna evidente a partir da polarização dos movimentos pró-vida e sua profunda crítica à decisão. De acordo com Sunstein (1999, p. 59), “[...] a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria, assim como do objetivo que ela procura promover.”³

A assertiva comprova que normalmente a utilização de teorias amplas por Tribunais é problemática, já que ressalta que podem criar-se “efeitos sistêmicos infelizes” com consequências inesperadas que não podem ser perceptíveis no momento da decisão - fato que pode ser imutável. (SUNSTEIN, 1996, p. 46). Ademais, os efeitos negativos que não podem ser modificados, muitas vezes, decorrem do *backlash* (refluxo social), isto é, algumas consequências apenas vêm à tona, com clareza, após a decisão tomada pelo Tribunal e sua efetivação.

² A fim de exemplificar tal questão, suscita-se o caso *Roe versus Wade*, que foi decidido pela Suprema Corte dos EUA no ano de 1973 em que se liberalizou o aborto. Poder-se-á obter referências acerca do *Backlash* aplicáveis também à questão da decisão da ADPF 132-RJ, em que o STF reconheceu a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo - temática que abrange o ponto central do presente trabalho. Na perspectiva do Minimalismo, *Roe* teria sido decidido de maneira incorreta, porque o direito ao aborto era algo controverso na época, ainda que o direito pudesse ser constitucionalmente justificado. Greenhouse e Siegel analisam o contexto anterior e posterior ao *backlash* em *Roe versus Wade*, e fica claro que o refluxo social à descriminalização do aborto já vinha sendo construído muito antes da decisão da Suprema Corte, envolvendo a oposição de grupos católicos, de movimentos pró-vida, e articulando-se pelos Partidos Políticos que tentavam captar eleitores católicos para si com um discurso sobre a tradição da família e a criminalização do aborto - em outras palavras, o conflito social já vinha sendo delineado. Portanto, o *backlash* do caso *Roe versus Wade* não pode ser atribuído unicamente à decisão judicial da Suprema Corte, pois diversos fatores inspiraram a lógica do refluxo social. *Roe* é frequentemente apresentado como o único fator responsável pela polarização social, pelo realinhamento dos partidos em torno do aborto e pela nacionalização do conflito. Entretanto, a história do *backlash* no período anterior a *Roe* demonstra uma multiplicidade de questões que colocam a tese de Sunstein em dúvida, portanto, é imprescindível a investigação histórica sobre as origens da polarização.

³ No mesmo sentido, é clara a assertiva de Bunchaft: “Para Sunstein, os juízes devem decidir os casos de forma estreita sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controversas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas. O argumento fundamental do autor é que certas formas de ativismo judicial propiciam o “refluxo”, inspirando articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão.” (BUNCHAFT, 2014, p. 128). Corroborando o mesmo entendimento, Appio reserva parte de seu livro para expor as ideias de Cass Sunstein, que segundo o autor, entende que: “[...] o minimalismo de Sunstein se apoia na necessidade de o Judiciário exercitar a modéstia e deferência em favor do Congresso em delicados temas como a regulação de políticas econômicas, mas que deve ter muito cuidado com as demandas judiciais envolvendo direitos de natureza social (*welfare rights*).” (APPIO, 2008, p. 311)

Nas considerações de Appio (2008), Cass Sunstein acredita que o momento certo para a intervenção do Judiciário configura uma das maiores qualidades do órgão, haja vista que através da autocontenção a Suprema Corte diminui potenciais *custos de um erro* e incrementa a discussão democrática no Congresso, concordando com as decisões minimalistas na linha de Sunstein - cuja teoria, apesar de agregar muitos simpatizantes, nesta dissertação será analisada pela perspectiva de seus principais críticos. A justificativa preponderante é a de que decisões minimalistas são cautelosas em relação à abrangência, evitando o refluxo.

Em contrapartida, Sunstein (1999) apresenta cinco razões para sustentar o Minimalismo. Nesse sentido, o refluxo social contempla apenas um dos motivos para se pensar em uma teoria desta feição, pois diversas outras questões estão diretamente relacionadas com a postura de modéstia judicial, a saber,

O minimalismo reduz o custo da decisão para os tribunais ao tentar decidir casos. Ele reduz os custos de erro associados a julgamentos equivocados. Isso reduz as dificuldades associadas a racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos efeitos adversos. Ele ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo. E, talvez o mais importante, o minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais. (SUNSTEIN, 1999, p. 53-54).

Em síntese, todas as vantagens do Minimalismo destinam-se a evitar danos futuros à democracia deliberativa, com foco na visão de que os tribunais necessitam evitar julgamentos com teorias amplas e abstratas para deixar a questão amadurecer em sociedade ou ser decidida em arenas de deliberação. Sunstein (1999) advoga que é obrigação do julgador, no exercício de sua profissão, levar em conta quais serão os reflexos de sua decisão, como por exemplo, se irá refletir um refluxo social posteriormente, ou não. Na visão do teórico estudado, o Minimalismo Judicial promove responsabilidade democrática e deliberação democrática, o que o conecta ao princípio liberal de legitimidade.

3.1.2. Acordos parcialmente teorizados

No que tange aos acordos parcialmente teorizados⁴, segundo Sunstein (1996, p. 35), surgem por ser “[...] muito raro para uma pessoa ou grupo teorizar completamente qualquer assunto, ou seja, a aceitar tanto uma teoria geral e uma série de etapas que ligam essa teoria a conclusões concretas”. Diante dessa dificuldade, os acordos sintetizam uma forma de proporcionar que pessoas possam “[...] desenvolver âmbitos de decisão e de julgamento, apesar de discordâncias em grande escala.” (SUNSTEIN, 1996, p. 35). Além do mais, Sunstein (1996, p. 35) admite que “a decisão se torna possível através desta modalidade de acordos parcialmente teorizados”. Afirma com veemência também que

[...] com o bom funcionamento, ordens constitucionais tentam resolver os problemas, incluindo problemas deliberativos, por meio de chegar a acordos parcialmente teorizados. Às vezes, esses acordos envolvem abstrações, em meio a desacordos aceitos severos sobre casos particulares. Assim, as pessoas que discordam sobre o incitamento à violência e ao discurso de ódio podem aceitar um princípio geral da liberdade de expressão, e aqueles que argumentam sobre a homossexualidade e igualdade entre os sexos podem aceitar um princípio abstrato de antidiscriminação. Este é um fenômeno importante em direito constitucional e política; faz a tomada de constituição possível. Mas às vezes acordos parcialmente teorizados envolvem resultados concretos, em vez de abstrações; as pessoas podem concordar que uma determinada prática é constitucional ou não é constitucional, mesmo quando as teorias que fundamentam os seus juízos divergem acentuadamente. (SUNSTEIN, 2001, p. 50)

Importa ressaltar que os acordos parcialmente teorizados se dividem em três tipos, mas só um deles é relevante para o Direito. Assim, o primeiro diz respeito às disposições abstratas, para as quais os cidadãos mostram concordância, porém sem ter ao certo o que efetivamente implicam. Como exemplo de disposições abstratas, citam-se a “liberdade de expressão” ou a “Igualdade perante a lei”, dentre outras. (SUNSTEIN, 1996, p. 36). Adotam-se nesse patamar, teorias de alto nível, que podem ser exemplificadas pelas teorias do “Kantianismo e utilitarismo.” (SUNSTEIN, 2001, p. 57).

No nível *intermediário*, os indivíduos acordam sobre um princípio de nível intermediário, entretanto não concordam com a teoria geral e com os casos particulares. Trata-

⁴ A ideia de acordos parcialmente teorizados, delineada por Sunstein tem sido objeto de seus estudos há cerca de 15 anos. Assim sendo, elencam-se alguns livros em que SUNSTEIN (1998; 2001) tratam do tema: *Legal Reasoning and Political Conflict* e *Designing Democracy – What Constitutions do*.

Enumeram-se também os seguintes artigos de SUNSTEIN (1995; 2007; 1994; 2008): *Incompletely Theorized Agreement*, publicado em *Harvard Law Review*, Vol. 108, n. 7; *Incompletely Theorized Agreement in Constitutional Law*, publicado em *University of Chicago, Public Law Working Paper* n. 147; *Political Conflict and Legal Agreement*, publicado em *The Tanner Lectures on Human Values; Beyond Judicial Minimalism*, publicado em *Public Law & Economics Working Paper* n. 237. Por fim, o capítulo de Sunstein (1998), *Practical Reason and Incompletely Theorized Agreement*, publicado em *Current Legal Problems, 1998-Legal Theory at the End of the Millennium*, vol. 51, organizado por Michael Freeman.

se de um meio-termo entre as formas existentes de acordos parcialmente teorizados. Exemplifica-se:

Os juízes podem acreditar, por exemplo, que o governo não pode discriminar com base na raça, sem ter uma teoria em larga escala de igualdade, e também sem concordar se o governo pode estabelecer programas de ação afirmativa [...]. (SUNSTEIN, 1996, p. 36)

Todavia, a forma de acordo que interessa a Sunstein (1996) é o terceiro tipo, que são os acordos incompletamente teorizados acerca de resultados particulares, que estão ligados os princípios estreitos ou de baixo nível. A ideia da decisão minimalista se coaduna com esses acordos na perspectiva de que também evitam teorias abrangentes e abstratas com a finalidade de utilizar outras, de mais baixo nível, chegando a casos concretos, no intuito de evitar erros por parte das Cortes.

Para fins de esclarecimento, Sunstein (1996) explica alguns significados trabalhados por ele. Assim, acerca do termo *resultado particular*, objetiva a compreensão do julgamento de quem ganha e quem perde um caso ao sentido dos princípios de *baixo nível* como algo relativo. Portanto, esclarece que

O que estou enfatizando aqui é que quando as pessoas divergem sobre algumas proposições (relativamente) de alto nível, eles podem ser capazes de concordar quando baixar o nível de abstração. Juízos parcialmente teorizados sobre casos particulares são o material comum do direito. (SUNSTEIN, 1996, p. 37)

Teorias amplas e abstratas podem vir a ser empregadas erroneamente por Tribunais, já que muitas vezes nem mesmo a lei reflete-as de forma correta, o que torna mais conveniente que as pessoas apenas concordem com a finalidade da legislação, simplesmente com sua aplicação prática, no caso em particular. Por exemplo, pode-se aceitar que um limite de velocidade exista e seja correto, e que seja atribuída uma punição a quem infringir a norma, porém, para que isso ocorra, as pessoas não precisam ter vasto conhecimento sobre teoria de punição criminal: o importante é que os indivíduos concordem com o resultado final do caso. (SUNSTEIN, 1996).

Os juízes devem então assumir uma postura de presunção contra o alto nível de teorização, e não tornar tal questão um tabu, posto que o Judiciário, em muitas conjunturas, não será capaz de refletir sobre uma boa teoria e, até mesmo poderá não ser capaz de chegar a um acordo sobre qualquer teoria possível. Corre-se ainda o risco de juízes não terem total

certeza de ser a teoria correta, o que pode ocasionar um grande erro futuro. (SUNSTEIN, 1996).

A ideia central é a de que os acordos parcialmente teorizados são aceitos e tidos como ideais em um mundo jurídico em que exista divergência social acerca de temas de grande proporção, pois irão convergir sobre resultados particulares por indivíduos sem capacidade de estabelecer um acordo sobre princípios gerais. (SUNSTEIN, 1996). Em outras palavras, é a forma encontrada para que pessoas comuns que desconheçam teorias abrangentes possam determinar um acordo sobre um caso particular, o que se dá por meio de princípios de baixo nível e de pouca complexidade teórica.

A lógica por dentro de tal consideração é a de que quando há divergência acerca de teorias de alto nível, através de um retorno conceitual às teorias de mais baixo nível e com menor abstração, pode-se chegar à resolução do conflito social. (SUNSTEIN, 2001). Essa forma de acordos parcialmente teorizados, na concepção de Sunstein, abrange muitas vantagens, como se verá a seguir. A primeira delas pode ser considerada como a estabilidade social que é proporcionada através da decisão de casos e a consequente diminuição de dissensos sociais. Esses acordos ainda possibilitam a promoção de dois objetivos da democracia - quais sejam, o de permitir que as pessoas convivam juntas e que cada um permita ao outro uma medida de reciprocidade, de civilidade e de respeito mútuo, o que alimenta de forma imperiosa uma democracia constitucional. (SUNSTEIN, 1996). Mas será que tais acordos parcialmente teorizados efetivamente inspiram a civilidade e respeito mútuo? O Minimalismo fortalece a democracia? Essas questões serão elucidadas posteriormente.

No momento - importa sublinhar - por meio de acordos sobre princípios de baixo nível, juízes e indivíduos podem evitar dissensos desnecessários (SUNSTEIN, 1996), o que se deve ao fato de que não se utilizam teorias gerais e abstratas para justificar uma conduta, logo, não se adentra em temáticas que muitas vezes trazem grande controvérsia social impregnada, e que por esse motivo, podem desencadear alto dissenso. Nesse sentido, o doutrinador salienta que

Se reciprocidade e respeito mútuo são desejáveis, segue-se que os juízes, talvez até mais do que as pessoas comuns, não devem desafiar compromissos mais profundos e mais definidores de um litigante ou de outra pessoa, pelo menos, se esses compromissos são razoáveis e se não há nenhuma necessidade para eles fazerem isso. (SUNSTEIN, 1996, p. 40)

Feita essa consideração, seguindo a linha de vantagens dos acordos parcialmente teorizados, observa-se que podem reduzir o erro político de desacordos duradouros.

Outrossim, revelam-se como valiosos, para Sunstein (1996), quando tenciona-se a evolução moral com o passar do tempo. Além disso, acordos parcialmente teorizados podem ser avaliados como a melhor forma disponibilizada às pessoas de tempo e de capacidades limitadas. Como último ponto, devem - ou deveriam - tomar como pontos fixos os precedentes judiciais. (SUNSTEIN, 1996).

Explicam-se tais vantagens supracitadas: quando julgadores não aplicam teorias amplas, aquele que perde o caso em questão, perde muito pouco, pois trata-se apenas de um caso, e não tudo, podendo vencer em outra ocasião. A evolução da moral traduz a ideia básica de que o pensamento evolui ao longo do tempo e precisa, portanto, ser reavaliado e modificado - razão pela qual os acordos parcialmente teorizados são a solução, por serem capazes de acomodar mudanças nos fatos e nos valores. Ilustrativamente, a questão da evolução moral assim é relatada por Sunstein (1996, p. 42):

Considere a vida comum. Em um determinado momento, você pode muito bem se recusar a tomar decisões que parecem fundamentais no caráter - por exemplo, de se casar no próximo ano, se quer ter dois, três ou quatro filhos, ou se prefere viver em São Francisco ou Nova Iorque. Parte da razão para esta recusa é o conhecimento que seus entendimentos de ambos os fatos e valores podem muito bem mudar. Na verdade, a sua identidade em si pode mudar em aspectos importantes e relevantes e, por essa razão, um conjunto de compromissos com antecedência - algo como uma concepção totalmente teorizada de seu curso de vida - não faria sentido.

Disso, infere-se que acordos parcialmente teorizados simbolizam a chave para não surgirem decisões errôneas, expressando uma forma de modéstia e de cautela diante de um possível erro. A ideia de seguir precedentes encontra fundamento na justificativa de olhar para os casos passados que encontrem semelhança. Assim, evita-se que os juízes possam tomar uma postura de ambição e esqueçam os casos, garantindo a estabilidade das decisões. (SUNSTEIN, 1996).

Entretanto, Sunstein (1996, p. 44) não exclui a possibilidade de existirem acordos completamente teorizados, desde que sejam a expressão dos valores plurais do caso em questão. Assim, esclarece que

Pelo menos podemos dizer que os julgamentos parcialmente teorizados são bem adaptados a um universo moral que é diversificado e pluralista, não só no sentido de que as pessoas discordam, mas também no sentido de que cada um de nós está em sintonia com o pluralismo quando estamos pensando bem sobre qualquer área do direito.

Pelo visto até aqui, pode-se notar que, para o constitucionalista, os acordos parcialmente teorizados têm grande potencial para ser o instrumento de resolução de controvérsias em um contexto de pluralidade social. Mas para tal afirmação, ainda precisa-se analisar se os pontos positivos sobressaem-se aos negativos e, para tanto, busca-se compreender: tais virtudes são parciais ou integrais? Segundo Sunstein, são parciais.

Veja-se: a estabilidade não é absoluta, ao passo que se pode ter uma sociedade estável, porém injusta. Portanto, nesse viés, afirma-se que em certas situações é preferível ter menos estabilidade - razão pela qual o teórico conclui que “[...] os pontos positivos em nome dos acordos parcialmente teorizados são presuntivos, em vez de conclusivos.” (SUNSTEIN, 1996, p. 54). Com o tempo, mudanças podem vir a ocorrer e a utilização daquele princípio de baixo nível pode produzir um sistema mais completamente teorizado de lei.

Como ponto negativo, tem-se que “As virtudes de tais acordos são parciais. Alguns acordos parcialmente teorizados são injustos.” (SUNSTEIN, 1996, p. 44). A ideia central de Sunstein é a de que os acordos parcialmente teorizados são preferenciais às abordagens teóricas teorias amplas e abstratas, o que não significa que estejam isentos de erro ou que sejam absolutos, pois quando se tem a certeza de que a abordagem ampla e abstrata é a melhor via para a resolução de um conflito, o certo é aplicá-la.

Acordos parcialmente teorizados são desencadeados pelo desacordo social e, nessa perspectiva, não têm muito que ser celebrados. Na ideia de evolução desses acordos, orienta-se que haja, em períodos de tempo, escrutínio e crítica a que sejam sujeitados. (SUNSTEIN, 1996). A ideia se deve ao fato de que, com a evolução moral da sociedade, certos acordos parcialmente teorizados precisam ser revistos.

Agora, analisando-se em concreto a utilização de acordos parcialmente teorizados por Tribunais, Sunstein (1996, p. 44-45) defende que “[...] certas ideias profundas sobre o direito ou o bem não devem ser invocadas, na maioria das vezes, por juízes e funcionários ocupando papéis sociais particulares”, e na sua ideia, a não utilização de teorias gerais e abrangentes serve para limitar o poder discricionário do ponto de aplicação pelo Judiciário, aduzindo que “[...] acordos parcialmente teorizados desempenham um papel em arenas democráticas”, e nessas arenas, é possível invocar teorias abrangentes e de alto nível acerca do direito ou do bem. Aqui surge a diferenciação da utilização de teorias amplas de alto nível no âmbito dos Tribunais e das arenas democráticas, em que acredita-se serem cabíveis discussões aprofundadas, já que são o lócus criado para tanto.

Segundo Sunstein (1996, p. 45), as teorias de alto nível são “[...] uma parte importante da discussão democrática, e às vezes eles são ratificados publicamente e colocados em uma

constituição”. Exemplifica os desenvolvimentos trazidos através de reivindicações do movimento das mulheres ou do movimento ambiental. Em suma, “[...] é na ausência de um pedigree democrático que o sistema de precedentes, analogia, e acordo parcialmente teorizados tem um lugar tão importante”. (SUNSTEIN, 1996, p. 46). O doutrinador ainda trabalha com a perspectiva do uso construtivo do silêncio, visto que envolve a maioria das virtudes dos acordos parcialmente teorizados. Para tanto,

Especialmente em uma sociedade diversificada, o silêncio - em algo que pode ser falsa, obtuso, ou excessivamente controverso - pode ajudar a minimizar o conflito, permitir que o presente aprenda com o futuro, e salvar uma grande quantidade de tempo e despesa. O que é dito e resolvido não é mais importante do que o que é deixado de fora. (SUNSTEIN, 2001, p. 58).

Sunstein (2001) chama a atenção para o potencial dos acordos parcialmente teorizados, afirmando que, muitas vezes, tomam a forma de decisões que têm pouca probabilidade de produzir grandes mudanças em pouco espaço de tempo. Assumidas de forma estreita, produzem menos alterações do que as decisões que exigem revisões amplas em práticas já existentes.

Portanto, o que se conclui desta parte do trabalho é que acordos parcialmente teorizados, na visão de Sunstein, representam ótimas ferramentas em um contexto de desacordo social, e são os instrumentos certos para a aplicação da teoria minimalista. Nesse contexto, os Tribunais possuem espaço limitado na decisão, e a ampla deliberação democrática é tida como ideal. Dessa feita, o Minimalismo Judicial e o uso dos acordos parcialmente teorizados possibilitam à sociedade que a democracia deliberativa floresça normalmente.

3.1.3. Consenso Sobreposto de Rawls x Acordos Parcialmente Teorizados de Sunstein

Do mesmo modo que Sunstein, Rawls⁵ prevê o desacordo em um ambiente plural, e para tanto, cria a concepção do consenso sobreposto - fenômeno que, em grande parte, iguala-

⁵ Em seu livro *O Liberalismo Político*, Rawls questiona sobre como em “uma sociedade democrática bem-ordenada da justiça como equidade pode estabelecer e preservar a unidade e a estabilidade, dado o pluralismo razoável que lhe é característico. Numa tal sociedade, uma doutrina abrangente e razoável não pode garantir a base da unidade social, nem oferecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais”. (RAWLS, 2000, p. 179). Nessa senda, Rawls cria a categoria do consenso sobreposto como uma categoria que possibilitará que a sociedade seja unificada e estável. Para o teórico, o foco desse consenso deveria ser as concepções liberais, já que são mais realistas e de execução mais provável, em contraposição com uma concepção de justiça.

O liberalismo político parte da ideia de concepções de justiça que “admitem uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, ainda que conflitantes, cada qual com sua própria concepção do bem”.

se aos acordos parcialmente teorizados de Sunstein. À vista disso, objetiva-se nesta parte do trabalho situar tais questões.

Sunstein, em sua obra *Legal Reasoning and Political Conflict*, aquiesce certas peculiaridades. Primeiramente, ressalta que Rawls parte da ideia de que a democracia constitucional pode alcançar consenso razoável acerca de um princípio político específico por meio da análise das diversas perspectivas de cada cidadão, e que a mesma teoria ainda tenta trazer estabilidade e acordo social em relação a referidos pontos de vista, que são abrangentes. (SUNSTEIN, 1996). Outra característica que conecta as teorias é a intenção de Rawls - a de que esse consenso possa proporcionar a possibilidade de convivência com alto grau de reciprocidade e respeito mútuo entre os cidadãos que estão de frente a um desacordo - expressando preocupação com a questão do pluralismo. (SUNSTEIN, 1996). Fica claro aqui que o consenso sobreposto é alcançado por meio do uso da esfera pública de deliberação.

Estas são as aproximações conceituais de tais teorias: são parecidas, mas não são iguais. A principal divergência entre os dois estudiosos é a de que, para Sunstein, o acordo irá ocorrer por meio da concretude, de baixos níveis de generalidade, através de acordos sobre casos individuais, enquanto na teoria do consenso sobreposto de Rawls, isso se concretizará através da abstração para fins políticos, pois quanto mais profundo o desacordo, maior deve

(RAWLS, 2000, p. 180). Ou seja, não dá sustentação à ideia de existir apenas uma concepção aceita por todos cidadãos razoáveis.

Afirma que “somente uma concepção política de justiça da qual se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem pode servir de base à razão e à justificação públicas.” (RAWLS, 2000, p. 183) Cita o pluralismo razoável como um dos fatores da concepção de consenso sobreposto, além de ponderar que a justiça deve ser tomada desvinculada de concepções religiosas, filosóficas e morais abrangentes.

Rawls admite que a noção de consenso sobreposto, criada por ele, acaba por se tornar utópica, já que falta estrutura para que seja gerado e se torne estável. Assim, percorre um caminho pelo qual o consenso poderia ser criado e estabilizado, na forma de um esboço, o qual teria dois estágios: o primeiro seria um consenso constitucional, e o segundo, o referido consenso sobreposto. O consenso constitucional, relativo ao primeiro estágio, diz respeito apenas aos procedimentos políticos do governo democrático e acaba por ser gerido através da passagem do pluralismo para o pluralismo razoável. (RAWLS, 2000). Rawls entende como utópica tal questão, mas admite a possibilidade de chegar-se próximo de tal fenômeno.

O consenso sobreposto “obtem apoio graças a um ajuste harmonioso entre a concepção política e as visões abrangentes, ademais de um reconhecimento público dos grandes valores das virtudes políticas”. (RAWLS, 2000, p. 219). Nessa passagem, tem-se claramente a aplicação do consenso sobreposto em um âmbito político, por meio do exercício da razão pública.

Entre os principais comentadores do projeto rawlsiano, elencam-se: GARGARELLA (2008), em *As Teorias da Justiça depois de Rawls*; BANKOVSKY (2011), em *Perfecting Justice em Rawls, Habermas and Honneth*; KUKATHAS; PETIT (2005), em *Rawls- Uma Teoria da Justiça e os seus críticos*; OLIVEIRA (2003), em *Rawls*; FREEMAN (2003), em *The Cambridge Companion to Rawls*; BANKOVSKY (2011), em *Perfecting Justice em Rawls, Habermas and Honneth*; VITA (2008), em *O Liberalismo Igualitário-Sociedade democrática e justiça internacional*.

ser o nível de abstração. Sunstein (1996, p. 47) ainda assim não descarta a teoria de Rawls, mas afirma que

[...] é claro que as pessoas podem ter problemas com abstrações. Um objetivo especial do acordo incompletamente teorizado sobre as informações é a obtenção de um consenso sobre um resultado concreto entre as pessoas que não querem decidir questões de filosofia política.

Rawls, a partir da ideia de resolução de controvérsias através de doutrinas abrangentes, acaba por pretender que as pessoas utilizem-se de doutrinas filosóficas. Para Sunstein (1996), essas pessoas são incertas sobre como pensar, e assim, acaba-se por deixar a filosofia política como ela é - o que sintetiza a razão pela qual sua teoria de acordos parcialmente teorizados se sobrepõe ao consenso sobreposto de Rawls.

Por fim, Sunstein (1996, p. 48) deslinda que “[...] os participantes de uma cultura jurídica liberal, muitas vezes, procuram um acordo sobre o que fazer ao invés de exatamente como pensar”. Portanto, o modo de resolução ideal é através de níveis de concretude, em que o que importa é o resultado prático (o fim do dissenso).

3.1.4 Críticas apontadas por Matthew Steilen

A linha teórica de Matthew Steilen encara o Minimalismo como um fenômeno atraente por alguns motivos, como por ter-se tornado um *destino popular*, tendo em vista que “[...] reflete o senso comum que usamos na tomada de decisões em nossas próprias vidas.” (STEILEN, 2010, p. 392). Pode-se exemplificar com o caso daquele indivíduo que precisa decidir-se entre:

- a) ir morar com seu companheiro(a) da noite para o dia; ou
- b) primeiramente noivar, depois casar-se, para então residir sob o mesmo teto, ou seja, ser cauteloso e dar passos pequenos de cada vez, ao contrário de tomar uma decisão radical em sua vida.

Ao caso descrito equipara-se o Minimalismo, em face da sua estratégia de opção pela cautela nas decisões judiciais, o que demonstra como se aproxima de decisões comuns do dia a dia. O argumento central da crítica de Steilen (2010, p. 392) ao Minimalismo é o de que “[...] não ‘estimula’ ou ‘promove’ a democracia, como Sunstein sempre argumentou que ele faz.”

