



# OS DIREITOS DA UNIÕES HOMOAFETIVAS NO E STJ E STF: UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DO MONISMO MORAL DE AXEL HONNETH

---

*Maria Eugenia Bunchaft\**

## RESUMO

Um dos tópicos mais controversos do direito constitucional constitui o debate sobre os direitos das uniões homoafetivas. Como se sabe, a união homoafetiva não foi reconhecida expressamente no artigo 226 § 3º da CF, inexistindo norma específica.

O presente artigo pretende investigar os posicionamentos de Ministros do STJ e STF em relação ao tema das uniões homoafetivas, em conexão com as filosofias do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. Nesse sentido, os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento podem ser um instrumental teórico fundamental para compreensão de determinadas formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são desconsideradas pelo processo político.

## Palavras-Chave

STF. Ativismo Judicial. Minorias gays. Axel Honneth. Nancy Fraser.

## ABSTRACT

The homosexual union rights are debated as one of the most controversial topics of Constitutional Law. It is known that the homosexual union was not explicitly recognized by the article 226 § 3º from FC, as there is no specific regulation for this subject.

This paper intends to investigate the STJ and STF ministers' positions in relation to homosexual union according to Axel Honneth and Nancy Fraser philosophies of recognition. In this sense, the philosophical basis from recognition theories may be a theoretical instrument to comprehend some forms of judicial activism which aims are to protect stigmatized minorities whose regulatory intentions are disregarded by the political process.

## Keywords

STF Judicial Activism. Gays minorities. Axel Honneth. Nancy Fraser.

---

\* Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora e Pesquisadora do Unifoa – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro, “O Patriotismo Constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas – a Reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea”, Ed. Lumen Juris, 2010.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos tópicos mais controversos do direito constitucional constitui o debate sobre os direitos das uniões homoafetivas. Como se sabe, a união homoafetiva não foi reconhecida expressamente no artigo 226 § 3º da CF, inexistindo norma específica. Enquanto as uniões heterossexuais foram reconhecidas pela Constituição como sociedades de afeto, as uniões homossexuais, em decorrência da ausência de regulamentação legal, são consideradas por uma corrente doutrinária como sociedades de fato. A *affectio societatis*, ou afinidade dos indivíduos com o fim de reunir esforços visando ao lucro, como elemento inerente às sociedades empresariais, não se confunde com a *affectio maritalis*, inerente às uniões heteroafetivas e homoafetivas, concebidas como um sentimento de amor entre duas pessoas visando a uma comunhão de vida, de forma pública, contínua e duradoura. Os elementos caracterizadores de uma e outra não se confundem, razão por que a união homoafetiva não pode ser concebida como uma “sociedade de fato”, mas uma sociedade de afeto.

É importante sublinhar a existência de uma corrente doutrinária que considera as uniões homoafetivas como meras “sociedades de fato”. A resistência de uma parte da jurisprudência brasileira em equiparar as uniões homoafetivas como entidades familiares tem, todavia, como resultado a negação da distribuição das demandas às varas de família. O presente artigo pretende investigar a posição de Ministros do STF em relação ao tema das uniões homoafetivas, em conexão com as filosofias do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. Axel Honneth delineou uma filosofia política que associa uma teoria do desenvolvimento psíquico e a evolução moral da sociedade. O filósofo estabeleceu um diálogo com Fraser, teórica feminista, professora da Nova Escola para Pesquisa Social de Nova York. Indubitavelmente, o debate entre Honneth e Fraser, que resultou no livro *Redistribution or Recognition*, é fundamental para elucidar a temática das uniões homoafetivas e o posicionamento específico do STF. Outrossim, em um contexto marcado pelo surgimento de críticas no cenário jurídico brasileiro a uma excessiva amplitude dos poderes judiciais atribuídos à atuação do STF, tendo em vista a denominada “dificuldade contramajoritária”, podemos questionar: quais os fundamentos filosóficos que legitimam o ativismo judicial do STF na proteção de minorias sexuais? É possível conceber o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, inerente a contextos de vulnerabilidade moral, como fundamento filosófico capaz de garantir a legitimidade da expansão da tutela jurisdicional voltada para proteção de minorias estigmatizadas? Nesse sentido, os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento podem ser um instrumental teórico importante para compreensão de determinadas formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são desconsideradas pelo processo político. O item seguinte analisa o posicionamento dos Ministros do STF em relação ao tema das uniões homoafetivas.

## 2. OS DIREITOS DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO STJ E STF.

De início, é mister enfatizar que inexistente uma posição do STF sobre a possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, uma vez que o órgão pleno não apreciou nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Três Ministros, entretanto, assumiram posicionamentos sobre o tema, destacando-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADIN nº 3.300/DF. Manifestaram-se também sobre o tema, os Ministros Dr. Eros Grau, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837/SP, e Dr. Gilmar Mendes, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564, quando exercia a função de Ministro do TSE.

É de se mencionar que, em 2008, o Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ajuizou a ADPF nº 132, pedindo o reconhecimento de direitos previdenciários para parceiros do mesmo sexo que vivem uma união homoafetiva. O Governador fluminense requer a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis de todo o país. No ensejo, em 2009, a Procuradora-Geral da República, Déborah Duprat, ajuizou a ADPF nº 178 no STF, visando equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis, observando-se os pressupostos legais. Defende que “se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.”<sup>1</sup> O Ministro do STF, Celso de Mello, declarou que a união gay será um dos primeiros casos a ser julgado em 2011.

