Paradigma Procedimentalista do Direito e Justiça Social: os Exemplos do Gênero e da Sexualidade

Proceduralist Paradigm of Law and Social Justice: the Gender and Sexuality Examples

CLARA MASIERO¹

Doutoranda em Direito pela Unisinos/RS, Bolsista Capes/Proex, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professora do Curso de Direito da Estácio/FARGS.

Submissão: 07.07.2015

Decisão Editorial: 27.08.2015

Comunicação ao Autor: 27.08.2015

RESUMO: Este artigo trata do paradigma procedimentalista do direito de Jürgen Habermas e sua contribuição para a realização da justiça social, tomando como exemplos os casos de injustiças decorrentes do gênero e da sexualidade. Ao apresentar uma alternativa aos modelos liberal e de bem-estar do direito, o procedimentalismo oferece uma saída para o dilema da injustiça social tridimensional (tal como desenvolvida por Nancy Fraser), isto é, que pode ser causada tanto pela má-distribuição (econômica), quanto pela ausência de reconhecimento (cultural ou simbólico) e/ou pela falha na representação (política). A questão que se coloca é como legitimar o direito e a jurisdição (sobretudo a constitucional) diante da falibilidade das normas jurídicas e do avanço dos conteúdos constitucionais no sentido da materialização de direitos e, portanto, de diminuição das injustiças. Tanto Habermas quanto Nancy Fraser verão a solução no fortalecimento da esfera pública. É dizer, na necessidade de participação democrática, via discurso e representação política, de todos os cidadãos nas discussões de seus direitos. O processo deliberativo sobre a interpretação de interesses conflitantes operaria uma grande mudança na natureza das instituições jurídicas, no sentido de tornarem-se veículos de promoção dos interesses democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma procedimentalista do direito; teoria da justiça tridimensional; gênero; sexualidade.

ABSTRACT: This paper deals with the Jürgen Habermas's proceduralist paradigm of law and its contribution to the achievement of social justice, taking as examples the cases of gender and sexuality

1 Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/6572411788188981>>.

injustices. By presenting an alternative to both liberal and welfare models of law, the proceduralism offers a way out of the dilemma of social injustice, no matter what dimension (tridimensional theory): caused by bad distribution (economic), by lack of recognition (cultural or symbolic) or by failure representation (politics). Both Habermas, as Nancy Fraser, see the solution on strengthening democratic participation, via speech and political representation of all citizens in discussions of their rights.

KEYWORDS: Proceduralist paradigm of law; tridimensional theory of justice; gender; sexuality.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O paradigma procedimentalista e a teoria discursiva do direito de Habermas; 2 O paradigma procedimentalista e a realização da justiça social democrática: os exemplos de gênero e da sexualidade; 3 O exemplo das políticas de equiparação em razão do gênero; 4 A sexualidade e o novo marco de busca pela justiça social; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tema o paradigma procedimentalista do direito de Jürgen Habermas e sua contribuição para a realização da justiça social, entendida em sua conotação tridimensional, tal como desenvolvida por Nancy Fraser. Adota-se a teoria tridimensional da justiça de Nancy Fraser porque, para além de entender essa teoria como adequada para lidar com a complexidade das sociedades atuais, ela vai ao encontro da compreensão procedimentalista. Assim, procura-se estabelecer um diálogo entre Habermas e Fraser. Além desse viés teórico, o artigo busca, ainda, visualizar, na prática, a pertinência de ambas as teorias, por meio da análise de duas formas de injustiça social presentes na sociedade: a relativa à questão do gênero e a relativa à questão das sexualidades (é dizer, orientação sexual e identidade de gênero).

A escolha desses dois grupos em especial deu-se porque representam duas formas de desigualdades em estágios diferentes de “evolução”, até mesmo antagônicos: enquanto as mulheres passaram por diversas fases de reconhecimento de direitos (desde o reconhecimento da igualdade formal até a necessidade de políticas de equiparação material e, ainda, mais recentemente, a busca pelo fortalecimento do reconhecimento político, por meio de quotas nas eleições, por exemplo), os homossexuais e transexuais, por sua vez, representam o novo paradigma de reconhecimento de direitos civis das sociedades atuais. No Brasil, por exemplo, não lograram o reconhecimento legal de nenhum direito civil específico (tais como possibilidade de casamento igualitário, adoção, mudança de nome, de gênero), tendo encontrado, por outro lado, no Judiciário, um espaço proveitoso para a conquista de direitos (fruto do crescente ativismo judicial, sobretudo constitucional).

Aí advém o problema científico que este artigo procura enfrentar: como a teoria procedimentalista de Habermas dialoga com a teoria tridimensional da

justiça de Fraser e de que forma essas teorias atendem, na prática, às necessidades que emergem das injustiças decorrentes do gênero e da sexualidade?

Habermas dedicou-se explicitamente ao estudo do direito em sua obra *Faktizität und Geltung*², momento em que desenvolve uma compreensão procedimentalista do direito e debruça-se sobre debates centrais do direito, concernentes especialmente às questões de fundamentação dos sistemas jurídicos, à aplicação de normas pelos tribunais (racionalidade da jurisdição) e à legitimidade de tribunais para exercer o controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional), inclusive dos poderes Legislativo e Executivo.

Essa teoria é apoiada no princípio do discurso, segundo o qual as normas jurídicas são válidas na medida em que todos os possíveis afetados por ela puderam participar no discurso racional de sua criação. Vê-se, desde já, a ligação que se estabelece entre o direito e a democracia, estampada no título da obra. Com efeito, o entendimento procedimentalista de Habermas concebe a legitimação do direito no procedimento democrático de sua criação.

Dessa forma, assim como o direito retira sua legitimação do procedimento democrático, ele também deve garantir esse mesmo procedimento, por meio de um sistema de direitos que assegure a igualdade de participação no processo de formulação da lei. Trata-se do que Habermas chama de autonomia pública, a qual, por sua vez, só é plenamente garantida na medida em que se assegure a autonomia privada, que nada mais é do que os direitos fundamentais das pessoas. É que, tão somente, com a satisfação de ambas as esferas pode-se falar em verdadeira autodeterminação dos cidadãos.

Daí que se percebe a convergência das compreensões de Habermas e Fraser. É que Fraser também entrelaça as esferas pública e privada e, ainda, da mesma forma que Habermas, destaca a relevância da representação política dos cidadãos como forma de alcançar a realização da justiça social.

O artigo está dividido em duas partes: primeiro, dedica-se ao paradigma procedimentalista e à teoria discursiva do direito de Habermas; segundo, ao diálogo entre esse paradigma e a teoria tridimensional da justiça de Fraser, por meio de análise teórica e prática, a partir do estudo de dois exemplos práticos: das políticas voltadas à equiparação da mulher e ao reconhecimento de direitos que são obstaculizados em decorrência da sexualidade.

Percebe-se, nessa medida, que as teorias estudadas no decorrer do trabalho apresentam-se como caminho para a superação tanto da dominação mas-

2 Edição brasileira: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v.

culina quanto da heteronormatividade, por meio da promoção da democracia deliberativa.

