

O DEBATE HONNETH-FRASER E A INJUSTIÇA COMO RECONHECIMENTO O STF ENTENDEU A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO UMA QUESTÃO DE (IN)JUSTIÇA CULTURAL?*

INJUSTICE AS MISRECOGNITION IN THE HONNETH-FRASER DEBATE DID STF UNDERSTAND SAME-SEX UNIONS AS A MATTER OF CULTURAL (IN)JUSTICE?

Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel**
Ramon Caldas Barbosa***

RESUMO

Este trabalho tem como **objetivo geral** avaliar se o STF, ao decidir por unanimidade que o estabelecimento de uniões homoafetivas é juridicamente permitido, caracterizou a desigualdade relacionada à orientação afetiva como um problema de injustiça cultural no contexto da gramática moral dos conflitos sociais típica do debate Honneth-Fraser. Metodologicamente, adotamos como técnica uma análise qualitativa do conteúdo argumentativo dos votos dos ministros. Concluímos que o sincretismo entre teorias da justiça nos votos de cinco ministros e o minimalismo dos demais julgadores revelam que a influência do debate Honneth-Fraser nas razões decisórias foi bastante limitada, tendo os ministros chegado a um acordo incompletamente teorizado.

Palavras-chave: reconhecimento; injustiça cultural; teoria da justiça; desigualdade de orientação afetiva; união estável homoafetiva

ABSTRACT

This work aims to investigate if Brazilian Federal Supreme Court's decision on the constitutionality of same-sex unions assumed the *status* subordination of same-sex relationships is a type of cultural injustice and, therefore, is related both to the moral grammar of the struggle for recognition and to the Honneth-Fraser debate on justice. Such task was methodologically fulfilled by a qualitative content analysis of each judge's legal opinion. Given the combination of incompatible theories of justice in five out of nine opinions and the minimalist stance in the other four, we concluded that the judges have reached an incompletely theorized agreement. Therefore, the Honneth-Fraser debate had a limited influence on their legal reasoning.

Keywords: recognition; cultural injustice; theory of justice; *status* subordination of same-sex relationships; same-sex unions

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como **objetivo geral** avaliar se o STF, ao decidir por unanimidade que o estabelecimento de uniões homoafetivas é juridicamente permitido, caracterizou a desigualdade relacionada à orientação afetiva como um problema de injustiça cultural no contexto da gramática moral dos conflitos sociais típica do debate Honneth-Fraser.

** Doutor em Ciências Sociais (UFBa). Graduado, mestre e doutor em Direito (UFBa). Professor e coordenador do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em Direito da UFBa. Professor efetivo da graduação em Direito da UFBa. Professor do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS. Professor da Faculdade Baiana de Direito. E-mail: danieloitaven@hotmail.com.

*** Mestrando em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS). Pós-graduado em Direito do Estado (UFBa). Graduado em Direito (UNIFACS). E-mail: ramon@ramoncaldas.com.br.

O STF proferiu, nos últimos dez anos, várias decisões sobre pleitos de reconhecimento cultural de grupos subalternizados. À luz do dualismo perspectivista de Fraser (*in* FRASER; HONNETH, 2003), que enxerga uma diferença analítica entre os remédios para solucionar problemas de reconhecimento (injustiça cultural) e os usados contra problemas distributivos (injustiça socioeconômica), podemos ver tais decisões como uma formulação implícita e/ou implementação de políticas públicas adotadas contra problemas de injustiça cultural.

A adoção dessa gramática de teoria da justiça e teoria social pelo STF não tem sido uniforme. Vários votos em decisões tomadas no período não adotaram o modo de fundamentação de soluções para a injustiça cultural típico do debate Honneth-Fraser. Esta investigação é um braço de um projeto de pesquisa que objetiva mapear o padrão de fundamentação dos ministros ao decidirem pleitos de reconhecimento de direitos que se prestam a solucionar tais injustiças. Este artigo abordará apenas um dos problemas de injustiça cultural enfrentados pelo STF nos últimos dez anos: a desigualdade relativa à orientação afetiva. Nosso **problema de pesquisa** é o seguinte: o debate Honneth-Fraser influenciou a decisão do STF sobre a constitucionalidade do estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas?

