

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

Renata Possi Magane

Hermenêutica jurídica feminista: decisão judicial na perspectiva da teoria crítica

Tese de Doutorado

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
2022

Renata Possi Magane

Hermenêutica jurídica feminista: decisão judicial na perspectiva da teoria crítica

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTORA em Direito, sob a orientação do Prof.º Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

2022

Banca Examinadora

À comunidade da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
pelo apoio permanente.

O presente trabalho foi realizado com
apoio da Coordenação de
Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível
Superior – Brasil (CAPES) – n.º do
processo 88887.659147/2021-00 – Bolsa
CAPES-PROSUC – Doutorado –
Modalidade II – Início DEZEMBRO/2021.

*This study was financed in part by the
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pes
soal de Nível Superior – Brasil (CAPES) –
nº do processo 88887.659147/2021-00 –
Bolsa CAPES-PROSUC – Doutorado –
Modalidade II – Start in
DEZEMBRO/2021.*

AGRADECIMENTOS

Considero este o espaço mais importante deste trabalho que ora apresento à comunidade acadêmica como fruto da pesquisa de doutoramento em Filosofia do Direito, realizada no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tal relevância tem um motivo muito simples, mas ao mesmo tempo é um dos mais dignos que reconheço como ser humano: não fazemos absolutamente nada sozinhos. Meus agradecimentos, portanto, são exatamente nesse sentido: reconhecer e agradecer a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram e acompanharam minha trajetória intelectual e acadêmica até aqui. Um caminho nem sempre linear, fácil e sem obstáculos.

Muitos foram os momentos ou situações em que questionamentos sabotadores insistiam em me perseguir, fazendo-me duvidar de que seria possível concluí-lo com as expectativas que idealizei quando entrei no Programa. Dificuldades oriundas da complexidade de ser mulher nessa sociedade que ainda insiste em invisibilizar nossas dores, cuja potência angustiante ecoa no silêncio ensurdecedor das nossas mentes inquietantes e estafadas das inúmeras e incontáveis tarefas que sobrecarregam nossa existência singular feminina, amplificadas diante do contexto de pandemia que atingiu o mundo de forma inesperada, e seus efeitos ainda sentimos simbolizados nas vidas perdidas e devastadas de quem a sorte não prestigiou, cujas perversidade e fatalidade atingiram os mais vulneráveis de nossa sociedade.

Na condição de mulher branca e pertencente a uma parcela ínfima que ascende à universidade, reconheço todos os privilégios que acompanharam minha história e que se, de um lado, não garantiram por si sós minha trajetória, oriunda que sou de uma família de classe média baixa e egressa da escola pública, não impossibilitaram que eu ocupasse espaços reservados a grupos elitizados brancos, nem foram fatores que desfavoreceram minha inclusão em espaços sociais incompatíveis com a minha condição econômica. Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a todas as mulheres negras deste país, por todas as opressões que suportam e se inter cruzam pelas condições de gênero, raça e classe e que lhes impediram por muito tempo e ainda impedem, infelizmente, de conquistar o que eu, com muito menos dificuldade, venho conquistando. Este trabalho é por vocês e para vocês, na esperança de um mundo sem discriminação de gênero, mas, sobretudo, de raça.

No âmbito pessoal, não poderia deixar de agradecer a toda a minha família e amigos especiais, pelo suporte emocional, pela paciência e compreensão pelas inúmeras ausências e distanciamentos temporários e por sempre acreditarem em mim, mesmo quando eu mesma, por vezes, desacreditava. Homenageio todos vocês, que sabem exatamente quem são, nas pessoas dos meus pais, Elson e Cleusa, do meu marido, Felipe, dos meus filhos, Pedro e Bernardo, da minha irmã e cunhado, Fernanda e Celso, e dos meus sobrinhos, Júlia e Lucas. Vocês simbolizam os afetos mais potentes desse conceito tão abstrato que é o amor, materializando-se na pulsão de desejo de vida que me faz querer sempre melhorar a mim mesma e o mundo. Vocês me inspiram a lutar contra injustiças, discriminações em favor dos mais oprimidos, em prol de uma sociedade mais justa, fraterna, solidária e igualitária. Este trabalho é motivado pelo desejo de um sistema jurídico que corresponda a esses ideais básicos e civilizatórios construídos por muitas pessoas que lutaram pela concretização deles antes de mim.