1 O PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA E A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE HABERMAS

De acordo com Habermas (2011), paradigmas do direito abrem perspectivas para a compreensão do modo como uma dada sociedade realiza sua interpretação do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito. Nesse sentido, o paradigma procedimentalista representa o atual paradigma jurídico das sociedades nas quais vigoram Estados Democráticos de Direito, diz o autor: “Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito” (Habermas, 2012, p. 242). Trata-se, segundo Habermas, de um novo paradigma que resulta da controvérsia ou insuficiência dos paradigmas do direito liberal (identificado pelo autor com o direito formal burguês) e social (identificado pelo autor com o direito materializado do Estado social).

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. (Habermas, 2012, p. 242)

A disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico ou, em outras palavras, a disputa pela melhor interpretação de um sistema de direitos é, no fundo, uma disputa política. Logo, não se trata de preocupação isolada aos especialistas, mas deve envolver, no Estado Democrático de Direito, toda a arena política. Afinal, os especialistas (e sua doutrina jurídica) “não têm autoridade científica para impor uma compreensão da Constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos” (Habermas, 2011, p. 132).

A compreensão da Constituição é questão central na disputa paradigmática do direito, pois é o documento político que determina a organização e o funcionamento do Estado. O paradigma jurídico liberal representa a concepção sobre a realização do sistema de direitos da sociedade do capitalismo liberal de fins do século XIX e sofre, segundo Habermas (2011), de uma “cegueira social”, dado que é incapaz de perceber que as desigualdades existentes em uma sociedade de mercado podem fazer com que os direitos subjetivos formalmente iguais apenas sirvam para encobrir e preservar um estado de desigualdades fatualmente existente, e até mesmo para bloquear possíveis iniciativas no sentido de reverter tais desigualdades (Oliveira, 2006). É dizer, a Constituição deveria fazer uma separação entre a esfera de uma sociedade econômica, livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma

autônoma e privada, e a esfera estatal da persecução do bem comum. A isso corresponde a compreensão negativa dos direitos fundamentais, como meros direitos de defesa referidos ao Estado.

Com isso, o direito privado estruturou-se como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática e tinha tão somente que garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito, ao passo que o direito público estaria subordinado à esfera do Estado autoritário. No entanto, a partir da instauração da República de Weimar (1919-1933), não era mais possível opor o direito privado ao direito público, falando-se em submissão do direito privado a princípios do direito público e destruição do edifício autônomo de um sistema jurídico unitário.

Trata-se do advento do primado da constituição democrática sobre o direito privado, acelerado após a Segunda Guerra Mundial pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. O objetivo do direito privado não podia mais limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social. Isso porque a liberdade jurídica só pode ser implantada através da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direito (capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente). Com isso, afirma Habermas (2011, p. 137):

Não houve nenhuma mudança no pensamento acerca da autonomia privada, a qual se expressa através do direito a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. No entanto, modificaram-se os contextos sociais nos quais se deve realizar harmoniosamente a autonomia privada de cada um.

A materialização decorre do fato de que “a liberdade de direito não possui valor sem a liberdade de fato, ou seja, sem a possibilidade concreta de escolher entre aquilo que é permitido” (Alexy, 2012, p. 450). A partir de então, não se confia mais na ficção da igualdade dos sujeitos, admitindo-se a necessidade de o direito intervir para compensar as assimetrias nas posições do poder econômico.

A substituição do modelo liberal pelo direito materializado representa a superação do paradigma liberal pelo paradigma social, o qual vem a representar, por sua vez, a concepção sobre a realização do sistema de direitos do Estado de bem-estar social. Esse paradigma também carece de uma “insensibilidade”, na medida em que a máquina burocrática não é capaz de perceber as “limitações impostas à autodeterminação” dos clientes dos Estados de bem-estar social.

Em fins do século XX, passou-se a perceber, então, que o paradigma jurídico social (e seu Estado de bem-estar social) traziam consequências indesejadas, a que Habermas denominou de paternalismo. Isso porque as regulações do Estado de bem-estar social acabaram por fragilizar a autonomia pública dos cidadãos. A partir de então, na medida em que não constitui razão retornar ao paradigma liberal, surge a necessidade de se pensar um novo paradigma:

Com o esgotamento do paradigma do Estado social, vieram à tona problemas relevantes para os especialistas em Direito, levando-os a pesquisar os modelos sociais inseridos no Direito. As tentativas da doutrina jurídica visando a superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram/desencadearam uma compreensão reflexiva da Constituição: e tão logo a Constituição passou a ser entendida como um processo pretensioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. (Habermas, 2011, p. 131)

Com efeito, as causas que levaram às regulamentações do Estado social não se eliminam simplesmente por meio de desregulamentações, mais que isso: a ideia do novo paradigma é continuar com o modelo social, porém em um nível de reflexão superior. Nesse sentido, C. R. Sunstein “extraí das consequências, até certo ponto contraproduativas dos programas do Estado social, a lição de que é preciso instaurar um novo consenso para saber como os princípios da Constituição americana podem ser realizados sob condições de um Estado ‘regulatório’”³.

Há de se pensar como o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito pode ser explorado efetivamente. Aí que Habermas (2011, p. 126) desenvolve o paradigma procedimentalista do Direito: de modo a contribuir com um “projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas”.

O paradigma procedimentalista do Direito, que visa a fornecer elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado social, apoia-se nas seguintes premissas: (a) não é mais possível/recomendável voltar ao modelo neoliberal da sociedade burguesa e seu direito liberal; (b) há uma juridificação no interior do Estado social que impede reconstruir a autonomia privada (paternalismo); e (c) o projeto do Estado social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo em um nível de reflexão superior.

O que Habermas (2011, p. 148) visualiza, a partir desse paradigma, é a possibilidade de “domesticar o sistema econômico capitalista, ‘transformando-o’, social e ecologicamente, por um caminho que permita ‘refrear’ o uso do

3 SUNSTEIN, C. R. *After the rights revolution*. Cambridge: Mass, 1990, p. 170 apud HABERMAS, 2012, p. 312.

poder administrativo, sob dois pontos de vista”: o da eficácia e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo. Para tanto, há de se superar o paternalismo do Estado social, afinal, como insiste Habermas, os direitos só se tornam socialmente eficazes quando os atingidos são suficientemente informados e, inclusive, capazes de atualizar a proteção do direito. Isto é, os cidadãos devem ter competência para mobilizar o direito. Daí a necessidade de uma política compensatória, inclusive, de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a escolaridade, a representatividade política. Enfim, há a necessidade de estabelecer igualdade jurídica face às desigualdades de fato.

Afinal, como já foi desvendado desde o paradigma jurídico social, nem sempre a igualdade de direito reflete a igualdade de fato; deve-se, portanto, decidir caso a caso quando o tratamento de determinada questão exigirá uma equiparação fática. O paradigma procedimentalista coloca em relevo este duplo aspecto: de um lado a relação normativa entre igualdade de direito e de fato; de outro, a autonomia privada e pública.