Para responder a tal questionamento, seria necessário saber se os ministros privilegiaram na fundamentação de seus votos, por exemplo: (a) uma concepção de liberdade e igualdade segundo a qual o Estado deve ser neutro em relação aos projetos de vida pessoal dos cidadãos (RAWLS, 1999, p. 386); (b) uma apreciação do propósito da instituição social da família como base do reconhecimento estatal de que as virtudes "típicas" desse vínculo independem do gênero das pessoas (SANDEL, 2015, p. 233); ou, à la Honneth, (c) os esperados efeitos positivos da chancela estatal a esse tipo de união no que se refere (c.1) ao incremento da estima social de quem não se enquadra no modelo heteronormativo e (c.2) à redução da frequência com a qual elas vivenciam experiências de desrespeito relacionadas a sua orientação afetiva.

Um **expediente metodológico** adotado para identificar a influência da gramática moral da luta por reconhecimento e a relevância da categoria teórica "injustiça cultural" nas razões decisórias dos ministros do STF será o de procurar em tal conteúdo discursivo argumentos de teoria da justiça semelhantes a (c), (c.1) e (c.2). É claro que nem sempre tais argumentos mencionarão explicitamente os nomes de Honneth e de Fraser, de suas obras ou de autores/obras influenciados por eles. Por tal razão, utilizaremos, como primeiro indício de recepção de suas teorias pelos ministros, o emprego de termos típicos da gramática do debate Honneth-Fraser. Obviamente, uma mera quantificação da presença desses termos poderia conduzir a resultados descontextualizados e imprecisos. De tal maneira, essas "pistas" serão examinadas qualitativamente, de acordo com a **técnica de análise de conteúdo**, com o

propósito de aferir, por meio de uma construção interpretativa, o efetivo caráter “honnethiano” e/ou “fraseriano” dos argumentos esposados pelos ministros do STF na decisão analisada.

2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS INSPIRADOS NO DEBATE TEÓRICO SOBRE INJUSTIÇAS CULTURAIS E RECONHECIMENTO UTILIZADOS PELOS MINISTROS DO STF NO JULGAMENTO CONJUNTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132

Os ministros do STF que, durante, o julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 (Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14 out. 2011), apresentaram argumentos compatíveis tanto com a gramática moral do reconhecimento que está no cerne do debate entre Honneth e Fraser quanto com uma correlata compreensão da desigualdade relacionada à orientação afetiva como uma injustiça cultural adotaram, de modo alternativo ou cumulativo, três argumentos tipicamente relacionados às teorias da justiça que apostam na noção de reconhecimento. Senão, vejamos.

O primeiro é o **argumento da autoestima**: a depreciação de modos de vida coletivos e a correlata desvalorização social de determinados grupos mina a autoestima de seus membros, resultando em dificuldades psicológicas de valorização de suas próprias características e capacidades individuais, problema que deve ser enfrentado por meio de medidas que combatam os obstáculos ao incremento da estima social de tais grupos (HONNETH, 2009, p. 218).

O segundo é o **argumento do autorrespeito**: quem vivencia uma experiência de desrespeito de negação de direitos sente-se como um subcidadão, ou seja, um agente que não participa em pé de igualdade da ordem jurídico-institucional em que está formalmente inserido, o que exige a adoção de medidas que consertem essa desigualdade de tratamento, contribuindo para a restauração do sentimento de autorrespeito desse sujeito (HONNETH, 2009, p. 216-7).

O terceiro é o **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de *status* social**: há uma retroalimentação entre o déficit de reconhecimento de direitos, pelas instituições jurídico-políticas do Estado, a membros de grupos sociais subalternizados e o déficit de estima social conferido a eles e aos seus modos de vida.

3 QUAIS TEORIAS DA JUSTIÇA OS MINISTROS DO STF ADOTARAM?

Os votos dos ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Celso de Mello têm uma característica semelhante: são os que mais se aproximam do debate Honneth/Fraser, mas incorrem em certo sincretismo entre tal discussão e teorias da justiça liberais. Senão, vejamos.