Nessa trajetória jurídica, podemos destacar, como exemplo de uma perspectiva judicial que objetiva a proteção de grupos estigmatizados, a decisão monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, relativa ao julgamento da ADI nº 3.300/DF. A ADI nº 3.300/DF foi interposta por associações de defesa dos direitos dos homossexuais, pretendendo impugnar o art. 1º da Lei 9278/96, especificamente em relação à expressão “o homem e a mulher”. O pedido foi de declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, por entender que o mesmo afrontava o princípio da igualdade, objetivando a declaração de existência da união estável homoafetiva. Não obstante, o Órgão Pleno do STF não apreciou o mérito da ação, porquanto o relator, Ministro Dr. Celso de Mello, em decisão monocrática, extinguiu o processo, sem resolução do mérito. Prevaleceu o entendimento no sentido da derrogação da Lei 9.278/96 (que regulamentou a União Estável) pelos artigos 1722 a 1727 do Código Civil de 2002.

De fato, apesar da extinção do processo por questões de natureza formal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI nº 3.300/DF, terminou por adentrar no mérito da questão, sublinhando a existência de uma questão

<sup>1</sup> STF, ADPF nº 178.

constitucional de “alta relevância social e jurídico-constitucional”, relativa à qualificação normativa das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em passagem elucidativa, o Ministro Dr. Celso de Mello sublinha que:

(...)Quanto à tese sustentada pelas entidades autoras de que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”. (...)²

Em suma, enfatizou a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, fundamentando-se no emprego da analogia e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relativamente às uniões homoafetivas, foram prestigiadas, onde se destacam julgados favoráveis à concessão de direitos a casais homoafetivos.

Nesse cenário, de acordo com o Dr. Luis Roberto Barroso, em parecer monográfico sobre o tema, “a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (artigo 226, §1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (artigo 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos dois pais e seus descendentes (artigo 226, §4º)”.³ De acordo com o constitucionalista, todavia, o reconhecimento da união homoafetiva “seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares.” ⁴

Em relação ao posicionamento dos Tribunais de Justiça de segundo grau, é importante assinalar a relevância jurídica da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por envolver julgados paradigmáticos na proteção do direito à orientação sexual, influenciando o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nessa trajetória jurídico-constitucional, indiscutível o impacto simbólico da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

² ADIN 3300-DF. Decisão Monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, julgado em 03 de Fevereiro de 2006.

³ BARROSO, Luis Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n; 16, maio, junho, julho, agosto, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, p. 37.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

Sul, que deu o primeiro passo para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em 1999, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, invocando o princípio da não-discriminação por orientação sexual, fixou a competência da Vara de Família, argumentando que a restrição do artigo 226, §3º não impede o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. De acordo com a Desembargadora Dra. Maria Berenice Dias “a partir de tal posicionamento jurisprudencial, todas as ações envolvendo o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ao menos no Rio Grande do Sul, migraram das varas cíveis para as varas de família.”<sup>5</sup>

Com efeito, inexistente regra constitucional determinando a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Analisando o tema, Luis Roberto Barroso postula que “a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às uniões homoafetivas”.<sup>6</sup> A regra do artigo 226, § 3º, relativa ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representa “uma norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.”<sup>7</sup> Ora, se a Constituição e o Código Civil foram omissos no que se refere à união homoafetiva, isso não implica que os diplomas supracitados têm estabelecido uma vedação implícita.

Desse modo, segundo o constitucionalista, trata-se de uma norma de inclusão, criada com o objetivo de por fim à anterior discriminação às uniões extramatrimoniais, não devendo ser interpretada de forma discriminatória, em ofensa aos princípios constitucionais que a justificaram. É fundamental esclarecer que a equiparação legal à união estável assume relevância na concessão de direitos previdenciários e sucessórios, por exemplo. Em 2001, a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a concessão da meação do patrimônio ao companheiro sobrevivente, reconhecendo, pela primeira vez, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale a pena transcrever a ementa do julgado:

(...)União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, revelados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 134.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 40.

na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (...) <sup>8</sup>

Em síntese, de acordo com Desembargadora Dra. Maria Berenice Dias, tratou-se de uma decisão paradigmática, que suscitou avanços relevantes na jurisprudência. Nas palavras da autora, “o Relator, ainda que não reconhecendo a existência de uma união estável, invocou, por analogia, a legislação que rege as uniões extramatrimoniais. <sup>9</sup> Em suma, aplicou o regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista o esforço comum para construção do patrimônio. A partir desse precedente, inúmeros julgados passaram a reconhecer a omissão da lei, equiparando a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável homoafetiva. De qualquer forma, após a morte de um dos companheiros, geralmente é pretendida em juízo a partilha do patrimônio, e não os direitos sucessórios decorrentes do status de herdeiro.

Em face desta leitura, a tendência majoritária da jurisprudência nacional é a de rejeitar a pretensão a direitos sucessórios. A primeira decisão concedendo direitos sucessórios ao companheiro ocorreu na justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo que o elo afetivo determinaria a aplicação analógica com a legislação que rege a união estável, contrapondo-se à jurisprudência dominante que se restringe ao deferimento da partilha do acervo patrimonial adquirido pelo esforço comum. Um caso emblemático foi a disputa de direitos sucessórios entre companheiro sobrevivente e municipalidade. Esta pretendia a declaração de vacância do acervo patrimonial, tendo em vista a ausência de parentes sucessíveis. É oportuno transcrever o julgado:

(...)UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. (...) <sup>10</sup>

Disso se infere, a nosso ver, que o caso assumiu uma dimensão jurídica singular, pois não houve acréscimo patrimonial durante o período de convivência, uma vez que todos os bens eram de propriedade do *de cujus*, adquiridos antes do início do relacionamento. Interpostos embargos infringentes e, tendo ocorrido empate, tornou-se necessária a convocação do 3º Vice-presidente para proferir o voto de Minerva, atribuindo ao companheiro a totalidade do acervo patrimonial do *de cujus*.

<sup>8</sup> TJRS. 7ª C. Cível. AC 70001388982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 1/3/2000.

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136.

<sup>10</sup> TJRS. 4ª G.C. Cív. EI 70003967676 – Redatora para acórdão, Des. Maria Berenice Dias, j. 9/5/2003.