Um programa jurídico é discriminador quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades. (Habermas, 2011, p. 157)

É o que ocorre com os paradigmas liberal e social do Direito, na medida em que interpretam a realização do Direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública e, com isso, perdem de vista o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Cometem, portanto, o mesmo erro: reduzem a justiça a uma distribuição igual de direitos, ou seja, “entendem a constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos” (Habermas, 2011, p. 159).

Ocorre que os direitos não podem ser distribuídos; são relações, e não coisas. Habermas utiliza-se de Iris Marion Young – destacada filósofa política estadunidense que se dedicou ao estudo de teorias de justiça e feminismo – para afirmar que os direitos têm a ver com o fazer, mais do que com o ter: “A justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva”⁴. Da mesma forma, como será abordado adiante, Nancy Fraser também destaca a necessidade de

4 YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, 1990, p. 39 apud Habermas, 2011, p. 160.

atendimento de três dimensões para a realização da justiça: a econômica (distribuição), a cultural (reconhecimento) e a política (representação).

Segundo a compreensão procedimentalista, “a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos” (Habermas, 2011, p. 169). Trata-se de assegurar tanto a autonomia pública quanto a privada, na medida em que elas se pressupõem mutuamente⁵. Com efeito, “as liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente” (Habermas, 2002, p. 290). É que as pessoas só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência.

Nesse sentido, a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma liberal de direito; portanto, não pode limitar-se a proteger os cidadãos autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada requer mais do que isso, na medida em que ela depende “do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado” (Habermas, 2012, p. 326), que nada mais é do que sua autonomia pública, a qual é determinada (ou proporcionada) pelo procedimento democrático.

Vê-se, portanto, que o objetivo central do paradigma procedimentalista do direito é o de “proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático” (Habermas, 2011, p. 183). Aí que Cláudio Ladeira de Oliveira (2006, p. 311) afirma que a exigência que mais distingue esse paradigma dos demais é a da participação de todos os concernidos na formulação pública de seus interesses e soluções de problemas, isto é, uma demanda por “democratização progressiva”. Nesse sentido, segundo essa compreensão democrática, Habermas (2011, p. 149-150) destaca que é preciso que

a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais.

O procedimento democrático apresenta-se, hoje, no entender de Habermas, como a única fonte pós-metafísica da legitimidade; afinal, como

5 “O direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente.” (Habermas, 2002, p. 286)

o autor afirma no prefácio de *Direito e democracia*, “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” (Habermas, 2012, p. 13). Tem-se, aqui, mais um nexos conceitual amarrado por Habermas – ao lado dos nexos da igualdade de fato/igualdade de direito e da autonomia pública/autonomia privada – que é o do Estado de direito com a democracia.

A relação entre Estado de Direito e democracia resulta do fato de que em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegram, não se pode mais fundar a legitimidade em um direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica; nem em uma “ideia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior⁶” (Habermas, 2011, p. 310); e, tampouco, em uma posição empirista “que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras” (Habermas, 2011, p. 310). Ainda, nas condições do pensamento pós-metafísico, o próprio Estado perdeu sua substância sagrada; com isso, para que o Estado de direito não corra perigo, Habermas defende sua democratização progressiva.

2 O PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA E A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL DEMOCRÁTICA: OS EXEMPLOS DE GÊNERO E DA SEXUALIDADE

A cada um dos paradigmas de modelo Estatal (liberal, bem-estar e democrático de direito) corresponde um período específico da luta pelos direitos humanos e, conseqüentemente, pela realização da justiça social. Assim, pode-se falar nos direitos de primeira geração (liberdade x dominação), segunda geração (igualdade x exploração) e de terceira geração (autonomia e subjetividade x alienação). Veja-se que essa divisão só é clara no que tange aos países centrais. Nos países periféricos, não é possível pensar a luta pelos direitos humanos de modo sequencial, nem faz muito sentido falar em gerações de direitos humanos, pois eles foram “forçados a um curto circuito histórico, uma luta simultânea contra a dominação, a exploração e a alienação” (Santos, 1989, p. 10).

No modelo liberal, em que se dá a expansão e consolidação normativa dos direitos civis e políticos, as lutas sociais eram conduzidas pelos trabalhadores e visavam a confrontar e democratizar a forma política das relações sociais capitalistas de dominação. Nesse sentido, tinham a liberdade como valor democrático dominante. No modelo de bem-estar, tem-se a normatização dos direitos sociais e econômicos. As lutas sociais tinham como alvo, portanto, a forma social e econômica dessas relações, isto é, a exploração da classe operária.

6 O direito superior a que o autor se refere é o do preceituado pelo positivismo normativista de Hans Kelsen (1999), para quem o direito legitima-se a partir de sua concordância com a norma fundamental, que é uma ficção jurídica que serve justamente para servir como legitimação abstrata do direito.

Logo, o valor dominante era a igualdade econômica. Já no modelo do Estado Democrático de Direito, a realização da justiça social torna-se mais complexa e exige, ainda, os direitos de terceira geração: culturais, pós-materialistas. As lutas sociais incidem, preferencialmente, na dimensão simbólico-cultural das desigualdades, isto é, na alienação. Os valores dominantes são, então, a autonomia e a subjetividade (Santos, 1989).

É que, a partir dos anos 70 e 80 nos países centrais e a partir do final dos anos 80 nos periféricos, surgem os chamados “novos movimentos sociais”, que não lutam mais tanto pela sobrevivência econômica ou distribuição de bens materiais, mas, principalmente, lutam por reconhecimento⁷ ou distribuição de bens imateriais.

De acordo com a tipologia desenvolvida por Axel Honneth, a negativa de reconhecimento gera uma violência física, consistente no impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física, consistente na exclusão de alguém de uma esfera de direitos e na negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, a qual, segundo José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 34), é a que “está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por formas individuais ou coletivas de viver”.

Assim, surgem os chamados novos movimentos sociais, os quais mudaram o conteúdo da reivindicação: ecologismo, feminismo, pacifismo, nacionalismo, antirracismo – questões essas ignoradas pelos clássicos de corte mais econômico paradigmático da esquerda marxista. Dá-se um giro ideológico, pois os novos movimentos sociais questionam, em última análise, certos pilares socioculturais emblemáticos da modernidade. Assim: o ecologismo questiona o industrialismo; o pacifismo, a necessidade de exércitos; os nacionalismos, a naturalidade de Estados nacionais modernos; o *Queer*, a cultura sexofóbica e heteronormativa.

Ocorre que, como diz Fraser (1995), a história não acaba aqui:

Evidentemente, ahí no acaba la historia. Las luchas por el reconocimiento tienen lugar en un mundo de desigualdades materiales exacerbadas. La desigualdad material va en aumento en la mayoría de los países del mundo, en los Estados Unidos y en Haití, en Suecia y en la India, en Rusia y en Brasil. También está

7 “[...] a integridade do ser humano se deve de maneira subterrânea a padrões de assentimento ou reconhecimento [...]; pois, na autodescrição dos que se veem maltratados por outros, desempenham até hoje um papel dominante categorias morais que, como as de ‘ofensa’ ou de ‘rebaixamento’, se referem a formas de desrespeito, ou seja, às formas do reconhecimento recusado. Conceitos negativos dessa espécie designam um comportamento que não representa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade de ação ou lhes inflige danos; pelo contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva.” (Honneth, 2003, p. 213)

umentando globalmente, y de forma más acentuada de acuerdo con la línea que divide el norte del sur.