Estão presentes no voto de Barbosa o **argumento da autoestima**, o **argumento do autorrespeito** e o **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de *status social***. Essa combinação argumentativa aparece no seguinte excerto:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre [...] do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, emanação do princípio da dignidade humana, tema sobre o qual vem se debruçando [...] autores nacionais e estrangeiros. [...] essa temática vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos [...] têm direito a uma igual consideração, tópico [...] desenvolvido por Dworkin [...]. [...] Daniel Sarmento [...]: "O não-reconhecimento [...] simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. [...] violação do direito ao reconhecimento [...]. [...] a pessoa [...] necessita do reconhecimento do seu valor para [...] desenvolver livremente a sua personalidade.

A despeito de não citar Honneth e Fraser como membros da "linhagem de autores estrangeiros" que abordam o tema do reconhecimento, a menção do ministro a um "pensamento diferencialista", à primeira vista, ecoa os comentários críticos de Fraser a Honneth e ao que ela chama de "multiculturalismo *mainstream*". Nas palavras de Fraser (*in* FRASER; HONNETH, 2003, p. 77 – tradução nossa), esse tipo de multiculturalismo consiste em "uma abordagem que propõe uma reparação do desrespeito mediante uma revalorização das identidades grupais injustamente desvalorizadas, deixando, ao mesmo tempo, intactos tanto os conteúdos dessas identidades quanto as diferenciações entre grupos a elas subjacentes".

A despeito do tom honnethiano da menção ao multiculturalismo, o uso de Dworkin revela um sincretismo entre teorias da justiça que tendem à incompatibilidade. Ora, a noção de "igual respeito e consideração" em Dworkin (2002) aproxima-se do modelo de fundamentação descrito como (a) na introdução deste escrito. Dworkin inspira-se no ideal liberal rawlsiano de neutralidade do Estado em relação às concepções éticas abrangentes dos seus cidadãos, modelo que, ao contrário do multiculturalismo *mainstream*, não subscreve a estratégia da afirmação identitária como solução para déficits de reconhecimento. Em síntese, Barbosa apostou em tendências contrapostas: o liberalismo igualitarista de traços universalistas de Dworkin e um "multiculturalismo diferencialista", o qual investe na reafirmação de traços particularistas. Qualificamos, pois, sua menção ao multiculturalismo e ao diferencialismo no contexto de um voto que adota os argumentos da autoestima e do autorrespeito como um indício: por um lado, de certa disposição para a subscrição da gramática moral do reconhecimento; e, por outro, de um caráter meramente embrionário e experimental da introdução dessa gramática no cenário das deliberações do STF relacionadas a dilemas de teoria da justiça.

Nenhum dos ministros citou expressamente Axel Honneth ou alguma de suas obras. Contudo, Luiz Fux fez uma menção a Nancy Fraser. Trechos de um artigo escrito pela

professora estadunidense (FRASER, 2010, p. 167;173) foram utilizados pelo ministro tanto para descrever a política do reconhecimento como uma demanda por justiça social que tem como objetivo "contribuir para um mundo amigável da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito" quanto para descrever a injustiça como não-reconhecimento que atinge os sujeitos que não se conformam à heteronormatividade, como se pode depreender do seguinte excerto do voto de Fux:

[...] a autora expõe: "[...] [...] sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. [...] padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. [...] gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar [...] da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas [...] de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, 'tratamentos' psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; [...] acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; [...]; exclusão [...] da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento". A percepção é correta. Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo [...]. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa significa rejeição. [...]. A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos [...]. [...] suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento [...] confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem [...] potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros.

Nota-se nas palavras de Fraser subscritas por Fux a presença do **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de *status* social**, dado o vínculo entre, de um lado, invisibilidade e estigmatização resultante da hierarquização de *status* social que privilegia a heteronormatividade e, de outro, as repercussões jurídicas relativas ao casamento, à paternidade e a outros direitos relacionados à liberdade. Pode-se, assim, concluir que o ministro Fux, bem ao estilo de Fraser, tangencia as dimensões objetivas do argumento da autoestima (o problema da desigualdade de *status*) e do argumento do autorrespeito (o problema do déficit de igualdade de direitos), mas sem dar o destaque às respectivas dimensões subjetivas (psicológicas) de tais argumentos que Honneth daria.