Lutas construídas “com sangue na calçada e não com tinta no papel”. Essa frase é tão profunda e tão paradigmática que só poderia mesmo ter sido dita por uma pessoa com a capacidade intelectual e a humanidade do meu orientador, a quem carinhosamente chamo de mestre e amigo, o Professor Doutor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, notável jurista, a quem a história ainda reconhecerá, com a grandiosidade merecida, seu enorme valor e a fundamental contribuição pela incansável e combativa luta na defesa da democracia e dos valores consagrados na Constituição brasileira. Meus mais sinceros, genuínos e profundos agradecimentos por tanto conhecimento compartilhado, pela confiança extrema em quase doze anos de parceria acadêmica e pela honra de sua amizade. Este trabalho foi escrito por mim, mas não teria sido possível sem todos os aprendizados e generosidade da sua orientação ao longo de todos esses anos, desde 2011. Em seu nome, agradeço também a todos os docentes, funcionários e colegas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, espaço onde aprendi o verdadeiro sentido de democracia e respeito à pluralidade, diversidade e tolerância.

Agradeço à Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo pelo espaço e acolhida, instituição onde reconheci minha verdadeira vocação acadêmica e exerço a docência atualmente, nas disciplinas de Ciência Política e Teoria do Estado e Teoria Geral do Direito, em que nesses cinco anos pude aprender muito e conviver num ambiente que preza pela excelência acadêmica, que oferece oportunidades e valoriza

seus professores e professoras, com autonomia e respeito mútuos, onde pretendo estar ainda por muito tempo, no que depender de mim. Meus agradecimentos especiais aos meus alunos e alunas que são a razão de toda a minha dedicação e motivação para buscar aperfeiçoamento e cada vez mais conhecimento, a fim de propiciar-lhes não apenas conteúdos programáticos, mas visão crítica e humanista acerca do papel que terão como futuros profissionais do direito, fazendo-os reconhecer a importância que terão na defesa das instituições democráticas e dos mais vulneráveis. Mais do que um espaço de trabalho, ganhei amigos e amigas que foram fundamentais para o tema aqui desenvolvido. Em destaque, agradeço às professoras e autoras do livro *O feminino e o direito na contemporaneidade*, que já conta com publicação em três volumes, coordenado pela amiga e Professora Célia Regina Nilander, projeto que me inspirou muitas reflexões e que me motivou para a escolha do tema de pesquisa ora apresentada.

Agradeço também a contribuição de autores e autoras com quem dialoguei durante as leituras que realizei e que estão devidamente nomeados nas referências bibliográficas ao final deste trabalho. Considerei-os companheiros agradáveis nas horas intermináveis de reclusão e solidão enquanto realizava a pesquisa e produzia esta tese de doutorado. Independentemente de eventuais discordâncias e divergências que aparecerão ao longo do texto, espero que não as considerem disputas vaidosas em torno de respostas pretensamente melhores ou mais corretas, mas apenas tentativa de avançar aspectos que a mim pareciam necessários esclarecer à luz do recorte proposto.

Não poderia deixar de fora dos agradecimentos os canais de vídeos e áudios que me acompanharam durante muitos e muitos quilômetros rodados diariamente nos trajetos de carro que faço entre as cidades de São Paulo e São Bernardo do Campo e que, além de muito conhecimento, ressignificaram minha relação com o trânsito e com o ócio improdutivo ao volante: ao canal do YouTube do Professor André Coelho e à generosidade das magníficas aulas de Teoria Geral do Direito e ideologias políticas disponibilizadas gratuitamente; você é uma inspiração das mais relevantes na minha formação acadêmica; ao canal do INEF (*Isto não é Filosofia*) no YouTube, mantido pelo casal Vitor Lima e Evelyn Lima, que me despertaram a paixão pela filosofia e me inspiraram a adotar os três pilares filosóficos para desenvolver o pensamento crítico: *Thaumázein* (espanto), *Epoché* (suspensão do juízo) e a Dialética (posicionamento ponderado); o pilar ético pela busca da virtude da humildade

intelectual, superando, sobretudo, minha subserviência intelectual, bem como a melhorar meus argumentos e produções textuais. Agradeço imensamente ao Podcast Onze Supremos, capitaneado por David Sobreira, pela condução impecável das entrevistas e pela escolha dos temas e convidados, expoentes no debate jurídico, que muito ajudaram nas reflexões aqui trazidas.