O que a autora quer dizer com isso é que há problemas nessa simples (ou reducionista) perspectiva de substituir o foco da reivindicação político-social da distribuição para o reconhecimento. Segundo a autora, está-se diante “uma nova constelação na gramática de criação política de reivindicações, que é preocupante por dois motivos” (Fraser, 2010): (1) o problema de deslocamento e (2) o problema de reificação.

O problema de deslocamento (1) dá-se porque este movimento de substituir a luta por redistribuição pela luta por reconhecimento está ocorrendo em uma época de aceleração da globalização econômica, que tem acarretado um capitalismo agressivamente expansivo e que está exacerbando radicalmente a desigualdade econômica. Nesse sentido, a injustiça socioeconômica persiste nas sociedades contemporâneas, agora ao lado da injustiça cultural ou simbólica e “*ambas están arraigadas en procesos y prácticas que perjudican a algunos grupos de personas frente a otros*” (Fraser, 1995). Logo, ambas devem ser solucionadas para a realização da justiça social, até porque elas se encontram, em muitos casos, imbricadas, até o ponto de reforçaram-se mutuamente.

O segundo problema que a luta por reconhecimento pode trazer, de acordo com Fraser, é o da reificação (2). O que a autora diz é que, apesar dos conflitos de reconhecimento de hoje em dia estarem “acontecendo em um momento de imenso aumento de interação e comunicação transcultural, quando a migração acelerada e os fluxos da mídia global estão miscigenando e pluralizando as formas culturais” (Fraser, 2010), os rumos que eles tomam, muitas vezes, “é útil não para promover a interação respeitosa dentro de contextos progressivamente multiculturais, mas para simplificar e reificar drasticamente identidades de grupo” (Fraser, 2010).

Ou seja, deve-se cuidar para que a luta pelo reconhecimento da identidade ou da diferença não se converta no separatismo, na intolerância e no chauvinismo, no patriarcalismo e no autoritarismo. Segundo Fraser (2010), um modelo identitário de reconhecimento que valoriza o monologismo, supondo que as pessoas não reconhecidas podem e devem construir suas identidades por iniciativa própria, tende a negar suas próprias premissas hegelianas, as quais tomam a identidade como dialógica, construída por meio de interação com outros sujeitos.

O modelo identitário de reconhecimento, então, está profundamente defeituoso. Teoricamente deficiente, bem como politicamente problemático, equipara a política de reconhecimento com a política identitária e, ao fazer isso, encoraja tanto a reificação de identidades de grupo, como o deslocamento de políticas de redistribuição. (Fraser, 2010)

Claro que nem todas as formas de política de reconhecimento são igualmente perniciosas. Fraser (2010) reconhece que algumas representam respostas genuinamente emancipatórias a sérias injustiças que não podem ser corrigidas somente pela redistribuição. É por isso que ela não irá simplesmente rechaçar de modo incondicional todas as políticas de identidade; pelo contrário, ela irá desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento que *“identifique y propugne únicamente aquellas versiones de la política cultural de la diferencia que puedan combinarse de manera coherente con una política social de la igualdad”* (Fraser, 1995). Afinal, quando adequadamente concebida, “a luta por reconhecimento pode auxiliar a redistribuição de poder e riqueza, bem como promover interação e cooperação entre diferenças incomensuráveis” (Fraser, 2010).

Nesse sentido, Frase propõe pensar o reconhecimento como subordinação de *status* e não de identidade. De acordo com a autora (1995), considerar o reconhecimento como uma questão de *status* significa

averiguar os padrões institucionalizados de valor cultural com respeito a seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais modelos instituem atores como pares, capazes de participar no mesmo nível um com o outro na vida social, então podemos falar de reconhecimento recíproco e de igualdade de *status*. Quando, ao contrário, eles instituem alguns atores como inferiores, excluídos, inteiramente outros, ou simplesmente invisíveis – ou seja, como menos do que parceiros integrais em interação social –, então podemos falar de não-reconhecimento e subordinação de *status*.

Com isso, no modelo de *status*, o não-reconhecimento é praticado por meio de modelos institucionalizados, isto é, por meio de instituições sociais que regulam a interação conforme normas culturais que impedem a paridade. Assim, o não-reconhecimento é uma relação institucionalizada de subordinação social. Exemplos de não-reconhecimento incluem leis relativas ao casamento que excluem uniões homossexuais, assim como políticas que estigmatizam mães solteiras.

Como esses exemplos sugerem, o não-reconhecimento pode assumir várias formas. Considere-se, novamente, o caso das leis matrimoniais que negam a paridade de participação a gays e lésbicas: a raiz da injustiça é a institucionalização na lei de um padrão heterossexista de valor cultural que constitui os heterossexuais como normais, e os homossexuais como perversos. Reparar essa injustiça requer, portanto, a desinstitucionalização daquele padrão de valor e a substituição dele por uma alternativa que promova a paridade.

O que se busca, então, não é uma valorização da identidade de grupo, mas antes a superação da subordinação. Assim, “as reivindicações por reconhecimento procuram estabelecer a parte subordinada como um parceiro integral na vida social, capaz de interagir com outros como pares” (Fraser, 2010). Elas

objetivam, em outras palavras, desinstitucionalizar padrões de valor cultural que impedem a paridade de participação, bem como repô-los com padrões que a favorecem.

Trata-se, em última análise, de procurar garantir a capacidade de todas as pessoas de participarem como pares na vida social. Para se alcançar tal intento, não há um modelo *a priori*; irá depender de cada caso de não-reconhecimento. Em alguns casos, os grupos subordinados a algum tipo de não-reconhecimento precisarão ser isentados da distinção excessivamente atribuída ou construída; em outros, ter a distinção até aqui pouco reconhecida levada em consideração.

O ponto crucial é que, no modelo de *status*, a política de reconhecimento não se detém na identidade, mas procura reparações institucionais para danos institucionalizados, de modo a manter/gerar a paridade de participação na vida social. Ora, esse modelo vai ao encontro do paradigma procedimentalista de Habermas, na medida em que, da mesma forma que ele, preocupa-se com a autodeterminação dos cidadãos e a garantia do princípio democrático.

Veja-se, então, que, para a realização da justiça social, não se pode falar somente em distribuição, ou somente reconhecimento; os dois modelos devem ser combinados e, ainda, deve-se incorporar outra dimensão nessa combinação: a política, configurada na representação. Tem-se, com isso, a teoria da justiça tridimensional ou da justiça democrática, desenvolvida por Fraser.

3 O EXEMPLO DAS POLÍTICAS DE EQUIPARAÇÃO EM RAZÃO DO GÊNERO

Os paradigmas do direito liberal e social cometeram o mesmo erro: entenderam a constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equipararam ao modelo da repartição de bens adquiridos ou recebidos. Iris Marion Young, citada por Habermas, também se manifestou nesse sentido: “A justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva”⁸. Ou seja, mostra-se necessária a satisfação das três dimensões destacadas por Fraser: a econômica, a cultural e a política. Afinal, elas são codependentes e determinam a capacidade de participação dos cidadãos nos debates públicos e, conseqüentemente, na sua emancipação.