A despeito de ter empregado as ideias de Fraser em seu voto, devemos notar que Fux as utilizou como um temperamento a outra vertente da teoria da justiça que também teve um papel de destaque em suas razões decisórias. Trata-se, mais uma vez, da inspiração rawlsiana presente no pensamento de Dworkin. Vejamos as palavras de Fux:

[...] todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. RONALD DWORKIN (Freedom's Law [...] [...]): "[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status moral e

político; deve tentar [...] tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins [...].". Ainda sobre a igualdade, DWORKIN (A Virtude Soberana [...]): [...] "O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios [...]. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos [...] não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe [...] por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram". [...] ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é [...] as por em situação de injustificada desvantagem em relação às [...] heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida [...] segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. [...] O raciocínio se aplica [...] em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – [...] submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é [...] reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. Essa ordem de ideias remete à [...] autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. [...]. O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana NANCY FRASER [...] denomina "política do reconhecimento" [...].

Nota-se, pois, que Fux incorre em um sincretismo entre teorias da justiça ao combinar a lógica do dualismo perspectivista de Nancy Fraser – que atribui grande relevância à injustiça como reconhecimento, problema do âmbito cultural – ao liberalismo igualitarista de Dworkin.

Finalmente, o ministro Celso de Mello, ao mencionar o risco de as instituições estatais estimularem indiretamente o desrespeito social aos homossexuais ao deixarem de reconhecer o direito de estabelecimento de uniões homoafetivas, adere, discretamente, ao **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de status social**. Vejamos:

os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que [...] exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Já ao citar um trecho da petição inicial formulada por Deborah Duprat, Procuradora-Geral da República à época, o ministro subscreve implicitamente o **argumento da autoestima**.

Vejamos as palavras da procuradora recepcionadas pelo ministro em seu voto:

Ao não conhecer a união [...], o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação [...], enclausurando as suas relações afetivas [...]. Esta negativa, como salientou [...] Barroso, embaraça "o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos".

Em outro trecho, o ministro, ao citar o memorial juntado pelo "Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual" aos autos da ação, vinculou-se ao argumento de Fraser (*in*

HONNETH; FRASER, 2003, p. 29 e ss.) de que injustiças de reconhecimento resultam em uma ofensa à paridade de participação cidadã, o qual está vinculado ao argumento do autorrespeito:

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o [...] Legislativo [...] diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

A despeito de tais falas compatíveis com a gramática do debate Honneth-Fraser, o ministro incorre em um sincretismo de teorias da justiça ao remeter às lições liberais de Locke:

o direito à busca da felicidade [...] representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, [...] cujas raízes mergulham [...] na Declaração de Independência dos Estados Unidos [...]. O texto dessa Declaração, [...] influenciado pelas idéias iluministas, precedidas [...] pelo pensamento de Locke [...].

A concepção lockeana de busca da felicidade assemelha-se à exigência dos também liberais Dworkin e Rawls de que o Estado não interfira em projetos de vida pessoais. Conclui-se, pois, que o voto tem problemas de coerência parecidos com os dos votos de Barbosa e Fux.

Por sua vez, o voto do min. Marco Aurélio tem peculiaridades argumentativas em comparação com os anteriores. De todo modo, ele adere, discretamente, ao **argumento da autoestima** e ao **argumento do autorrespeito**. Vejamos:

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei [...], 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. A solução [...] independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, [...] do direito à dignidade da pessoa humana, [...] do artigo 226 [...] da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

A menção às "demonstrações públicas e privadas de preconceito" traduz o déficit de estima social e as experiências de desrespeito vivenciadas por quem não se enquadra na heteronormatividade. Por sua vez, o registro da falta de disposição legislativa para tutelar as uniões homoafetivas e a tese de que essa tutela deriva diretamente da CF/88 revelam a percepção da existência de um déficit de respeito à igualdade jurídica entre os cidadãos de todas as orientações afetivas, tese que ganha densidade no seguinte trecho do seu voto:

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato [...]. A categoria [...] reflete [...] um empreendimento conjunto de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo [...] Código Civil [...]. Nada mais descompassado com a [...] união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou [...] atividade negocial. [...] o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. Caso contrário, [...] estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado. [...].