Nessa linha de raciocínio, é imperioso investigar que o Ministro Dr. Eros Grau, em decisão monocrática relativa ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837, manifestou-se sobre o tema das uniões homoafetivas. Neste caso, o recorrente, ao pretender a aplicação do regime jurídico da união estável, argumentou a existência de ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que o tribunal compreendeu que tal regime só seria aplicável à relação homem e mulher. Tendo em vista a ausência do cumprimento do requisito do prequestionamento, o Ministro Eros Grau não conheceu o recurso. Não obstante, terminou por manifestar implicitamente seu posicionamento acerca do tema, no sentido de que o regime jurídico da união estável seria inaplicável às uniões homoafetivas. Confira-se o argumento do Ministro Dr. Eros Grau:

(...)Insubsistente, também, a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos – pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual – o disposto no art 226 § 3º da Constituição Federal do Brasil. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento. (...)¹¹

Assim, com base no artigo 21 § 3º do Regimento Interno do STF, negou seguimento ao recurso, tendo em vista a ausência de prequestionamento explícito e, embora não tenha apreciado a questão relativa à violação ao princípio da isonomia, terminou por revelar, de forma implícita, o seu entendimento, no sentido de que o regime jurídico da união estável - previsto no art 226 § 3º - somente seria aplicável à união entre homem e mulher. Entendo que o Ministro não apresentou uma fundamentação lógico-racional capaz de afastar a aplicação analógica no caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também teve a oportunidade de expressar seu entendimento, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564. A controvérsia surgiu quando uma companheira homoafetiva de uma deputada de Viseu/PA teve o seu registro de candidatura impugnado pelo juiz eleitoral, sob alegação da existência de união estável, de forma que o juiz eleitoral se manifestou no sentido de violação ao artigo 14 §7º da Constituição Federal, que proíbe a perpetuação de grupos familiares no poder executivo, tendo em vista a vedação da candidatura dos cônjuges do Presidente da República, Governadores e Prefeitos. A questão fundamental, portanto, era saber se a união entre pessoas do mesmo sexo também seria contemplada pela regra da inelegibilidade, que é prevista no art. 14 §7º da Constituição.

Nessa perspectiva, o TRE deu provimento ao recurso interposto, considerando que a regra da inelegibilidade não atingiria as relações homoafetivas, não se enquadrando no conceito de união estável. Contra essa decisão, foi interposto o RESP eleitoral nº 24.564 para o TSE, que, por intermédio do Ministro relator Gilmar Mendes, reconheceu a inelegibilidade da candidata, uma vez que sua

¹¹ STF, RE 406.837/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 23.02.2005.



companheira deveria ter se licenciado seis meses antes da data da eleição, aplicando analogicamente o art 14 §7º, de forma que não só o casamento, mas também a união homoafetiva determinam a aplicação da regra da inelegibilidade, evitando o contínuismo de oligarquias no poder. É oportuno transcrever a ementa:

(...)Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita no município. Inelegibilidade. Art 14 § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra da inelegibilidade prevista no art. 14 §7º da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (...)<sup>12</sup>

Diante do exposto, depreende-se que o Ministro Gilmar Mendes não reconheceu expressamente o status jurídico familiar das uniões homoafetivas. Partindo, todavia, do pressuposto que a legislação eleitoral impõe obrigações jurídicas às uniões homoafetivas, no que se refere à ampliação da regra do artigo 14, §7º, torna-se implícito o reconhecimento do status jurídico-familiar destas uniões. No ensejo, o STF, através do Min. Marco Aurélio de Mello, deferiu liminar de abrangência nacional, determinando ao INSS que passasse a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (artigo 16, I da Lei nº 8.213/91; possibilitasse a inscrição do companheiro homossexual na condição de dependente; passasse a processar os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados por companheiro do mesmo sexo, uma vez cumpridos os requisitos legais aplicados aos casais heterossexuais (artigos 74 a 80 da Lei nº 8213/91), fixando o prazo de dez dias para efetivação das medidas indispensáveis ao cumprimento do teor da decisão, sob pena de multa diária de 30 mil reais (artigo 461 do Código de Processo Civil).<sup>13</sup>

Em relação ao Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), este prevê ações programáticas que apoiem projetos de lei que disponham sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo, de ações estatais voltadas para a garantia do direito de adoção por casais homoafetivos, o desenvolvimento de meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais e o fomento à criação de redes de proteção do direitos humanos de lésbicas, gays, transexuais, bissexuais e travestis. Como se sabe, apesar das supressões e modificações no texto do decreto, foram mantidos a defesa união homossexual, a adoção de crianças por casais homoafetivos e a concessão de direitos trabalhistas a prostitutas. No entanto, de acordo com Luiz Mott, fundador do Grupo Gay da Bahia, a situação dos LGBTs agravou-se ao longo do governo de oito anos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Segundo Mott, o governo anterior foi marcado por muitas ações afirmativas e declarações por meio do Programa Brasil sem Homofobia, da criação do Conselho Nacional LGBT e da Conferência Nacional LGBT, mas poucos projetos de lei relevantes foram aprovados. Na sua percepção, em razão da pressão da bancada evangélica

<sup>12</sup> TSE. RESP Eleitoral 24.564. Relator Ministro Gilmar Mendes.

<sup>13</sup> STF, PET n. 1984/RS. Voto do Min Relator, Dr. Marco Aurélio de Mello.



e da CNBB, “Lula, infelizmente, não teve coragem e ousadia para pressionar sua base aliada, fazendo com que essas leis fossem aprovadas.”