O exemplo das políticas feministas de equiparação ilustra bem essa situação. É que as mulheres vivenciaram/vivenciam os dilemas da injustiça social

8 YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, 1990, p. 39 apud Habermas, 2011, p. 160.

nos três aspectos: econômico⁹, cultural¹⁰ e político¹¹. Essa situação se expressa mediante uma ampla gama de ofensas que tornam as mulheres um grupo desvalorizado socialmente: como agressões sexuais; violência doméstica; representações estereotipadas que as trivializam, coisificam e as denigrem nos meios de comunicação; desprezo nas esferas da vida cotidiana; a sujeição a normas androcêntricas, segundo as quais as mulheres são consideradas inferiores e pervertidas; a discriminação, a exclusão e a marginalização nas esferas públicas e nos organismos deliberativos; a negação de plenos direitos, entre outras formas de opressão.

Inicialmente, a política liberal de igualdade teve por objetivo suprimir o acoplamento existente entre a conquista de *status* e a identidade de gênero, para então garantir à mulher igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, diploma, poder político etc. Assim que se logrou impor, ao menos em parte, a equiparação formal, apenas se evidenciou o tratamento desigual que de fato se destina às mulheres. Isto é, não atingiu o objetivo de promover a igualdade de oportunidade de fato.

Em face disso, a política de Estado social reconheceu as diferenças concretas existentes entre homens e mulheres e desenvolveu regulamentações protetivas no sentido de promover a equiparação da mulher por meio de compensação de prejuízos de natureza social ou biológica – sobretudo no direito trabalhista, social e da família – referentes, por exemplo, à gravidez e maternidade, ou ainda a ônus sociais em casos de divórcio.

Ocorre que, assim como ocorreu com o modelo liberal, o modelo social também apresentou consequências ambivalentes para as mulheres. De fato, a partir do final dos anos 60, as mulheres começaram a se dar conta de que a ma-

9 “El género estructura la división fundamental entre trabajo ‘productivo’ asalariado y trabajo ‘reproductivo’ y doméstico no pagado, asignando a las mujeres la responsabilidad principal sobre este último”. Ademais, o género estrutura “la división en el seno del trabajo pagado entre las ocupaciones industriales y profesionales mejor pagadas y ocupadas predominantemente por hombres y las ocupaciones de ‘cuello rosa’ y de servicio doméstico, mal pagadas y ocupadas predominantemente por mujeres. El resultado es una estructura económico-política que genera modos de explotación, marginación y privación según el género. Cuando la consideramos bajo esta perspectiva, la injusticia de género se presenta como un tipo de injusticia distributiva que está pidiendo a gritos un remedio redistributivo” (Fraser, 1995).

10 “El género no es solamente una diferenciación económico-política, sino también una diferenciación de valoración cultural [...] una de las características fundamentales de la injusticia de género es el androcentrismo: la construcción legitimada de normas que privilegian aspectos asociados a la masculinidad. Junto a ella va el sexismo cultural: la desvaloración y el desprecio generalizado por todo aquello que ha sido codificado como ‘femenino’, de manera paradigmática, aunque no sólo, las mujeres.” (Fraser, 1995)

11 “A diferença não é só uma diferença, mas o problema central é que a diferença se traduz em formas de vantagem e desvantagem nas esferas política e profissional. Daí o fato de que a posição das mulheres na esfera privada inibiria ambições, restringiria oportunidades em outras esferas, enquanto a posição dos homens na esfera pública define mecanismos de distinção e de valorização que tornam suas habilidades e o seu valor algo destacado também na esfera privada. Então, o exercício de poder a partir de habilidades constituídas na esfera privada para a mulher não se transforma em vantagem na esfera pública, mas o contrário acontece no caso dos homens.” (Biroli, 2011, p. 158)

terialização do direito que visava a eliminar a discriminação das mulheres produziu efeitos contrários: agravou o desemprego, gerou segregação no mercado de trabalho e a destinação de salários mais baixos às mulheres, enfim, produziu uma crescente “feminização da pobreza”¹². Desde então, não apenas as exigências não atendidas tornaram-se objeto da crítica feminista, mas também as consequências ambivalentes dos programas socioestatais implementados com êxito.

Do ponto de vista jurídico, Habermas salienta que essa discriminação mantém-se devido a classificações que pecam por excesso de generalização: “Geralmente, a equiparação favorece apenas uma categoria de mulheres (privilegiadas) às custas de outras, porque as desigualdades inerentes ao sexo estão correlacionadas com outros tipos de desfavorecimento (origem social, idade, raça, orientação sexual etc.)” (Habermas, 2012, p. 164). Isto é, a compensação torna-se nova discriminação.

Não é só: as discriminações são, ainda, muitas vezes, reforçadas pela legislação protetiva porque sua interpretação e aplicação se dá dentro de um contexto cultural que discrimina a mulher. É dizer, a discriminação em relação à mulher (por meio da divisão sexual do trabalho e de outros papéis sociais) repousa sobre camadas elementares da autoconsciência cultural de uma sociedade. E, “na medida em que a legislação e a justiça se orientam por padrões tradicionais de interpretação, o direito regulativo consolida os estereótipos existentes acerca da identidade dos sexos” (Habermas, 2012, p. 164-165).

Ou seja, ambos os modelos do direito colocam o ônus sobre as mulheres para assimilar as instituições existentes que tradicionalmente servem aos interesses dos homens e fazem pouco para desafiar a natureza das próprias instituições. Ao tratar homens e mulheres da mesma forma, o modelo liberal ignora as diferenças concretas existentes entre eles de forma a colocar a mulher em desvantagem. Por outro lado, ao tratar a mulher de forma diferente, o modelo social pode acabar perpetuando o estereótipo da mulher como biologicamente destinada ao meio doméstico e dependente dos homens.

Porém, como coloca Sorial (2011), o que é relevante não é a discussão a respeito de serem as mulheres iguais ou diferentes; o que importa saber é se a ocupação pode ser redefinida e reestruturada para fazer as diferenças menos relevantes.

Nesse contexto, de acordo com Habermas, nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja à realidade, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada (ou emancipação ou igualdade de fato), se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, “a posição das

12 ROHDE, Deborah L. *Justice and gender*. Cambridge: Mass, 1989 apud Habermas, 2011.

mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade” (Habermas, 2011, p. 168-169). Isto nada mais é do que procurar atender, também, às três dimensões da teoria democrática de justiça: distribuição, reconhecimento e representação, de maneira combinada.

Logo, o caminho para superar o paternalismo do Estado social pode ser encontrado tanto no paradigma procedimentalista de Habermas, quanto na teoria da justiça democrática de Fraser. Afinal, ambas partem da compreensão de que os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar a proteção do direito.

Para a concepção jurídica procedimentalista, “o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cujo tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas” (Habermas, 2002, p. 297). Assim, garante participação das mulheres no processo de formação do direito. Afinal, esses direitos não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Isto é, “só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado” (Habermas, 2011, p. 297). Aí que Fraser (2013) afirma que as feministas devem exigir acesso, e não proteção, se seu objetivo é superar a dominação.