Nessa seara, para o estudioso em questão, isso ocorre pois decisões de caráter minimalista têm ausência de profundidade, o que seria fator necessário para a promoção da

atuação democrática. Além do que, “[...] decisões minimalistas não promovem a deliberação democrática porque elas não conseguem conferir às segundas um ponto de vista diferente, uma razão para mudar as suas mentes.” (STEILEN, 2010, p. 393).

As críticas tecidas devem-se ao fato de que, para que os indivíduos possam *mudar suas mentes* sobre determinados pontos, é preciso profundidade teórica, não sendo suficientes argumentos superficiais e estreitos, como propugna Sunstein. Isso também se explica pelos teóricos minimalistas que não se importam muito com resoluções de diferentes concepções; eles apenas querem que se possa concordar com determinado curso de ação. Na percepção de Steilen, isso não promove deliberação alguma. Tal entendimento se encontra na concepção de acordos parcialmente teorizados do teórico minimalista - tema já abordado - porque neste âmbito de estudo, o mais relevante é que os atores sociais concordem com determinada prática ou resultado, considerando-se que as teorias que fundamentam os juízos de cada cidadão divergem de todas as formas possíveis.

Acerca da consideração de Sunstein sobre o dever dos Tribunais de não adentrarem em teorias amplas e abstratas, Steilen interroga: como pode tal perspectiva promover a deliberação democrática? A resposta do minimalista é que assumindo tal atitude, os Tribunais podem utilizar alguns procedimentos ou doutrinas que estimulem a deliberação democrática. (STEILEN, 2010).

Steilen (2010) não concorda com a afirmação de Sunstein, pois compreende que, quando se estimula a deliberação, na maioria das situações, se exige um nível de abstração que é ausente em decisões rasas. O teórico ainda critica o minimalista por ele não ver a Suprema Corte como um parceiro deliberativo, já que, para Steilen (2010), essa visão é imprescindível no sentido de que a Corte promove a deliberação quando envolve os poderes políticos, os Estados e as pessoas como um parceiro no ato de deliberar.

O estudioso insiste na tese de que não há como evitar abstração, uma vez que abarca “[...] um meio comum que empregamos para deliberar uns com os outros” (STEILEN, 2010, p. 428), destacando que “Abstração pode não funcionar sempre, mas a menos que haja um outro modelo de deliberação no futuro próximo, não se pode promover a deliberação, evitando abstrações. Abstração é o coração da deliberação [...]” (STEILEN, 2010, p. 428). Com essa passagem, pode-se ter noção de como é significativo o fator abstração para a decisão judicial, no entendimento de Steilen.

No que toca aos acordos parcialmente teorizados, Steilen (2010) lança a seguinte crítica: é improvável que possa haver um acordo completo sobre como proceder à resolução de qualquer tipo de caso significativo, independentemente de ser no nível de particularidade

ou de abstração elevada. Ou seja, invalida a tese sustentada por Sunstein de o Judiciário se ater a acordos parcialmente teorizados pela via da particularidade. Referindo-se à *divergência* que Sunstein sempre reitera, Steilen (2010, p. 430) alerta que “O ponto importante é que essa divergência não constitui uma razão para evitar argumentos teóricos ambiciosos [...]”.

Tem-se então que o consenso é inviável, pois apenas pode-se exigir que o povo concorde com políticas coletivas em termos de razoabilidade, desde que dentro dos parâmetros da razão pública. Ainda, o silêncio não pode estimular a deliberação. Também diante de argumentos ambiciosos, adversários podem surgir e expor suas opiniões, mudando de ideia acerca de questões específicas e evidenciando que decisões estreitas e rasas não possibilitavam a mudança na mente das pessoas. (STEILEN, 2010)

Outra crítica feita contra Sunstein por Steilen (2010) é a de que apresenta visão muito estreita do que seria democracia deliberativa e, por esse motivo, compreende a teoria do Minimalismo como promotora da deliberação democrática. Para Steilen (2010), o sentido de deliberação mais adequado, nesse quadro teórico, é aquele que se dá pela justificação de razões, pois pela troca de argumentos, pode-se levar o outro a rever sua opinião sobre a questão em discussão.

Apesar de existir uma visão de que é respeitoso evitar desafiar as perspectivas contrárias do outro indivíduo, ficar calado frente aos conflitos está longe de ser uma forma de respeito. Em síntese, é premente a necessidade de tentar-se evitar o enfrentamento de tais divergências. No entanto, ficar em silêncio diante delas não pode ser visto como uma atitude respeitosa para com as visões do outro participante da deliberação.

Para finalizar, Steilen articula que “[...] o judiciário tornou-se uma voz adicional quando se trata de questões constitucionais.” (STEILEN, 2010, p. 435). Dessa maneira, a instituição passa a ser tida como um parceiro deliberativo. Sublinha também que se o Judiciário é compreendido como um parceiro de deliberação, “[...] o raciocínio ambicioso em decisões judiciais perde muito de seu caráter ameaçador, antidemocrático.” (STEILEN, 2010, p. 435). Em resumo, o teórico assinalou como o ponto principal de seu estudo a questão de que democracia deliberativa necessita de argumentos/visões que sejam amplos e abstratos, haja vista que conteúdos rasos e estreitos não são suficientes para a promoção da deliberação democrática.

Por conseguinte, dentre outros aspectos apurados, Steilen - assim como Post, Siegel e Bunchaft - propugna desconstruir a teoria do Minimalismo Judicial proposta por Sunstein, ao apontar seus defeitos e suas insuficiências teóricas no âmbito da democracia pluralista como a que se contempla hoje. Os estudiosos demonstraram também como a teoria do

Constitucionalismo Democrático pode sanar tais incoerências conceituais minimalistas, tendo como principal característica a compreensão do conflito como algo positivo, já que é intrínseco ao movimento constitucional e concretizador de grandes mudanças sociais, dentre as demais considerações produzidas anteriormente.

3.2. O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel: Considerações de Maria Eugenia Bunchaft

Nesta seção, examinam-se os posicionamentos teóricos dos doutrinadores que criticam as teses sustentadas por Cass Sunstein, quais seja, Reva Siegel, Robert Post e a brasileira Maria Eugenia Bunchaft. Cumpre salientar que Post e Siegel, além de realizarem críticas ao Minimalismo, criam uma teoria para explicar tais análises negativas acerca da concepção de Sunstein.

3.2.1. Constitucionalismo Democrático

O Constitucionalismo Democrático tem por finalidade analisar e compreender as práticas acerca dos direitos constitucionais e sobre como foram instituídos em uma cultura constitucional marcada pelas controvérsias. Ao contrário do Minimalismo de Sunstein, o “Constitucionalismo Democrático entende que a divergência interpretativa é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

Para a teoria supracitada, as Cortes têm especial relevância nesse processo, pois devem assumir uma forma distinta de autoridade, concretizando os direitos das minorias. Os cidadãos aspiram que os Tribunais resguardem os valores sociais importantes, restringindo a atuação do governo sempre que ultrapassar as limitações constitucionais. Não obstante, a autoridade constitucional, para fazer efetivar a Constituição, em última análise, depende da confiança dos cidadãos.

O Constitucionalismo Democrático não exclui a política do âmbito do direito. Diferentemente, procura articulá-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade de uma ordem constitucional de legitimidade democrática. Post e Siegel (2007) ensinam que o *backlash* expressa o desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei. De mais a mais, “[...] propugnam um modelo fundamentado na compreensão dos esforços dos

funcionários para fazer cumprir a Constituição, em condições de controvérsia pública.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379).

Portanto, o modelo do Constitucionalismo Democrático “[...] sustenta o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que defende o papel dos tribunais em usar o raciocínio legal jurídico para interpretar a Constituição”. (POST; SIEGEL, 2007, p. 379). Em contraposição a uma perspectiva juricêntrica, para o Constitucionalismo Democrático, assume relevância a atuação fundamental que o engajamento público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e práticas de revisão judicial. (POST; SIEGEL, 2007). Na vertente do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, Bunchaft (2014, p. 20) depreende-se que “[...] a partir da interação entre minorias estigmatizadas, movimentos sociais e o Poder Judiciário, é possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade, protegendo os direitos desses grupos”.

Ou seja, o Constitucionalismo Democrático revela ser uma teoria constitucional juridicamente sensível à temática de minorias sociais estigmatizadas, ao pressupor a interação entre o Judiciário, os movimentos sociais e as minorias para a efetivação na proteção dos direitos fundamentais destes últimos. Post e Siegel, em passagem elucidativa, falam que

(...) Quando atores não-judiciais desafiam o equilíbrio entre esses valores conflitantes, eles estabelecem os laços do direito constitucional. A prática de nossa ordem constitucional reflete o dissenso contínuo sobre a natureza desses laços. O dever de deferência a opiniões e julgamentos judiciais é exercido em cada ponto controvertido, o tempo todo, com pontos distintos de equilíbrio alcançados e deslocados em disputas substantivas sobre questões controvertidas de regulamentação constitucional. A prática de romper esses laços incertos e instáveis é, em verdade, a prática do diálogo constitucional, que é pleno em razão dos valores múltiplos e contraditórios que estão em jogo. Os laços entre Constituição e direito constitucional são sustentados por uma negociação complexa entre deferência e desacordo entre a sutileza necessária para fundamentar uma ordem legal constitucional e a autonomia necessária para conferir à ordem vida e dinamismo. (...) (POST, SIEGEL, 2004, p. 1041)

Com efeito, é por meio do próprio conflito que surgem os laços constitucionais entre os cidadãos, com o pressuposto de que o dissenso faz parte desses laços. Assim ocorre o debate constitucional, que visa evitar laços instáveis e incertos dentro dessa conjuntura. Bunchaft tece um dos mais lúcidos comentários a respeito de tal teoria, traçando outro ponto positivo de tal teoria:

Os autores propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controversas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas. (BUNCHAFT, 2014, p. 125).

Diferentemente do Minimalismo, o Constitucionalismo Democrático entende como legítimas certas virtudes ativas do Poder Judiciário, voltadas para resolver controvérsias morais atinentes aos direitos de minorias sociais. Para os doutrinadores, os desacordos sobre significados constitucionais são fatores comuns e intrínsecos ao constitucionalismo. Contrapondo a Teoria do Minimalismo à do Constitucionalismo Democrático, Post e Siegel (2007, p. 406) esclarecem acerca do Minimalismo que

Ele vê polêmica como uma simples ameaça para a coesão social e recomenda cortar a conexão entre jurisdição constitucional e significado constitucional a fim de evitar conflitos. Minimalismo seria assim minar as próprias práticas de engajamento deliberativo que o constitucionalismo democrático identifica como potenciais fontes de estabilidade social.

Bunchaft (2014) sublinha, com base na compreensão dos catedráticos, que se os cidadãos estabelecem interpretações diversas acerca de significados constitucionais, tal fato somente viria a ser reflexo de um papel construtivo próprio do desacordo, portanto, o Judiciário seria poder legítimo para dispor de sua autoridade para equacioná-lo com base em argumentos jurídicos racionais.

Nessa linha de raciocínio, a existência do conflito é própria da prática constitucional, não sendo coerente pensar-se no movimento constitucional sem desacordos, uma vez que a sociedade congloba como característica principal o pluralismo de ideias. Logo, o Minimalismo apenas minimizaria os atributos de tal prática constitucional. Por sua vez, os teóricos do Constitucionalismo lecionam que o *backlash* “[...] insere-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional”. (BUNCHAFT, 2014, p. 40). É clara a assertiva de Post e Siegel, que preconiza que

Backlash pode ser conceituado como a expressão do desejo de um povo livre para influenciar no conteúdo da sua Constituição, porém *Backlash* também pode ser uma ameaça a independência da lei. *Backlash* seria o lugar onde a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da nossa ordem constitucional de legitimidade democrática. (POST; SIEGEL, 2007, p. 401).

Em suma, para o Constitucionalismo Democrático, o conflito acerca de entendimentos constitucionais é visto como algo positivo, que incrementa o potencial racionalizador do

debate. E, como se quer demonstrar, a aproximação conceitual entre o Constitucionalismo Democrático e a teoria tridimensional de Fraser, especificamente pela ênfase na ideia de paridade de participação e de contrapúblicos subalternos, revela especial potencial para superar contextos de injustiça que impedem minorias sexuais de participarem, em condições de igualdade com os demais, enquanto parceiros plenos nas interações sociais.

Diferentemente, o Minimalismo interpreta o conflito sobre entendimentos constitucionais como ameaçador à coesão social, suscetível de inspirar o *backlash*. Mergulhando-se na teoria minimalista sob esse âmbito, surgem algumas questões centrais: em vez de assumir postura tendente ao refluxo social, seria mais prudente assumir a postura minimalista, atenuando a chance de um possível *backlash*?

No que tange ao entendimento de Sunstein - o de que deve-se evitar invocar teorias morais abrangentes e abstratas, visto que podem impedir a deliberação democrática - Bunchaft (2014, p. 23) menciona que

Não compreendemos, no entanto, que direitos fundamentais de minorias devem ser enfocados em uma perspectiva minimalista, pois não há como defender certos resultados voltados para a proteção de garantias constitucionais sem o recurso a doutrinas morais abrangentes.

Ou seja, na perspectiva de tal estudiosa, direitos de minorias não podem ser efetivados em uma perspectiva minimalista, já que, em situações estratégicas, certas formas dialógicas de judicialização e a utilização de teorias abrangentes e abstratas são necessárias para a concretização dos direitos apontados. Bunchaft (2014, p. 23), em passagem conclusiva, refere que

[...] os minimalistas podem concordar com o princípio da não discriminação, com a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e defender a atribuição de direitos sem, entretanto, adentrar nos fundamentos filosóficos que sustentam a equiparação, como o conceito de matrimônio ou de sexualidade.

Isso seria um exemplo da impossibilidade de trabalhar questões morais controversas relativas aos direitos de minorias estigmatizadas sem adentrar em concepções amplas e abstratas. Nessa perspectiva, cabe lembrar que Sunstein (2015) entende que questões controversas podem ser decididas por tribunais na hipótese de já haver amplo consenso social preexistente. Na concepção de Post e Siegel, em contraposição a Sunstein, não é necessário que existam amplos consensos preexistentes acerca da demanda para que o

Judiciário se pronuncie, pois este pode até mesmo romper com autocompreensões assimétricas majoritárias. Nesse sentido, Bunchaft comenta que

[...] quando há uma descaracterização do uso público da razão no processo democrático, que frustra os direitos de minorias sexuais, impedindo a deliberação, cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento. (BUNCHAFT, 2014, p. 39).

Ou seja, consoante Bunchaft, devem ser garantidas a todos os cidadãos todas as condições de abertura e de participação no processo de deliberação democrática. Porém, quando referidas condições não são frustradas, o caminho a ser perseguido é a via do Judiciário. Nessa linha de raciocínio, Bunchaft (2014, p. 42) pondera que

Indubitavelmente, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “*significados constitucionais*”. Sustentamos que tais “*significados constitucionais*” podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional.

Bunchaft (2014, p. 43) então defende “[...] que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa sua legitimidade democrática.” A interpretação revela consonância com a teoria de Post e de Siegel, posto que o desacordo é compreendido sob a perspectiva positiva de *possibilitar* do direito constitucional.

A defesa da ampliação da atuação judicial ou de uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, mas depende fundamentalmente das condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público. (BUNCHAFT, 2014, p. 43).

Com o mesmo entendimento, Balkin (2011, p. 331) argumenta que “[...] quando as pessoas discutem uns com os outros e tentam persuadir uns aos outros, eles estão ajudando a moldar a cultura constitucional, onde os cidadãos vivem e em que os juízes ouvem e decidem casos.” Essa necessidade de intervenção judicial, no ponto de vista de Bunchaft, “[...] se conecta a uma cultura constitucional capaz de explorar as interações entre Judiciário e movimentos sociais” (BUNCHAFT, 2014, p. 43), e assim, a partir dessa interação, “[...] a

arena constitucional passa a ser concebida como um universo simbólico no qual diferentes pretensões normativas são tematizadas e submetidas a processos discursivos, administrados com base em fundamentos jurídicos racionais.” (BUNCHRAFT, 2014, p. 43).

Em concordância com Post e Siegel (2015), no momento em que o Tribunal interpreta a Constituição em consonância com os valores fundamentais da nação, o fato auxilia na manutenção da autoridade da Constituição. Fundamentando-se nos ensinamentos de Bunchaft (2016), sustenta-se que justamente porque o Tribunal interpreta a Constituição e porque os cidadãos se engajam em lutas para convencer-se mutuamente acerca do significado da Constituição que tais práticas comunicativas de interpretação constitucional fortalecem a paridade de participação de minorias estigmatizadas.

De grande relevância é essa consideração, pois, no momento em que questões discutidas em movimentos sociais atingem o Judiciário, insurge uma nova possibilidade para a discussão de diferentes pretensões, o que é essencial para uma Democracia pluralista. Em alinhamento com a temática da contraposição das teorias, segundo Bunchaft (2014, p. 149), “[...] o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas, somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias.”

Em resumo, para o Constitucionalismo Democrático, a opinião popular e os entendimentos constitucionais controversos são essenciais diante da sensibilidade do Direito Constitucional para potencializar a legitimidade democrática. Desse modo, para os autores do Constitucionalismo Democrático, interpretações constitucionais podem ter benefícios positivos para a ordem constitucional americana, pois

[...] os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e eles tentam convencer-se reciprocamente para abraçar seus entendimentos constitucionais, o que seria uma forma de engajamento deliberativo e de identificação com a cultura constitucional. (Post; Siegel, 2007, p. 390).

À luz do Constitucionalismo Democrático, formulam-se algumas críticas ao Minimalismo: enfraquece a prática jurídica e não promove a deliberação democrática. Ademais, é incapaz de buscar respostas satisfatórias em contextos cujas condições de abertura e de participação dos grupos vulneráveis são frustradas, presumindo teorias estreitas e pouco profundas.

Diferentemente do modelo de Sunstein, o Constitucionalismo Democrático tenta mostrar o lado positivo dos conflitos sociais, compreendendo-os como intrínsecos ao

movimento constitucional, como mobilizadores das práticas jurídicas, o que exhibe potenciais emancipatórios, ao tornar os atores sociais politicamente ativos que podem, através dos confrontos deliberativos, delinear novos significados constitucionais e inseri-los na doutrina constitucional de sua Nação.

Por fim, resta um esclarecimento acerca da resolução de conflitos na perspectiva da teoria ora analisada: Post e Siegel (2007) têm real noção de que evitar o conflito - especialmente o conflito que é desnecessário - pode representar uma atitude prudente. Entretanto, o Constitucionalismo Democrático pretende elucidar que a tarefa de evitar conflitos não deve se tornar um constrangimento, em termos de efetivação judicial. Os teóricos defendem assim a perspectiva positiva da resolução de conflitos, mas percebem seus limites para a ordem constitucional.

3.3.1. A perspectiva de Nejaime e Siegel: refluxo supostamente secular

Neste tópico da pesquisa, analisar-se-á uma perspectiva de refluxo social supostamente secular. A consideração ocorre através do estudo das objeções de consciência que cidadãos utilizam para violar direitos de grupos vulneráveis, se abstendo de celebrar cerimônias de matrimônio ou de propiciar assistência a mulheres, em caso de aborto. Portanto, faz-se indispensável a conceituação de objeções de consciência baseadas em cumplicidade, o que, consoante Siegel e Nejaime,

[...] são reivindicações de fé sobre como viver em comunidade com outros que não compartilham as crenças do requerente e cuja esta conduta lícita a pessoa de fé acredita ser pecaminosa. Já que estas alegações são explicitamente orientadas para terceiros, apresenta-se especial preocupação sobre danos de terceiros. (SIEGEL; NEJAIME, 2015, p. 2519).

É recorrente a utilização de tal artifício em meio a pessoas religiosas. Através das objeções de consciência baseadas na lógica da cumplicidade, os atores religiosos podem assumir-se como minoria - e não mais como maioria - conforme ocorre normalmente. O que acontece é que “[...] podem mudar a forma de reivindicar como uma maioria que procura impor a moralidade tradicional para reivindicar como uma minoria buscando isenções legais que ofendem a moralidade tradicional.” (SIEGEL; NEJAIME, 2015, p. 2553). Em suma, mudam a forma de reivindicar os mesmo assuntos, porém o fim continua o mesmo - qual seja, o de excluir/estigmatizar aqueles que não compartilham tais crenças religiosas, como minorias *gays*, *lésbicas* e *mulheres*.

No campo dessas discussões, encontram-se as temáticas do aborto e do casamento homossexual. Como Siegel e Nejaime (2015, p. 2552) relatam em seu trabalho, os defensores da reivindicação de consciência baseada em cumplicidade estão interessados em mudar os costumes sexuais da comunidade em geral, e assim, fundamentam-se em isenções legais com o objetivo de evitar a cumplicidade com o pecado realizado por um terceiro.

Na perspectiva delineada pelos teóricos, percebe-se que as questões aqui trabalhadas referem-se a um refluxo mais secular, pois os discursos dos religiosos renovam a estratégia argumentativa para alcançar à finalidade que lhes é a correta. Para tanto, requerem as objeções de consciência, porquanto os argumentos que utilizam são mais secularizados. Exemplificativamente, o casamento homossexual é legalizado em todo o território nos EUA, o que denota um possível refluxo, visto que as maiorias religiosas não aceitam tal relação.

As maiorias então passam a requerer a objeção de consciência em casos que envolvem questões sexuais, como por exemplo: uma padaria que cancelou uma degustação ao saber que o casal que requereu o trabalho para seu casamento era homossexual, e o dono da padaria entendera que realizar trabalhos para essa celebração o tornaria cúmplice da relação homossexual. (SIEGEL; NEJAIME, 2015, p. 2577). Nas palavras de Siegel e Nejaime (2015, p. 2574),

Daqui para frente, recusas podem ser mais prováveis de ocorrer em estados onde os casais do mesmo sexo são mais vulneráveis, legalmente capazes de se casar por causa de uma decisão judicial, mas insuficientemente protegidos contra a discriminação privada.

Em outras palavras, nem mesmo com a proteção da lei as minorias LGBT têm seus direitos assegurados, dado que o preconceito está sempre à espreita. Destarte, tais objeções de consciência com relação aos casais homossexuais acabam por trazer mais estigmas, pois apesar de suas uniões serem legalizadas, acabam tornando-os vítimas de preconceito por pessoas religiosas no âmbito privado.

A questão mais preocupante detectada é que as maiorias religiosas que são contra uniões homossexuais renovam seus argumentos com o passar do tempo, mas continuam impregnadas de preconceito. Assim, amedrontam-se frente ao surgimento de legislações antidiscriminação e criam contextos para um refluxo mais secularizado, conforme já se explicitou aqui.

3.3. A Perspectiva de Jack Balkin

Jack M. Balkin leciona Direito na *Yale Law School* e estuda sobre teoria constitucional, focalizando diversas temáticas nesse âmbito. Sua abordagem voltada à atuação dos Tribunais e à importância dada aos movimentos sociais constitui o ponto central desta fase da dissertação.

Balkin e Siegel (2006) julgam que os movimentos sociais são indispensáveis para dar voz e possibilidade de participação a atores não governamentais na edição de normas constitucionais, a fim de auxiliar no ritmo do desenvolvimento constitucional. Ou seja, os atores sociais se mostram de grande importância para o desenvolvimento constitucional, por delinear novas reivindicações e por motivar a legislação constitucional a evoluir.

Nessa concepção, de acordo com o postulado de Balkin e Siegel (2006), os Tribunais possuem papel relevante e criativo, embora ressalte-se que essa atuação seja em grande parte uma função reativa, ao responder a perturbações sociais feitas pelos movimentos. Portanto, não são eles mesmos que iniciam as tensões, mas apenas reconstituem e reformulam a legislação com base na contestação política, e para tanto, reconstróem e sintetizam mudanças nas regras políticas com as reivindicações que vieram anteriormente.

Entendem também que o movimento social desempenha função fundamental na interrupção de normas e de expectativas sobre a legitimidade e a ilegitimidade. Os Tribunais, por fim, são apenas um dos diversos fóruns possíveis em que os movimentos combatem suas batalhas. Pareceres judiciais podem significar ganhos ou perdas em tais lutas, contudo os tribunais dificilmente têm a primeira - ou a última - palavra. Consoante Balkin (2004, p. 1549), “[...] tribunais são muito importantes para esses movimentos, mas eles não são o único jogador, e muitas vezes nem mesmo o jogador mais importante”.

Então o raciocínio a ser seguido é este: os movimentos sociais, através da mobilização e da contramobilização fazem com que o Tribunal ative-se, e assim, que trace uma resposta às reivindicações desses movimentos, portanto, não começam as discussões nem as terminam, pois quem exerce referido papel são as movimentações sociais, nas quais os indivíduos têm a possibilidade de clamar sua reivindicação.

Ainda nessa perspectiva,

Os movimentos podem mudar o sentido das normas constitucionais e, assim, alterar a legitimidade constitucional ou ilegitimidade de práticas sociais particulares. Mesmo sem a autoridade formal para fazer a lei, os movimentos sociais têm o poder de mudar o sentido da lei e de alterar o clima normativo

em que as leis são interpretadas e compreendidas. (BALKIN; SIEGEL, 2006, p. 949)

Os movimentos sociais transformam a lei em algo não estático, parado no tempo, e assumem relevância no sentido de que não deixa que a legislação constitucional se torne amorfa à realidade social que se impõe. No entanto, os pensadores afirmam que, embora os movimentos sociais consigam tal proeza, ainda assim não conseguem realizar todos seus objetivos. De forma geral, estes sempre produzem contramobilizações que surgem para contestá-los.

Para ilustrar, apontam-se os movimentos pelos direitos dos homossexuais ao casamento, o que acaba por estimular contramovimentos determinados a conservar a forma tradicional de casamento (entre homem e mulher). (BALKIN; SIEGEL, 2006). Acerca da questão de os movimentos nunca atingirem todos seus fins, frequentemente “[...] os objetivos do movimento são transformados em busca.” (BALKIN; SIEGEL, 2006, p. 950). A última observação é útil para expressar a essência do movimento social, pois mesmo que ele não consiga, muitas vezes, alcançar algo concreto, trilha o caminho para que isso seja efetivado, o que demonstra seu poder de transformação e de evolução social.

Para Balkin (2004), o momento histórico tem muito a dizer sobre como decisões são estruturadas, explicitando que o *Caso Brown* foi limitado, dado que a conclusão era de que a doutrina de *separados, mas iguais* era inconstitucional. Em contrapartida, na era de *Lawrence versus Texas*, a realidade era outra, já que a sodomia já era criminalizada por poucos Estados e os movimentos em favor de sua descriminalização já eram fortes, enquanto que em *Brown* a segregação escolar era ainda fortemente realizada. Por esses motivos, o doutrinador explica que a decisão em *Lawrence* em muito superou a limitada decisão em *Brown*, tendo em conta opinião pública desenvolvida nesse sentido, com a suposição de amadurecimento da questão em sociedade - da forma como Sunstein defende.