Depreende-se do excerto acima transcrito que, para o ministro Marco Aurélio, a atribuição de efeitos patrimoniais à união estável homoafetiva não seria suficiente para que os

sujeitos afetados deixassem de vivenciar a relação com o Estado nesse particular como uma experiência de desrespeito. Ora, a redução de uma relação afetiva a uma figura jurídica patrimonial preservaria a hierarquização de *status* entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva. Consequentemente, no entendimento do ministro, em vez de contribuir para o resgate do autorrespeito dos homossexuais, esse tratamento jurídico diferenciado perpetuaria a percepção de subcidadania dos membros do grupo subalternizado em questão.

Ademais, o julgador subscreve o **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de *status* social** ao demonstrar perceber, à la Honneth (2003, p. 277 e ss.), o entrelaçamento das experiências de desrespeito que se desenrolam na esfera da igualdade jurídica com as que se materializam na esfera da estima social. Nesse sentido, o ministro arremata: "são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso".

Marco Aurélio também aparenta se aproximar das preocupações de Honneth ao abordar o debate entre H. L. A. Hart e o juiz Lorde Patrick Devlin a respeito da criminalização da sodomia. Segundo o ministro, Devlin sustentava "a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero", e Hart

Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. [...] as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. [...]. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

O quarto argumento de Hart soa, à primeira vista, compatível com a tese honnethiana de que uma legislação que estabeleça hierarquias jurídicas entre cidadãos por características de grupos mina o senso de autorrespeito dos membros desses grupos, os quais adquirem a tendência psicológica a enxergar as suas características individuais como inferiores. De tal maneira, a subscrição da argumentação de Hart por Marco Aurélio aparenta, *a priori*, revelar mais uma compatibilidade entre o seu pensamento e o de Honneth.

Contudo, o primeiro argumento de Hart aparenta estar lastreado na premissa liberal de que o Estado deve assumir uma postura neutra em relação às concepções de vida boa (concepções éticas abrangentes) dos seus cidadãos e aos seus projetos de vida. A despeito de esses dois argumentos, em um nível superficial de justificação, soarem compatíveis, uma avaliação à luz dos debates mais profundos de teoria da justiça poderia conduzir à conclusão oposta. Ora, para Honneth, mais do que adotar uma postura liberal em relação às opções de

vida privada dos seus cidadãos, o Estado deveria contribuir ativamente para uma valorização equitativa de tais modos de vida no âmbito social.

A rigor, uma avaliação mais detida dos trechos do livro de Hart (1982, p. 13-24) em que o ministro buscou inspiração revela que o primeiro e o quarto argumentos de Hart encontram inspiração, respectivamente, na faceta liberal e na faceta utilitarista do pensamento de John Stuart Mill. Portanto, o quarto argumento de Hart, a despeito de se preocupar com os efeitos psicológicos nocivos do controle do exercício da sexualidade, assume como premissa uma preocupação utilitarista com a redução do sofrimento e da dor, sem trazer consigo, como faria alguém que argumentasse à la Honneth, uma preocupação em construir um cenário de eticidade formal (HONNETH, 2003, p. 269 e ss.) em que os diversos modos de vida coexistentes seriam efetivamente valorizados, e não meramente deixados livres pelo Estado.

Como não há incoerência entre o primeiro e o quarto argumentos de Hart, pode-se afirmar que a subscrição de ambos por Marco Aurélio é, em si, coerente. Porém, a combinação entre, de um lado, a inspiração honnethiana dos trechos em que o julgador subscreve os argumentos da autoestima e do autorrespeito e, de outro, a adoção da argumentação utilitarista de Hart demonstra um déficit de coerência na argumentação do ministro no que concerne ao emprego de perspectivas colhidas de consagradas vertentes dos debates de teoria da justiça.