O verdadeiro modelo deliberativo tem uma dupla função sistêmica: primeiro, é necessária por razões heurísticas, segundo as quais somente a pessoa envolvida e afetada por um problema particular tem a experiência daquele problema em particular; segundo, porque só o discurso real tem uma função transformadora: “*actual deliberation requires that citizens ‘adopt the perspective of all others’, and in doing so, subject their own preferences, interests and interpretations to critical examination and assessment*” (Soriano, 2011, p. 31).

Uma terceira função, ainda, pode ser destacada: é a de restabelecer a conexão perdida entre a autonomia pública e privada. Isso é possível porque nesse modelo o direito legítimo só pode emergir das comunicações de uma esfera pública não-subvertida, que está, em última análise, enraizada em esferas fundamentais privadas. Isto significa que a realização de sua autonomia privada depende da articulação das próprias necessidades na esfera pública, a qual garante, por sua vez, o reconhecimento público dessas necessidades e a promover a autonomia privada.

Por exemplo, até recentemente, as mulheres não tinham participação na definição da lesão de estupro. Os homens que a definiram o fizeram com base em suas próprias interpretações (considere, por exemplo, a existência da ex-

ção de estupro marital). Até recentemente, o estupro era considerado como um ataque aleatório, realizado por um estranho, mediante o uso de força significativa, de forma que a mulher não pudesse contra-atacar. Estupro não era algo que poderia acontecer em suas próprias casas, uma violação perpetrada pelos maridos ou parceiros. Veja-se que a ausência do discurso da mulher na esfera pública gerou a incapacidade de lidar com essa experiência de opressão “privada” na lei, o que acarreta no não-reconhecimento desse tipo de opressão e das mulheres que a sofrem (Sorial, 2011).

Essa realidade prejudica a autonomia privada da mulher porque legal, social e culturalmente as mulheres não são considerados como merecedoras de proteção legal ou integridade física. Daí a necessidade, tal como operado pelo paradigma procedimentalista, de ativação da autonomia política ou pública da mulher para a garantia também da sua autonomia privada e vice-versa. Da mesma forma, é estruturada a teoria tridimensional da justiça de Fraser, para quem se deve assegurar, concomitantemente visto que codependentes, a distribuição, o reconhecimento e a representação política. Com efeito, para a autora essas dimensões

se entrelazan para reforzarse mutuamente de manera dialéctica, en la medida en que las normas culturales sexistas y androcéntricas están institucionalizadas en el Estado y en la economía, del mismo modo que las desventajas económicas que sufren las mujeres restringen su “voz”, impidiendo su participación en pie de igualdad en la creación de la cultura, en las esferas públicas y en la vida cotidiana. El resultado es un círculo vicioso de subordinación cultural y económica. Por tanto, para combatir la injusticia de género hace falta cambiar tanto la economía política como la cultura. (Fraser, 1995)

Pode-se destacar, então, três implicações dessas teorias para a garantia da justiça social das mulheres: em primeiro lugar, na medida em que as mulheres possuem privilégio epistêmico no que tange aos seus problemas, elas devem participar do processo deliberativo; em segundo lugar, ao participar do processo deliberativo, elas produzem uma mudança fundamental na natureza das instituições; e, em terceiro lugar, na medida em que as mulheres nomeiam e articulam seus problemas, permite-se um reconhecimento público deles. Esse reconhecimento tem consequências políticas e privadas: coloca os problemas das mulheres na agenda política e, ainda, permite a elas que realizem sua autonomia privada (Sorial, 2011).

Da mesma forma, Iris Marion Young (1987) destaca a necessidade de uma comunicação política mais inclusiva. Sua concepção ampliada de comunicação – que não abranja tão somente o discurso argumentativo, mas outras formas comunicativas – é importante para pensar dinâmicas deliberativas em

espaços institucionalizados e em outros âmbitos, como os meios de comunicação.

Assim, se o propósito do feminismo é lutar contra a desigualdade, faz-se necessário que o enfrentamento se dê não apenas no plano institucional (político), mas também em outras esferas discursivas (como a econômica e cultural). Nessa senda, não precisa ser contrário à teoria deliberacionista, podendo servir-se dela para buscar seus ideais, na medida em que essa teoria confere às mulheres a possibilidade de contribuir com os processos discursivos e elaborar demandas generalizáveis e aceitáveis pela sociedade e, assim, servir para o exercício de desconstrução das desigualdades de gênero.

4 A SEXUALIDADE E O NOVO MARCO DE BUSCA PELA JUSTIÇA SOCIAL

Além de androcêntrica, a sociedade é heteronormativa e não aceita a diversidade sexual. Dessa forma, enquanto as mulheres se situam, ainda que “desigualmente”, no interior do contrato social, os outros sujeitos potenciais dos direitos sexuais estão posicionados na sua margem e excluídos (Corrêa, 2006). Travestis e transexuais, por exemplo, ao assumirem sua condição e vivenciarem uma identidade distinta de sua constituição anatômica, afrontam certas convenções sociais acerca de gênero; e, como tal, subvertem a lógica referenciada pelo machismo e ancorada no desiderato de preservação do poder pelos homens.

A heteronormatividade está presente por meio da existência de um variado e dinâmico arsenal de normas, injunções disciplinadoras e disposições de controle voltadas a estabelecer e a impor uma única sequência sexo-gênero-sexualidade, centrada na heterossexualidade e rigorosamente regulada pelas normas de gênero. Com efeito, há um modelo político de gestão de corpos e desejos que tem por objetivo formar todos para serem heterossexuais: a sexualidade supostamente coerente, superior e natural. Cuida-se, a mais disso, de expressão de “heterossexismo”, que nada mais é do que a “promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade” (Welzer-Lang, 2001, p. 467-8).

Essa concepção toma como dado que todos são heterossexuais, salvo opinião em contrário; isto é, preconiza a heterossexualidade compulsória. Consequentemente, gera uma forte discriminação contra as pessoas que querem viver sexualidades não-heterocentradas, fruto do estigma de que não seriam pessoas normais.

Vê-se, portanto, que a sexualidade também se apresenta como um modo de diferenciação social, cuja origem não está propriamente na economia política, dado que os/as homossexuais, por exemplo, distribuem-se por toda a estrutura de classes da sociedade capitalista, não ocupam uma posição específica

na divisão do trabalho e não constituem uma classe necessariamente explorada. Essa realidade já não será tão verdadeira no que tange aos/às transexuais, por exemplo, cuja inclusão econômica apresenta-se bastante obstaculizada devido a sua condição sexual. As injustiças econômicas, entretanto, não são originadas diretamente pela estrutura econômica; provêm da injusta estrutura de valoração cultural. Afinal, as injustiças (econômica, cultural e política) são bastante imbricadas.

A verdade é que em ambos os casos há a depreciação da pessoa em razão de sua sexualidade, seja devido à sua orientação sexual¹³ ou à sua identidade de gênero¹⁴. Depreciação essa que se constitui em atos segregacionais e de violência, além de que lhes são negados plenos direitos civis e uma proteção igualitária. Como resultado, a própria articulação política de suas demandas é prejudicada e, inclusive, obstaculizada. De fato, no Brasil não há nenhuma legislação, em âmbito federal, que atenda aos direitos de homossexuais ou transexuais.