Segundo narra Balkin (2004), reparam-se tais questões pela reação popular após cada decisão: em *Brown*, Estados do Sul se uniram à Jim Crow e afirmaram que a decisão não podia ser entendida como legal, enquanto que em *Lawrence* não houve tal resistência. Vem também à tona a decisão de *Roe*, que argumenta que a decisão fora prematura pelo Tribunal, embora grande parte dos Estados pensasse em descriminalizar o aborto, e ainda não o tivesse efetivado. O estudioso atenta para o que Sunstein tanto receia: a reação popular após decisões dessa magnitude. Balkin também parece se preocupar, quando considera *Brown* e *Roe* como decisões que não pressupunham amadurecimento social, e *Lawrence* como uma decisão tardia, sempre com base para identificar se foi tardio ou imaturo o ponto de desenvolvimento

da opinião pública no momento das decisões. Na ideia central de Balkin (2004), o Tribunal só tem o papel de confirmar o que o movimento social reivindica, o que as instituições demonstram querer, o que a política requer, e assim por diante. Seu papel não é de criar nada, mas de ratificar decisões tomadas anteriormente.

No que se refere ao reconhecimento dos direitos de minorias através dos Tribunais, a ideia é de que serão defendidas tanto quanto desejarem as maiorias, conforme o entendimento de Balkin (2004). Na medida em que as minorias têm de demonstrar às maiorias que seus interesses convergem aos interesses destes últimos, os Tribunais farão o mesmo, ou seja, efetivarão os direitos dos grupos minoritários se não entrarem em conflito com os interesses das maiorias. Mas, contrariamente, se os interesses forem conflitantes, as minorias enfrentarão limites reais para novas reformas significativas.

Balkin (2004, p. 1558) assinala que “Os movimentos sociais estão entre as fontes mais importantes e mais subestimadas de mudança na doutrina constitucional”, designando algumas características que os levam a serem assim:

- a) influenciam os partidos políticos, o que permite-lhes pressionar por legislações que promovam a causa que defendem;
- b) podem modificar a doutrina constitucional por meio de reivindicações aos valores da elite, já que os juízes tendem a ser-lhes favoráveis.

Entretanto, Balkin (2004) ressalta que, mesmo com considerações positivas acerca do papel do movimento social, ainda há pontos a serem ressaltados, posto que:

- a) a maioria dos movimentos falham, portanto são normalmente lembrados pela História como um trabalho de sonhadores;
- b) os movimentos sociais frequentemente impulsionam fortes contramobilizações;
- c) o sucesso dos movimentos na reformulação da teoria constitucional pode ocasionar a desmobilização política dos grupos envolvidos, o que, por consequência, pode enfraquecer as chances do movimento social ter sucesso mais amplo;
- d) os esforços de um movimento social na busca pela mudança da doutrina constitucional podem ter efeito curioso sobre a natureza do próprio movimento social, já que pode-se acabar por alterar e por reformular referida natureza, podendo-se inspirar divisões entre os membros do próprio grupo.

Em resumo, na perspectiva do presente teórico, os movimentos sociais possuem grande papel no desenvolvimento da teoria constitucional, uma vez que é aquele que reivindica, que clama por um direito até então não assegurado, assim compelindo os Tribunais a conceder-lhes respostas - mas nunca a última palavra. Evidenciam-se ainda algumas

coincidências entre as doutrinas de Balkin e de Sunstein, ao considerar-se que ambos falam da importância do desenvolvimento da opinião pública sobre certas questões para formar a decisão do Tribunal (mais ou menos legítima) e da precaução em torno das contramobilizações, confirmando que é possível desestabilizar os movimentos por meio de seu sucesso. Existe finalmente uma aproximação entre ambos, como comprovou a análise construída nesta parte do presente trabalho.

3.4. Notas sobre o Originalismo: Balkin, Sunstein, Siegel e Post

No propósito de evitação de conflitos, vale citar a ideia do Originalismo - concepção recorrentemente resgatada como forma de buscar dissipar o dissenso. Post e Siegel (2015) esclarecem que a ideia do Originalismo é a de que a Constituição deve ser interpretada como um acordo, cuja significação é fixada na ocasião de sua ratificação, isto é, visa à intenção dos *framers* na delimitação dos sentidos constitucionais.

Em trabalho anterior, tais teóricos assumiram a interpretação do Originalismo como uma prática política que mobiliza grupos a debaterem, pois “[...] impregna cidadãos com motivação e autoridade para afirmar a sua compreensão da Constituição.” (POST; SIEGEL, 2006, p. 574). E assim, afirmaram que

Como prática política, o originalismo não preserva a Constituição fixa e imutável; não transparente a reproduzir o consentimento democrático de ratificantes da Constituição; ele não foca no processo ao invés de resultados. Como prática política, originalismo procura, ao invés, forjar uma ligação vibrante entre a Constituição e os valores conservadores contemporâneos. (POST; SIEGEL, 2006, p. 569).

Visto dessa forma, o Originalismo não é tido como oposto ao *Constitutional Living*, como Balkin irá corroborar posteriormente.

Conectando a ideia de *Living Constitutional*, Post e Siegel (2006, p. 569) ensinam que “[...] a prática política do originalismo procura vivificar a Constituição, infundindo-o com a perspectiva de um movimento político insurgente”. Em vista disso, a prática política do Originalismo efetiva o objetivo exigido pelos liberais para o constitucionalismo vivo - qual seja, o de manter a Constituição ligada aos valores contemporâneos. (POST; SIEGEL, 2006). Nessa esteira, surge o elo entre a ideia de *Living Constitutional* e a de Originalismo como prática política, através do qual a Constituição se torna *viva* aos anseios populares modernos.

Todavia, o Originalismo é, por vezes, falho, apesar da crença de alguns estudiosos de que em determinados casos pode-se aplicar tal visão - como as cláusulas abstratas que

dispõem sobre direitos fundamentais, cuja aplicação não é possível. Exemplifica-se a questão referindo-se ao caso da segregação racial nos EUA.

A decisão em *Brown versus Board of Education* (nos EUA, em 1954), segundo Post e Siegel (2015), reflete a sensibilidade para os valores populares alterados, pois no ano em que se ratificou a Décima Quarta Emenda, não se estabeleceu o fim da segregação escolar. Porém, a discriminação racial passou a ser considerada como inaceitável com o passar dos anos, principalmente com a luta contra o Nazismo na Segunda Guerra Mundial.

A visão concorda com a ideia da evolução social, porque no momento da criação da Constituição do EUA, por exemplo, os legisladores pressupunham que homens eram hierarquicamente superiores às mulheres e que negros eram inferiores aos brancos, dentre outras questões. Aplicar a tese do Originalismo em casos como estes é o mesmo que petrificar o tempo e os entendimentos sociais, o que não é racional em uma sociedade plural que está em constante movimento de ideias, como a atual.

Post e Siegel (2015) explicam o receio do Originalismo, que presume que, quando a Corte interpreta a Constituição, se o fizer em consonância com os anseios populares atuais, a ordem constitucional poderia restar prejudicada pela instabilidade e pela insegurança. Nisso, o caminho seria tentar limitar a interpretação da Constituição a seu significado original, uma vez que seria possível evitar o desacordo.

No livro intitulado *Living Originalism*, Balkin (2011) estuda as concepções do Originalismo e determina que não existe apenas uma concepção - que seria o *Skyscraper* (arranha-céu), que pressupõe a Constituição como produto final - existe também o *Framework Originalism*, que vê a Constituição como estrutura inicial que irá ser preenchida ao longo do tempo com construções constitucionais e com a política sempre em movimento. O próprio estudioso pontua tais diferenças:

Em termos do Artigo V, o originalismo arranha-céu visualiza a alteração apenas como um método de construção da Constituição; por outro lado, originalismo estruturante vê um papel importante para a construção constitucional e aplicação pelos poderes políticos, bem como pelo poder Judiciário. (BALKIN, 2011, p. 22).

Quando se refere ao *Judicial Review*, o Originalismo *Skyscraper* alega que este é possível apenas quando serve para reforçar a barganha original da Constituição, ou seja, seu sentido fora produzida, deixando a política ordinária de fora. Já o Originalismo *Framework*, conjectura que os ramos políticos e o Judiciário atuam em conjunto a fim de construir a Constituição que leve em consideração as mudanças ao longo do tempo. Nesse ponto, a

autoridade para tanto vem da capacidade de oportunizar uma resposta conjunta à opinião popular. Essa última concepção possibilita a reflexão e a resposta às novas reivindicações sociais. (BALKIN, 2011).

Diante do exposto, depreende-se ser possível o Originalismo diferente daquela concepção mais conservadora, e Balkin (2011) oferece outra visão acerca de tal postura de interpretação constitucional. Enquanto, em um caso, a restrição ao significado original da Constituição se dá como fator central de constrangimento do comportamento judicial, no outro caso, entende-se que se deve aplicar o mesmo significado original, mas que possa não ser suficiente, tendo assim que proceder a aplicação de construções sociais conjuntamente.

Para tanto, Balkin (2011, p. 277) traz a ideia de *Living Constitutional*, que autor acaba por ser vista “[...] mais como um slogan do que uma teoria: a reivindicação de que a Constituição se adapte - e deve se adaptar - às mudanças do tempo e das condições, e refletir a evolução dos valores dos Americanos”. Trata-se de uma ideia diversa da concepção do Originalismo, embora o doutrinador esclareça que não são teorias rivais - e sim, totalmente compatíveis.

Na defesa de Balkin (2011), existe uma diferença entre ser infiel ao significado original e ser infiel à aplicação original esperada. Não quer dizer que ser infiel ao primeiro implique necessariamente em ser infiel ao segundo. Assim, explica que a aplicação original esperada refere-se ao melhor modo de aplicar-se texto e princípio. Portanto, alega que tal método de aplicação (texto e princípio) se encaixa na concepção do Originalismo *Framework*, e encara o *Living Constitutional* como um processo de construção constitucional. Nessa senda, “A Constituição é um quadro de política em que construções constitucionais mais tarde serão construídas. Este quadro simultaneamente limita e permite a política ordinária e futura construção constitucional.” (BALKIN, 2011, p. 35).

Os *Living Constitutionalists* creem que é preciso interpretar a Constituição em consonância com o seu significado contemporâneo/atual, pois temem que ao interpretar a Carta Magna pela lógica de seu significado original, termina-se por vincular as gerações presentes a um passado morto. Ademais, o que tais constitucionalistas receiam é que a *mão morta do passado* poderia permitir que maiorias deixassem de lado importantes direitos que não são interessantes - ou o que é pior, limitar a democracia, de forma injusta. (BALKIN, 2011).

Em contrapartida, Balkin (2011) critica tal posição ao afirmar que o argumento da *mão morta* é muito confuso, porquanto em determinadas disposições constitucionais não há reclamações no que se refere ao uso de significados originais, por parte de *Living*

Constitutionalists. O estudioso conclui que os *Living Constitutionalists* não são contrários à aplicação original da Constituição, mas enfatizam a expectativa de aplicação esperada original. Em suma, o que importa é a forma de aplicação da cláusula abstrata, visto que além de haver um significado original, existe uma vontade de aplicação original, ou seja, de quando foi criada a norma em questão. Desse modo, sempre que houver a oferta de uma norma ou de um princípio, não é necessário ficar atrelado à forma de aplicação original da Constituição.

Balkin (2011, p. 43) considera que o *Living Constitutionalism* envolve

[...] um argumento para levar a sério a escolha da Constituição de regras, princípios, padrões e silêncios. É um argumento contra a imposição de uma mão morta do passado que não seja exigida ou autorizada pela própria Constituição.

Balkin (2011) traz exemplificações de disposições concretas, com isso, a ideia de *igual proteção das leis* deve ser tratada da mesma forma da época em que foi escrita, já que ainda é exigida. No entanto, o que irá diferenciá-la do passado é a forma de aplicação do enunciado, dado que os entendimentos modernos são outros. Conclui-se então que é provável que cláusulas vagas e abstratas venham a refletir juízos contemporâneos em contraposição de entendimentos originais.

Portanto, aqui reside a distinção entre aplicação de regras e aplicação de princípios ou de normas em contextos que não são mais os mesmos, porém, ainda de acordo com a manutenção da semântica inicial da aceção das leis promulgadas no decorrer do tempo. Ou seja, o que modifica não é o significado original (que se mantém o mesmo); o que muda com o passar dos séculos é a forma com que se aplica o dispositivo, a partir da evolução do entendimento acerca de tais questões.

Balkin (2011) tem por finalidade convencer os leitores de que existe uma forma de Originalismo (*Framework Originalism*), de significado original, que é condizente com as conquistas da evolução constitucional. Cabe ressaltar que não acredita que seja possível evitar conflitos fechando a Constituição, como querem os originalistas conservadores. Em torno da questão do *Living Constitutionalism*, a ideia é a necessidade de revisão de tal conceituação, assim como acontece com o Originalismo.

Para tanto, os defensores do *Living Constitutionalism* alegam que a teoria abarca uma filosofia de julgamento que explica e justifica como os Tribunais devem interpretar a Constituição. Dessa maneira, consideram tal como o oposto da tese do Originalismo. Por outro lado, os críticos do *Living Constitutional* afirmam que a teoria não é adequada por

conferir aos julgadores muita discricionariedade para impor seus próprios entendimentos acerca do caso em questão. (BALKIN, 2011).

Balkin (2011) critica tais ideias por acreditar que *Living Constitutional* significa um documento que está em consonância com os acontecimentos atuais e deve mudar conforme for requerido pela sociedade. Porém, a mudança deve envolver as forças sociais, políticas e econômicas em que a prática constitucional está inserida. Entende também que julgadores não são legítimos de estarem inseridos no contexto de mudança social, já que não poderiam controlar essas forças com êxito, mesmo que tentassem. Aliás, uma concepção do *Living Constitutionalism* não deve repousar na ideia acerca do que os juízes devem fazer, o que acaba por colocá-la em descompasso com as conjecturas do *Living Constitutionalism*: deve-se levar em conta toda população, conjuntamente.

Nas palavras de Balkin (2011, p. 280), “defendo que os processos pró que eu descrevo são exemplos do que Robert Post e Reva Siegel têm chamado de ‘constitucionalismo democrático’”. Tais processos foram construídos com o passar do tempo e possibilitaram aos cidadãos a participação no projeto democrático através, por exemplo, dos movimentos sociais. (BALKIN, 2011).

Assim, tem-se a interligação dos estudos de Balkin com o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel - teoria já analisada aqui. Balkin (2011) advoga que a Constituição depende de todas as gerações - a passada, a presente e a futura - portanto consagra uma construção social que é atribuída aos trabalhos do espaço político e às mobilizações sociais.

Para explicar porque o *Originalism Framework* e o *Living Constitutional* são compatíveis, Balkin (2011, p. 282) clarifica:

Originalismo *Framework* exige a interpretação da Constituição de acordo com o seu significado original. *living Constitutional* diz respeito ao processo de construção constitucional. Originalismo *Framework* deixa espaço para as futuras gerações para construir a prática. *Living Constitutional* ocupa este espaço. Explica e justifica o processo de construir. É assim que as duas ideias estão relacionadas, e por que eles não entrem em conflito, mas na verdade estão inextricavelmente ligadas.

Isso elucidada o porquê o Originalismo não é inverso ao *Living Constitutionalism*, como parece em uma primeira aproximação teórica: são teorias complementares. O teórico explicita que é recorrente imaginar que o constitucionalismo vivente é produzido no âmbito das decisões judiciais, mas que, em verdade, é no espaço político que ocorre sua maior produção. Muitas vezes, o Tribunal apenas responde às construções sociais criadas pela política.

(BALKIN, 2011). O constitucionalismo vivente é produzido através da interação do Tribunal com os ramos políticos.

Acerca da evolução dos entendimentos constitucionais, “Quando a maioria dos estados tem adotado uma política social, a Suprema Corte tende a ratificar esses valores dominantes em novas construções constitucionais.” (BALKIN, 2011, p. 284). Outrossim, trata-se do amadurecimento de uma concepção, antes tida como controversa e tendente ao conflito social - como foi o caso do casamento homossexual e sua decisão nos EUA, em *Obergefell versus Hodges* (em 2015) - cuja tese é compartilhada por Sunstein.

Para explicar o que seria a construção constitucional, ligeiramente tem-se que as pequenas tarefas e a legislação cotidiana poderiam, em tese, auxiliar na construção constitucional nos casos em que tais questões contribuem a formar novos entendimentos em termos constitucionais, além das pequenas práticas diárias das relações raciais, dos papéis de gênero e de sexualidade na sociedade civil, que conjuntamente possibilitam a mudança das atitudes do público sobre o significado cultural de igualdade e do modo de pensar. (BALKIN, 2011).

Isso posto, os movimentos sociais ou/e políticos representam os grandes protagonistas das mudanças sociais, pois os Tribunais apenas realizam alguma construção constitucional quando tais movimentos insistem, com veemência, na reivindicação que fazem. (BALKIN, 2011). Novamente, ressalta-se o cerne de sua concepção: de que os movimentos sociais são os grandes responsáveis pela evolução do pensamento social e os motivadores da mudança constitucional.

Acerca do papel dos juízes no âmbito do *Living Constitutionalism*, segundo Balkin (2011, p. 328), eles

[...] não têm que fazer nada de especial ou fora do comum ao participar nos processos de *living constitutionalism*. Eles não têm que ser os políticos ou teóricos morais ou divindades como Heracles de Ronald Dworkin. Eles não têm de ser guardiões platônicos ou reis filósofos. Eles não têm que ser mais inteligente, mais sábio, mais moral, ou mais perspicaz do que ninguém. Tudo que tem que fazer, uma vez que se designou, é tentar decidir os casos de acordo com a lei, da melhor maneira que puderem.

Ou seja, não é necessário ser nenhuma divindade; apenas exige-se que a legislação seja aplicada da melhor forma possível, e que os julgadores se esforcem para tomar a melhor decisão para a sociedade em geral. Além do que, tais julgadores, no âmbito do *Living Constitutionalism*, precisam respeitar o sentido original da Constituição e, para tanto, tentar aplicar os seus princípios subjacentes às condições colocadas. Porém, a essência desse modelo

de constitucionalismo é diversa: acredita que seja a questão de como tal sistema trabalha durante longo tempo, posto que os processos *pró* que produzem mudanças de interpretações da Constituição promovem a legitimidade democrática. (BALKIN, 2011).

Na concepção de Balkin (2011), o passado não pode ser descartado, pois ele assume relevância na construção constitucional, porquanto através de valores e de entendimentos obtidos no passado que poder-se-á construir entendimentos presentes e saber como proceder diante deles. “Através desse processo agonístico de mobilizações e contramobilizações de grupos que buscam a restauração e resgate de valores constitucionais, a Constituição mantém sua aceitação pública.” (BALKIN, 2011, p. 336).

Isso decorre porque a Constituição é mantida como aceita e evolui no sentido em que os movimentos sociais constroem novas concepções acerca da teoria constitucional - e tal construção ocorre através da polarização de forças opostas. Insta destacar ainda que o *Originalismo Framework* e o *Living Constitutionalism* podem ser democraticamente legítimos, porém, podem ao mesmo tempo causar ou admitir resultados injustos. (BALKIN, 2011).

Para finalizar a discussão, encaminha-se para a concepção do próprio Sunstein sobre o Originalismo: em seu livro, *One Case at a Time* (1999), alega que a fonte fundamental de decisões maximalistas é o Originalismo. Realça que, para grande parte dos participantes nas discussões acerca da interpretação constitucional, a questão a ser levada em conta não é se os entendimentos originais estão controlados, mas sim, como o entendimento original é melhor compreendido. (SUNSTEIN, 1999). Para tanto, explica que algumas pessoas entendem que as disposições da Constituição devem ser lidas de forma concreta - viés contrário ao Minimalismo - invocando julgamentos na perspectiva originalista. Cita também que a interpretação pensada dessa forma torna o direito constitucional muito amplo. (SUNSTEIN, 1999).

O Originalismo, nesse âmbito, rejeita novas disposições constitucionais, com base na justificação que Scalia alegou ter negado novos direitos constitucionais, porém com o esclarecimento de Sunstein de que nem sempre o Juiz Scalia toma posições originalistas.

Sunstein (1999, p. 237) alerta para um dos problemas mais recorrentes do Originalismo:

[...] há um risco de que o juiz originalista, recusando- e a estender os princípios consignados nos casos antigos, irá garantir incoerência na lei, e, portanto, uma forma de injustiça, uma vez que as pessoas igualmente situadas não serão tratados da mesma forma.

Nesse caso, o Originalismo, através de sua forma de interpretação constitucional, pode conduzir a uma injustiça, não levando em conta que os tempos mudaram e aquilo que era tido como natural na época de elaboração da Constituição, hoje já não é mais. Assim, podem-se construir injustiças sem precedentes. Sunstein ainda refere que: “[...] o entendimento original da Constituição não pode ser tratado como decisivo, simplesmente porque ele foi o entendimento original”, e questiona: “[...] devem os juízes atuais se comprometer com a intenção?” (SUNSTEIN, 1999, p. 237). Mais uma vez, questiona-se a legitimidade de ser obrigado a uma regra que nos tempos atuais já não faz mais sentido.

Baseando-se na abordagem originalista da forma como a estabelecida por Scalia, significaria que *Brown versus. Board of Education* (Estados Unidos, 1954) - o caso emblemático da moderna doutrina da proteção igual - estaria errado, pois o entendimento original da Constituição norte-americana era de que os negros eram inferiores e não poderiam ser igualados aos brancos. (SUNSTEIN, 1999). Toda a discussão suscitada por Sunstein é relevante para afirmar a centralidade da superioridade da interpretação constitucional pelo viés da teoria do Minimalismo diante de uma interpretação originalista. O teórico pondera que um judiciário minimalista poderia produzir um sistema de democracia constitucional mais legítimo do que um originalista.

Scalia considera o sistema de interpretação do Minimalismo como ilegítimo por não estar previsto no ordenamento constitucional. Contudo, Sunstein contra-argumenta e diz que o modo de interpretação originalista também não está previsto e, assim, pautando-se pela Constituição, nenhum seria legítimo. Para completar, lembra que a melhor estratégia é o resgate da Teoria Política em tais contextos. (SUNSTEIN, 1999).

Por fim, Sunstein (1999) esclarece a necessidade de se ater às consequências de cada forma de interpretação, as quais demonstram qual é a melhor forma de interpretar a Constituição. O defensor do Minimalismo compreende que o *Justice* Scalia é originalista e maximalista, assim, a concepção de Originalismo, para Scalia, é a de que através da interpretação original da Constituição viabiliza amplificar as decisões - fato com o qual Sunstein, como teórico da concepção Minimalista, não concorda.

Em suma, o Minimalismo - a teoria de interpretação do Originalismo - em sua forma conservadora, visa evitar conflitos, limitando as decisões judiciais, com receio do refluxo social. Entende-se, no entanto, que o Tribunal deve julgar interpretando a Constituição no que diz respeito aos anseios populares, através de construções constitucionais que podem ser obtidas no espaço do *Living Constitutionalism*, não deixando de lado o Originalismo *Framework*, do qual impera lembrar de que o passado, muitas vezes, pode auxiliar a construir

entendimentos atuais, com algumas disposições legítimas, mesmo que produzidas há longo tempo.

4 UMA VISÃO PANORÂMICA DA ATUAÇÃO DO MOVIMENTO GAY NO BRASIL: A CRÍTICA FEMINISTA AO CASAMENTO GAY

A existência das relações homoafetivas não configura um fato novo no cenário social brasileiro e mundial, contudo durante muito tempo o reconhecimento legal de seus direitos não foi institucionalizado no ordenamento jurídico. A concepção majoritária de família na sociedade brasileira perpassou por autoconcepções conservadoras e tradicionais, inspiradas por dogmas morais religiosos que estabeleciam assimetrias entre seus membros.

Neder e Cerqueira (2004) lecionam que a evolução da visão conservadora - fruto de uma cultura ibérica - para a modernidade não modificou profundamente o conceito de família. Dessa maneira, o conceito tradicional de família da sociedade brasileira é marcado por continuidades e por permanências que não alteraram seu núcleo essencial, e nesse sentido, segundo Catharina (2015), a presença da centralidade de percepções religiosas de mundo abarca um dos fatores responsáveis pelo reconhecimento tardio da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

Nesta primeira aproximação, buscam-se os aportes históricos que demonstrem como o movimento LGBT tomou seu atual contorno, de que forma surgiu e como se deu sua evolução ao longo do tempo. Tais considerações são importantes para possibilitar entendimentos posteriores, acerca do debate sobre gênero, homofobia e união homoafetiva.

4.1 Contextualizando o movimento no Brasil

Inicialmente, ligou-se a doença ao ato homossexual, já que era comum entre tais grupos - razão pela qual o estigma da AIDS ficou atrelado às práticas homossexuais. Em âmbito nacional, foi por meio do surto do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), na década de 1980, que o Movimento Homossexual Brasileiro (MHB) construiu parcerias com o Estado, com o fito de garantir assistência adequada à população homossexual vitimada pela doença. (GERMANO; SAMPAIO, 2014).

Foi a disseminação do conhecimento sobre a doença que propiciou a discussão e o engajamento de homossexuais em grupos, com vistas ao enfrentamento do problema. Ganhou-se, assim, visibilidade, contudo por um meio não tido como ideal - qual seja, o da saúde.

O movimento LGBT participou ativamente no momento da Assembleia Constituinte de 1988, a fim de assegurar o reconhecimento e a garantia de novos direitos. Se, de um lado, a Constituição de 1988 incorporou o respeito à diversidade em seu texto constitucional, de outro lado, Bernardo Cabral não atendeu à reivindicação do movimento social LGBT de consagrar a orientação sexual como direito fundamental.

A fundamentação resgatada foi estabelecida no sentido de que a terminologia *sexo* envolve qualquer forma de diversidade de orientação sexual. Nesse ponto, a consagração da expressão *sexo* inspirou também uma forma de subordinação institucionalizada que relegou os sujeitos homossexuais à violência simbólica decorrente da ausência de reconhecimento jurídico, com efeitos nefastos para a paridade participativa. Em que pese a intensa atuação do movimento LGBT na Assembleia Constituinte de 1988, seu resultado frustrou as reivindicações principais daquele movimento social.

O reconhecimento constitucional da união estável heterossexual, a pretexto de resguardar os direitos da concubina, revelou uma forma sutil de violação à paridade participativa dos casais homossexuais, por não reconhecê-los como sujeitos morais. Trata-se de uma norma supostamente isonômica, mas perpassada por uma estrutura simbólica conservadora que reflete concepções assimétricas de mundo.

Interpreta-se que, mais uma vez, as forças conservadoras, invocando fundamentos jurídicos que aparentemente atribuíam valor moral e paridade de participação às minorias LGBT, em verdade, bloqueavam os potenciais emancipatórios das lutas dos movimentos sociais. No período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a estratégia de atuação do movimento LGBT sofreu um redimensionamento que visou ampliar potenciais de luta na esfera legal estadual. O objetivo passou a ser então a edição de proposições normativas estaduais que consagrassem reivindicações do movimento, dentre as quais, a criminalização da homofobia. A organização pioneira no Brasil foi a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), fundada no ano de 1995.