Já os votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Carmen Lúcia, a despeito de utilizarem um vocabulário *a priori* semelhante com a gramática do debate Honneth-Fraser em certos trechos, não demonstram, globalmente, maior afinidade com os pensamentos desses autores.

O ministro Carlos Ayres Britto, que atuou como relator no julgamento ora estudado, atribui relevância à ideia de “autoestima” no seguinte excerto do seu voto: “[...] a preferência sexual se põe como [...] emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, [...] fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima [...] a aplainar o [...] caminho da felicidade”.

O emprego do vocábulo “autoestima” pode dar a entender, em um primeiro momento, que o voto tem inspiração em Honneth e, conseqüentemente, que o julgador está a adotar o que chamamos de **argumento da autoestima**. Contudo, o sentido atribuível a um determinado termo depende do contexto comunicativo em que ele é empregado. Nesse particular, devemos notar que o grande autor(a) do campo da teoria da justiça citado pelo ministro não foi Honneth, tampouco Fraser, e sim Rawls, como podemos ler no seguinte trecho de seu voto:

[...] imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral [...]. [...] Estratos ou segmentos sociais como [...] o daqueles [...] identificados pelo nome de “homoafetivos”. [...] pluralismo sócio-político-cultural. [...] [...] pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito [...] a respeitosa convivência dos

contrários [...] que Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença” [...].

Rawls, mesmo situado em uma tradição de teoria da justiça diferente da de Honneth, reconhece como um bem primário aquilo que chama, indistintamente, de “autoestima” ou “autorrespeito”. Na definição do autor, essa noção consiste na capacidade do sujeito de se valorizar, inclusive em relação ao seu plano de vida pessoal, capacidade que depende da apreciação e da confirmação alheias (RAWLS, 1999, p. 386). Há aí um componente psicológico, já que, segundo o autor, um sujeito só consegue a nutrir a convicção e a confiança de que seu projeto de vida vale a pena se for valorizado pelos seus pares. Em síntese, para Rawls (1999, p. 388), a base da autoestima/autorrespeito é a reciprocidade entre os cidadãos no que concerne a um julgamento democrático das metas alheias, ou seja, à adoção de uma postura que evita avaliações do valor pessoal dos modos de vida alheios.

Em uma leitura hermenêutica caridosa do voto do ministro, parece muito mais coerente com o contexto comunicativo em que ele empregou a palavra “autoestima” o entendimento de que ele estava a assumir tal noção no sentido rawlsiano do que na acepção honnethiana. De todo modo, o voto do ministro tende ao sincretismo entre teorias da justiça em um outro ponto, qual seja, o tom comunitarista que ele assume ao discorrer sobre o papel social das famílias:

[...] apogeu da integração comunitária, a família [...]. [...] espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas [...]. O que a credencia como base da sociedade [...] pois também a sociedade se deseja assim [...] solidária ([...] “a Pátria amplificada”). [...] forma superior de vida coletiva [...] inclinada para o crescimento espiritual dos [...] integrantes. [...] comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”.

Concluimos que, na dúvida entre fundamentar o reconhecimento da constitucionalidade das uniões homoafetivas em um modelo de teoria da justiça de inspiração rawlsiana (semelhante ao descrito como "(a)" na introdução deste escrito) ou em uma abordagem de caráter comunitarista (nos moldes descritos como “(b)” na introdução deste artigo), o ministro optou por não se comprometer de modo linear com nenhum dos dois padrões.

Já a ministra Carmen Lúcia tangenciou a dimensão objetiva do **argumento do autorrespeito**, mas sem destacar a dimensão psicológica de tal argumento. Vejamos:

Realça-se o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. [...]. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

À primeira vista, sua abordagem poderia ser comparada à de Fux e, portanto, considerada mais próxima da de Fraser do que da de Honneth. Contudo, diferentemente de Fux, não há mais nada no contexto significativo do todo do voto da ministra que revele eventual inspiração em Honneth ou Fraser. Concluimos, pois, que a atribuição implícita de relevância ao desenvolvimento do autorrespeito em seu voto está, de modo semelhante ao que ocorre no voto do ministro Carlos Ayres Britto, muito mais próxima da perspectiva rawlsiana.