As soluções para esse tipo de injustiça passam, portanto, por transformações de valorações culturais, em que se incluem transformações legais e das práticas que as acompanham, de modo a revalorizar e outorgar reconhecimento positivo aos/às homossexuais e transexuais. Com efeito, as formulações legislativas com objetivos de construir mecanismos jurídicos e práticas políticas de garantias dos direitos civis da comunidade LGBT têm o condão de representar verdadeiros avanços “na luta pela igualdade e pela diminuição do preconceito, com importantes impactos não apenas nas esferas jurídicas, mas, sobretudo, no plano cultural” (Carvalho, 2012, p. 193). O Direito pode promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas, a saber, “a mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las” (Lopes, 2006, p. 32). É o que o Pierre Bourdieu (2002) chama de “efeito de normalização” da norma jurídica. Segundo o autor, “a instituição jurídica contribui, sem dúvida, *universalmente*, para impor uma representação da normalidade em relação à qual todas as práticas *diferentes* tendem a aparecer como *desviantes*, anômicas, e até mesmo anormais, patológicas” (Bourdieu, 2006, p. 247). O sociólogo destaca, ainda, entre os efeitos propriamente simbólicos do direito, o “efeito de oficialização”, que se dá com o “reconhecimento público de

13 Orientação sexual é, nas palavras de Roger Raupp Rios (2001, p. 49), “a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)”.

14 Identidade de gênero “diz respeito à percepção subjetiva de ser um determinado gênero. A despeito das normas sociais que procuram dividir o mundo entre homens e mulheres, há uma ampla gama de sujeitos que não estão incluídos em tais normas. São múltiplas e variadas as identidades de gênero, inclusive, a própria nomenclatura utilizada na definição de gêneros não normativos é múltipla e variada, podendo depender até do contexto cultural. Pode-se citar, a título de exemplo, as seguintes categorias: trans, transexual, transgênero, multigênero, cisgênero, não-gênero, transeuntes de gênero, travesti, *genderoutlaw*, gênero *queer*, transformistas, *crossdressers*, intersexuais” (Masiero, 2014, p. 26).

normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à homossexualidade)” (Bourdieu, 2006, p. 247).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o movimento LGBT está intensamente engajado com os discursos e as plataformas institucionais da lei e dos direitos humanos; trata-se de uma aproximação inédita e muito estimulante. Quanto a isso, Julieta Lemaitre Ripoll (2009, p. 91) apresenta uma visão bastante interessante, segundo a qual se cuida de uma relação ambivalente com o direito: os ativistas, por mais que saibam das limitações do direito como instrumento de transformação social, “talvez melhor do que aqueles que teorizam a respeito”, já que sentem no corpo, ao mesmo tempo, “celebram e gozam com a lei”, que os nomeia como iguais e sua vida como parte da normalidade da nação.

Nas últimas décadas do século XX, a gramática pela justiça social foi pautada pela reivindicação de reconhecimento das diferenças e promoção da diversidade. Em relação ao movimento LGBT não foi diferente: passou a reivindicar, sob o nome do direito, o respeito a sua identidade e a sua liberdade e tratamento não discriminatório (Lopes, 2006). Trata-se da luta por reconhecimento da legitimidade da sua existência e, como tal, do gozo pleno dos direitos civis (igualdade formal) que deve assistir toda pessoa humana.

A igualdade formal, contudo, está ligada a uma concepção absentéista de Estado, o que, conforme critica Roger Raupp Rios, pode criar e reforçar antigas e novas desigualdades de discriminações, na medida em que se “corrompe ao eleger como parâmetro pressuposto um sujeito social nada abstrato: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário” (Rios, 2012, p. 173). Requer-se, hoje em dia, que a igualdade formal seja articulada com o reconhecimento de circunstâncias especiais que estão presentes em determinados grupos diferenciados, porque, em certas ocasiões, justamente essas circunstâncias especiais impedem-nos de exercer seus direitos de forma igual a como exercem os demais indivíduos que não possuem essas especificidades (López Penedo, 2008).

Essa é a mesma preocupação de Habermas e Fraser, de forma que suas teorias servem de caminho também para a realização da justiça social deste segmento social. O paradigma procedimentalista do direito busca romper justamente com esses problemas que os modelos liberal e social acarretam: um a inefetividade e outro a estigmatização da diferença. Nesse sentido, irá defender uma atuação positiva (materializante) da igualdade, de modo a efetivar-lhe (alcançando a igualdade material), para inserir politicamente esse grupo e ativar o círculo virtuoso das autonomias pública e privada. Defendem, dessa forma, que, quando há violação de direito de uma parcela da sociedade, cabe, sim,

ao Estado que se pretende democrático intervir em favor desse segmento específico.

Daí se depreende a inconstitucionalidade explícita de qualquer discriminação propagada nas decisões que versem sobre diferenciação entre homossexuais e heterossexuais. Nesse sentido, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu, em decisão inédita, a união estável para casais do mesmo sexo. Procedeu-se à interpretação do art. 1.723, do Código Civil, conforme a Constituição, a qual, em seu art. 3º, IV, veda qualquer discriminação em virtude de sexo. Com isso, tem-se a união homoafetiva como família e, conseqüentemente, qualquer depreciação dela é inconstitucional.

É de se observar, portanto, que, na ausência de um marco legal regulatório de direitos civis em relação à sexualidade, “o movimento LGBTs aportou suas demandas ao Poder Judiciário, encontrando um acolhedor espaço de reconhecimento de direitos” (Carvalho, 2012, p. 192). Afinal, como afirma Lopes (2006, p. 29), “as práticas sociais podem ser autoritárias, mas o direito é – ou deve ser – um antídoto contra tais práticas”. Trata-se de um – cada vez mais presente – ativismo judicial, na medida em que o Judiciário reconhece direitos que não estão previstos em lei. De fato, o Judiciário brasileiro, sobretudo após 1988, passou a interagir com o sistema político, o que tem causado impacto sobre o Legislativo e sobre o governo. No campo da realização da justiça social, essa interação tem se dado de maneira positiva.

Ao contrário do que pode aparentar à primeira vista, o paradigma procedimentalista do direito de Habermas não é contra o ativismo constitucional. Pelo contrário, “ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional” (Habermas, 2012, p. 343). É que, quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, tal como a compreensão procedimentalista concebe, é, inclusive, bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Segundo Habermas (2012, p. 346), “tal jurisprudência é até exigida normativamente”.

Deve-se cuidar, entretanto, com os limites dessa interferência. Habermas (2012, p. 346) utiliza-se de uma metáfora para colocar seu entendimento: “O tribunal só não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor, mas pode assumir o papel de tutor”.