Catharina (2015) relata que, na década de 1990, foram editadas mais de 118 leis estaduais e municipais criminalizando a homofobia. De fato, é patente que esse reconhecimento não encontra sua origem no processo político majoritário. Em que pese o debate ter se estabelecido no processo político - especificamente, no contexto pós-Constituição de 1988 - delineou-se um processo de reconhecimento jurídico na arena judicial em diversos tribunais do Brasil. Ainda em concordância com Catharina (2015), na década de 1990, diversos casais *gays* cujos companheiros faleciam em decorrência da AIDS travavam

demandas judiciais contra os parentes do companheiro morto que pretendiam se apropriar dos bens acumulados pelo casal.

Frequentemente, o Poder Judiciário julgava tais demandas como improcedentes, invocando argumentos morais conservadores. Algumas decisões judiciais inclusive consideravam as uniões homoafetivas como uniões espúrias. O aumento de ações judiciais em articulação com a atuação proeminente do movimento LGBT obrigou o Poder Judiciário a redimensionar seu posicionamento jurídico sobre a questão, posto que os juízes foram compelidos a estabelecer fundamentação jurídica mais plausível para suas decisões, e que fosse desprovida de argumentos religiosos.

A ausência de políticas públicas que validassem a paridade de participação desses grupos inspirou uma estratégia de atuação individual contra a violência simbólica, a invisibilidade social e a subordinação de status estabelecida não apenas pelo Estado, mas por toda a sociedade, portanto, era fundamental que esses atores sociais se engajassem em lutas políticas. Assim, na medida em que o movimento se fortalecia, na década de 1990, surgiam decisões progressistas e favoráveis ao reconhecimento dos direitos desses grupos, especialmente no Sul. A atuação proeminente do movimento LGBT permitiu delinear uma forma de identidade renovada para o movimento voltada para efetivação dos direitos fundamentais desses grupos articulada a uma estratégia de coesão das lutas por reconhecimento.

Nesse panorama, a primeira conquista de expressão atingida nacionalmente foi a decisão do Conselho Federal de Medicina (CFM), que deixou de considerar a homossexualidade como patologia - como era então tratada. A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu essa concepção em dezessete de maio de 1990 - data que passou a ser internacionalmente reconhecida como Dia Mundial de Combate à Homofobia, porquanto o Governo Federal a confirmou por meio do Decreto Presidencial de quatro de junho de 2010. Percebe-se com isso como a discussão em âmbito nacional ainda é extremamente recente.

Importa destacar que o Conselho Federal de Psicologia (CFP), em 1999, estabeleceu por meio de Resolução que psicólogos não podem exercer qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou de práticas homossexuais, nem mesmo adotar ação coercitiva para tratar homossexuais quando não for feito pedido. A disposição do art. 3º da Resolução recentemente foi objeto de grande discussão em torno da questão da homofobia - fato que ir-se-á retratar mais à frente nesta dissertação. (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012).

Já na década de 2000, multiplicam-se decisões judiciais julgando como procedente o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, concedendo desde a herança ao cônjuge homossexual sobrevivente até o reconhecimento de pensões previdenciárias por morte, dentre outros direitos. Inicia-se uma longa trajetória de desconstrução da violência simbólica de padrões institucionalizados de valores culturais que subordinavam os grupos LGBT.

Compreende-se que ainda era necessário um longo caminho a ser percorrido voltado para o fortalecimento do status das minorias sexuais que potencializasse as condições por meio das quais pudessem atuar como parceiros plenos nas interações sociais, usando a terminologia de Nancy Fraser. Nesse novo cenário, segundo a assertiva de Catharina (2015, p. 131), “[...] o movimento LGBT organizou, em âmbito nacional assessorias jurídicas para orientação jurídica e ajuizamento de ações judiciais em todos os estados.” A estratégia do movimento agora era “[...] judicializar um forte volume de ações judiciais em todos os Estados para provocar o debate mais amplo sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas no campo jurídico.” (CATHARINA, 2015, p. 132-133).

Juristas renomados começaram a se engajar no debate nacional inspirado pelo movimento LGBT, e a academia constitucional, a tematizar e a debater sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como estáveis. O obstáculo com o qual o movimento se deparava era a necessidade de obter apoio de um Estado para ser proponente da ação constitucional, em 2007. Nesse sentido, não obstante as eleições para governador tinham sido concretizadas no ano de 2006, o que direcionava os governantes eleitos para a necessidade de priorizar outras estratégias de governabilidade, o então governador do Estado do Rio de Janeiro concordou em ajuizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 no STF. Nesse ponto, como enfatiza Catharina (2015), a petição da ADPF 132 teve a singularidade de ser configurada de forma articulada com juristas que defendiam a causa, líderes do movimento LGBT e Procuradores do Estado.

No entanto, o que ainda resiste hoje é a questão da patologização da transexualidade. Através da campanha internacional *Stop Trans Pathologization*, pode-se identificar a tentativa de discussão acerca da questão no Brasil, ao tentar excluir a transexualidade dos dois principais catálogos de doenças mentais ainda em vigência: o Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (DSM IV) e a *Classificação Internacional de Doenças* (CID-10), da OMS, em 2014. (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012).

No que se refere à patologização da transexualidade, no Brasil há dois argumentos que a circundam: que é errônea e que precisa ser urgentemente modificada. Entretanto, isso

também pode ser visto como uma concessão estratégica, já que por ser encarada como doença, o Sistema Único de Saúde (SUS) cobre a cirurgia de readequação do sexo. Sem adentrar muito na questão, calha salientar que a CID-11 contempla as novas categorias que o Grupo de Trabalho da OMS reivindicava - a incongruência de gênero na adolescência e na idade adulta e a incongruência de gênero na infância - as quais passariam a integrar um novo capítulo, que trata de condições relacionadas com a saúde sexual. A questão mais louvável desta edição da CID é que o capítulo é separado daquele que trata dos transtornos mentais e de comportamento.

Portanto, a questão da transexualidade deixaria, a princípio, de ser uma patologia, o que levaria ao fim do caráter estigmatizante a ela atribuído. Mas convém analisar e debater a questão sobre se a categoria 'incongruência de gênero na adolescência e idade adulta' poderia repatologizar as questões trans - discussão que poderá se examinar com a aprovação da referida CID e pela forma com que o mundo se adequar a ela. (BUNCHAFT, 2014, p. 74). Mesmo que a intenção seja a mais nobre, insta avaliar a nova categoria atribuída às questões trans, pois é possível acabar por mudar o nome da categoria, mas na prática nada vir a mudar.

Outra questão que se coloca em pauta é a de que: se a transexualidade deixar de ser uma doença, seria legítimo ainda ser custeada pelo SUS? A doutrina majoritária entende que não, haja vista que o atendimento pelo SUS é condicionado à doença, ou seja, seria um fator a ser amplamente debatido, e mesmo sendo estigmatizante ter um transexual como doente é a visão opressora que garante sua mudança de sexo sem custo algum.

A Ação Global pela Igualdade Trans (GATE) e a campanha internacional *Stop Trans Pathologization* (STP) “[...] defendem que o acesso à saúde e o reconhecimento da identidade de gênero são direitos humanos e que seu cumprimento não deve depender de categorias diagnósticas.” (BUNCHAFT, 2014, p. 74). Como visto, a questão trans ainda tem muito a ser desenvolvida, no intuito de buscar o reconhecimento efetivo de suas necessidades. A problemática é influenciada pelo fato de a sociedade ser construída em uma concepção binária de gênero, que sempre busca identificar o gênero - feminino ou masculino - em determinada pessoa. Porém, o transexual e/ou o travesti muitas vezes não se encaixam em tais formulações ultrapassadas, e passam então a serem tratados como minorias das minorias, sofrendo preconceito nos próprios movimentos LGBT.

Talvez seja esse o motivo para a fragmentação identitária dos movimentos, em que se iniciam criações de grupos mais específicos, como

[...] a Associação Brasileira de Lésbicas (ABL), a Liga Brasileira de Lésbicas (LBL), a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), o Coletivo Nacional de Transexuais (CNT), a Associação Brasileira de Gays (Abragay) e a Articulação Brasileira de Gays (ArtGay). Outras organizações representam segmentos ainda mais específicos, a partir de atributos identitários como raça/cor e idade, a exemplo da Rede Afro GLBT, o Coletivo Nacional de Lésbicas Negras Feministas Autônomas (Candaces – BR) e a Rede E-Jovem. (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012, p. 153).

Tais movimentos característicos surgem dessa demanda por políticas públicas cada vez mais específicas e do próprio preconceito dissipado dentro do movimento misto. O processo de implementação de políticas públicas para a comunidade LGBT é muito novo no Brasil, visto que apenas iniciou com o Programa Brasil sem Homofobia⁶, criado no ano de 2004, desenvolvido durante o mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Impera destacar-se o momento político pelo qual o Brasil passava, para compreender como o âmbito político conversa com a política de demandas LGBT. O plano previa a realização de duas Conferências Nacionais sobre suas questões específicas: na primeira, realizada em 2008, o Presidente Lula esteve presente; já no ano de 2011, a então Presidenta Dilma Rousseff, não compareceu, o que acarretou a discussão para a mudança do cenário das reivindicações de LGBT com alterações fortemente marcadas pela pressão de grupos religiosos.

Portanto, “[...] as palavras de ordem prevaletentes na IIª Conferência Nacional LGBT foram pela efetiva garantia da laicidade do Estado, da integridade física e dos direitos civis da população LGBT.” (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012, p. 156). Essa reivindicação ocorre porque “[...] atores religiosos e políticos se articulam provocando embates que ativam discursos conservadores, posicionamentos raivosos e tensões que parecem intransponíveis” (VITAL; LOPES, 2013, p. 168), uma vez que objetivam, através destes, causar pânico social, com justificativas inimagináveis, como as referidas no livro *Religião e Política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. No documento, citam-se diversas falas de políticos evangélicos, dentre as quais, para ilustrar, incorpora-se aqui uma delas⁷, acerca da aversão ao

⁶ O Programa Brasil sem Homofobia é uma articulação bem-sucedida entre o Governo Federal e a Sociedade Civil Organizada, com o objetivo de promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em 14 de Out de 2015.

⁷ Fala de Damares Alves, advogada, assessora parlamentar do Deputado Federal Arolde de Oliveira (PSD-RJ) e Secretária-Geral do Fórum Evangélico Nacional de Ação Social e Política (FENASP) e do Movimento Brasil Sem Aborto, em Brasília/DF, no dia doze de junho de 2012. (VITAL; LOPES, 2013).

casamento homoafetivo por motivos de “impacto econômico e de risco à preservação familiar”:

Nós fizemos uma pesquisa e ninguém fala disso; fizemos uma pesquisa; a união homossexual não é duradoura; não existe um número muito grande de homossexuais que vivem mais de 15, 20 anos juntos. Eles mudam muito de parceiro. Esse é o argumento, é um argumento científico que a gente usa pra questão de ação de crianças. O homossexual, na sua natureza, ele troca de parceiro com mais frequência que o hétero, é da natureza dele a insatisfação; é da natureza dele, está lá; é direito dele, ele é homo, ele faz o que ele quiser. Aí nós provamos que, se a gente aprovasse o casamento, no Brasil, nós estaríamos lotando os tribunais com um número muito grande de divórcios que viriam por conta disso, de ação de pensão, de divisão de bens, de guarda de filhos. Nós entendemos que a criança ficaria muito instável; com quem ficaria essa criança? Então, nós temos provas disso, nós temos dados sobre isso; então, quando nós questionamos o casamento, nós questionamos por esse lado. (VITAL; LOPES, 2013, p. 153).

Trata-se de um apelo ao pânico social, com a intenção de fazer a população acreditar que a reprodução humana estará afetada e que a família ir-se-á desmoronar aos poucos - o que seria perigoso, já que, para os religiosos, a família configura a base da sociedade. Com isso, a bancada religiosa vai aos poucos ganhando espaço e ameaçando a expansão dos direitos LGBT, o que, ao longo do trabalho, se tornará ainda mais visível.

Em se tratando da atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ir-se-á elaborar uma breve consideração sobre cada um deles. No âmbito do Poder Executivo, diversos programas⁸ foram apresentados no ano de 2004 que, nos dizeres de Masiero (2014), são relevantes no âmbito de esquecimento do Poder Legislativo quanto a essas questões, embora lembre que

É dizer, percebe-se a preocupação estatal quanto a essa questão, por meio de iniciativas necessárias, contudo insuficientes, para fazer frente ao quadro de violência e discriminação a que a comunidade LGBT está exposta cotidianamente [...]. (MASIERO, 2014, p. 94).

Ou seja, apenas a criação de programas por meio do Poder Executivo não se mostra suficiente para efetivar políticas públicas à comunidade LGBT, mas diante da inércia de outros poderes, isso tem seu valor reconhecido.

⁸ Em 2004, criaram-se os seguintes programas: 1- Brasil sem Homofobia. 2- I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (2008); 3- Lançamento do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais; 4- Publicação do decreto que cria o Programa Nacional de Direitos Humanos 3; 5- Criação da Coordenadoria Nacional de Promoção dos Direitos Humanos; 6- Implantação do Conselho Nacional LGBT, em 2010, com representação paritária do Governo Federal e da Sociedade Civil.

No âmbito do Poder Legislativo, mencionam-se alguns processos em tramitação no Congresso Nacional, acerca das questões aqui estudadas, como:

- a) Projeto de Lei (PL) 1.151/1995, que disciplina a união do mesmo sexo, e que já tramita há quase duas décadas na Câmara;
- b) PL 6.655/2006, que versa sobre a questão da mudança do primeiro nome para transexuais, independentemente da cirurgia de redesignação de sexo;
- c) Projeto de Lei na Câmara (PLC) 5002/2013, que atua na problemática do direito à identidade de gênero;
- d) PL 2.383/2003, que trata da proibição de discriminação por planos de saúde privados ao companheiro do segurado;
- e) PL 674/2007, que abarca a união estável e o divórcio de fato de pessoas do mesmo sexo;
- f) PL 508/2007, que congloba os direitos sucessórios de companheiros do mesmo sexo;
- g) PL 1.756/2003 que contempla a adoção de crianças por casais homossexuais. (MASIERO, 2014).

Vale apontar também o PLC 122/2006, arquivado no Senado recentemente. Este último projeto será analisado em ponto específico acerca da homofobia neste mesmo capítulo.

Apesar de existirem alguns projetos significativos que visam ao reconhecimento da minoria LGBT em trâmite, o que se apura é a lentidão em que ocorre sua tramitação até a efetiva votação, o que por vezes não chega nem mesmo a acontecer. Até hoje não há “[...] nenhuma lei infraconstitucional aprovada no Congresso Nacional.” (MASIERO, 2014, p. 99). Constata-se assim a grande inércia que acomete o Poder Legislativo em termos de questões LGBT, o que muito se deve à atual bancada religiosa presente em massa na Casa Legislativa e ao conservadorismo ainda latente nos dias atuais. Além disso,

No cenário atual, projetos “pró-LGBT” parecem não ter a menor perspectiva de serem apreciados pelo Poder Legislativo, considerando-se a pressão de parlamentares vinculados a grupos religiosos fundamentalistas e à atual radicalização do discurso homofóbico no Congresso Nacional e na sociedade brasileira em geral. (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012, p. 158).

Nesse mesmo cenário de desilusão diante da atuação do Poder Legislativo, é preciso rever a posição de tal instância na democracia brasileira, pois como alerta Franco Bahia (2013, p. 350),

Vive-se no Brasil uma crise no Legislativo: ele ainda não se deu conta de que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre as questões que afligem a sociedade. Seus membros, os parlamentares, têm de ter consciência de que representam “setores”, “partes” da comunidade – por isso são organizados em “partidos”. Os parlamentares não são (e nem devem ser) “neutros”. Ao contrário, devem se posicionar quando questões polêmicas são apresentadas. O que se vê, no entanto, é um Parlamento incapaz de lidar com temas “fraturantes”. Partidos políticos que “não tomam partido”. E veja, não é que os partidos no Brasil tenham tomado decisões conservadoras no que tange aos direitos de LGBT: eles não tomam nenhuma posição.

A citação revela uma característica inerente de partidos políticos que não se vê mais nos dias atuais, no Parlamento. O que ocorre é um desvirtuamento das funções de um partido político, posto que a maioria foge das discussões acerca de temas polêmicos para não atingir nenhum interesse dos polos, e parte de uma conduta neutra - inadmissível em um contexto que precisa de decisões concretas - já que a problemática aqui apresentada discute questões de extrema urgência (como a homofobia) que vêm tirando a vida de indivíduos que não se submetem ao padrão do heterossexismo.

Portanto, não tendo mais a quem recorrer, a instância judiciária se mostrou como caminho para trilhar tais reivindicações renegadas - ou não efetivadas - nos outros poderes, visto que não pode ser inerte diante de uma provocação. O julgamento mais importante da história Judicial brasileira acerca da questão LGBT foi o reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, através da ADI 4.277-DF e da ADPF 132-RJ, a qual será analisada no próximo capítulo - motivo pelo qual não se aprofundará, de imediato, nesse julgado.

Para Franco Bahia (2013), decisões desse porte demonstram a relevante função contramajoritária do Poder Judiciário quando minorias têm negados seus direitos em espaço Legislativo. Com o que foi analisado, tem-se que:

Hoje, como nunca, o debate sobre direitos civis de pessoas LGBT está na ordem do dia. Mas também hoje, como jamais se viu, a homofobia fundada em argumentos religiosos e machistas tem assumido no Brasil um viés ultraintolerante e violento. Resta saber se os governos e outras instâncias reguladoras da vida social, como a escola e os meios de comunicação de massa, serão capazes de resistir ao tsunami de intolerância religiosa em curso e garantir um dos princípios fundamentais das sociedades democráticas: a laicidade do Estado. (MELLO; BRAZ; FREITAS; AVELAR, 2012, p. 158)

Ou seja, a questão é atual e deve ser discutida com amplitude, com vistas a reconhecer os direitos das minorias LGBT e a efetivá-los, pois hoje não se trata somente de uma questão

de saúde, mas de reconhecimento de suas particularidades. Logo, espera-se que o Poder Legislativo possa ser mais efetivo na elaboração e na votação de projetos que envolvam tais demandas discutidas, e que fundamentalismos religiosos não impeçam sua evolução. E apesar de tais questões estarem, aos poucos, encontrando amparo em sede Judicial, o ideal é que o Legislativo atenda a cada uma, visto que é o poder *legítimo* para tanto, e é onde ocorrem as deliberações democráticas. Espera-se assim, que se possa continuar progredindo.

Baseando-se na teoria dos contrapúblicos subalternos de Nancy Fraser, pode-se trabalhar a ideia de inclusão de grupos LGBT no âmbito de debate na esfera pública e a minimização da condição de desvantagem que essas minorias sofrem. O fato se dá por meio do que Fraser (1992, p. 123) conceitua como “[...] 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.”

Na concepção de Bunchaft (2014), para Fraser, os contrapúblicos de resistência permitem aos movimentos sociais ampliarem a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas, expandindo o universo da razão pública por meio de formas críticas de comunicação, os quais são fatores que enriquecem muito a contenda. São diversas arenas de discussão, com pluralidade de públicos, que assim potencializam a promoção do ideal de paridade de participação. Em síntese, trata-se de públicos subversivos que divergem em condutas e em opiniões acerca de determinadas questões que são postas e acabam por enriquecer o debate.

Acerca da concepção do binarismo (homem-mulher ou homo-hétero, como exemplos), isso cabe ser desconstruído, com a finalidade de desestabilizar as identidades sexuais, o que seria possível através da constatação de que certos públicos alternativos causam a circulação de discursos de oposição de classes excluídas da esfera pública oficial, como é o caso da população LGBT - o foco deste trabalho. (BUNCHAFT, 2014).

Por conseguinte, nota-se uma maneira de enriquecer o debate acerca de questões LGBT, ao mesmo tempo em que são convidados a discutir sobre tais assuntos, assim incluindo-se na esfera pública oficial de debate e promovendo a paridade de participação deles próprios. Conclui-se que tal concepção teórica propagada por Fraser é de grande valia na presente discussão, podendo contemplar uma forma de inclusão de minorias LGBT no espaço público, para que possam discutir e decidir questões inerentes às suas demandas.

4.2. A questão da criminalização da homofobia

Examinam-se nesta etapa da pesquisa as questões atinentes à criminalização da homofobia, o que abrange um tema de grande importância dentro do movimento *gay* e que ainda está na pauta de suas lutas, já que não se efetivou no Brasil.

Na concepção de Masiero (2014), a reivindicação da criminalização da homofobia sintetiza a maior polêmica do movimento LGBT, e a demanda é apenas uma pretensão de alcançar o que o movimento feminista e negro conseguiram - a saber, a criminalização à discriminação racial e a proteção da mulher diante da violência física.

Primeiramente, para estudar-se a perspectiva da homofobia, convém saber de antemão do que se trata tal expressão tão recorrente. Nas palavras de Rios (2009, p. 59),

Uma resposta rápida e direta, no horizonte deste estudo, divisa a homofobia como forma de preconceito que pode resultar em discriminação. De modo mais específico, e agora valendo-me da acepção mais corrente, homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais.

Tem-se também que “[...] o termo homofobia designa ódio, aversão medo irracional aos homossexuais, um sentimento que provoca vários tipos de violação à integridade física ou psíquica dos que se atraem por outros do mesmo sexo.” (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 498). Tais conceituações são claras por si só. Homofobia é a fobia, a aversão a pessoas que não *cumprem* o padrão *normal* de orientação sexual - a saber, a heterossexualidade. Rios (2009), com o intento de compreender melhor o que seja a homofobia, destaca que o termo foi criado por bases psicológicas, pelo psicólogo George Weinberg, no ano de 1971, e que esse aspecto tem muito a dizer. A partir de Freud e Pochay, Rios (2009, p. 62) esclarece que

Neste contexto, uma hipótese particularmente divulgada é a de que reações homofóbicas violentas provêm de sujeitos em grave conflito interno com suas próprias tendências homossexuais, resultantes da projeção de um sentimento insuportável de identificação inconsciente com a homossexualidade, donde a intolerância à homossexualidade.

Ademais, sujeitos que não se conformam com a existência da homossexualidade revoltam-se, pois a postura homossexual não condiz com a normalidade preestabelecida pela sociedade. A partir dessa negação, acaba-se por fazer uso da violência. Rios (2009) aduz que aqueles que seguem o heterossexismo obtêm privilégios, enquanto que os homossexuais acabam sofrendo opressão. Nessa senda, alerta que o binômio

heterossexualidade/homossexualidade é critério de diferenciação para o reconhecimento da dignidade dos sujeitos e para a distribuição dos benefícios sociais, políticos e econômicos.

Ao tentar identificar quem é alvo de preconceito na homofobia, acaba-se por diferenciar a discriminação dirigida a homossexuais das outras formas de discriminação, haja vista que homossexuais não carregam alguma característica clara acerca do fato. Isso é o que afirma Rios (2009, p. 65), ao alertar para que

Diversamente do sexismo ou do racismo, em que estão presentes marcadores corporais, e do antisemitismo (em que a pertinência genealógica pode ser rastreada), a homossexualidade está presente em todos os sexos, raças, etnias e convicções religiosas. Não há como, salvo auto-identificação ou atribuição por terceiros, distinguir por mero recurso visual, de antemão, homossexuais de heterossexuais.

Nesse quadro, a homofobia clama pela superação da ideia de heterossexualismo como o padrão normal de escolha sexual e, para tanto, apresenta duas possibilidades: uma, que denomina como resposta radical, e a outra, como moderada. No primeiro caso, ocorreria o fim da homofobia através da abolição da heterossexualidade, no âmbito da desconstrução do binômio homo-hétero, como a própria Fraser defende em seus estudos do reconhecimento. A segunda questão acabaria por cair em um paradoxo, dado que buscaria sustentar a igualdade entre as orientações sexuais - porém, a heterossexualidade seria definida como a negação da homossexualidade - algo que é impossível de conciliar, e que instiga o doutrinador a buscar soluções teóricas no campo dos direitos humanos. (RIOS, 2009).

Para Rios (2009), a discriminação homofóbica ocorre sempre que houver lesão aos direitos, através do preconceito frente aos estilos de vida diversos do heterossexismo, não importando se o ato for intencional - ou não. O que importa é a lesão aos direitos desses cidadãos. Chama-se a atenção também para os motivos comuns que são utilizados para alegar a inutilidade de uma lei específica sobre discriminação por orientação sexual. Vecchiatti (2011) aponta dois:

- a) a lei não acabaria com o preconceito, que somente não seria exteriorizado;
- b) os assassinatos, as agressões e as ofensas já constituiriam crimes em qualquer hipótese. Portanto, não seria imperiosa a criminalização específica como tal.

Em contrapartida, surgem os contra-argumentos, que dizem que:

- a) a lei efetivamente não acaba com o preconceito, mas isso não a faz desnecessária, já que objetiva combater a discriminação - e não o preconceito;

- b) vale ter em mente, nesse ponto, que o simples homicídio, por nenhum motivo aparente, não tem como abarcar um homicídio por motivo de orientação sexual da vítima. Aqui o critério é a diferenciação de tratamento, o que trará o agravamento da pena, já que o homicídio seria cometido por motivo fútil.

Vecchiatti (2011) ainda liga o caso da homofobia ao racismo, a fim de demonstrar como esses casos são semelhantes. Afirma que os dois são casos que devem ser punidos pela razão de haver discriminação arbitrária. Assim o racismo ser motivo de discriminação tipificado em lei é totalmente aceito pela população, tanto que foi aprovado pelo Congresso Nacional como lei.

Mas e quanto à homofobia, por que o Legislativo ainda resiste em resolver tal impasse? Parece que a resposta reside na bancada religiosa do Parlamento.

Silva Júnior (2011) aduz que é clara a lentidão, em termos de progresso, de causas concernentes às questões de grupos LGBT. Ressalta que o Brasil tem destaque mundial no que se relaciona às violações de direitos humanos de homossexuais, e que é preocupante tal situação, uma vez que a estimativa é de que a cada dois dias um homossexual ou transgênero é assassinado por motivos de ódio. Portanto, lembra que tal questão necessita ser pensada pelo Estado como um problema social que urge por solução. Para tanto, em suas reflexões, diz:

As violações por preconceito e discriminação odiosos perpetradas contra estes indivíduos (dentro das quais destacam-se os homicídios tranfóbicos, lebofóbicos e homofóbicos) mereceriam, por exemplo, assim como o racismo, uma tipificação própria na legislação penal pátria (e, no caso dos aludidos homicídios, uma qualificadora pela motivação por preconceito de cunho doutrinário (de base religiosa), que jamais poderiam interferir nas decisões e nas estruturas decisórias de um Estado laico – como é o nosso. (SILVA JÚNIOR, 2011, P. 500)

Nesse contexto, surge a importância de um projeto de lei que tencione tipificar legalmente a orientação sexual como forma possível de discriminação. Para Vecchiatti (2011, p. 519), a criminalização da discriminação por orientação sexual “[...] visa garantir um valor essencial da sociedade, a saber: a tolerância devida a toda e qualquer pessoa.” A tolerância simboliza, nesse sentido, pressuposto da vida em sociedade, e é preciso praticá-la com aquele que optou por não seguir os *padrões* sociais, respeitando-o como qualquer cidadão nela inserido, sem discriminá-lo por tais razões. Masiero (2014) concorda que existe fundamentação suficiente para que sejam estabelecidas estratégias de segurança para os integrantes do movimento LGBT, referindo-se às violências físicas e psicológicas que sofrem cotidianamente.