Agradeço especialmente aos Professores da PUC/SP, Georges Abboud e Nathaly Campitelli Roque, pela aceitação e disponibilidade em participarem da minha banca de qualificação, cujas contribuições e avaliação ao texto ainda inacabado foram fundamentais para o aperfeiçoamento e melhor direcionamento da pesquisa ora concluída.

Dedico este trabalho também a importantes interlocutores e que se tornaram referência acadêmica para mim: Profa. Dra. Thaís Novais Cavalcanti, Prof. Dr. Marcelo Koch, Profa. Loiane Verbicaro, Prof. Dr. Luís Guilherme Arcaro Conci e Prof. Dr. Fernando Hideo Lacerda; aos membros do “Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção”, coordenado pelos Professores Luís Manuel Fonseca Pires e Pedro Estevam Alves Pinto Serrano; ao grupo “Amigos da Filosofia”, organizado pelo Professor Paulo Guedes Fontes.

À CAPES agradeço o fomento e a concessão de bolsa de estudos na modalidade flexibilizada, neste último ano de conclusão do doutorado na PUC/SP. Sem dúvida, foi fundamental para que conseguisse me dedicar à finalização da pesquisa.

Por fim, mas não menos importante, destaco como de maior relevância nesses agradecimentos o apoio incansável e diuturno do meu marido, Felipe Toledo Magane, meu maior professor de vida. Ele me ensinou que o amor, a união e a parceria podem superar qualquer desafio. Foi meu maior incentivador, enxergou em mim capacidades que eu teimava em desmerecer. A cada medo e insegurança, ele estava lá, “me empurrando no precipício”, na certeza de que eu daria conta de acionar o paraquedas em pleno voo livre. Há 22 anos, desde 1999, tenho a mais íntima certeza e convicção de que “não há você sem mim, eu não existo sem você”. Amo você com a certeza de que nossa vida jamais terá sido em vão, pois a frase de Machado de Assis, ao final de *Memórias póstumas de Brás Cubas*, poderia por nós ser assim reescrita: “tivemos

filhos, para que nós, por meio deles, possamos salvar a humanidade do legado de nossa miséria”.¹

¹ Em referência à famosa frase machadiana: “Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria” (ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1881).

Numa época como esta, os que lutam contra a dominação não podem contar com a luz no fim do túnel. Terão de levar consigo uma lanterna portátil, uma luz que, mesmo sendo trêmula ou fraca, ilumine o suficiente para que sejam capazes de identificar o caminho como sendo o seu caminho e, assim, evitar acidentes fatais. Esse é o tipo de luz que as Epistemologias do Sul se propõem gerar (SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo: a afirmação das Epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 11).

Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. É o que a vida me ensinou (João Guimarães Rosa, em Grande Sertão Veredas).

O problema da nossa sociedade machista é que enquanto as mulheres são donas de casa, os homens são donos da casa (Pedro Possi, 12 anos, meu filho).

RESUMO

MAGANE, Renata Possi. *Hermenêutica jurídica feminista: decisão judicial na perspectiva da teoria crítica*. 2022. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

A pesquisa busca trazer contribuições para o desenvolvimento de uma proposta hermenêutica jurídica feminista, na perspectiva da teoria crítica decolonial e de gênero, a fim de estabelecer as razões pelas quais decisões judiciais no contexto brasileiro podem ser consideradas em muitas ocasiões, quanto à aplicação dos direitos de gênero, herdeiras do colonialismo, patriarcalismo e racismo, constituindo-se na permanência das exclusões coloniais e das hierarquias sociais forjadas no pacto colonial brasileiro. De um ponto de vista histórico das principais correntes da filosofia ocidental constata-se a centralidade e a naturalização de visões universalistas do sujeito de direito que são comumente ocultadas pelos paradigmas hermenêuticos tradicionais e hegemônicos nas teorias jurídicas, invisibilizando as exclusões e as marginalizações de grupos sociais específicos e/ou sendo incapazes, como teorias da interpretação, de oferecer paradigmas emancipatórios e igualitários no ato de interpretação e aplicação do direito contra o fenômeno de degeneração dos direitos das mulheres, em suas multifacetadas interseccionalidades e marcadores de exclusão. Como fenômeno de linguagem, o sistema jurídico sofre influência, a partir da relação entre significante e significado, operada no nível da pré-compreensão do sujeito hermenêutico, de afetos opressores e vieses cognitivos preconceituosos e discriminatórios, muitas vezes inconscientes e localizados no campo da afetividade, que precisam ser desvendados a fim de levarmos o direito das mulheres a sério. Nosso objetivo de pesquisa, portanto, constitui-se numa concepção crítica e feminista da hermenêutica jurídica que ajude a superar a dominação masculina e que promova verdadeira filtragem decolonial e antipatriarcal no ato de concretização do direito das mulheres, a partir de uma teoria jurídica crítica e de democracia agonística que contribua para o desenvolvimento do intérprete jurídico a fim de alcançar a verdadeira inclusão de corpos femininos como sujeitos dotados de direitos.