CONCLUSÕES

Nas condições do pensamento pós-metafísico, o Estado e o Direito perderam sua substância sagrada. Com isso, para que o Estado Democrático de Direito persista e se fortaleça, não há outro caminho que não seja sua defesa progressiva. É dizer, há que se trabalhar para sua democratização progressiva. E o Direito exerce papel primordial nessa tarefa de defesa da democracia. Há uma coesão interna entre Direito e democracia que se manteve encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos liberal e social e é descortinada pelo paradigma procedimental desenvolvido por Jürgen Habermas.

O paradigma procedimental do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Para tanto, conforme Habermas logrou demonstrar, é necessário que se articule a autonomia privada do cidadão com sua autonomia pública. Esse é o diferencial do paradigma procedimentalista em relação aos outros.

O paradigma liberal entendia que bastava a garantia da autonomia privada por meio de um direito puramente formal (*status* jurídico negativo), o que se revelou insuficiente, pois não logrou concretizá-la para a maioria da sociedade. Por seu turno, o paradigma social, visando a sanar esse problema, procurou materializar a autonomia privada (*status* jurídico positivo), sobretudo via distribuição de riqueza. Ocorre que, assim procedendo, ao invés de reconstituir a autonomia privada, transformou-se numa ameaça para ela, pois o excessivo paternalismo socioestatal acaba por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles. Não é só isso; como Nancy Fraser destacou, esse tipo de medida tende a acarretar, ainda, a perpetuação e/ou até o fortalecimento do motivo pelo qual se necessita de benefício. É dizer, dificilmente se torna uma medida de transformação do *status quo*, servindo mais como uma medida de afirmação dele.

As limitações dos paradigmas liberal e social ficam mais claras na análise dos exemplos práticos realizada neste trabalho. Eles demonstram a necessidade de se pensar um paradigma para além desses dois, e, ao que se percebeu neste trabalho, a alternativa parece estar no paradigma procedimentalista.

O que o paradigma procedimentalista procura fazer é tematizar o nexo existente entre as formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e privada e, portanto, a autodeterminação dos cidadãos. A partir daí, os cidadãos capacitam-se para participar das discussões públicas e, conseqüentemente, passam a ditar a agenda política, que, seguindo o procedimento democrático, será capaz de produzir direito legítimo. Veja-se que o procedimento democrático é que fundamenta a legitimidade do direito. Esse procedi-

mento, por sua vez, está apoiado no princípio do discurso, que é justamente o princípio que determina que os destinatários das normas jurídicas devem ter participado do processo de sua criação.

Veja-se, então, que, ao mesmo tempo em que o Estado Democrático de Direito deve institucionalizar as estruturas comunicacionais para que seja possível o procedimento democrático de formação do direito legítimo; o Direito, por sua vez, deve assegurar a existência desse processo democrático. Trata-se de um complexo circular de fundamentação.

Da mesma forma, a aplicação do direito deve ter em vista, em última análise, a preservação da democracia. Por exemplo, Habermas diz que quando há uma grande diferenciação social, de modo que haja uma ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que possam capacitar e introduzir os indivíduos desse grupo no processo de decisão do Estado. Isto é, a fragilidade do direito regulador exige, sim, compensações quando estão em jogo as qualidades deliberativas do procedimento democrático.

Não se trata de uma preocupação meramente procedimentalista (formal), isto é, que não se atenta para o conteúdo (substância) do direito. Pelo contrário, para poder garantir o procedimento democrático, é necessário atentar-se para o conteúdo das normas, de forma a verificar se elas estão contribuindo para a realização do sistema de direitos ou não.

Assim, uma teoria da justiça adequada ao nosso tempo deve ser tridimensional, tal como preconizada por Fraser: abarcando não só a redistribuição (dimensão econômica) e o reconhecimento (dimensão cultural), mas também a representação (dimensão política). Caso contrário, não se terá uma verdadeira transformação das injustiças sociais, mas tão somente sua afirmação.

Os casos das injustiças em razão do gênero e da sexualidade são exemplificativos. A primeira porque perpassou por todos os paradigmas e demonstrou suas fragilidades, enquanto que a segunda representa o novo marco de reconhecimento de direitos com que a sociedade tem que se deparar.

Primeiro as mulheres não tinham igualdade formal de direitos em relação aos homens. Aí o modelo liberal tratou de igualá-las formalmente. Entretanto, a igualdade não bastava, pois as mulheres eram diferentes (subordinadas) aos homens, necessitavam de outros reconhecimentos para poder fazer valer uma igualdade de fato. Aí o modelo social tratou de conferir esses direitos. Porém, desencadeou um paternalismo socioestatal, que contribuiu com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes. O que se vê são abordagens que não transformam a situação, mas tão somente afirmam-na. Diante dessas insuficiências, torna-se necessário pensar em outro modelo.

O modelo deliberativo de Habermas, ao lado da teoria tridimensional de Fraser, inova ao exigir, via princípio do discurso, que todos aqueles afetados por uma norma especial participem do debate sobre essa norma, isto é, visualizam que a transformação da situação passa pela participação (representação) política das mulheres.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BIROLI, Flávia. Mulheres, mídia e democracia. In: ABREU, Maria Aparecida (Org.). *Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero*. Brasília: Ipea, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *Queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 99, 2012.
- CORRÊA, Sonia. Cruzando a linha vermelha: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais. In: *Horizontes antropológicos*. Porto Alegre: UFRGS, a. 12, n. 26, p. 101-121, jul./dez. 2006.
- FRASER, Nancy. ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista”. In: *New Left Review*, 1/212, Londres, p. 68-93, jul./ago. 1995.
- _____. ¿Triple movimiento? Entender la política de la crisis a la luz de Polanyi. In: *New Left Review*, Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), n. 81, p. 125-139, jul./ago. 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 1996, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebenecheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2012.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenecheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2011.
- KELSEN, Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: RIOS, Roger Raupp. *Caderno de Direito Constitucional*, Porto Alegre: Emagis, p. 24-54, 2006.
- LÓPEZ PENEDO, Susana. *El laberinto queer: la identidad en tiempos de neoliberalismo*. Barcelona, Madrid: Egales, 2008.
- MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. 337 f. Tese (doutorado em direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

RIOS, Roger Raupp. Discriminação por orientação sexual e acesso à justiça: a homossexualidade e a concretização dos princípios processuais. In: *Cadernos Themis Gênero e Direito*, Porto Alegre, n. 2, p. 46-65, 2001.

_____. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS Editora/PU-CRS: Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, a. 6, n. 18, p. 169-177, jan./mar. 2012.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 79-97, dez. 2009.

SORIAL, Sarah. Habermas, feminism, and law: beyond equality and difference? *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, v. 24, n. 1, p. 24-48, mar. 2011.

TIMES, The transgender tipping point: America's next civil rights frontier, junho de 2014. Disponível em: <<http://time.com/132769/transgender-orange-is-the-new-black-laverne-cox-interview/>>. Acesso em: jul. 2014.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. In: *Estudos Feministas*, a. 9, p. 460-482, p. 467-8, 2. sem. 2001.

YOUNG, Iris Marion. A imparcialidade e o público cívico: algumas implicações das críticas feministas ta teoria moral e política. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (Coord.). *Feminismo como crítica da modernidade: releitura dos pensadores contemporâneos do ponto de vista da mulher*. Trad. Nathanael da Costa Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, p. 66-86, 1987.