De fato, se o Poder Executivo federal promoveu a primeira conferência nacional sobre o tema, criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e deu início à implementação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, o Legislativo não aprovou o projeto de lei nº 122/06, que pretende criminalizar a homofobia. O texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006, mas, ao chegar no Senado, terminou por ser arquivado. É possível que a situação se modifique no governo atual. Recentemente, o Senado aprovou requerimento apresentado por Marta Suplicy para desarquivar o PLC 122. Não obstante todas as declarações, programas e ações afirmativas do governo anterior, os índices de violência contra homossexuais são altíssimos e têm crescido. Em verdade, o governo anterior é caracterizado pelo avanço institucional no reconhecimento de direitos de LGBT, mas, também, pelo crescimento dos índices de violência. De acordo com os dados da ONG Grupo Gay da Bahia, em 2010, ocorreram 232 assassinatos por intolerância quanto à orientação sexual.

Sob esse aspecto, acreditamos que o STF, por meio do seu plenário, possa funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos estigmatizados, suprindo o *deficit* de representação destes nas instâncias deliberativas.<sup>14</sup> Os posicionamentos dos Ministros Dr. Celso de Mello, Dr. Marco Aurélio de Mello e Dr. Gilmar Mendes já assumem especial relevância na construção de uma cultura constitucional capaz de superar quadros de “invisibilidade social” de grupos estigmatizados.

É de se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também tem desempenhado um papel fundamental na proteção do direito à orientação sexual de grupos estigmatizados. Um caso emblemático decorreu do julgamento referente ao RESP nº 395.904/RS, no que se refere a direitos previdenciários. A problemática central do RESP nº 395.904/RS surgiu quando o autor ajuizou demanda em face do INSS, pleiteando o direito a benefício previdenciário, decorrente de pensão por morte, bem como o complemento da PREVI, tendo em vista o falecimento

<sup>14</sup> Em relação a formas de judicialização voltadas para a proteção de minorias estigmatizadas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, cf.: BUNCHART, Maria Eugenia. “Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a Doutrina da *Equal Protection* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana”. In: *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará*, vol. 30.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2010; FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141; ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; STURM, Susan. “Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004; BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

de seu companheiro. O INSS contestou a demanda, alegando que a parte autora não se enquadrava na qualidade de dependente do segurado, condição que era necessária ao recebimento do benefício pretendido. Como a sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido, o Ministério Público Federal apelou da sentença sob o fundamento de que o texto consagrado no art. 226, §3º da Constituição Federal não excluiria a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser observado o princípio constitucional da igualdade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acertadamente deu provimento ao recurso, postulando que:

(...) 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3-O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º , IV e 5º , aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais (...)<sup>15</sup>

Inconformado, o INSS interpôs o RESP nº 395.904/RS, alegando contrariedade à lei federal nº 8.213/91, que consagra a União Estável apenas entre homem e mulher. O Ministro Hélio Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de considerar improcedente a tese da impossibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, com base na ausência de regulamentação legal, uma vez que a questão versa sobre Direito Previdenciário, e não sobre Direito de Família. Em síntese, o princípio da igualdade não poderia estar desvinculado do princípio da justiça em seu sentido mais puro. A negativa de direitos fundamentais relativos ao recebimento de direitos previdenciários entre pessoas que estabeleceram uniões homoafetivas, implicaria o surgimento de um não-direito, situação que fere a isonomia constitucional.

Nesse quadro teórico, considerou que “o teor do art. 226, §3º da Constituição Federal conceituou união estável, sem contudo excluir a relação homoafetiva,<sup>16</sup> inexistindo tal exclusão no Direito Previdenciário. A existência de uma lacuna legal, na sua percepção, deveria “ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito, no termos do art. 4º da LICC”<sup>17</sup>, cabendo ao Judiciário, por meio de uma metodologia principiológica, preencher as lacunas legais, de forma a adequá-las às necessidades sociais. Declarou ainda que, “alijar parte da sociedade - inserida nas relações homoafetivas - da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão legal expressa, constituirá ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio inculcado no art. 5º, caput da Constituição Federal.”<sup>18</sup> Nessa linha de raciocínio, observou terem sido preenchidos os requisitos da Lei 8.213/91, tendo sido comprovada a qualidade de segurado e a convivência afetiva e duradoura, negando provimento ao Recurso Especial interposto pelo INSS.

<sup>15</sup> TRF 4ª Região. Ac. 349.785/RS – 6ª Turma. Rel Nylson Paim de Abreu, j. 21/11/2000.

<sup>16</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

<sup>17</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

<sup>18</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

Em voto-vista, o Min. Paulo Medina inicialmente apontou que o recorrente teria alegado que o acórdão impugnado contrariava o conceito de companheiro previsto no art 16, § 3º da Lei nº 8.213/91, que remete ao dispositivo constitucional para delimitar o alcance da expressão companheiro, para fins de direito previdenciário. Na linha de raciocínio do Dr. Luis Roberto Barroso, apontou que toda interpretação é produto de uma época, de forma que o conceito de companheiro não representa “ um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos.”<sup>19</sup> Destacou que “a Lei nº 8213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto, excluir expressamente a união homoafetiva.”<sup>20</sup>

Uma vez que o segurado contribuiu toda a vida para a Previdência Social, tendo como seu dependente o companheiro do mesmo sexo, o princípio da igualdade determina o tratamento isonômico, uma vez que “onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.”<sup>21</sup> Concluiu que seria necessária a interpretação da Lei nº 8.213/91 à luz da Constituição, tendo em vista a lacuna legal e a possibilidade de interpretação extensiva, negando provimento ao recurso do INSS. Prosseguindo no julgamento, a turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Min. relator.