Para tanto, adentra-se neste estudo. Tem-se subsequentemente um breve exame dos projetos de lei de maior importância sobre a temática, com a finalidade de analisar-se como anda a situação. Assim, no que concerne aos projetos de lei, o PLC 122/2006, após diversos percalços, acabou por ser arquivado no Senado, e o atual projeto de lei, o PLC 7582/2014, está tramitando na Câmara dos Deputados.

O PLC 122/2006, da Câmara dos Deputados, tem como autora a Deputada Federal Iara Bernardi. Tinha por objetivo alterar a Lei nº 7.717/89, definindo crimes resultantes de discriminação ou de preconceito de gênero, de sexo, de orientação sexual e de identidade de gênero. (BRASIL, 2006). O projeto de lei originário foi objeto de aprovação pelo Plenário da Câmara em novembro de 2006. Nele, amplia-se o alcance da Lei nº 7.716/1989, acrescentando à Ementa e ao art. 1º dessa Lei as discriminações de gênero, de sexo, de orientação sexual e de identidade de gênero. Em 2007, o PLC 122/2006 foi enviado para a Comissão de Assuntos Sociais, designando-se como relatora a ex-Senadora Fátima Cleide. Em 2009, após muita polêmica, Fátima Cleide emitiu parecer ao PLC 122/06, estabelecendo modificações. A ideia fundamental era, com base no art. 3º, IV, questionar: se outras formas de preconceito e de discriminação são criminalizadas, por que não a homofobia?

Masiero (2014) sublinha que o substitutivo previa a ampliação dos beneficiários da Lei nº 7.716/1989, que criminalizava delitos de preconceito e de discriminação. O relatório deu origem ao PLC 122 /2006 da forma como se conhece hoje. O relatório de Fátima Cleide foi objeto de votação, sendo aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais em novembro de 2009. Em seguida, o texto foi enviado para a Comissão de Direitos Humanos, na qual a Senadora-Relatora do PLC 122/2006 apresentou novamente parecer aprovado na Comissão de Assuntos Sociais.

Não obstante, Magno Malta e Marcelo Crivella emitiram requerimentos demandando audiências públicas, os quais embora tenham sido aprovados em 2010, a audiência nunca realizou-se. Em novembro de 2009, os Senadores afirmaram que não houve debate necessário para a aprovação do PLC 122/2006, argumentando ainda que o Brasil é um país de maioria cristã. Os senadores Marcelo Crivella, Demóstenes Torres e Marta Suplicy procuraram delimitar um novo texto que atendesse tanto aos interesses dos grupos religiosos, como aos do movimento LGBT.

No intento de obter um acordo com grupos religiosos contrários ao projeto, a ex-Senadora Marta Suplicy alterou o texto, objetivando resguardar da criminalização a manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião. O novo texto não recebeu apoio nem dos defensores dos

direitos LGBT e nem mesmo da bancada evangélica. O substitutivo apresentado por Marta Suplicy não foi objeto de votação na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, pois supunha-se que sua aprovação não seria viável em face da possível oposição da bancada evangélica e cristã.

De acordo com Masiero (2014), quando Marta Suplicy saiu do Senado, o Senador Paulo Paim assumiu a relatoria do projeto na Comissão. Em discurso proferido em vinte e dois de fevereiro de 2013, relatou que sua proposta pretendia “[...] buscar um equilíbrio entre as partes radicais e conseguir a aprovação do Projeto perante a Comissão”, para estabelecer um novo texto para o projeto.

O movimento LGBT reagiu à descaracterização do projeto. Segundo Masiero (2014), em novembro de 2013, o Senador introduziu novo texto, contrapondo-se ao substitutivo anterior de Marta Suplicy e agregando seis modificações ao substitutivo de Fátima Cleide, que tinha sido objeto de aprovação na Comissão de Assuntos Sociais. A primeira proposta de modificação foi direcionada para atender “[...] ao pedido de setores religiosos para que não entrássemos na polêmica da homofobia.”

De acordo com Masiero (2014), a segunda e terceira modificações incorporavam a observação de que as expressões de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público estariam sujeitas à possibilidade de restrição, resguardando-se “o respeito devido aos espaços e eventos religiosos.” As quartas e quintas modificações configuravam a alteração da Lei nº 7.716/1989, transformando-a em uma lei genérica que contemplava todas as formas de preconceito, sob o fundamento de evitar que surgisse oposição se contra uma lei especial feita especificamente para a orientação sexual. (MASIERO, 2014). A sexta modificação foi a exclusão do artigo que objetivava incorporar ao Código Penal ao lado da injúria - racial, étnica, religiosa, à pessoa idosa e à deficiente - a concernente à orientação sexual, ao gênero, ao sexo e à identidade de gênero.

Consoante Masiero (2014), como se não bastasse a desfiguração do projeto original, ele também não foi submetido à votação na Comissão de Direitos Humanos do Senado, diante da reação da bancada religiosa. Com a apresentação do Requerimento 1443/2013, o Senador Eduardo Lopes pretendeu a anexação do PLC 122/2006 ao PLS 236/ 2012, já que disciplinava a mesma temática nos art. 472 a 474. Pouco antes de ser votado o projeto na Comissão, o plenário do Senado aprovou o requerimento.

Masiero (2014) atenta para o fato de que o Anteprojeto de Novo Código Penal contemplava um conjunto de dispositivos que tratavam do preconceito e da discriminação de

orientação sexual e de identidade de gênero, mas os mesmos acabaram alterados, e atualmente, o anteprojeto não abrange a maioria desses dispositivos.

Em dezembro de 2013, com a aprovação na Comissão Temporária de Reforma do Código Penal brasileiro, surgem alterações com a exclusão das referências *gênero*, *identidade sexual*, *opção sexual* ou *orientação sexual*. (MASIERO, 2014). Desse modo, a “[...] previsão expressa ao preconceito de orientação sexual e identidade de gênero ficou reservada à qualificadora no homicídio, à majorante na lesão corporal e ao elemento do tipo de terrorismo.” (MASIERO, 2014, p. 142). Por fim, em relação ao PLC 122/2006, apesar de passar por diversas alterações, terminou arquivado no Senado.

Contudo, um novo projeto de lei, o PLC 7582/2014, de autoria da Deputada Maria do Rosário - que define crimes de ódio e de intolerância - está tramitando na Câmara dos Deputados. Este último projeto apresentado se torna a esperança para a criminalização da homofobia no país. Indignada com a postura, Dias (2011, p. 259) evidencia que “[...] é difícil justificar a inércia do Poder Legislativo”, referindo-se à regulamentação das uniões estáveis e da criminalização da homofobia, pois não é de hoje que tais reivindicações vêm sendo feitas.

Já Franco Bahia (2013) ressalta que o próprio Poder Público revela condutas homofóbicas, seja pela sua inércia em reconhecer e em garantir direitos à população LGBT, seja pela criação de projetos que os atacam diretamente, como o Projeto de Decreto Legislativo n. 234/2011⁹, que será analisado em tópico específico. Verifica-se com o já exposto, o claro retardamento nas votações de projetos que visam resguardar direitos fundamentais dessas minorias sexuais, principalmente em uma questão de urgência como é a da discriminação por orientação sexual, que acarreta sérias consequências hoje, explicitando a falta de interesse do Poder Legislativo em defender questões atinentes ao movimento LGBT, tal como ocorreu na votação do PLC 122/06.

4.3. O casamento gay

Nesta parte do trabalho, traçam-se considerações sobre o casamento *gay*. Os entendimentos a serem abordados têm o objetivo de esclarecer os argumentos prós e contras à igualação jurídica entre casamentos heterossexuais e homossexuais. A grande maioria dos teóricos favorável ao casamento *gay* é enfática em afirmar a possibilidade da conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo para o casamento civil, nos moldes que é realizado entre casais heterossexuais.

⁹ Conhecido vulgarmente como *Projeto da Cura Gay*.

Roger Raupp Rios (2011, p. 95-96) explicita que o reconhecimento de referidas uniões representa uma questão de direitos humanos e infere que “[...] a medida mais coerente é o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo em pé de igualdade com aquele dispensado às uniões heterossexuais.” Explica que deve ser assim, pois não há motivos para haver dois regimes diferenciados se as situações apenas diferem quanto ao sexo, e as demais características são iguais. Nessa visão, a homofobia perderia força, não haveria negação de reconhecimento aos homossexuais e haveria o combate à visão sedimentada do heterossexismo como norma padrão das relações afetivas. (RIOS, 2011).

Rios espelha a argumentação recorrente em torno da afirmação do casamento *gay* cujo foco principal reside em uma questão de igualdade e de não negação de reconhecimento aos homossexuais. Entretanto, não é essa a visão dominante. Para tanto, recorre-se às ideias da feminista Nicola Barker que, em seu livro intitulado *Not the Marrying Kind: A feminist critique of same-sex marriage*, expõe críticas ao modelo de casamento para casais homossexuais, trabalhando com argumentos de grande relevância para embasar suas críticas, e assim incitando a reflexão sobre o quadro que se põe atualmente no entorno da questão do casamento civil para homossexuais.

Seu propósito é demonstrar a visão da crítica a esse modelo de casamento, que envolve lutas diárias por reconhecimento, com o viés de procurar saber se é o casamento civil o melhor regime para a união entre homossexuais. Destarte, Barker (2013) assinala que, em sua obra, aborda disposições que levaram à legalização do casamento homossexual e enaltece a forte ligação dessa forma de relação com o modelo do casamento civil, que, na visão da doutrinadora feminista, limita as potencialidades transformadoras e transgressoras das reformas da legislação.

A feminista lembra que o reconhecimento buscado por homossexuais não se limita ao Estado, mas expande-se para o reconhecimento no seio familiar, nas instituições religiosas, bem como de seus empregadores, em seu âmbito de trabalho. Também deixa claro que a ideia do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é comemorada de forma universal nas comunidades *gays* e lésbicas. Portanto, afirma fazer parte do grupo de feministas céticas quando o assunto é a instituição do casamento. (BARKER, 2013).

Ao longo desta discussão, será possível compreender tais alegações com mais clareza. Barker (2013) utiliza a teoria *queer* e as críticas feministas da segunda onda para aprimorar a análise crítica acerca do casamento do mesmo sexo. Embora muitos vejam tais teorias como entendimentos que não se complementam, a feminista transparece que, em sua concepção, a teoria *queer* tem muito a contribuir para sua crítica ao casamento do mesmo sexo. Em sua

visão, a teoria *queer* e o feminismo radical compartilham uma oposição no que se refere ao casamento do mesmo sexo - embora por razões diversas. Sugere ainda que “[...] nós devemos nos referir ao casamento como o foco da crítica ao invés de apenas a instituição do casamento em si”. (BARKER, 2013, p. 04)

Nesse entendimento, as críticas não estão entre os debates contemporâneos em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que apenas se limitam a discutir sobre o acesso à instituição do casamento em detrimento da análise sobre o que os casais homossexuais realmente querem, ou o que significa estar casados legalmente, o que abre espaços que não são explorados em tais discussões. (BARKER, 2013).

Barker (2013) tenta abrir o campo de visão do casamento homossexual para além da mera discussão de seu reconhecimento, expondo que dever-se-ia questionar se é a melhor instituição para o reconhecimento de uniões com base nas próprias opiniões dos envolvidos - *gays* e lésbicas, os mais interessados no fato. Assim, reivindica que essas questões devem ser tematizadas na discussão. Ademais, reconhece que é muito complicado argumentar contra o reconhecimento legal e simbólico das relações do mesmo sexo em um contexto dominado pela homofobia e pelo heterossexismo, e que o entendimento de que relações hétero e homo são iguais não abrangem um desafio forte para a crítica feminista ao modelo do casamento.

A questão que se põe é: pode o casamento do mesmo sexo proporcionar o reconhecimento legal e simbólico para as relações de casais do mesmo sexo como uma família? Barker (2013) concorda com Nancy Fraser quanto à teoria de que toda injustiça é uma questão de reconhecimento e de redistribuição, de forma que estão imbricadas, e no caso em tela, a questão em discussão são as minorias sexuais. Ainda acerca desses remédios, têm a possibilidade de ser afirmativos ou transformativos.

Para Fraser (2008), a desinstitucionalização dos padrões de valores heteronormativos e a substituição por uma alternativa que promova a paridade poderia ser efetivada de mais de uma forma. A primeira seria a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a segunda seria a desinstitucionalização do casamento heterossexual, com a separação de benefícios (como seguro-saúde do status marital) e imputando-os a outras bases, como cidadania, por exemplo.

Em contraposição a Fraser, mas se apropriando parcialmente de sua teoria, Barker (2013), pondera que o casamento do mesmo sexo deve ser entendido como um remédio afirmativo, visto que apenas insere os homossexuais em uma estrutura já existente, sem desafiá-la, propriamente. Assevera que é difícil considerar o casamento do mesmo sexo como um remédio transformador em termos de reconhecimento, porque está acoplado a um remédio

afirmativo. Ou seja, o reconhecimento da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é considerado como transformador na análise de Barker sobre a teoria de Fraser, pois para que fosse, deveria haver a desestabilização da estrutura posta (casamento) - o que demandaria profunda modificação ou até mesmo a criação de outra forma estrutural - porém, o que ocorreu foi apenas uma extensão da sua utilização.

De acordo com Barker (2013) duas são as motivações para conservadores apoiarem o casamento homossexual: civilizar o *gay*, evitando a promiscuidade e encorajando a responsabilidade e resgatar os valores da família tradicional, como a monogamia e a fidelidade, evitando assim relações poligâmicas ou sem nenhum compromisso, que são rejeitadas pelos conservadores. A ideia central do discurso conservador seria a de que o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo fortalece a instituição do casamento, e, portanto, deve ser incentivado. Porém, tal discurso está em desacordo com a perspectiva feminista.

Os argumentos do reconhecimento simbólico do casamento entre pessoas do mesmo sexo atuam na seguinte esteira: retira o simbolismo negativo diante de um não reconhecimento do casamento, declarando como iguais as relações homossexuais e as heterossexuais, ofertando suporte social para tais. Barker (2013) reconhece a importância do reconhecimento pelo estado das uniões homossexuais, tendo em vista a disseminação da homofobia.

Por conseguinte, é de grande relevância o tratamento igual a esses casais, mas tais reivindicações por reconhecimento giram ao entorno da mesmice e da igualdade formal. Tais questões se tornam preocupantes, posto que se igualam aos remédios afirmativos de Fraser, e as estruturas que geram a injustiça permanecem as mesmas, o que leva ao entendimento de que o reconhecimento do casamento homossexual se torna urgente e acaba-se por deixar em um plano secundário as questões decisivas para a resolução da desigualdade, desde a raiz do problema.

O entendimento também caminha na perspectiva de que a igualdade formal pode ser compreendida como primeiro passo para o amadurecimento da discussão até a igualdade material, mas Barker não é muito esperançosa acerca disso: menciona que a igualdade formal apenas faz com que se tolere o comportamento de homossexuais. A teórica também refere que algumas feministas são a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo no sentido de que não reproduziria as mesmas falhas e problemas do casamento heterossexual, como a hierarquia de gênero. Como argumentos, alega que isso traria visibilidade para os homossexuais, que poderiam dar o exemplo acerca de igualdade para os heterossexuais e

teriam a possibilidade de desafiar as estruturas patriarcais e heteronormativas. (BARKER, 2013). Todavia, nada disso é garantido.

Na consideração da feminista, o casamento do mesmo sexo pode ser compreendido como uma forma de resistência política, o que se dá pela desobediência de uma lei, como ocorreu quando o casamento civil era celebrado na Califórnia e era proibido pela União, ou até mesmo pelo simples fato de não cumprir com o silêncio heterossexista e a invisibilidade das relações homoafetivas na ocasião em que casamentos eram celebrados em público, como um protesto político e uma desobediência civil. Nessa senda, a heteronormatividade tida como o padrão a ser seguido é desafiada. (BARKER, 2013).

A ideia de que o casamento é um fim em si mesmo, e ainda, um meio para um fim, é importante na medida em que se espera o reconhecimento da instituição para casais homossexuais, e o fato irá refletir em uma mensagem relevante acerca da igualdade, endereçada à sociedade. Resolver-se-ia, dessa forma, problemas de reconhecimento legal e os que envolvem a homofobia e o heterossexismo. (BARKER, 2013)

Barker (2013) não é contra a proteção legal do casamento, mas compreende que existe uma série de pontos negativos nesse reconhecimento e que o reconhecimento pelo Estado de tais relações afetivas é um argumento muito forte para justificar a necessidade de reconhecer as uniões de casais homossexuais. Além do mais, é possível transgredir - ou transformar - a estrutura do casamento através de sua própria instituição. A transformação se daria pela visibilidade da relação homossexual e pela desestabilização de normas heteronormativas e do patriarcado, e ainda, o igualitarismo no seio dos casamentos homossexuais viria a desafiar sua desigualdade fundamental e perturbar as normas de gênero. A transgressão estaria baseada também na ideia de visibilidade, a qual desestabilizaria a premissa de que relacionamentos homossexuais precisam ser enrustidos. Assim, a ideia central é a de que se podem transgredir as ideias do casamento através dele mesmo.

A feminista procede ao seu estudo, com ponto de discussão na segunda onda do feminismo, na justificação de que ainda fornece uma ferramenta útil para criticar o casamento heterossexual e o casamento homossexual. Barker (2013) considera que tal teoria trabalha em nível individual - o que acontece com cada indivíduo no seio do casamento - e estrutural - ao dizer respeito ao papel que a instituição do desempenha na sociedade. Após a análise, liga-se à terceira onda do feminismo - a família contemporânea. Em consonância com a doutrinadora feminista, a mudança mais notável após a segunda onda foi o aumento no número de famílias não matrimoniais em coabitação, porém isso não significa dizer que o casamento deixa de ser a instituição ideal, pois pode condizer com os altos custos de um casamento, com a forma de

avaliar um futuro casamento, ou até mesmo porque o casal não vê diferença entre a coabitação e o casamento.

A ideia de Barker (2013) foi analisar a opressão feminina nas famílias no contexto da segunda onda e transpor tais questões para o casamento homossexual da terceira onda. Crê que a teoria da segunda onda continua a ser necessária, tendo em vista que a divisão de gênero continua a ser uma preocupação central, e a ideia de família nuclear tradicional mantém-se com base no casamento, ainda pela questão da preocupação acerca da privatização do cuidado.

Barker (2013) aceita que ocorreram mudanças no casamento desde o contexto da segunda onda feminista, mas que se restringiram a poucas alterações individuais - e não em estruturas da instituição do casamento. A questão para a estudiosa gira no sentido de que os encargos e os custos da privatização social são privatizados no seio da família como um todo, e normalmente são tidos como responsabilidade da mulher. Em outros dizeres, o Estado transfere para a esfera particular todo o encargo do cuidado. Barker perpassa pela ideia de opressão da mulher, pela imagem da mulher como cuidadora da casa e dos filhos, e de que mesmo que a taxa de emprego fora de casa suba, ela continua a desempenhar as mesmas tarefas domésticas. Para tanto, coloca-se a questão de que se o casamento homossexual poderá desestabilizar tais desigualdades de gênero do casamento, para Barker, não.

De volta à temática da transformação/transgressão do instituto do casamento, tem-se que a transformação se dá no caminho de uma mudança dentro do modelo de casamento, como a busca pela igualdade. A transgressão ultrapassa certos limites, com o ensejo de atingir a própria estrutura da instituição social tida como heteronormativa. Barker (2013) alega que antes de discutir o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é preciso debater sobre quem é suscetível de ser reconhecido. Procede a constatação de que, ao reconhecer-se tal união entre pessoas do mesmo sexo, ainda se está por marginalizar outras formas de união - como famílias poliamor - argumentando que continuariam a ser excluídas do reconhecimento positivo que alguns relacionamentos alcançam, através da instituição do casamento. No caso em exemplo, a exclusão continua a existir.

A teórica feminista ilustra como exemplo de uma possível transgressão à estrutura do casamento o Ato de Parceria Civil de 2004 do Reino Unido, contudo alerta que ainda seria limitada pela estrutura jurídica posta. Em tal ato, não se dispôs acerca do sexo das pessoas envolvidas na parceira, o que pode ser visto como possibilidade de transgressão do modelo de casamento ou como esquecimento da homossexualidade, apesar de já reconhecida legalmente em seu contexto.

A doutrinadora sinaliza para a questão de a lei, como acesso ao casamento do mesmo sexo, ser vista como solução para a opressão exercida sobre homossexuais de forma universal no Ocidente. Assim, conduz o argumento no caminho de que seria necessário adotar certa cautela quando se usa a lei para efetuar a mudança social. O debate sobre a lei se concentra em normalizar o casamento entre o mesmo sexo, reconhecendo-o nesse âmbito. O problema está na questão de que o titular do poder de definir e de regulamentar as leis é o próprio Estado - e apenas ele, que por sua vez, pode utilizar-se dessa ferramenta a seu favor. Assim, os maiores empecilhos são a desordem e a incoerência do sistema jurídico. Finalmente, recomenda que apenas casais (hétero ou homo) são passíveis de reconhecimento pelo Estado se cumprirem os requisitos de um casamento tradicional, ou seja, pessoas que tenham relacionamentos não monogâmicos não são passíveis de reconhecimento. (BARKER, 2013).

Outra indagação significativa que se coloca: a lei pode conceder uma solução para a problemática da desigualdade? A ideia não é abandonar a lei, mas sim, centrar-se sobre a forma de poder que se impõe, com cuidado para com os riscos que envolvem a sua utilização, resistindo à tentação que a lei tem a oferecer - a *verdade*, a *solução*. No entanto, a lei pode ser vista como uma subversão à ela própria, na medida em que evolui conforme o passar dos tempos e subverte o entendimento tradicional, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que a lei que traz tal enunciado perverte a anterior (que não oferecia tal possibilidade) numa consideração que deve ser considerada como válida, apesar de a lei, nesse caso, continuar a limitar a união homossexual ao tradicional casamento heterossexual. Nessa seara,

Qualquer compromisso com a reforma da lei que não desafie parâmetros existentes e o discurso do direito é suscetível de reforçar o poder e a legitimidade da lei à custa da mudança real e progressiva. Portanto, as reformas legais com o potencial mais subversivo ou transgressor neste contexto serão aqueles que desafiam o modelo de casamento. (BARKER, 2013, p. 172).

Em suma, a ideia primordial do que é discutido aqui é a de que desestabilizar as estruturas postas apenas adicionando mais possibilidades nas estruturas já existentes não resolve a questão da desigualdade, e somente tenta mascarar o problema, no que concerne ao casamento *gay*. É preciso subverter, transgredir os limites impostos. Logo após a análise do binarismo hétero-homo de Gayle Rubin, Barker (2013) narra que hoje o casal homossexual passa a ser igualado ao heterossexual no sentido de basear-se no casamento tradicional e respeitoso aos seus princípios básicos, numa relação monogâmica, estável e adulta, como

preconiza seu quadro normal. Relações estáveis - mesmo que homossexuais - são agora incentivadas, em detrimento de relações instáveis e inseguras. Nesse panorama, Barker (2013, p. 174) explica que

Criticar esta mudança de limites não implica simplesmente adotar uma visão de libertária que quaisquer limites regulamentares são problemáticos. Em vez disso, eu simplesmente sugiro que, se as atividades sexuais devem ser estigmatizadas e/ou marginalizadas deve ser por motivos relacionados com as práticas sexuais específicas ao invés de um padrão através da reificação das relações estáveis ou “responsáveis”.

A passagem é elucidativa para compreender tudo que já foi analisado acerca do entendimento de Barker a respeito da problemática em torno do reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Além do que, a estudiosa não buscou desqualificar qualquer limite imposto, e na citação restou nítida sua posição.

Um exemplo de uma estratégia argumentativa insuscetível de desestabilizar o caráter patriarcal do casamento foi o voto de *Justice Kennedy* em *Obergefell*. Para *Justice Kennedy*, o casamento também atribui benefícios profundos. Na sua interpretação, conforme o Estado concede reconhecimento e estabelece uma estrutura legal ao relacionamento dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, os filhos de tais uniões têm a capacidade de compreender a integridade de sua própria família.

Mas será que tal interpretação é capaz de desestabilizar o caráter patriarcal do casamento? De início, vale destacar que, para *Justice Kennedy*, “[...] sem o reconhecimento, estabilidade e previsibilidade que o casamento oferece, crianças sofrem o estigma de perceber suas famílias como sendo de certo modo inferiores.” (ESTADOS UNIDOS, 2015a). Para o *Justice*, elas também sofrem com os custos materiais de serem filhos de pais não casados, relegados a uma vida familiar incerta e difícil. Ademais, as leis que vedam o casamento entre pessoas do mesmo sexo causam danos e humilham as crianças - filhos desses casais.

Pressupondo uma análise inicial, a liberdade dos casais homossexuais (que pretendem se casar) e de seus filhos se concretiza no interior de práticas institucionalizadas que orientam seus objetivos. Todavia, mesmo para Honneth, tal perspectiva não resulta na exclusão de formas de interação que não são objeto de reconhecimento pelas instituições pelo Estado. Compreende-se assim que nem mesmo Honneth (2015) pressuporia que as crianças necessitam do reconhecimento institucional do Estado para se sentirem efetivamente reconhecidas, como sustenta *Justice Kennedy*.

O voto ainda contém um conjunto de discursos implícitos que essencializam a identidade *gay*, inviabilizando a paridade de participação de casais homossexuais não casados. Diante disso, sustenta-se uma reflexão não superficial sobre o caráter patriarcal do matrimônio, revelando que o argumento da igualdade formal em direção ao reconhecimento do casamento *gay*, embora seja um passo importante nessa caminhada, é insuscetível de desestabilizar a concepção assimétrica intrínseca ao matrimônio. Sem mudanças na estrutura profunda da instituição do casamento, ele continuará patriarcal e excludente, mesmo com a sua legalização entre pessoas do mesmo sexo.

Barker (2013) reflete, em seu livro, sobre duas formas de relacionamento que continuariam a ser excluídas do reconhecimento: o poliamor e a não monogamia. Informa que isso iria ocorrer tendo em vista que o casamento apenas se legitima quando composto por um casal e diz que os tipos de relacionamento tornar-se-iam ainda mais marginalizados. Seu objetivo, ao realizar tal análise, não é o de avaliar a possibilidade de inclusão de tais formas de relacionamentos dentro da instituição do casamento, mas apenas de efetuar a apreciação de formas alternativas de relacionamentos.

Destarte, a transgressão ou a subversão das estruturas do casamento do mesmo sexo pode se dar através da ideia de remédio transformativo de Fraser. Fundamentando-se nos ideais de Fraser, Barker (2013) sinaliza que é no âmbito do casamento *gay*, em que são necessárias soluções no nível de redistribuição e de reconhecimento. Dito isso, “[...] supondo que o reconhecimento pode ser transformador, eu questionaria se o reconhecimento transformador combinado com redistribuição afirmativa pode ser um remédio suficientemente radical ou progressivo.” (BARKER, 2013, p. 195).