O ministro Gilmar Mendes, *a priori*, aparenta aderir discretamente ao **argumento da circularidade entre desigualdade de direitos e desigualdade de *status* social** ao sustentar que a falta de reconhecimento estatal do direito de estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas contribui para o déficit de estima social dos homossexuais. Senão, vejamos.

[...] o Brasil possui 60.002 [...] casais homossexuais vivendo juntos. O número [...] [...] não reflete a realidade [...] estatística escondida em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro.

Contudo, não há outras falas do ministro no julgamento que revelem um caráter globalmente honnethiano e/ou fraseriano do seu voto. Na verdade, mais reveladora do que o conteúdo do voto do ministro é uma fala sua de caráter metalinguístico durante o julgamento:

[...] GILMAR MENDES - [...] eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse na ementa [...] a diversidade de fundamentos trazidos.
[...] AYRES BRITTO (RELATOR) - De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.
[...] CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.
[...] AYRES BRITTO (RELATOR) – Exatamente.

O diálogo em questão revela que os três ministros envolvidos chegaram a um acordo a respeito da possibilidade de que a conclusão de que o estabelecimento de uniões homoafetivas é permitida pode ser alcançada por diversas linhas argumentativas diferentes, com respaldo em variadas vertentes da teoria da justiça. Trata-se de manifestação daquilo que Cass Sunstein (1995) chamou de "acordos incompletamente teorizados", ou seja, juízos sobre um problema jurídico específico que não se aprofundem sobre debates de teoria da justiça. Essa estratégia minimalista viabilizou pragmaticamente que os ministros decidissem um tema ideologicamente controverso mediante um consenso em torno de uma leitura inclusiva do princípio da igualdade.

Diante do exposto, os votos de Lewandowski e Peluso são os mais representativos do espírito coletivo do tribunal. Lewandowski limitou-se a remeter aos "princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual". Por sua vez, Peluso restringiu-se a destacar a "postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação" e a remeter

aos princípios da dignidade e da igualdade. Não à toa, não é possível depreender de seus votos, tampouco do de Gilmar Mendes, nenhuma perspectiva abrangente de teoria da justiça.

4 CONCLUSÃO

Nove ministros votaram no julgamento conjunto da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132. Barbosa e Fux efetivamente foram influenciados pelo debate Honneth-Fraser. Não há provas categóricas de que afirmação semelhante possa ser feita a respeito de Celso de Mello e Marco Aurélio, mas seus votos têm diversos pontos de compatibilidade com a gramática moral da dupla de autores. Por sua vez, Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes, a despeito de empregarem marginalmente termos *a priori* semelhantes aos da referida gramática e/ou ao menos um argumento compatível com a concepção de justiça como reconhecimento, não têm afinidade global com tal vertente da teoria da justiça. Por fim, os votos de Lewandowski e Peluso não têm traços de semelhança com a concepção de justiça como reconhecimento.

Concluimos que a influência do debate Honneth-Fraser nas razões decisórias dos votos dos ministros no supracitado julgamento foi bastante limitada. Ora, tanto o sincretismo entre teorias da justiça nos votos de Barbosa, Fux, Celso de Mello, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto quanto o minimalismo dos votos dos outros quatro julgadores revelam mais uma assunção de uma estratégia minimalista de busca por um consenso a respeito de uma questão ideologicamente controversa do que a assunção de uma compreensão da desigualdade de orientação afetiva como um problema de injustiça cultural.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277 e ADPF nº 132**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 05 maio 2011. Data de publicação: 14 out. 2011.

DEVLIN, Lord. **The enforcement of morals**. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition: a political-philosophical exchange**. Londres: Verso, 2003, p. 7-109.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. *In*: SARMENTO, Daniel *et al.* **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-189.

HART, H. L. A. **Law, liberty and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2009.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Yale University Press: Londres, 2003.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised Edition. Cambridge: Harvard University, 1999.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Harvard: Belknap, 2001.

SANDEL, Michael. **Justiça: fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law**, v. 108, n. 7, 1995.