Por fim, salientamos haver a existência de um outro recurso especial que irá elucidar a posição dos ministros do STJ. Trata-se do julgamento do RESP nº 820.475, no qual a Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencidos os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. O Min. Antonio de Pádua Ribeiro, relator do processo, em seu voto de procedência do recurso, assinalou que:

(...)Da análise dos dispositivos transcritos, não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Nem por isso, todavia, o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4ª da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar nos limites do seu deferimento. (...)<sup>22</sup>

Assim, tendo em vista o aspecto análogo da união homoafetiva em relação à união estável consagrada no artigo 226 § 3º da Constituição Federal, aplicou a analogia, reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

<sup>19</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

<sup>20</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

<sup>21</sup> STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

<sup>22</sup> STJ, RESP. n.º 820. 475/RJ. Voto do Min. Dr. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado 21/08/2007.

Os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho não conheceram o recurso, compreendendo que há vedação constitucional, configurando-se hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. O Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou o Relator, admitindo o recurso e dando-lhe provimento para reconhecer a possibilidade jurídica do pedido. Considerou que o art. 1º da Lei 9.278/96 e artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil apenas estabelecem a possibilidade jurídica da união estável entre homem e mulher, preenchidos os requisitos legais, mas não estabeleceu vedação expressa às uniões homoafetivas. Confira-se a argumentação do voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

(...)Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres. O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. (...)²³

No ensejo, no julgamento do RESP nº 633.713/RS, a Terceira Turma do STJ havia decidido pela admissibilidade do reconhecimento de sociedade de fato em relações homoafetivas. Recentemente, no julgamento do RESP nº 1.085.646/RS, a Terceira Turma deliberou remeter à Segunda Seção o julgamento da questão relativa ao reconhecimento da atribuição do status de sociedade de fato ou do status de união estável à união homoafetiva. A Ministra Nancy Andrichi votou pela possibilidade de reconhecimento da união estável homossexual, sendo seguida pelos Ministros João Otávio Noronha, Luis Felipe Salomão e Aldir Passarinho Junior. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Ministro Raul Araújo Filho. Dois Ministros votaram contra o reconhecimento da união estável homossexual, mas ainda faltam os votos de dois Ministros. A controvérsia surgiu quando o companheiro, após o fim do relacionamento, pediu a partilha do patrimônio em comum adquirido durante união estável e a fixação de alimentos. O juiz da Vara de Família julgou procedente o pedido, determinando a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum e estabelecendo os alimentos de 1 mil reais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a obrigação de pagar alimentos, mas manteve a sentença quanto ao outro pedido. Os alimentos foram negados, tendo em vista a pouca idade do autor e sua aptidão para o trabalho, mas não foi indeferida a competência da vara de família. Para a relatora, as uniões homoafetivas pressupõem os mesmos princípios sociais e afetivos das relações heterossexuais:

(...)A ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios precon-

---

²³ STJ, RESP nº 820.475/RJ. Voto do Min. Dr. Luis Felipe Salomão. Julgado em 2/09/2008.

ceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana. (...)

A negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. (...)

Impedir, portanto, a tutela jurídica da família homoafetiva constituída com base nesses fundamentos, implicaria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O Ministro João Otávio Noronha acompanhou a relatora, destacando não haver vedação expressa às relações homossexuais, legitimando sua tutela jurídica. Noronha asseverou a relevância dos tribunais brasileiros na vanguarda internacional de temas de direito de família. Sublinha que a previsão constitucional do status familiar da união entre “um homem e uma mulher” é uma proteção adicional, não uma vedação a outras formas de vínculo afetivo. Não obstante, o Ministro Sidnei Beneti e o desembargador convocado Vasco Della Giustina divergiram da relatora, defendendo a impossibilidade de uma interpretação infraconstitucional violar dispositivo expresso na Constituição. Nessa percepção, aplicar-se-iam às uniões homoafetivas as regras da sociedade de fato.

Diante do exposto, depreende-se ser indiscutível a atuação efetiva do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de representação de minorias. Mas, a principal problemática a ser enfrentada consiste no seguinte questionamento: o potencial emancipatório das experiências de sofrimento pode ser considerado como a base motivacional capaz de legitimar a expansão de formas de tutela judicial que objetivam resguardar direitos de minorias sexuais? Quais os fundamentos filosóficos que legitimam formas de judicialização voltadas para a proteção de direitos de minorias sexuais? Nesse particular, é necessário elucidar os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento das teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser.

### 3. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DEBATE HONNETH-FRASER E SUA RELAÇÃO COM O TEMA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS.

De início, é premente lecionar que a filosofia de Axel Honneth pressupõe a construção da identidade como expressão de lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo. A identidade humana, portanto, surge a partir da intersubjetividade. Por meio de relações intersubjetivas, os indivíduos estabelecem três formas de interação social. A primeira delas é a autoconfiança, que expressa-se nas relações de amor e amizade por meio das quais a unidade originalmente simbiótica entre mãe e filho irá romper-se, originando instâncias de autonomia apoiadas pela dedicação materna. A segunda forma de reconhecimento ocorre por meio da atribuição de direitos universais que permitem aos indivíduos alcançarem um sentido de autorrespeito. É por meio

de relações juridicamente institucionalizadas que os cidadãos constroem a sua autoimagem. Por fim, a terceira forma de reconhecimento constitui a dimensão da autoestima, por meio da qual os indivíduos são socialmente estimados por seus atributos singulares na esfera da divisão do trabalho de uma comunidade.<sup>24</sup> Honneth apresenta um conceito de luta por reconhecimento, a partir da dimensão ética da injustiça, fornecendo novas bases filosóficas para sua proposta de renovar a Teoria Crítica, compreendendo os padrões concretos de desrespeito, como a base motivacional capaz de inspirar a gramática dos conflitos sociais. Para Honneth, somente quando os indivíduos se propõem a rearticular as relações de interação social, é possível superar a tensão afetiva inerente ao potencial emancipatório das experiências de sofrimento. É oportuno resgatar uma passagem que elucida o pensamento do autor:

(...)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. (...) <sup>25</sup>

Nessa concepção filosófica, o autor propugna investigar os pressupostos necessários que ensejam situações de vulnerabilidade moral, porquanto as experiências de desrespeito e humilhação impedem as condições necessárias para uma autorrealização plena. Honneth apropria-se do pensamento de Dewey, segundo o qual os sentimentos são compreendidos como “a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”<sup>26</sup> Assim, o filósofo alemão analisa que, em situações de vulnerabilidade moral, os sujeitos ofendidos, quando seus parceiros de interação não correspondem às suas expectativas normativas, terminam por expressar sentimentos de vexação, que “consistem num rebaixamento do sentimento de valor próprio”<sup>27</sup>. Inobstante, o autor apresenta uma concepção teórica fundamental para atender aos desafios inerentes a situações de opressão na sociedade: o conceito de *invisibilidade social*. Nas palavras de Honneth, “sujeitos humanos são visíveis a outro sujeito, na medida em que este pode identificá-los, de acordo com as características do relacionamento, como pessoas claramente definidas por propriedades”<sup>28</sup>, ou seja,

<sup>24</sup> A respeito, cf.: BUNCHRAFT, Maria Eugenia. “A Filosofia Política do Reconhecimento”. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 378-379; BUNCHRAFT, Maria Eugenia. “Entre Cooperação reflexiva e Democracia Procedimental”. In: *Sequência*, n. 59. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2009, p. 141-160.

<sup>25</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento - A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 220.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>28</sup> HONNETH, Axel. “Invisibility: on the Epistemology of Recognition”. *Aristotelian Society Supplementary*, 75, 2001, p. 2.

quando nossos parceiros de interação social reconhecem nossas singularidades e atributos. De acordo com Honneth, “ a história cultural oferece inúmeros exemplos nos quais o dominador expressa sua superioridade social ao não perceber aqueles que eles dominam.”<sup>29</sup> Um sujeito pode confirmar sua própria visibilidade somente forçando seu parceiro de interação social a reconhecer suas singularidades e propriedades que formam uma identidade.

Nessa trajetória teórica, Honneth estabeleceu um debate com Nancy Fraser sobre os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento, sendo que tal diálogo foi expresso no livro *Redistribution or Recognition*. 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 a políticas estreitas de autenticidade de grupo, mas um processo de desconstrução identitária. A autora procura romper com uma abordagem psicológica do reconhecimento, contrapondo-se à desvinculação entre as dimensões econômica e cultural e rompendo com uma perspectiva dicotômica que privilegia as questões distributivas ou se restringe às injustiças culturais. A divisão social entre homossexuais e heterossexuais, por exemplo, não se baseia apenas em critérios econômicos, pois os homossexuais ocupam diferentes posições sociais na divisão do trabalho e não constituem uma classe explorada. Nas palavras da autora, “a divisão é enraizada, diferentemente, na ordem de status da sociedade como padrões institucionalizados de valores culturais que constroem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezada.”<sup>30</sup> Nessa perspectiva, tratam-se de padrões normativos institucionalizados nas diversas áreas do direito, relativas à família, intimidade e igualdade. É relevante trazer as palavras de Fraser:

(...)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. (...)<sup>31</sup>

Nessa linha de raciocínio, gays e lésbicas sofrem uma série de injustiças econômicas como consequência da subordinação na ordem de status, tendo

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>30</sup> FRASER, Nancy. “Justice Social in the Age of Identity Politics”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? - A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003, p. 18.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 18.



em vista a institucionalização de normas heterossexistas que negam, por exemplo, uma ampla gama de benefícios sociais e familiares concedidos às relações heterossexuais. Indubitavelmente, para a autora, “superar a homofobia e o heterossexismo exige a mudança da ordem sexual de status, desinstitucionalizando padrões valorativos heteronormativos e substituindo-os por padrões que expressem igual respeito por gays e lésbicas.”<sup>32</sup> Em se tratando de classes sociais nas quais os indivíduos são tradicionalmente explorados, entretanto, são necessários remédios redistributivos que visam a superar injustiças econômicas.

Com efeito, no caso das mulheres, a discriminação combina características de exploração econômica com elementos de discriminação sexual, de forma que a injustiça é bidimensional, situando-se tanto na esfera econômica como na esfera do reconhecimento. Tratam-se de formas de injustiça primárias e cooriginais, de forma que “nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento isoladamente são suficientes.”<sup>33</sup> As mulheres necessitam combater ambas as dimensões da injustiça. Antes de tudo, é mister considerar que a discriminação de gênero é uma categoria híbrida decorrente da injustiça econômica e da ordem de status na sociedade, porque o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado ocupado por homens e trabalho doméstico não remunerado atribuído às mulheres.

Desse modo, seria necessário combater a injusta divisão de trabalho que discrimina economicamente as mulheres, assim como os padrões androcêntricos institucionalizados que privilegiam traços da masculinidade. Esses padrões “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.”<sup>34</sup> Da mesma forma, raça é uma divisão social bidimensional situada na estrutura econômica e na ordem de *status*, porquanto injustiças raciais incluem tanto distribuição como reconhecimento.

Indubitavelmente, o modelo de status de Fraser desvincula-se do modelo identitário delineado por Honneth, porquanto - ao focalizar a perspectiva psicológica do reconhecimento - as políticas identitárias perdem de vista as estruturas sociais institucionalizadas que impedem os indivíduos de interagirem plenamente na vida social. Tratam-se, portanto, de “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, 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.”<sup>35</sup> Nesse contexto, a estratégia de Fraser

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 21

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. “Justice Social in the Age of Identity Politics”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?—A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003, p. 29-30.

direciona-se para a desinstitucionalização dos padrões de valores culturais que impedem a participação paritária do indivíduo, enquanto parceiro pleno da vida social. A questão fundamental, para a autora, não é focalizar o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, como pretende Honneth, mas as efetivas implicações do não reconhecimento na esfera da interação social.