Com vistas a encerrar a discussão que se desvela, tem-se que, na visão da crítica feminista, o reconhecimento é sempre parcial da gama de relacionamentos compostos dentro da comunidade *gay* e lésbica, vendo como de grande importância a redistribuição como parte da política do reconhecimento. (BARKER, 2013).

Como já se expôs, diversas são as críticas ao casamento homossexual pela lente feminista, compreendendo-se os argumentos para tanto, mas entendendo-se também que o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo era um passo necessário - e a lei foi imprescindível para isso - mas insuficiente para a reflexão mais aprofundada acerca dos problemas que o reconhecimento implica.

Em síntese, o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo limita a estrutura do casamento homossexual ao modelo tradicional de casamento, excluindo algumas

formas de relacionamentos. Por meio de uma postura otimista, entende-se como plenamente possível a transgressão das estruturas do regime de casamento através dele mesmo.

4.4. A ADI-DF 4.277/ADPF-RJ 132 e a Resolução 175 do CNJ

Após anos de luta pelo reconhecimento do casamento *gay*, começaram a surgir sinais de que havia esperança para a efetivação da igualdade entre os direitos das minorias *gays* e dos casais heterossexuais. Os casais homossexuais ainda constituem uma minoria sexual estigmatizada que vem enfrentando obstáculos no processo político majoritário, tanto no que se refere ao casamento civil igualitário, como no que tange à criminalização da homofobia. Porém, no ano de 2011, o STF deu um passo proveitoso, decidindo pela possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo no julgamento da ADI 4277-DF.

A ADPF 132-RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, perdeu parcialmente o seu objeto e foi recebida, na parte remanescente, como ADI, julgada em conjunto com a ADI 4277-DF, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Consagrou-se o pluralismo como valor sociopolítico cultural, e a liberdade para dispor da própria sexualidade inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo. Nessa decisão, decidiu-se ainda que o art. 1723 do Código Civil Brasileiro - que trata da união estável - fosse aplicado em consonância ao parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, de forma que os casais homossexuais teriam a possibilidade de constituírem formalmente a união estável.

Propugna-se, assim, neste momento do presente trabalho, analisar objetivamente o que foi decidido pelo SFT em sede de ADIN 4.277-DF e na ADPF 132-RJ, as quais serão verificadas de forma mais profunda no próximo capítulo. Intenta-se também averiguar em que consiste a Resolução 175 do CNJ, criada após certo período de tal decisão. Portanto, tem-se que, no ano de 2011, o Brasil deu um grande passo rumo à igualdade. Através da decisão unânime do STF, em sede de ADIN sob nº 4.277-DF e ADPF sob nº 132-RJ, reconheceu-se a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que possibilitou, mais tarde, sua conversão em casamento civil. Por meio de tal decisão histórica, os casais homossexuais puderam ter sua união reconhecida perante o Estado e a sociedade, ganhando plena visibilidade e direitos garantidos legalmente.

Na decisão, compreendeu-se que o art. 226, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) não proíbe a união entre pessoas do mesmo sexo, mas envolve apenas um dispositivo

exemplificativo que, com o uso da analogia, pode estender-se mesmo que sua redação continue a mesma, como foi o caso em concreto. Unindo a questão com o debate que se explanou, considera-se que, apesar de a decisão não ser um remédio transformativo - como pensado por Fraser - e apesar de não modificar a base da estrutura - feita a partir do casamento heterossexual - e ainda excluir certas formas de união, representou um passo necessário e importante para o reconhecimento legal de tal minoria sexual. E foi, ainda, um reflexo da grande evolução do Poder Judiciário, que enfrentou dificuldades em prol dos direitos de reconhecimento de casais homossexuais. Porém, calha lembrar que ainda há muito a fazer, em termos de reconhecimento.

E apesar de os projetos de lei sobre a temática estarem em tramitação no Congresso Nacional, nunca foram levados à votação. Assim, diante da inefetividade do Legislativo - o que é fortemente influenciado pela bancada evangélica - procedeu-se a busca pela efetivação desse reconhecimento através do Poder Judiciário. Nisso, a omissão legislativa na efetivação dos direitos de casais homossexuais legitimou tanto a decisão do STF no julgamento da ADI 4277-DF em 2011, quanto a edição da Resolução 175 do CNJ em maio de 2013.

Nessa perspectiva, a Resolução 175 do CNJ dispõe sobre a habilitação, a celebração de casamento civil ou a 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 supracitados.

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, alega-se que o CNJ não usurpou competência legislativa, dado que apenas resguardou a isonomia prevista no art. 5º, caput da Constituição Federal (BRASIL, 1988), atuando no âmbito de sua competência regulamentar atribuída pela Emenda Constitucional nº 45. Com isso, buscou-se validar plena e efetiva aplicação do direito ao casamento a casais homossexuais, resguardando-se o direito da conversão da união estável em casamento civil - tudo em razão de um Judiciário ativo que é o guardião da Constituição e o defensor dos direitos humanos - pois por meio de tal decisão corrigiu-se um déficit de representação no processo político das minorias sexuais.

5 O JULGAMENTO DA ADIN 4.277/ADPF 132: UMA ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA DO CONFLITO

Tenciona-se agora compreender a temática da efetivação dos direitos dos casais homossexuais no julgamento da ADI 4277-DF, para que se possa refletir criticamente sobre um conjunto de discursos implícitos às estratégias argumentativas nos votos dos Ministros. Nessa perspectiva, a decisão foi vista como expressão ilegítima de ativismo judicial, posto que, 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 art. 226, § 3º da Constituição.

O Constitucionalismo deve dispor de instrumentos para impedir que sistemas eleitorais manipulem a vontade popular, ou ainda que plebiscitos inspirem resultados que consagrem concepções assimétricas de mundo, que frequentemente violam direitos de grupos vulneráveis, descaracterizando o uso público da razão. A tirania majoritária é incompatível com as premissas dos teóricos da democracia constitucional ou dos defensores de um Constitucionalismo Democrático.

Como já se afirmou, o movimento do Constitucionalismo Democrático sintetiza uma forma dialógica de judicialização que presume uma relação dialética: enquanto os movimentos sociais influenciam os tribunais com suas reivindicações, os tribunais impulsionam os ramos do Poder Público com valores constitucionais emancipatórios. A Constituição pode promover lealdade, apesar do profundo desacordo moral acerca de seus dispositivos.

No Brasil, a atuação proeminente dos Tribunais tem sido criticada por parte da doutrina. Para Barroso (2012), o ativismo Judicial acaba por surgir quando se está diante da retração do Poder Legislativo, em que há certo descolamento entre a classe política e a sociedade, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Com efeito, a única saída visualizada para tal objetivo é a postura ativista dos Tribunais.

Entretanto, para os doutrinadores do reconhecimento, quando o ordenamento jurídico silencia ou permite a realização da violência e da injúria em relação às minorias estigmatizadas, seria precisamente esse silêncio (ou essa omissão) que deve ser eliminado pela efetivação dos direitos relacionados ao reconhecimento. (LOPES, 2011, p.35).

É premente também elucidar que tais estudiosos não defendem a legitimidade de qualquer forma de protagonismo judicial. Tendo em vista a distinção já estabelecida entre ativismo judicial e judicialização, postula-se a possibilidade de mecanismos dialógicos de

judicialização e propugna-se que estes podem ser considerados como legítimos quando pautados por critérios e por parâmetros que o legitimem.

Segundo Souza Neto e Sarmento (2015), faz-se fundamental estabelecer parâmetros que devem ser utilizados para calibrar o grau de protagonismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. O primeiro aspecto a ser verificado é “o grau de legitimidade democrática do ato normativo.” Trata-se da verificação da efetiva participação popular na criação do ato normativo.

Quanto maior a intensidade da participação democrática, mais minimalista e autocontido deve ser o STF. O segundo parâmetro elencado por Souza Neto e Sarmento é a investigação relativa aos pressupostos indispensáveis ao funcionamento da democracia. Sob esse prisma, “[...] o Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas por grupos detentores do poder político.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 103-104).

Um terceiro parâmetro apontado por Souza Neto e Sarmento (2015) é a defesa de direitos materialmente fundamentais. De acordo com os doutrinadores, o discurso dos direitos fundamentais pode ser apropriado como estratégia ou como escudo - utilizados pelas elites para bloquear avanços no campo da política democrática. Daí porque se compartilha nesta dissertação com os estudiosos a premissa de que o Judiciário proeminente deve voltar-se precisamente e especificamente para direitos materialmente fundamentais: garantias das condições básicas da vida (mínimo existencial) e proteção das liberdades existenciais. Em relação das últimas - as liberdades existenciais - a postura proeminente e maximalista do STF deve representar mecanismo de proteção do indivíduo em face das investidas perfeccionistas e paternalistas da sociedade e do Estado.

O quarto parâmetro fundamental assinalado é a comparação das capacidades institucionais do STF e do órgão que elaborou o ato normativo questionado. Nas palavras dos teóricos, “[...] é recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do direito.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 108). De fato, os Ministros do STF não são peritos em economia e tal pressuposto não deve ser minimizado, sob a pena de surgirem decisões com resultados equivocados.

Um quinto parâmetro envolve a época de edição do ato normativo. Nesse ponto de vista, “Normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam da presunção de constitucionalidade equiparadas àquelas elaboradas posteriormente.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 110). O sexto parâmetro - a inconsistência temporal - reflete a

tendência humana de sobrevalorizar interesses de curto prazo. Os pensadores, em passagem elucidativa, denotam que:

A jurisdição constitucional pode funcionar como instrumento de compensação desse déficit de racionalidade da ação coletiva orientadas pela política majoritária. A posição institucional dos juízes constitucionais, que não dependem do sucesso eleitoral para se manterem em seus cargos, facilita o desempenho do papel jurisdicional de guardião de valores e interesses de longo prazo, diminuindo o risco de que a lógica da política majoritária sacrifique em demasia o futuro, em favor de interesses mais imediatos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 111).

Indubitavelmente, o principal parâmetro especificado relaciona-se com a legitimação da postura maximalista no STF na proteção de grupos vulneráveis. Nessa ótica, “O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados ou desprezados em outras esferas.” (SOUZA NETO, SARMENTO, 2015, p. 104). Por exemplo, no caso de minorias sexuais, no momento da decisão da ADI em questão, existiam diversos projetos de leis para reconhecer a possibilidade do casamento *gay*, contudo sem aprovação em face do déficit de representação dos grupos no processo político majoritário. Inclusive, a grande maioria da sociedade - à exceção dos movimentos religiosos - já contemplava um pensamento consolidado em favor da união homoafetiva. A posição não era tão controvertida quanto o julgamento pela Suprema Corte norte-americana em *Roe v. Wade*, nos EUA, por exemplo.

À vista disso, nos dizeres de Roger Raupp Rios, “[...] essa situação configura discriminação por motivo de sexo, explicitamente proibida na Constituição” (RIOS, 2011, p. 93), uma vez que proteger o casamento heterossexual e negar qualquer proteção ao casamento *gay* é consequência de um direito discriminatório, que viola os preceitos constantes na Constituição Federal de 1988. Após a decisão do STF, os doutrinadores, a sociedade acadêmica, os cidadãos - todos, enfim - começaram a se questionar acerca de como seria a regulamentação desta união e se aquele era órgão competente para ter realizado tal julgamento, que teria sido reflexo de um suposto ativismo, porquanto a via correta seria pelo Poder Legislativo. Para tanto, questiona-se:

O Poder Judiciário está extrapolando suas atribuições ao reconhecer essas uniões? Não seria mais democrático aguardar a deliberação do Congresso Nacional, composto por deputados e senadores eleitos para tratar de temas polêmicos como este? (RIOS, 2011, p. 98).

Outrossim, como assevera Roger Raupp Rios (2011, p. 98-99), “[...] via de regra, os parlamentos, cujos membros são eleitos pela maioria eleitoral, refletem a opinião e os preconceitos de quem os elegeu.” Logo, no momento da decisão do STF, a questão da união homoafetiva já era largamente discutida pela sociedade, com diversos projetos de lei em tramitação para sua legalização¹⁰. Ademais, o movimento *gay* era atuante, porém, com a ausência de votação de algum dos projetos, não havia perspectiva de legalização da união das pessoas do mesmo sexo.

Acerca da competência do Poder Judiciário para tomar tal decisão, suscitam-se algumas considerações. No que se refere ao art. 226, §3º, quando estabelece a expressão *homem e mulher*, não está havendo, em conformidade com a melhor doutrina favorável à decisão, qualquer restrição ao reconhecimento da união homoafetiva, podendo-se usar a analogia. Na linha de pensamento do jurista Luis Roberto Barroso (2012, p. 09), a morosidade do Poder Legislativo e a consequente expansão do Poder Judiciário partem da pressuposição de que

[...] uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Assim, quando ausentes as condições que determinem o valor epistêmico da deliberação democrática, é dever do STF efetivar direitos fundamentais de minorias estigmatizadas contra excessos das maiorias parlamentares - precisamente, quando grupos vulneráveis tornam-se alvo de discriminação e de preconceito.

Appio (2008, p. 321) considera que quando o processo democrático funciona perfeitamente, deve-se dar deferência aos demais ramos do governo. Portanto, o protagonismo judicial apenas se legitimaria em circunstâncias específicas. Nesta parte do presente trabalho, a premissa é esta: minorias sexuais não são tratadas em igualdade de condições no âmbito do processo democrático, e por isso é que o ativismo se faz legítimo. Em consonância com Bunchaft (2010, p. 152),

[...] a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”.

¹⁰ PL 1.151/95 de Marta Suplicy, cujo objetivo visa disciplinar a união estável e, PL 2.252/01, de Roberto Jefferson, apresentado após as discussões sobre o primeiro PL citado, a fim de criar o Pacto Solidariedade entre as pessoas. Fonte: Câmara Federal.

Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”.

Nesse panorama, o Judiciário poderia resgatar princípios constitucionais de abertura argumentativa cujo sentido moral e interpretação se inspiram pela atuação dinâmica dos movimentos sociais. Pontualmente, a presente dissertação sustenta que a leitura moral da Constituição não parte de pressupostos monológicos decorrentes de um juiz *Hércules*, mas de premissas dialógicas que têm em vista a interação entre Judiciário e movimentos sociais. Portanto, não defende-se um ativismo judicial nocivo à democracia, mas propugna-se processos dialógicos de judicialização que se efetivam por meio do *Constitucionalismo Democrático*. A leitura moral da Constituição assume forma crítica, renovando-se com a atuação desses grupos e alcançando a dimensão argumentativo-reflexiva. Dessa feita, o objetivo é romper preconceitos sociais e assimetrias e promover a adesão emotiva da sociedade ao ideário da Constituição.

Já Sarmento, outro defensor das minorias estigmatizadas, corrobora com a visão aqui explanada e afirma:

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar a mercê da vontade ou da inércia das majorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias. (SARMENTO, 2010, p. 123).

Conclui-se que quando se toma “[...] a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento”, reconhece-se que, em determinados casos (como o das minorias sexuais) o Poder Judiciário pode - e deve - configurar a “vanguarda da sociedade”, efetivando direitos de grupos vulneráveis e sem voz no processo político majoritário, mesmo que tal perspectiva demande a resolução de questões morais ainda controvertidas. (BUNCHAFT, 2014, p. 153). No que tange ao mencionado déficit de representação, Appio (2008, p. 320) ressalta que

As minorias tradicionalmente não têm uma representação política adequada, seja por conta de fatores de natureza econômica – como a própria pobreza que acompanha algumas categorias de pessoas – seja por obra do próprio estigma que a diferença induz. Somente por meio de uma proteção preferencial terão as mesmas oportunidades de participar do debate político e usufruir dos beneficiários comunitários a serem compartilhados em uma sociedade próspera.

Ou seja, os argumentos dos estudiosos favoráveis à decisão do STF pressupõem um *Constitucionalismo Democrático* contraposto à descaracterização do uso público da razão em sede legislativa inspirada por maiorias religiosas e conservadoras, que primam pela manutenção do conceito tradicional de família e que consideram a pessoa homossexual como doente, dentre outros argumentos baseados na procriação para qual o casamento teria sido criado. De tal modo, “[...] a proposição jurídica que reconhece e determina a extensão dos institutos da união estável e da família às uniões homossexuais pode ser considerada como juridicamente correta e fundamentada” (LEIVAS, 2011, p. 68), haja vista que apenas reconhece o direito a uma minoria social que foi (desde sempre) excluída do processo político, conforme já relatado.

Na perspectiva de Lopes (2011, p. 44),

O reconhecimento consiste na afirmação e na valorização positiva de certas identidades. O direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um direito em primeiro lugar, e precisará traduzir-se em esforços públicos – estatais e não estatais – que retirem de um grupo estigmatizado as consequências jurídicas de um estigma social.

Por conseguinte, se há déficit de representação de grupos estigmatizados no processo deliberativo, cabe ao STF - enquanto instância contramajoritária - efetivar os direitos desses segmentos vulneráveis contra o poder de atuação de maiorias políticas parlamentares. De fato, como leciona Luís Roberto Barroso, (2012, p. 19), “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes.” Para finalizar a discussão, Lopes (2011, p. 38) deslinda que na ordem democrática em que se vive, a discriminação sexual é juridicamente ilícita.

Em suma, sustenta-se que as formas dialógicas judicialização, expressas por meio de um *Constitucionalismo Democrático* - como a decisão do STF - seriam legítimas quando se está diante da inércia ou do desrespeito aos direitos de minorias nas instâncias políticas. Considera-se que nesse exercício jurisdicional realizado pelo STF que se iniciou o

reconhecimento de uma minoria, até então estigmatizada, a qual se pretende proteger da discriminação, assegurando-lhe a igualdade de participação no processo político.

5.1. Análise do conteúdo dos votos dos Ministros do STF à luz do Constitucionalismo Democrático e da teoria tridimensional de Fraser

Subsequentemente à breve exposição do direito ao reconhecimento, adentra-se na decisão do STF relativa à ADPF n. 132. Uma das questões que mais se discutiu em torno da decisão do STF é o conceito da ideia de família. Os Ministros Ayres Brito, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski - ainda que este último, de forma mais tímida - fizeram referência em seus votos às novas concepções de família da sociedade contemporânea. Portanto, nesse sentido, acabou-se por considerar a união homoafetiva como a constituição de uma família.

Não obstante o julgamento da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-DF não tenha expressamente resgatado o argumento da mutação constitucional, sustenta-se que tal estratégia argumentativa esteve implícita no julgamento - especialmente no voto do Ministro-Relator. A Constituição deve se adaptar à realidade social, sob pena de transformar-se em uma norma estática e engessada, juridicamente insensível às demandas dos movimentos sociais e da sociedade plural.

A mutação constitucional permite a modificação do sentido da norma constitucional à luz de mecanismos interpretativos, mantendo o texto íntegro. Segundo Dirley da Cunha Júnior, a mutação constitucional sintetiza um processo informal de alteração de “[...] sentidos, significados e alcances dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a realidade social.” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 257).

Para Gilmar Mendes (2010, p. 189), “[...] a mutação constitucional é um estado de incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro [...]”. Importa sublinhar que tal decisão no julgamento da ADPF 132-RJ pelo STF teve como substrato os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, fundamentando-se no argumento evolutivo da realidade social e na necessidade de a Carta acompanhar o desenvolvimento histórico-social da humanidade, o que fez com que a mutação se cristalizasse no julgamento de forma implícita, já que se baseou em uma “[...] nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade.” (MENDES, 2010, p. 306).

Nas ponderações de Mendes, “[...] a Constituição muda sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro.”

(MENDES, 2010, p. 306). Em suma, o art. 226 continua a mencionar *casamento entre homem e mulher*, no entanto a realidade é diversa, pois, em toda a história da humanidade, existiram - e existem - uniões homoafetivas. Após a decisão em questão, passou-se a admitir legalmente a união estável entre homossexuais, e com a Resolução 175 do CNJ, torna-se possível sua conversão em casamento civil.

Destarte, o voto do Ministro Carlos Ayres (BRASIL, 2011a) consagrou um conceito renovado de família, ampliando a concepção tradicional por meio da interpretação sistemática e da ênfase ao princípio da Unidade, que pretende interpretar a Constituição na sua totalidade. De fato, o artigo 226, § 3.º, foi interpretado pelo STF de maneira articulada com os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana: liberdade, legalidade, igualdade.

A decisão do STF, aplicando a técnica da interpretação em consonância com o art. 1723 do Código Civil de 2002, embora não tenha manifestado expressamente a tese da mutação constitucional, terminou por consagrá-la implicitamente, adequando o dispositivo constitucional e o diploma normativo supracitado às mudanças sociais. Em síntese, a interpretação conforme a Constituição foi utilizada como mecanismo interpretativo cujo efeito foi a mutação constitucional.

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 da instituição, como as monoparentais, as homoafetivas, dentre outras. O que se verifica é uma reviravolta naquele antigo conceito, o que vem a requerer, do Direito, novos posicionamentos.

A Constituição Federal, o Direito Civil e as demais normas foram criados para atender ao conceito tradicional de família, embora hoje já não sejam suficientes para acolher as novas demandas que surgem. Portanto, insta a ruptura com as concepções assimétricas de mundo - o que paulatinamente vem ocorrendo. A partir dessas transformações, o Direito vai se moldando à nova dinâmica social apresentada, atendendo ao pluralismo que marca a sociedade. Para finalizar a discussão, tem-se que, na ordem democrática em que se vive, a discriminação sexual é juridicamente ilícita. (LOPES, 2011).

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 com a edição da Resolução 175 do CNJ. A omissão legislativa na efetivação dos direitos de casais homossexuais legitimou tanto a decisão do STF no julgamento da ADI 4277-DF em 2011, quanto à edição da Resolução 175 do CNJ, a qual 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 elencados.

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 (BRASIL, 1988), atuando no âmbito de sua competência regulamentar atribuída pela Emenda Constitucional nº 45.

Portanto, o direito ao reconhecimento objetiva abolir formas institucionalizadas de discriminação social, pois quando se negam direitos iguais aos homossexuais, reforçam-se preconceitos, assimetrias e violências contra estes. Nesse ponto, a presente dissertação sustenta que o papel do Judiciário é funcionar como instância de reflexão crítica, não para manter o *ethos* social ou a moralidade majoritária, mas para reconstruir práticas sociais vigentes. Uma das questões que mais se discutiu em torno do julgamento do STF na ADI 4277-DF foi o conceito da ideia de família. Como dito, os Ministros Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski referiram em seus respectivos votos as novas concepções de família da sociedade contemporânea, acabando 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. Convém mencionar que a estrutura sexual binária 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, 2011b).

Dessa feita, o Ministro Gilmar Mendes limitou-se a reconhecer a existência dessa união pelo mecanismo da analogia ou, na falta de outra possibilidade, pela interpretação extensiva da cláusula do art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Consagrou ainda 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, 2011b).

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, ponderou que as uniões homoafetivas em nada se diferenciam das uniões estáveis heterossexuais, concebendo-as como entidades familiares simétricas. Portanto, estariam incluídas no conceito constitucional de família, porquanto qualquer distinção entre uniões homossexuais e heterossexuais violaria a isonomia. Resgatou também a ideia de *política de reconhecimento*, por “admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra.” (BRASIL, 2011c, p. 70).

Por fim, o Ministro Luiz Fux suscitou a temática da segurança jurídica, a qual seria inspirada pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, afastando incertezas e gerando previsibilidade. Assim como o Ministro-Relator, entendeu que não haveria impedimento à equiparação em razão do dispositivo literal *homem e mulher*. Na sua interpretação, o dispositivo foi inserido para conferir proteção constitucional às uniões estáveis, para retirá-las da marginalidade e para incluí-las no conceito de família. Em síntese, sua estratégia argumentativa contribuiu para eliminar a subordinação de status dos casais homoafetivos. (BRASIL, 2011c).

A Ministra Carmem Lúcia acompanhou o voto dos Ministros Carlos Ayres de Brito e Luiz Fux, realçando que “[...] todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometem com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito”. (BRASIL, 2011d, p. 90).

O Ministro Joaquim Barbosa, a seu turno, julgou procedentes as duas ações constitucionais, mas divergiu da estratégia argumentativa dos outros Ministros. Resgatando a doutrina anglo-saxônica, postulou que o fundamento constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas, em vez de se situar no art. 226, parágrafo 3º, localiza-se em todos os dispositivos da Constituição que tratam dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2011e).

A Ministra Ellen Gracie acompanhou integralmente o voto do Ministro-Relator, tematizando a evolução dos direitos dos homossexuais e explicitando a trajetória de efetivação de seus direitos desde a descriminalização da sodomia até o reconhecimento das famílias homoafetivas na Espanha, em Portugal e na Argentina. Resgatou o caminho de consagração de direitos e de reconhecimento do casamento civil homoafetivo nos processos judiciais de países como Canadá e África do Sul. (BRASIL, 2011f).

Sob esse prisma, os votos de Ellen Gracie, de Celso Mello e de Marco Aurelio contêm um conjunto de discursos implícitos que afirmam o paradigma da autorrealização, desvinculando-se da ideia democrática de paridade de participação delineada por Fraser. Nessa perspectiva, contrapondo-se às formas de discriminação e de preconceito, enfatizou

Ellen Gracie que “[...] uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes.” (BRASIL, 2011f, p. 1).

Fraser (2007) registra que, ao interpretar o não reconhecimento como uma depreciação à identidade, o modelo de Honneth destaca a estrutura psíquica, minimizando as instituições sociais e a interação social. Em verdade, uma sociedade justa - vale aqui dizer - é aquela em que os homossexuais não sofrem subordinação social no sentido de não serem impedidos de participar como pares na vida social.

Por sua vez, Celso Mello defende a relevância dos princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade e do princípio constitucional implícito que consagra o direito à *busca da felicidade*, ao raciocinar que

[...] esta decisão que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia a dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório [...].(BRASIL, 2011, g, p. 228.).

Os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Lewandowski também fizeram referência à concepção de *busca da felicidade*. Ayres Brito fez referência à ideia de “*aplainar o caminho da felicidade*”. Ao invocar a *busca da felicidade*, minimiza-se que inexistente uma única concepção de vida boa que seja universalmente compartilhada. Assim, “[...] qualquer tentativa de justificar as reivindicações por reconhecimento que recorra a um relato de vida boa, deve, necessariamente, ser sectária.” (FRASER, 2007, p. 121).

Com a mesma argumentatividade implícita, o Ministro Marco Aurélio também invocou julgado das Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à proteção jurídica do projeto de vida, que integraria o núcleo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Considerou como núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a proibição à instrumentalização. Sob esse prisma, ao afirmar ser papel do Estado auxiliar os indivíduos para a realização dos respectivos projetos de vida, se afasta de uma perspectiva deontológica e consagra a ideia de liberdade social.

Como já salientado, para Honneth (2015), o papel da justiça é efetivar os pressupostos legais, políticos e sociais para a autorrealização individual. A liberdade dos casais homossexuais se concretiza no interior de práticas institucionalizadas que orientam seus objetivos.

A estratégia argumentativa dos Ministros Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso Mello é teleológica e suscetível a críticas, porquanto cria espaço para que surjam argumentos contrários invocando também a vulnerabilidade moral de grupos religiosos fundamentalistas. Diferentemente, o modelo de status defendido por Fraser recorre a uma concepção de justiça que deve ser aceita por indivíduos com diferentes concepções de vida boa.

Em suma, reitera-se que a ausência de inexpressividade ou de voz - a que se refere Honneth, em sua apologia do sofrimento pré-político - não evidencia alcance teórico para legitimar as formas de Constitucionalismo Democrático e nem para desestabilizar o binarismo sexual. Em relação ao argumento da laicidade do Estado, o Ministro Marco Aurélio elegeu a necessidade de separação entre conceitos morais religiosos e a outorga de direitos civis. É clara a assertiva do Ministro:

As garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado aos direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. (BRASIL, 2011, h, p. 205).

Embora o Brasil seja um país laico, o fundamentalismo religioso perpassa os avanços dos direitos dos casais homoafetivos, especificamente nas tramitações de projetos normativos. Nesse cenário, é fundamental a integração do conceito de Constitucionalismo Democrático-paritário capaz de superar o fundamentalismo religioso que se opõe às Conquistas do Movimento LGBT, rompendo com concepções assimétricas de mundo. Ademais, como se deseja demonstrar, é essencial também a presença de um Judiciário comprometido com as demandas radicais de uma esfera pública transnacional em um contexto pós-Westfaliano.

Os Ministros Celso Mello e Luiz Fux, pressupondo o art. 226, parágrafo 3º como norma de inclusão, consideraram a união estável homoafetiva como entidade familiar. Nas palavras de Fux, “[...] seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório, interpretação restritiva a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas” (BRASIL, 2011d). Fux votou pela procedência das duas ações, com a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição ao 1723.

De outro lado, as posturas dos Ministros Marco Aurélio, Celso Mello e Luiz Fux se coadunam com uma perspectiva que assume a centralidade do papel contramajoritário do STF

na efetivação de direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Sob esse aspecto, Celso Mello afirmou o papel contramajoritário do STF, enquanto instância investida de capacidade institucional e do poder voltado para a proteção dos direitos das minorias contra excessos dos grupos majoritários ou diante de omissões das maiorias que sejam “[...] lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.” (BRASIL, 2011g, p. 238). Por sua vez, Marco Aurelio defendeu a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas, não se configurando um “[...] transbordamento dos limites da atividade jurisdicional”. (BRASIL, 2011h, p. 202).

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, enfatizou que a união homoafetiva não constitui união estável - que impõe gêneros diferentes - mas a forma distinta de entidade familiar não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). Com isso, 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 estáveis, excluindo-se aquelas que exijam diversidade de sexo para seu exercício até que o Congresso Nacional estabeleça tratamento legislativo. (BRASIL, 2011i).

Nessa perspectiva, sustenta-se que Lewandowski embora tenha julgado procedentes as ações, não apenas consagrou o binarismo sexual nocivo à paridade de participação, mas relegou as uniões homoafetivas a um limbo jurídico, incompatível com as premissas do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel e com a proposta de Fraser.

E, indubitavelmente, tal estratégia argumentativa ainda consagrou a subordinação de status que inviabilizava o reconhecimento dos casais homoafetivos como parceiros plenos nas interações sociais. Ora, o conceito de família não poderia ser interpretado de forma estática pelo Poder Judiciário, que deve estar aberto aos influxos hermenêuticos da sociedade civil e dos movimentos sociais.

Nessa perspectiva, o conceito de família foi interpretado em uma perspectiva originalista, preservando-se o sentido original da ideia de família. Não obstante, assumindo a perspectiva de Post e Siegel (2006), compreende-se que a ideia central dos originalistas é a de que a autenticidade constitucional faz sentido efetivo no presente. Sob a perspectiva crítica, os defensores do Constitucionalismo democrático argumentam que a reconstrução ativa do passado “[...] é simplesmente incompatível com a autoridade democrática do acordo, tal como concebido pela jurisprudência do originalismo.” (POST; SIEGEL, 2006, p. 560).

No que se refere à estratégia argumentativa da permanência da Constituição, “[...] a prática política do originalismo procura mudar o significado da Constituição ao mobilizar

energia política necessária para limitar os precedentes da Corte Warren e alinhá-los à visão conservadora da política americana.” (POST; SIEGEL, 2006, p. 560). O mesmo ocorre no Brasil, quando constitucionalistas conservadores supostamente mantendo o sentido original do conceito de família previsto no art. 226, alteram o significado da Constituição para torná-la compatível com concepções assimétricas defendidas por maiorias parlamentares religiosas.

Nas ponderações de Post e Siegel (2006), a forte ênfase dos originalistas contemporâneos na proteção da família tradicional é efetivada sem qualquer justificativa presente no texto constitucional. Os Constitucionalistas de *Yale* (2006, p. 560) arrematam que “[...] a jurisprudência e prática do originalismo são coerentes apenas quando se presume que os originalistas têm se mobilizado politicamente de maneira a preservar o texto fixo da Constituição em um Estado inalterável.”

Post e Siegel (2006, p. 549) também afirmam a importância da necessidade de diferenciar “[...] a jurisprudência do originalismo da prática política do originalismo.” Propugna-se que tal perspectiva se mostra relevante na análise do cenário nacional, pois enquanto a doutrina constitucional analisa a prática do Originalismo apenas como jurisprudência, os teóricos investigarão a centralidade das formas sociais do originalismo como prática política, inspirando a interpretação renovada desse fenômeno. Entretanto, determinadas formas de Originalismo e de Minimalismo Judicial - como pretende-se demonstrar - podem trazer como efeitos práticos a subordinação de status, estabelecendo mecanismos institucionais que inviabilizam a paridade de participação.

5.2. A QUESTÃO DO *BACKLASH*

Na reflexão sobre a origem da lógica da polarização decorrente da decisão na ADI 4277, percebe-se que seu início ocorre em período anterior - especificamente na discussão da constitucionalidade da criminalização da homofobia. Desde que começou a ser objeto de debate no Senado, o PLC 122/06 (recentemente arquivado) inspirou diversas críticas por parte de grupos religiosos fundamentalistas que, através de doutrinas abrangentes de inspiração religiosa, descaracterizavam o uso público da razão e o potencial racionalizador do debate estabelecido no Legislativo.

Portanto, ao efetuar uma investigação histórica sobre as origens do refluxo contra a efetivação dos direitos de minorias gays, pode-se constatar que é anterior ao julgamento da ADI 4277 e remonta à própria discussão sobre a constitucionalidade do PLC 122/06. O projeto alterava a Lei Federal nº 7.716/89 e pretendia criminalizar a homofobia, gerando

protestos já no ano de 2008, quando uma manifestação em defesa da liberdade religiosa foi liderada por frentes parlamentares de Defesa da Família e Apoio à Vida. A proposição normativa se sujeitou a múltiplas alterações que desconfiguraram seu objeto até ser arquivada no Senado.

Nesse âmbito, abordam-se algumas hipóteses de *backlash* à decisão da ADI-DF 4.277/ADPF-RJ 132, com o propósito de verificar se este já vinha sendo construído antes de tal decisão do STF ou se o único fator para seu aparecimento é ela própria. De fato, o *backlash*, embora tenha se configurado em momento anterior, também se desenvolveu após a decisão do STF na ADI 4277-DF.

Um mês após a decisão, apresenta-se o PDC 234/2011 - vulgarmente conhecido como o Projeto da Cura *Gay*. De autoria do Deputado João Campos (PSDB/GO), visava “[...] sustar a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99 de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.”

A Resolução dispõe em seus dispositivos os seguintes enunciados:

*“Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. **Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.***

***Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.”**¹¹*

Em resumo, o intuito era possibilitar aos profissionais de Psicologia atuar em tratamentos de cura da homossexualidade - daí o nome popular do projeto: *Cura Gay*. Com sua aprovação, o Psicólogo teria liberdade de atuação em casos que envolvessem a orientação sexual de seu paciente, podendo até mesmo pronunciar-se publicamente sobre o caso. Todavia, o projeto acabou por inspirar um grande movimento contrário, porquanto a sociedade civil e os movimentos LGBT pronunciaram-se em oposição.

Não obstante, o Deputado Marcos Feliciano (Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias) aprovou o projeto em dezoito de Junho de 2011, e para surpresa de

¹¹ Resolução nº 001/99 do Conselho Federal de Psicologia, que estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.

muitos, no dia dois de Julho de 2011, o autor do projeto requereu a retirada de sua tramitação. Segundo o Deputado João Campos, a posição foi justificada por uma nota de seu Partido em que afirmava ser contrário ao Projeto - razão pela qual a aprovação deste tornou-se inviável. Consequentemente, o projeto foi arquivado.

Ainda dois dias após o arquivamento do projeto, foi lançada nova proposta normativa com o mesmo intento, a qual fora indeferida, já que não poderia ser objeto de nova proposição um novo projeto com a mesma matéria de outro arquivado, na mesma Sessão Legislativa. Dito isso, com a breve explanação acerca do PDC 234/2011, nota-se que configurou um refluxo à decisão da união homoafetiva, posto que surgiu subsequentemente. Com efeito, percebe-se que o projeto buscou mascarar a busca pela cura *gay* com um discurso com vistas a atribuir maior liberdade aos profissionais da Psicologia.

O *backlash* também se fez presente neste âmbito, quando o Partido Social Cristão (PSC) impetrou a ADI 4.966, sustentando a inconstitucionalidade da Resolução 175 do CNJ, sob a justificativa de que o CNJ teria extrapolado a competência constitucional do legislativo ao produzir tal disposição. A alegação também foi no sentido de que a decisão da ADI 4.277 apenas reconhecia a união estável, e não tratava do casamento civil. Diversas entidades apresentaram *amicus curie* em contraposição à ADI 4.966, tais como o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), dentre outros. A ação ainda não foi levada a julgamento, e seu relator é o Ministro Gilmar Mendes.

Nessa esteira, a grande questão a ser problematizada é a legitimidade da criação da Resolução pelo CNJ. Contudo, com toda a análise construída até aqui, compreende-se difícil ser contra tal fato, haja vista que as minorias sexuais encontram-se desamparadas perante o Poder Legislativo, sendo necessário suprir a ausência de valor epistêmico do debate estabelecido em sede legislativa no âmbito do Judiciário. Assim, afirma-se a constitucionalidade de tal Resolução do CNJ.

Em verdade, o que se identifica após o exposto é que o fenômeno do refluxo/*backlash* começou a ser delineado anteriormente à decisão da ADI 4277-DF, originando-se no debate sobre a constitucionalidade do PLC 122/2006. No ano de 2008, com os protestos em defesa da liberdade religiosa organizados por frentes parlamentares de Defesa da Família e Apoio à Vida, o PLC 122/2006 - que passou por diversas modificações e desconfigurações, como visto em parte específica sobre a homofobia (Capítulo 3 desta dissertação) - acabou arquivado no Senado, diante da reação da bancada evangélica. Averiguando-se as origens do arquivamento, presencia-se uma multiplicidade de fatores que não são consequência somente

do processo de judicialização inspirado pelo STF, mas que se suscitam também pela disputa de atores políticos na busca por eleitores.

Isso se evidenciou nos debates políticos ocorridos nas eleições de 2014, quando a candidata à Presidência da República Marina Silva retirou a proposta de criminalização da homofobia do seu programa de governo. Por sua vez, a Presidente da República Dilma Rousseff - então candidata à reeleição na mesma época - aproveitou a oportunidade para assumir posicionamento positivo sobre o assunto. No entanto, a orientação que o Planalto estabeleceu para os partidos aliados assumiu a estratégia de não incitar a votação do projeto, com o objetivo de prevenir o conflito com evangélicos. Consequentemente, o PLC 122/2006 foi arquivado.

Ainda no que diz respeito ao *refluxo social*, surgiram outras expressões de *backlash*, não apenas em decorrência da judicialização suscitada pelo STF, mas também como reflexo de uma estratégia de governabilidade delineada pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Com a pretensão de atenuar pressões de parlamentares religiosos, ocorre o veto da Presidente Dilma ao projeto pedagógico *Escola sem Homofobia*, preconizando que, no referido Governo, deveria se evitar propaganda de opção sexual, o que tornou mais complicada a relação com o Movimento LGBT, porquanto a Presidenta se posicionara positivamente em relação ao programa educacional e, posteriormente, retrocedeu.

Embora interprete-se que as decisões na ADI 4277-DF e da ADPF 132-RJ tenham repercutido no fato, defende-se que isso não representou o único fator que motivou o veto da Presidente, o qual foi suscitado também por um acordo realizado entre governo e parlamentares da bancada religiosa, tencionando que a própria não apoiasse a convocação do então Ministro Antonio Palocci para prestar esclarecimentos ao Congresso em relação às contas de sua empresa de consultoria.

Feita a análise de tais expressões de *backlash* no cenário político brasileiro, afirma-se a pertinência das pressuposições de Greenhouse e Siegel (2013), que teorizam que, por meio da interpretação minuciosa acerca da história norte-americana, não é possível evitar o refluxo com o impedimento de decisões ativistas das Cortes. O refluxo, em âmbito nacional, acerca de questões LGBT, já vinha sendo desenhado antes mesmo da decisão da ADI 4.277 e da ADPF 132, e apesar de algumas reações posteriores à decisão, estas não foram as únicas, visto que antes mesmo da decisão a temática da homossexualidade já gerava grande impasse político e social. Portanto, reitera-se que o refluxo já era anterior à decisão do STF.

A principal manifestação de *backlash* surge, entretanto, quando a Comissão Especial da Câmara aprovou o PL 6583/2013 o qual, segundo descreve o relatório do Deputado Diego

Garcia, conceitua família como o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher. No dia oito de outubro de 2015, os quatro destaques do substitutivo do Relator Diego Garcia foram rejeitados pela Comissão Especial. Conclui-se então que surgem diversas formas de refluxo social após o julgamento pelo STF, mas que tais reações não foram determinadas somente pela judicialização efetivada pela Corte, já que a discussão sobre as questões LGBT vem se desenrolando desde um período que precede a própria decisão. Portanto, o julgamento do STF não foi o único fator que ensejou o refluxo/*backlash* no cenário político e social brasileiro, no que concerne às minorias sexuais.

Outrossim, em consenso com Post e Greenhouse, o conflito é parte da vida política. Por sua vez, a judicialização desempenha papel fundamental na definição de uma comunidade política. (POST; SIEGEL, 2011, p. 2086). Ao ensejo, como postula Bunchaft, a defesa de uma perspectiva maximalista ou de uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, mas depende fundamentalmente das “[...] condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público.” (BUNCHAFT, 2014, p. 153).

A maior crítica ao Minimalismo Judicial é a de que não revela alcance teórico para potencializar direitos fundamentais de minorias sociais estigmatizadas. Assim, vê-se que a relevância do presente trabalho se perfaz no sentido de que, se o processo deliberativo não contempla as condições de abertura e de participação dos afetados, o Poder Judiciário assume legitimidade para atuar de forma proeminente na tutela de direitos fundamentais de grupos estigmatizados cujas pretensões normativas foram frustradas em via democrática.

Em síntese, em situações estratégicas em que minorias estigmatizadas foram - ou são - excluídas do processo democrático, e lhes é negada a paridade de participação na deliberação democrática, o Judiciário pode (e deve) simbolizar a vanguarda da sociedade, a fim de garantir seus direitos fundamentais, posto que os limites semânticos do texto constitucional não constituem óbice à utilização de outros mecanismos hermenêuticos, como a interpretação sistemática e teleológica e o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição.

5.3. Discursos implícitos na estratégia argumentativa pressuposta pelo voto do Ministro-Relator Carlos Ayres de Brito: Constitucionalismo fraternal e binarismo de gênero, uma crítica à luz do debate Honneth-Fraser

O Ministro-Relator Carlos Ayres de Brito, partindo de uma perspectiva maximalista,

ponderou que o tratamento discriminatório - ou preconceituoso - em razão do sexo dos seres humanos se contrapõe ao objetivo constitucional de promover o bem de todos. Enfatiza ainda 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, no entendimento do Ministro-Relator, estaria ligado à democracia substancialista baseada na respeitosa convivência dos contrários. (BRASIL, STF, 2011a).

Nesse ponto, o contato paritário entre as identidades - decorrente do pluralismo sociopolítico cultural e do *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.

Como já se salientou, Honneth, 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, ainda em *El derecho de la Libertad*, 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 da 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 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, STF, 2011).

Por meio de argumentos amplos e profundos, o Ministro-Relator depreendeu que a Constituição não vinculou a formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer

formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Interpretando o artigo 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, STF, 2011a).

Embora seu voto assuma conotação positiva e maximalista, ao afirmar 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, STF, 2011)

O Ministro-Relator deslinda 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, presume o sexo como “[...] conformação anátomo-fisiológica”, sendo biologicamente determinado. 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, 2011a). Fraser (2003), em sua crítica aos remédios afirmativos, assevera que, embora voltados a reparar a injustiça contra homossexuais na cultura contemplando a valorização da cultura LGBT, inspiram a reificação identitária, enquanto deixam intacto o código binário homem-mulher, hétero-homo (o que atribui sentido à relação).

É precisamente nesse sentido que aponta remédios transformativos conectados à pretensão de desconstrução, os quais modificariam a estrutura cultural subjacente, desestabilizando as diferenciações de grupo existentes, vinculados à *queer politics* - o que visa desconstruir a oposição homo-hétero, evitando a essencialização da identidade *gay*. A estratégia transformativa “[...] não é solidificar uma identidade *gay*, mas desconstruir a dicotomia hétero-homo a fim de desestabilizar todas as identidades sexuais.” (FRASER, 2001. p. 268)

Acerca da hipótese prevista em tal trabalho, pode-se aduzir que a perspectiva de Fraser é a mais adequada para trabalhar a temática da concretização dos direitos das minorias *gays* e

lésbicas no STF, pois contemplam grupos excluídos do processo político e que, aos poucos, vão ganhando reconhecimento e alcançando a paridade de participação proposta pela doutrinadora. Logo, ao analisarem-se os direitos das minorias sexuais, advoga-se que o direito ao reconhecimento de sua condição como parceira nas interações sociais é ponto crucial para a garantia de sua dignidade humana. Quando proferido pelo STF o julgado que reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, verificou-se o início de um longo processo de reconhecimento dessa minoria.

Com isso, compreende-se que Honneth e Fraser, apesar de trabalharem acerca da mesma temática (reconhecimento), tratam suas abordagens diferentemente: enquanto Honneth vê o reconhecimento como uma forma de autorrealização, Fraser pressupõe que se trata de uma questão de justiça social e que reflete uma dimensão tridimensional voltada para atingir a paridade de participação entre todos os membros da sociedade. Além do mais, Fraser trabalha o reconhecimento na melhor das perspectivas possíveis, já que o encara como uma questão unicamente de justiça social e sob o ponto de vista tridimensional, e não apenas como questão de autorrealização.

Fraser vai além: não trabalha com as práticas depreciatórias ou com o sofrimento inarticulado de que trata Honneth, 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. Diante dessa estrutura conceitual, são plenamente legítimas as decisões do STF nos julgamentos da ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ, que se revelam capazes de atribuir a paridade de participação a um grupo minoritário até então estigmatizado e com déficit de representação no processo político majoritário.

5.4. A desconstrução do binarismo: Constitucionalismo Democrático-paritário e contrapúblicos subalternos

Nesta etapa do estudo, questiona-se: pode-se interpretar que a ideia de reconstrução normativa teria alcance teórico para desconstruir o binarismo sexual pressuposto implicitamente na estratégia argumentativa dos votos dos Ministros? Segundo a ideia de reconstrução normativa, a própria sociedade percebe a injustiça no processo histórico - motivo pelo qual não seria possível estabelecer e identificar tal experiência de forma transcendente ao contexto. É nesse sentido que a crítica às teorias universalistas - como a Rawlsiana - assume a possibilidade de justificar princípios normativos independentemente da história. A resposta é

negativa. Honneth, ao tentar superar o déficit sociológico da Teoria Crítica, inspira o que Werle e Melo (2013) intitulam de déficit político da Teoria Crítica. Inexiste em sua teoria 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.” (WERLE; MELO, 2013, p. 329).

Fundamentando-se no Constitucionalismo Democrático-Paritário de Bunchaft (2016, no prelo), propugna-se que,

[...] justamente em razão de o Tribunal interpretar a Constituição - e porque os cidadãos se engajam em lutas para convencer-se mutuamente acerca do significado da Constituição - tais práticas comunicativas de interpretação constitucional inseridas em um contexto pós-Westfaliano fortalecem a paridade de participação de minorias estigmatizadas.

O Constitucionalismo Democrático-paritário pressupõe um Judiciário proeminente que, a partir da interação com os movimentos sociais, atue de maneira juridicamente sensível às demandas de minorias sexuais, desconstruindo mecanismos institucionais na esfera da paridade de participação e viabilizando suas condições de reconhecimento, de redistribuição e de representação. Se a paridade de participação envolve uma noção de processo, que especifica um padrão procedimental pelo qual é possível avaliar a legitimidade democrática das normas, então essa reflexividade também se aplica a processos hermenêuticos de interpretação constitucional.

O fenômeno ocorre “porque os movimentos sociais contribuem para mudar o ambiente normativo no qual os princípios constitucionais são interpretados, inspirando mutações constitucionais.” (BUNCHAFT, 2016). O Constitucionalismo paritário concebe que nesses processos reflexivos há um processo constante de desconstrução de mecanismos institucionais que impedem a paridade de participação de grupos vulneráveis.

Aliás, como inferiu Steilen, abstração é o *coração da deliberação*. O Constitucionalismo Democrático-Paritário compartilha que, pela justificação de razões e pelo intercâmbio discursivo de argumentos viabilizado pela paridade de participação, pode-se levar o outro a alterar seu posicionamento inicial. Para que cidadãos possam *mudar suas mentes* sobre questões morais controvertidas, insta a profundidade teórica, o que desconstrói o argumento minimalista de Sunstein. E o Constitucionalismo paritário questiona: “como o Minimalismo promove a democracia se, em verdade, enfraquece a paridade participativa relativa à capacidade reflexiva dos cidadãos de desenvolverem influxos hermenêuticos de interpretação constitucional?”. (BUNCHAFT, 2016, no prelo).

Outrossim, desde que ausentes as condições de abertura e de participação dos afetados na esfera da representação, o Judiciário - enquanto vanguarda da sociedade - pode inspirar “uma nova narrativa simbólica, um Constitucionalismo paritário, capaz de transformar a imaginação política da sociedade, suscitando um processo sofisticado de articulação da diferença em uma cultura constitucional aberta e inclusiva.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo).

Sustento que a ausência de inexpressividade - ou de voz, a que se refere Honneth, em sua apologia ao sofrimento pré-político - não mostra alcance teórico para legitimar formas de Constitucionalismo Democrático e nem para desestabilizar o binarismo sexual. É por meio de “contrapúblicos subalternos que os grupos LGBT têm criado arenas discursivas paralelas, não apenas de tematização das assimetrias da esfera pública oficial, mas também delineando influxos hermenêuticos renovados sobre a Constituição que demonstram o aspecto positivo do *backlash*.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo).

Não obstante, o Constitucionalismo Democrático-Paritário possui profunda preocupação com as estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos. Nesse ponto, “resgata a abordagem de Fraser, que confronta diretamente o poder, identificando e tematizando práticas sociais de justificação em sociedades que estabelecem concepções assimétricas de mundo.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo). O conceito central de Fraser - o princípio da paridade de participação - atua de forma tanto procedimental, como substantiva. Se, de um lado, avalia a justiça procedimental do processo dialógico, questionando discursivamente as relações de poder subjacentes à deliberação, de outro lado, problematiza a justiça substantiva dos resultados do debate.

No mesmo sentido, o Constitucionalismo Democrático-Paritário, potencializando “práticas comunicativas de interpretação constitucional dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário, mensura a injustiça procedimental e substantiva, desconstruindo assimetrias de poder e mecanismos institucionais que impedem a paridade de participação de minorias estigmatizadas.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo).

O Constitucionalismo Democrático-Paritário evidencia maior potencialidade para identificar “mecanismos aparentemente neutros por meios dos quais elites dominantes manipulam seus argumentos, como por exemplo, ao reconhecer a equiparação da união estável à união homoafetiva, mas consagrando o binarismo sexual.” (BUNCHAFT, 2016). Daí a importância dos contrapúblicos subalternos, enquanto esferas públicas paralelas, em que florescem não apenas interpretações alternativas de grupos marginalizados da esfera pública oficial, mas também “impulsos hermenêuticos-interpretativos dos movimentos sociais.” Destarte, “somente uma nova narrativa simbólica - um Constitucionalismo paritário - pode

desmascarar assimetrias de poder que surgem na própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais que ainda consagram o binarismo sexual.” (BUNCHAFT, 2016). Apenas cidadãos politicamente ativos na interpretação da Constituição e engajados em contrapúblicos subalternos podem reconstruir práticas sociais vigentes. (BUNCHAFT, 2016). Propugno que uma teoria crítica que atenda aos objetivos emancipatórios não pode minimizar a questão fundamental de como evitar relações de poder político-sociais arbitrárias.

Nessa seara, sustento: o paradigma da autorrealização e a ideia de liberdade social se deparam com um impasse. A indagação é: como evitar relações de poder político-sociais que estabeleçam a subordinação de grupos estigmatizados e efetivem concepções assimétricas de mundo? Somente explicitando parâmetros e argumentos que demonstrem quais formas de reconhecimento são legítimas e quais são expressões de reconhecimento são aparentemente inclusivas (mas encontram-se perpassadas por relações de dominação político-social arbitrárias) que é possível alcançar um sentido pleno de justiça, de forma a renovar a teoria crítica. Para tal empreendimento, a “capacidade crítico-reflexiva da paridade de participação, o potencial democrático do *backlash* vislumbrado pelo Constitucionalismo Democrático e a atuação dinâmica dos movimentos sociais cumprem papel essencial.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo).

Nas ponderações de Bunchaft, a tarefa do Constitucionalismo e da teoria da justiça “não é garantir os pressupostos para a autorrealização, mas resguardar o poder de justificação dos cidadãos em relação aos procedimentos e às instituições político-sociais, para que sejam desprovidos de assimetrias.” (BUNCHAFT, 2016). Portanto, convém complementar o debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial com uma guinada participativa pós-Westfaliana, por meio de *insights* crítico-reflexivos inerentes à paridade de participação intrínseca às lutas por reconhecimento que, ao se contraporem às estruturas de poder, transformam a imaginação política da sociedade.

Movimentos que lutam por reconhecimento têm redirecionado suas atuações para além do Estado territorial. Sob o slogan de que *os direitos dos LGBT são direitos humanos*, tais grupos articulam suas reivindicações com campanhas de alteração da legislação internacional. A paridade de participação assume então nova dimensão. De um lado, o Constitucionalismo Democrático- paritário de Bunchaft (2016) defende um Judiciário comprometido com os direitos fundamentais, tanto para suprir a má representação da política ordinária, quando os sistemas eleitorais são insensíveis às reivindicações de grupos LGBT em questões de redistribuição e de reconhecimento, negando paridade de participação política aos mesmos.

De outro lado, o Constitucionalismo Democrático-Paritário está atento às injustiças de enquadramento, desafiando a moldura Keynesiana-Westfaliana. (Bunchaft, 2016, no prelo).