Diante do exposto, o modelo de status “permite a cada um justificar alegações por reconhecimento como moralmente vinculantes sob condições modernas de pluralismo valorativo.”<sup>36</sup> Para a autora, tentar justificar alegações de reconhecimento identitárias que se tornam vinculadas a concepções de autorrealização, implica uma perspectiva sectária. Nas palavras da teórica feminista, “o modelo de status é deontológico e não sectário”, porquanto “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem.”<sup>37</sup>

Nesse ponto, o item seguinte irá revelar os limites teóricos do paradigma da autorrealização no direito constitucional.

#### 4. A VULNERABILIDADE MORAL É CONSTITUCIONALMENTE COGNOSCÍVEL?

De início, com o intuito de demonstrar a incerteza da psicologia moral do sofrimento no direito constitucional, podemos exemplificar a controvérsia jurídica a respeito da adoção por casais homoafetivos. Trata-se de uma questão extremamente polêmica, tendo em vista a existência de argumentos jurídicos que se apoiam em uma perspectiva subjetiva segundo a qual a homossexualidade dos pais adotivos poderia ocasionar reflexos sobre o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, podendo este vir a tornar-se homossexual. Em síntese, o desenvolvimento de uma criança em um lar homossexual poderia suscitar efeitos psicológicos negativos à sua criação, tendo em vista a ausência da figura paterna. Tais argumentos apoiam-se, entretanto, em uma perspectiva que concebe a heterossexualidade como única expressão “sadia” da orientação sexual, considerando a homossexualidade, por sua vez, como uma doença psicológica e anormal. A própria preocupação em relação à futura orientação sexual do menor já revela implicitamente uma concepção preconceituosa a respeito da homossexualidade.

Não obstante, tal entendimento revela-se como uma interpretação equivocada uma vez que a Classificação Internacional de Doenças 10 da OMS considera a homossexualidade como uma livre expressão da sexualidade humana, assim como a Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia. Em face desta leitura, entendemos que a existência de um ambiente familiar no qual os valores do amor e da proteção estejam presentes na formação do menor, é o argumento fundamental capaz de legitimar o pedido de adoção, sendo irrelevante a alegação relativa à orientação sexual dos pais adotivos poder implicar danos psicológicos ao menor.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 31.

É mister salientar, ainda, a existência de um outro argumento - utilizado para legitimar a vedação da adoção por casais homoafetivos - que consiste no fato de o menor poder ser alvo de eventuais “brincadeiras” discriminatórias decorrentes do ambiente escolar. Nesse particular, o direito do casal homoafetivo à adoção deveria ser restringido em face do direito do menor de obter uma criação por casais heterossexuais, evitando situações de sofrimento decorrentes do preconceito. Ora, o simples fato da existência de eventuais discriminações no ambiente escolar não pode ser concebida como um argumento legítimo para vedar a adoção por casais homoafetivos.

Em vista disso, tal perspectiva implicaria acolher autocompreensões assimétricas de mundo e a dimensão psicológica como fundamentos legítimos para justificar a discriminação jurídica, em ofensa flagrante ao art. 3º, inciso IV da Constituição de 1988, que veda discriminações jurídicas baseadas no preconceito. Sob essa ótica, depreende-se que o preconceito não pode servir como parâmetro para limitar os direitos de casais homoafetivos, uma vez que é justamente tal postura estigmatizante que deve ser negada por meio da tutela do princípio da isonomia. Ademais, entendendo que a dimensão psicológica não pode ser utilizada como paradigma para restringir ou ampliar a atuação judicial na tutela dos direitos de casais homoafetivos, porquanto a concepção de reconhecimento não deve ser considerada como uma categoria da psicologia.

Outrossim, não estamos afirmando que a teoria de Honneth inviabilizaria necessariamente a adoção por casais homoafetivos. Não obstante, sua proposta de atribuir valor positivo às identidades pode suscitar uma certa incerteza quanto à aplicação do ideal da autorrealização. Pode surgir a seguinte problemática: como suscitar a autorrealização de casais homoafetivos sem ensejar a suposta vulnerabilidade moral e sofrimento da criança adotada, alvo de brincadeiras na escola? Tal exemplo relativo ao direito à adoção por casais homoafetivos revela claramente a dificuldade de legitimarmos uma postura judicial construtiva voltada para proteção de minorias estigmatizadas, com base em concepções filosóficas que concebem o não-reconhecimento em termos de depreciação de identidade. Como salientamos, o reconhecimento deve ser desvinculado de sua dimensão psicológica, razão por que optamos pelo modelo teórico de Nancy Fraser, de forma que a expansão da atuação judicial visando a resguardar, por exemplo, o direito à adoção por casais homoafetivos, deve estar direcionada à eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a participação paritária de minorias sexuais, sempre que houver um *deficit* de representação das minorias no processo político.

Disso se infere, a nosso ver, que, se apostamos na dimensão psicológica do reconhecimento, como fundamento filosófico capaz de legitimar a expansão da atividade judicial voltada para resguardar a adoção por casais homossexuais, tornar-se-à possível alegar, em sentido oposto, que a adoção também poderá suscitar danos psicológicos ao menor, seja em relação ao desenvolvimento da homossexualidade, seja no que se refere à possibilidade de preconceito no ambiente escolar, tornando excessivamente subjetiva a atuação jurisdicional.

Portanto, danos psicológicos não devem ser considerados como substratos filosóficos legítimos para determinar sentidos e interpretações constitucionais.