Ademais, temas como direitos das minorias LGBT ou das mulheres inspiram uma opinião pública transnacional para além das fronteiras territoriais. Os movimentos sociais, “resgatando o discurso dos princípios constitucionais de abertura argumentativa - mas inspirados por uma opinião pública cada vez mais transnacional - problematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo). E o Judiciário responde a essas demandas de forma juridicamente sensível.

Sendo a Constituição uma “construção social e aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais, não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública pós-Westfaliana na influência da postura ativa do STF.” (BUNCHAFT, 2016). É através de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos -inclusive, em esferas públicas transnacionais - que os movimentos sociais moldam o desenvolvimento da constituição.

De acordo com as ideias de Fraser (2014), cada elemento constitutivo da opinião pública passa a assumir uma perspectiva transnacional. O *quem* da comunicação representa uma variedade de interlocutores dispersos que não constituem um *demos*. O *o que* das práticas de comunicação ultrapassa o interesse nacional Westfaliano consubstanciado na economia nacional, e floresce a partir de vastas áreas do mundo, suscitando solidariedades cada vez mais abrangentes. O *onde* se torna o ciberespaço desterritorializado. O *como* da comunicação constitui uma rede translinguística ampla de culturas sobrepostas. O *quem* articula poderes públicos e privados transnacionais, que não são nem claramente identificáveis, nem claramente responsabilizados.

Surge então a questão: como as esferas públicas poderiam assumir papel crítico-reflexivo e democrático decorrente da opinião pública legítima, no sentido forte? Pretendendo alcançar tal estratégia, Fraser (2014) enumera dois pressupostos: o primeiro pode ser conceituado como a inclusividade, que é efetivada na medida em que a deliberação democrática se mostra aberta e inclusiva a todos os afetados pelos efeitos da discussão; em segundo lugar, elenca o pressuposto da paridade, que se cristaliza quando todos os participantes gozarem de igualdade de chances para manifestar interesses e para mover questões na agenda política.

Se o pressuposto da inclusividade se vincula às questões do *quem* está autorizado a participar em deliberações públicas, a pressuposto de paridade relaciona-se à questão do *como*, especificamente em que termos os interlocutores se engajam uns com outros. A

condição da paridade e da inclusividade não se coadunam mais à cidadania territorialmente definida, pois a primeira não determina mais os laços legítimos de inclusividade, e nem mesmo a paridade de participação nas deliberações públicas se limita às fronteiras do estado territorial. Todavia ocorre outra indagação: como interpretar o alcance do *princípio de todos os afetados* em uma esfera pública transnacional pós-Westfaliana sem passar pelo filtro da cidadania?

Em *Reframing Justice in a Globalizing World*, que posteriormente foi integrada à famosa obra *Scales of Justice*, Fraser (2005; 2009) postula que o *princípio de todos os afetados* pode ser definido da seguinte forma:

[...] o que constitui um grupo de pessoas em membros de sujeitos de justiça de uma mesma categoria não é a proximidade geográfica, mas sua coimbricação em um enquadramento institucional ou estrutural comum que estabelece as regras fundantes que governam suas interações sociais, moldando, assim, suas respectivas possibilidades de vida segundo padrões de vantagem ou desvantagem. (FRASER, 2009, p. 24).

Para Fraser (2009), o *princípio de todos os afetados* deve assumir uma interpretação dialógica, por meio da troca de argumentos em uma deliberação democrática. Surge então outro questionamento: quem será incluído em tal processo deliberativo que determinará a interpretação politicamente legítima do *princípio de todos os afetados*?

O grande impasse conceitual do *princípio de todos os afetados*, para Fraser (2008; 2009), era o *efeito-borboleta*, que considerava o fato de todos serem afetados por tudo. Propugnando evitar a *reductio ad absurdum*, sustentou a necessidade de resgatar um padrão normativo com potencial de verificar precisamente níveis de efetividade suficientes para atribuir uma base moral. (FRASER, 2008). Ainda Fraser (2008; 2009), no ensaio *Abnormal Justice* (que posteriormente irá compor a obra *Scales of Justice*), renuncia o *princípio de todos os afetados*, afirmando agora o *princípio de todos os sujeitados*, que pode ser conceituado nos seguintes termos:

Nesta visão, o que transforma uma coletividade de pessoas em sujeitos pares da justiça não é a cidadania ou nacionalidade compartilhada, nem a posse comum de personalidade abstrata, nem o simples fato de interdependência causal, mas sim a sujeição conjunta a uma estrutura de governança que determina as regras fundantes que governam suas interações. (FRASER, 2010, p. 65).

A função do *princípio de todos os afetados* é “[...] especificar quem deveria ser envolvido em públicos preocupados em construir estruturas de governança enquanto que o

princípio de todos os sujeitos identifica quem deveria ser incluído em públicos que são responsáveis por estruturas de governança construídas.” (OWEN, 2014, p. 123-124). Fraser (2009) ponderava que o *princípio de todos os afetados* era suscetível à pluralidade de interpretações razoáveis - motivo pelo qual a especificação do seu alcance deve partir das contribuições num amplo debate público sobre seu significado.

A vantagem do *princípio de todos os afetados*, de acordo com Owen (2014, p. 124), é a de que oportuniza “[...] acomodar a intuição de que, sermos afetados de formas moralmente relevantes pelas ações ou decisões dos outros, tem importância independentemente de nós sermos sujeitos de uma estrutura de governança.”

Fraser (2014) menciona ainda a atuação de movimentos antissistêmicos e de militância independente - como o Fórum Social Mundial - como proposta de construção de contrapúblicos contra-hegemônicos que viabilizam a opinião e a formação da vontade, independentemente das esferas do poder institucionalizado.

A ideia de contrapúblicos subalternos pode promover o autogoverno e as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com reflexo no desenvolvimento da cultura constitucional. A Constituição - enquanto construção social permanente - pressupõe que a interpretação dos princípios não é indiferente aos *insights* críticos da opinião pública transnacional. Sob esse prisma, a Constitucionalismo democrático-paritário compartilha algumas premissas conceituais em relação à concepção de Transconstitucionalismo, defendida por Marcelo Neves. Os direitos humanos perpassam os ordenamentos jurídicos do sistema jurídico mundial em múltiplas dimensões.

Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão de paradigmas constitucionais, possibilitando uma conversação transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transnacionalismo multiangular. (NEVES, 2009, p. 249).

O Constitucionalismo Democrático-paritário, ao presumir uma esfera transnacional dinâmica, também inspira como resultado as *conversações transnacionais* em torno da efetividade dos direitos humanos. Neves diz que, uma vez que a concretização de um direito fundamental pode suscitar a colisão com outro direito fundamental, assume relevância o

diálogo transconstitucional, inspirando “aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas.” (NEVES, 2009, p. 249).

Uma expressão de transconstitucionalismo pode ser verificada no voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4277-DF, resgatando a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que enfatiza o princípio constitucional implícito da *busca da felicidade* como vetor hermenêutico relevante em relação à temática dos direitos fundamentais.

Em que pese o seu voto ser reflexo de uma perspectiva transconstitucionalista, sua argumentatividade implícita ainda permanece presa ao paradigma da autorrealização. Como pode o STF efetivar o direito à *busca da felicidade* em uma sociedade plural e marcada por desacordos morais? A paridade participativa seria uma estrutura argumentativa mais adequada para legitimar e efetivação pelo STF dos direitos de grupos vulneráveis.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, invocou o caso *Loyza Tamyo versus Peru*, o caso *Cantoral Benavides versus Peru* e o caso *Gutiérrez Soler versus Colombia* - todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte Interamericana reconheceu a proteção jurídica ao projeto de vida das pessoas, porquanto configura parte essencial do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, cumpre salientar que tal diálogo transconstitucional também pode ser potencializado por uma esfera pública transnacional pós-Westfaliana.

O Constitucionalismo Democrático-paritário interpreta a Constituição como uma “construção social aberta a diálogos transnacionais inspirados por uma esfera pública pós-Westfaliana, de forma que as demandas mais radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBT não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares.” (BUNCHAFT, 2016, no prelo). Portanto, a fim de evitar que as instituições formais - se transnacionais ou nacionais - limitem do *imput* dos movimentos sociais, incorporando a última em um processo autopoiético, é fundamental um Constitucionalismo Democrático-paritário capaz de evitar a lógica da cooptação.

6 CONCLUSÃO

Após todo o desenvolvimento do presente trabalho, pretendo aqui, responder aos questionamentos colocados à prova.

O conceito tradicional de família - composto 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 xeque. 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, o Direito Civil e as demais normas foram instituídos para atender ao conceito tradicional de família, entretanto hoje já não são suficientes para acolher as novas demandas que surgem. Assim, calha 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. Por conseguinte, o art. 226, § 3º, estabelecido na Constituição Federal foi considerado pelo STF como articulado 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 crucial 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.

Assim, tem-se que o referencial de Nancy Fraser se faz determinante, no sentido de considerarmos que o reconhecimento é uma questão de justiça e, por meio deste podemos atingir o ideal de paridade de participação, em um primeiro momento. A perspectiva de Fraser é a mais apropriada para trabalhar a temática referente à concretização dos direitos das minorias *gays* e *lésbicas* no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois estes são grupos (minorias) excluídos do processo político e que, aos poucos, vão conquistando

reconhecimento – legal e social – e, atingindo a paridade de participação proposta pela socióloga.

À luz de Fraser (2003a; 2010), arremata-se 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, consagrando implicitamente a ideia de liberdade social, tal como delineada por Honneth (2015).

Entende-se que somente a criação de novos contrapúblicos subalternos que ampliem novas interpretações de necessidades não ouvidas na esfera pública oficial torne viável o combate à inexpressividade ou à ausência de voz. Nesse particular, o modelo de *status* proposto por Fraser (2003a; 2003b; 2010) é deontológico, não apelando para a concepção de autorrealização ou de 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) explana 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.

Portanto, no contexto de direitos das minorias sexuais, afirmo que o direito ao reconhecimento da condição destes como parceiros nas interações sociais é condição para a garantia da dignidade humana destas. No momento em que o STF proferiu julgado que reconheceu a possibilidade de união estável entre homossexuais, verificou-se o início de um longo processo de reconhecimento dessa minoria.

Refere-se que este foi apenas um passo, no sentido que após tal decisão surgiram críticas – mais comumente feministas- referentes à forma como a decisão de casamento do mesmo sexo é considerada. Pois, como analisado na teoria de Nicola Barker, para as feministas o que ocorre é apenas uma igualação jurídica, onde a base estrutural é a mesma

(casamento tradicional). Ou seja, podemos aceitar que homossexuais se casem, porém estão limitados as estrutura de uma instituição tradicional, não podendo ultrapassar tais limites. O entendimento vai ao sentido de considerar que a lei assim o fez, para conseguir limitar outras formas de relacionamentos existentes, como o poliamor ou relações não monogâmicas.

Apesar de tais críticas considero que o reconhecimento pelo STF, em sede nacional, foi necessário e ao mesmo tempo consagrador da democracia e dos direitos mais fundamentais do ser humano. As críticas devem ser avaliadas, porém este passo precisava ser dado, até porque era uma reivindicação do próprio movimento LGBT.

Ou seja, o que se constatou na decisão do STF em sede da ADIN 4.277-DF foi a interação do Judiciário com os movimentos sociais e com o povo. O Supremo atuou como o guardião da Constituição, efetivando direitos de grupo estigmatizado que fora impedido de participar em pé de igualdade no processo de deliberação política. Quando não são contempladas as condições de abertura e participação dos afetados, ou descaracterizado o valor epistêmico da deliberação democrática, o Judiciário assume legitimidade para atuar de maneira proeminente na tutela de direitos fundamentais destes grupos.

Neste sentido, confirmamos nossa primeira hipótese, de que a decisão da ADI 4277-DF no STF constituiu-se expressão de um Constitucionalismo Democrático que reflete processos dialógicos de judicialização voltados para corrigir o déficit de representação de minorias LGBT no processo político majoritário.

A interação do Judiciário com os movimentos sociais é pressuposto do Constitucionalismo-Democrático Paritário teorizado por Bunchaft. É premente ressaltar que esta recente e inovadora teoria articula os ideais do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel com a teoria tridimensional de Fraser. O Constitucionalismo Democrático -Paritário pretende “[...] um Judiciário ativo e juridicamente sensível às demandas de minorias sexuais, desconstruindo mecanismos institucionais na esfera da paridade de participação e viabilizando condições de reconhecimento, redistribuição e representação das mesmas.” Tal ideal constitucional compreende que, “através do embate de razões e do intercâmbio discursivo de argumentos possibilitados por decisões maximalistas, incrementa-se a paridade de participação e tem-se a possibilidade de levar o outro a modificar seu posicionamento inicial.”

Neste sentido, a teoria do Minimalismo Judicial de Sunstein não revela alcance teórico para potencializar direitos de minorias LGBT’s, já que restringe a capacidade reflexiva dos cidadãos e, portanto, não promove a democracia, ao contrário do que afirma. Para que os indivíduos possam *mudar suas mentes* sobre determinadas temáticas, são fundamentais profundidade teórica e abstração, não bastando argumentos superficiais e estreitos, como

pretende Sunstein (1999; 2001). Assim, compreendemos que a teoria do minimalismo não demonstra potencial para concretizar demandas desses grupos minoritários, no que concerne a efetivação judicial dos direitos fundamentais de minorias LGBT's.

No que tange ao *backlash*, sustenta-se à luz da concepção de Constitucionalismo Democrático-paritário, que, “através da ideia de contrapúblicos subalternos, que os grupos LGBT têm criado arenas discursivas paralelas, não apenas de tematização das assimetrias da esfera pública oficial, mas também delineando influxos hermenêuticos renovados sobre a Constituição que demonstram o aspecto positivo do *backlash*.” (BUNCHAFT, 2016). Ou seja, o *backlash* pode ser positivo, pode inspirar reflexões constitucionais que não existiriam, caso contrário. Ainda, como demonstramos durante a análise de possíveis casos de refluxo à decisão do STF, o *backlash* já vinha sendo desenvolvido anteriormente a decisão e, assim, evidenciamos que não se pode atribuir, unicamente, à decisão do Supremo Tribunal Federal toda a responsabilidade pelo refluxo social.

Desta forma, confirmamos a nossa segunda hipótese, no sentido de que conforme analisou-se com base em Post e Siegel, não é possível evitar o refluxo, evitando decisões proeminentes do Judiciário e do CNJ em matéria de concretização de direitos fundamentais de LGBT's. E, ainda, confirmamos a terceira hipótese concluindo que o refluxo insere-se em um contexto de normalidade no qual os cidadãos engajam-se em práticas de contestação e de interpretação do princípios constitucionais.

Diferentemente de Sunstein, o Constitucionalismo Democrático tenta mostrar o lado positivo dos conflitos sociais, pois compreende estes como intrínsecos ao movimento constitucional, como mobilizadores das práticas jurídicas, o que revela potenciais emancipatórios ao tornar os atores sociais politicamente ativos. Estes podem, através dos confrontos deliberativos, delinear novos significados constitucionais e inserir estes na doutrina constitucional de sua nação.

E, portanto, confirmamos a quarta hipótese do trabalho: as divergências interpretativas decorrentes de desacordos morais são um elemento incontornável das sociedades plurais. Assim, o potencial racionalizador do debate estabelecido pelos movimentos sociais e cidadãos sobre significados constitucionais preservam a autoridade e legitimidade da constituição, pois permitem que pessoas com visões de mundo divergentes considerem os desacordos razoáveis e continuem comprometidos com a Constituição.

Nesta senda, o Constitucionalismo-paritário demonstra maior potencialidade para identificar mecanismos aparentemente neutros através dos quais elites dominantes manipulam seus argumentos, como, por exemplo, reconhecendo a equiparação da união estável à união

homoafetiva, porém consagrando o binarismo sexual, como restou evidente na decisão da ADI 4237-DF em sede nacional.

Os votos dos Ministros Ellen Gracie, Celso Mello, Marco Aurelio e Carlos Ayres de Brito contemplam um conjunto de discursos implícitos que pressupõem o paradigma da autorrealização, desvinculando-se da estrutura deontológica delineada por Fraser. É neste sentido que Fraser (2003), em sua crítica aos remédios afirmativos, aduz que, apesar de inclinados a reparar a injustiça contra homossexuais na cultura contemplando a valorização da cultura LGBT, tal perspectiva inspira a reificação identitária e, ao mesmo tempo deixam intacto o código binário homem-mulher, hétero-homo (que atribui sentido à relação). Barker levantou a questão do binarismo em seu estudo, quando assertivamente, referiu-se a questão de que o casamento homossexual apenas equiparou-se a estrutura já posta de um casamento tradicional heterossexual. Afirma que tal perspectiva não rompe com o caráter patriarcal do casamento, incorporando o que Fraser chama de remédio afirmativo. A solução necessária seria uma desestabilização das estruturas da instituição do casamento, referindo-se aos remédios transformativos. Consideramos que a ADI 4237-DF, foi decidida neste sentido.

Nesta senda, confirmamos nossa quinta hipótese de trabalho, qual seja, a de que com relação aos fundamentos filosóficos, afirma-se a centralidade da teoria do reconhecimento de Nancy Fraser, pois tem como questão central a justiça social, que é tridimensional, sendo mais adequada para trabalhar a questão do papel do STF na efetivação de direitos de minorias LGBT estigmatizadas, justamente por desvincular-se de uma abordagem psicológica, tendo por objetivo afirmar a paridade de participação, sendo assim, mais universalista e igualitária. E, juntamente confirmamos nossa sexta e última hipótese trabalhada: a teoria de Honneth, que trabalha o reconhecimento como uma questão de autorrealização, ao considerar o não reconhecimento como uma questão de identidade intersubjetivamente distorcida e de vulnerabilidade moral, é insuscetível de legitimar formas de judicialização voltadas para proteção de minorias LGBT, pois não resolve o problema do escravo-feliz.

O papel do Constitucionalismo e da Teoria da justiça não é garantir os pressupostos para autorrealização, mas de resguardar o poder de deliberação dos cidadãos em relação aos procedimentos e instituições político-sociais, objetivando precisamente que estes sejam desprovidas de assimetrias.

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 - descartando as práticas depreciatórias ou o sofrimento inarticulado de que trata Honneth (2003a; 2003b), e

abarcando práticas discriminatórias institucionalizadas que estabelecem a subordinação de *status*. Em suma, sua teoria é mais abrangente, aplicando-se de maneira mais pertinente e assinalando maior alcance para casos de não reconhecimento de minorias sexuais no STF.

Diante dessa estrutura conceitual, são plenamente legítimas as decisões do STF nos julgamentos da ADI n. 4277-DF e ADPF n. 132-RJ, sendo capazes de atribuir a paridade de participação a um grupo minoritário até então estigmatizado e com déficit de representação no processo político majoritário.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Proteção à minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (coord.) **Direito à diferença**: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. United States: The Belknap Press of Harvard University Press: 2011.
- BALKIN, Jack M. What brown teaches us about constitutional theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 4, p. 1537-1577, 2004.
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, practices and social movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, V. 154: 927, p. 927-950, 2006.
- BANKOVSKY, Miriam. **Perfecting justice em Rawls, Habermas and Honneth**. New York: Bloomsbury, 2011.
- BARKER, Nicola. **Not the marriage kind**: A Feminist Critique of Same-Sex Marriage. Kent Law School, University of Kent, UK; Palgrave Macmillan, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Synthesis**– Cadernos do Centro de Ciências Sociais – UERJ. Rio de Janeiro, v. 05, n. 02, 2012.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Relator, Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 6 de novembro de 2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e

5 de Maio de 2011b. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >.
Acesso em 6 de novembro de 2015..

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Luiz Fux. Ministro Relator: Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011c. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto da Ministra Carmem Lúcia. Ministro Relator: Ministro Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011d. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.>Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Ministro Relator: Ministro Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011e. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro da Ministra Ellen Gracie: Ministro Relator: Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011f. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937>>. Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Celso Mello. Relator: Ministro Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011g. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em que deu provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Marco Aurélio. Relator: Ministro Carlos Ayres de Brito. Data de julgamento: 4 e 5 de Maio de 2011h. Disponível em: <<http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 6 de novembro de 2015.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

BRASIL. **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 de Maio de 2015.

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

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático:** uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. v. 19, nº 1: 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 186: uma reflexão à luz do debate Honneth-Fraser. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 2, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma análise do voto do Ministro Luis Roberto Barroso à luz do Constitucionalismo Democrático-paritário. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, Sistemas e Hermenêutica.** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Livraria do Advogado, 2016, v. 12 (NO PRELO).

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais.** Curitiba: Juruá, 2015.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DESTRI, Michelle Denise Lopes. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass Sunstein. Florianópolis: UFSC, 2013. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

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: Editora UNB, 2001.

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

FRASER, Nancy. Justice social in the age of identity politics. *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** A political philosophical exchange. London: Verso, 2003a.

FRASER, Nancy. 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.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *In*: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? **Theory, culture & society**, v. 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. *In*: BALDI, César Augusto (org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRASER, Nancy. 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.

FRASER, NANCY. **Scales of justice**: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. **Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. What's critical about critical theory? *In*: MEEHAN, Johann (ed.). **Feminist read Habermas: gendering the subject of discourse**. New York: Routledge, 1995.

FREEMAN, Samuel. **The cambridge companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GERMANO, Idelva Maria Pires; SAMPAIO, Juliana Vieira. Políticas Públicas e Crítica Queer: algumas reflexes sobre identidade LGBT. **Psicologia e sociedade**, 26 (2), 290-300, 2014.

HEGEL, J. W.F. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEGEL, J. W.F. **Filosofia do direito**. São Leopoldo: Loyola; Unisinos, 2010.

HEGEL, J. W.F. **O sistema da vida ética**. Lisboa: Edições 70, 1991.

HEGEL, J. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural**. São Paulo: Loyola, 2007.

HONNETH, Axel. Between justice and affection: the family as a field of moral disputes. *In*: **Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory**. Cambridge: Polity Press, 2007.

HONNETH, Axel. Between Aristotle and Kant. *In*: **Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory**. Cambridge: Polity Press, 2007.

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.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad**. Madrid: Katz, 2012.

HONNETH, Axel. Invisibility: on the epistemology of recognition. *In: Supplement to the proceedings of the aristotelian society*, v. 75, n. 1, 111-126, Oxford-Malden, Blackwell, 2001.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society. *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. *In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003b.

HONNETH, Axel. The point of recognition: A rejoinder to the rejoinder. *In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003c.

HONNETH, Axel. **The critique of power** – Reflective stage in a critical social theory. Cambridge: MIT Press, 1991.

HONNETH, Axel. The social dynamics of disrespect: on the location of critical theory today. *In: Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 60, n. 2, p. 67-95, 2015. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13.01.2015

JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. *In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. Homofobia e violência doméstica. *In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. **Rawls- Uma teoria da justiça e os seus críticos**. Coimbra: Gradiva, 2005.

LARA, Maria Pia; FINE, Robert. *In*: LOVELL, Terry (Ed.). **(Mis) recognition, social inequality and social justice: Nancy Fraser and Pierre Bourdieu**. London and New York: Routledge, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Análise argumentativa dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento que estendeu o regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. *In*: RIOS, Roger Raupp.(Org.); LEIVAS, P. (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

LIMA VAZ, H.C Senhor e escravo: uma parábola da filosofia ocidental. **Síntese**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 21, p. 7-29, 1981.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Comentando a decisão do STF. *In*: RIOS, Roger Raupp (Org.); LEIVAS, P. (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

MASIERO, Clara Moura. **O Movimento LGBT e a homofobia: Novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MATTOS, Patricia. **A sociologia política do reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2006.

MELLO, Luiz; BRAZ, Camilo; FREITAS, Fátima Regina Almeida de; AVELAR, Rezende Bruno de. **Questões LGBT em debate: sobre desafios e conquistas**. Soc. e Cult., Goiânia, v. 15, n. 1, p. 151-161, jan./jun. 2012.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. Família, poder e controle social. Concepções de família no Brasil na passagem à modernidade. Trabalho apresentado no IX Encontro da APUH-RJ-Democracia e Conflito, UERJ, Rio de Janeiro, Outubro de 2004.

OKOCHI, Taiju. Freedom and institution: Theory of justice as Hegelian “Sittlichkeitslehre” In Axel Honneth’s *das recht der freiheit*. **Hitotsubashi Journal of Social Studies**, 44 (1), p.

9-19, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/100086/23189>>. Acesso em 15 de março de 2015.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

PINZANI, Alessandro. O valor da liberdade na sociedade contemporânea. **Novos Estudos** v. 94, p. 207-215, nov. 2012.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Originalism as a political practice**: The right's living constitution. *Fordham L. Rev.* 545 (2006). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/5>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, 92. California: University of California, 2004.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage**: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 373 a 433.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic constitutionalism. **National Constitution Center - White Paper**. Philadelphia: 2015. Disponível em: <<http://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-pages/democratic-constitutionalism>>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIOS, Roger Raupp Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação. *In*: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). **Diversidade sexual na educação**: Problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

RIOS, Roger Raupp, Direitos Sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 132-RJ e ADI 4.277). *In*: RIOS, Roger Raupp (Org.); LEIVAS, P. (Org.); GOLIN, C. (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. 1. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

RIOS, Roger Raupp. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO, Juliana Vieira; GERMANO, Idilva Maria Pires. **Políticas públicas e crítica queer**: algumas questões sobre identidade LGBT. *Psicologia & Sociedade*, 26(2), 290-300. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *In*:SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação – raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n 33, mai./ago. 2013, p. 142-168

STEILEN, Matthew. **Minimalism and deliberative democracy**: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. *Seattle University Law Review*. 2010

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*. São Leopoldo: Julho-Dez, 2009.

SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. **Public Law & Economics Working Paper** n. 237. Chicago, September, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1274200>. Acesso em: 15 de março de 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: What constitutions do? University Press: New York, 2001.

SUNSTEIN, Cass. Gay marriage shows court at its best. 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best>>. Acesso em 27 de agosto de 2015.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreement. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, May, 1995, p. 1733-1772. Disponível em < http://www.jstor.org/stable/1341816?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 15 de março de 2015.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreement in constitutional law. **Social Research**, Forthcoming. University of Chicago, Public Law Working Paper n. 147, 2007. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369>. Acesso em: 15 de março de 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford University Press: New York, 1996.

SUNSTEIN, Cass. Practical reason and incompletely theorized agreement. *In*: FREEMAN, M.D.A. (org.). **Current legal problems, 1998**. Legal Theory at the End of the Millennium - v. 51, n. 1. Londres: OUP, 1998, p. 267-298.

SUNSTEIN, Cass. Political conflict and legal agreement. **The tanner lectures on human values**. Harvard University, 29 e 30 de novembro/ 1 de dezembro, 1994. Disponível em: < http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/Sunstein96.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial minimalism on the supreme court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) –Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo/RS, 2012.

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.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC122/2006). *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. **Religião e política:** uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Fundação Heinrich Böll & Instituto de estudos da Religião (ISER): Rio de Janeiro, 2013.

VITA, Álvaro de. **O Liberalismo igualitário** - Sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WEBER, Thadeu. **Hegel-** Liberdade, estado e história. Petrópolis: Vozes, 1992.

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.

WILLIAMS, R. **Hegel's ethics of recognition.** London: University of California Press, 1997.