É premente explicitar, portanto, que a apologia da psicologia moral do sofrimento não pode ser considerada como um paradigma filosófico capaz de renovar a Teoria Crítica, pois torna-se incapaz de solucionar contextos em que há uma falta de consciência da própria situação de infelicidade. Esta falta de consciência de um contexto de frustração, típica do “escravo feliz”, somente pode se superar por meio da concepção de “participação paritária”, delineada por Fraser. Diante do exposto, defendemos que certas formas de ativismo judicial que visam contemplar direitos de minorias, devem estar desvinculadas das experiências emotivas de sofrimento vivenciadas pelo sujeito, porquanto a expansão dos processos intersubjetivos por reconhecimento mútuo pode efetivar-se plenamente por meio da concepção de “participação paritária”, configurada por Fraser. A autora focaliza a relevância do estabelecimento de lutas no espaço público, permitindo o surgimento de padrões aprimorados e justos de interação social. Tais considerações foram explicitadas no seguinte trecho:

(...)O cerne normativo da minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como companheiros. Para a participação paritária ser possível, eu alego que, ao menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais deve ser de tal forma que assegure aos participantes independência e voz.. A segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito para com todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. (...)<sup>38</sup>

Em suma, a autora pretende contrapor-se a uma perspectiva afirmativa, adotando uma postura desconstrutiva que visa a combater padrões institucionalizados de valores culturais, por meio dos quais determinados grupos são impedidos de alcançarem pleno reconhecimento. O modelo de status de Fraser desvincula-se da perspectiva identitária que é delineada por Honneth, porquanto, ao enfatizar a dimensão psicológica do reconhecimento, as políticas identitárias negligenciam as estruturas sociais institucionalizadas que oprimem determinados indivíduos, de forma a impedir uma participação paritária, pois somente por meio do debate público que os indivíduos podem superar contextos de “invisibilidade social”, estabelecendo formas de interação social mais inclusivas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, quando os mecanismos do processo político majoritário funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente incluídos,

<sup>38</sup> FRASER, Nancy. “Recognition without Ethics?” In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. Sage Publications: London, 2001, p. 29.

a necessidade de intervenção judicial minimiza-se; mas, quando as instâncias deliberativas não satisfazem às expectativas normativas destes grupos, a tendência é a expansão da atuação judicial, suprindo o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas. Assim, esperamos que o plenário do STF manifeste-se da forma juridicamente sensível à pretensão destes grupos. Indubitavelmente, a manifestação do STJ no julgamento dos RESP nº 395.904/RS e nº 820.475, assim como os posicionamentos do Ministros Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Gilmar Mendes, já revelam a potencialidade do Judiciário em contribuir para desconstruir determinados padrões heterossexistas que impedem a “participação paritária” de grupos homossexuais. Ainda que se adote a perspectiva da intersubjetividade, compreendemos que a instância judicial pode combater quadros de “invisibilidade social”, desencadeando novas capacidades de autorreferência moral com a ampliação constante acerca da autocompreensão sobre nossos atributos singulares, desde que desvinculada de reações emotivas vinculadas à humilhação e ao desrespeito.

Diante dessa estrutura conceitual, como analisamos, Honneth postula uma concepção de autonomia que se delinea quando os indivíduos se veem reconhecidos em suas singularidades por seus parceiros de interação social, de forma que tal processo intersubjetivo possui um potencial moral que atravessa as relações sociais. Lecionamos que o conceito de “invisibilidade social” constitui um substrato teórico fundamental para combater contextos de subordinação, mas que tal concepção deveria estar desprovida de uma perspectiva que enfatiza o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, sem retirar dos sujeitos a potencialidade de ampliação das condições intersubjetivas por reconhecimento mútuo.

Sob esse prisma, tal compreensão decorre da possibilidade fática de que, inexistindo tal experiência subjetiva de sofrimento, porquanto o indivíduo vivenciaria uma felicidade ilusória, não haveria como criticar injustiças sociais. De outro lado, como investiga Andreas Kalyvas, professor da *New School for Social Research*, “como estabelecer a distinção entre sentimentos morais e as expectativas normativas de um grupo reacionário cuja identidade é ameaçada pela democratização e liberalização das sociedades modernas pelos movimentos progressistas?”<sup>39</sup> Portanto, consideramos que a psicologia moral do sofrimento é insuscetível de legitimar expressões de ativismo judicial que objetivem a proteção de minorias.

Portanto, o reconhecimento deve ser concebido em uma perspectiva institucional, divorciado de uma abordagem psicológica que aposta nas experiências de humilhação e desrespeito. Honneth configura o reconhecimento sob a dimensão da autorrealização, focalizando a possibilidade de intenalização de imagens autodepreciatórias. Nesse contexto, a filosofia de Honneth, que aposta no potencial emancipatório das experiências de sofrimento como a base motivacional capaz de impulsionar as lutas sociais, não pode ser considerada

---

<sup>39</sup> KALYVAS, Andreas. “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2, n. 1. London: Sage Publications, 1999, p. 103.

como paradigma teórico capaz de legitimar qualquer forma de tutela jurisdicional que vise contemplar a proteção de grupos minoritários.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. "The American Civil Rights Tradition: Anti-classification or Antisubordination?". In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

BARROSO, Luis Roberto. "Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil". In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n; 16, maio, junho, julho, agosto, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "A Filosofia Política do Reconhecimento". In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "Entre Cooperação reflexiva e Democracia Procedimental". In: *Sequência*, n. 59. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2009.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a Doutrina da *Equal Protection* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana". In: *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará*, vol. 30.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FISS, Owen. "Grupos y la Cláusula de la Igual Protección". In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141.

FRASER, Nancy. *Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. "Recognition without Ethics?" In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

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, 2003.

FRASER, Nancy. "Justice Social in the Age of Identity Politics". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?-A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003.

KALYVAS, Andreas. "Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth's Theory of Recognition". In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2,

n. 1. London: Sage Publications, 1999.

HONNETH, Axel. "Invisibility: on the Epistemology of Recognition". *Aristotelian Society Supplementary*, 75, 2001.

HONNETH, Axel. "Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society." In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

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. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. "Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/ New York: Verso, 2003.

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.

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.

ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. "Groups, Politics, and the Equal Protection Clause". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

SIEGEL, Reva. "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown". In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004.

STURM, Susan. "Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.