Palavras-chave: Hermenêutica feminista; Teoria jurídica crítica; Decisão judicial; Anticolonialismo; Autoritarismo líquido.

ABSTRACT

MAGANE, Renata Possi. **Hermenêutica jurídica feminista**: decisão judicial na perspectiva da teoria crítica. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

The research seeks to bring contributions to the development of a feminist legal hermeneutic proposal, from the perspective of decolonial and gender critical theory, in order to establish the reasons why judicial decisions in the Brazilian context can be considered on many occasions, regarding the application of rights gender, heirs of colonialism, patriarchy and racism, constituting the permanence of colonial exclusions and social hierarchies forged in the Brazilian colonial pact. From a historical point of view as well as from the main currents of Western philosophy, the centrality and naturalization of universalist views of the subject of law that are commonly hidden by traditional and hegemonic hermeneutic paradigms in legal theories, making the exclusions and marginalization of social groups invisible specific and/or being unable as theories of interpretation to offer emancipatory and egalitarian paradigms in the act of interpreting and applying the law against the phenomenon of degeneration of women's rights, in its multifaceted intersectionalities and exclusion markers. As a phenomenon of language, the legal system is influenced, from the relationship between signifier and meaning, operated at the level of pre-understanding of the hermeneutic subject, of oppressive affects and prejudiced and discriminatory cognitive biases, often unconscious and located in the field of affectivity, which need to be uncovered to take women's rights seriously. Our research objective, therefore, constitutes a critical and feminist conception of legal hermeneutics that contributes to the overcoming of male domination and that promotes true decolonial and anti-patriarchal filtering in the act of concretizing women's rights, based on a theory critical legal and agonistic democracy that contributes to the de-biasing of the legal interpreter to achieve the true inclusion of female bodies as subjects endowed with rights.

Keywords: Feminist hermeneutics; Critical legal theory; Judicial decision; Anticolonialism; liquid authoritarianism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 – O FEMININO NA TRADIÇÃO POLÍTICA E FILOSÓFICA	22
1.1 O feminino e o espaço público na tradição da filosofia política	22
1.2 Igualdade na diferença: modelo pluralista e agonístico de democracia.....	39
1.3 Por um feminismo interseccional e decolonial.....	50
1.3.1 Ondas e ramos do feminismo.....	50
1.3.2 Sexo e gênero	70
1.3.3 A interseccionalidade e a filtragem decolonial na teoria crítica feminista.....	78
1.4 O nascimento da ontologia na filosofia ocidental e o legado da hierarquia binária de gênero no constructo epistêmico ocidental	92
CAPÍTULO 2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL E A NÃO SUPERAÇÃO DOS MITOS DO LIBERALISMO	111
2.1 O problema da linguagem nos paradigmas teórico-filosóficos	111
2.2 Insuficiência das teorias jurídicas hegemônicas na superação das desigualdades de gênero	129
2.2.1 Do formalismo ao antiformalismo e o problema da (in)determinação do direito	142
2.2.1.1 <i>Formalismo radical</i>	142
2.2.1.2 <i>Antiformalismo radical</i>	145
2.2.1.3 <i>Antiformalismo moderado</i>	149
2.2.1.4 <i>Formalismo moderado</i>	162
2.2.2 Entre a Dogmática Hermenêutica do legislador racional e a Interpretação Construtiva do juiz Hércules de Ronald Dworkin.....	178
CAPÍTULO 3 – DOMINAÇÃO MASCULINA NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E A PROPOSTA DO PARADIGMA HERMENÊUTICO ANTIDISCRIMINATÓRIO DE GÊNERO NO DIREITO	196
3.1 Autoritarismo líquido e feminicídio de Estado	196
3.2 O direito internacional de proteção das mulheres como discurso jurídico universalista: direitos humanos para todos?.....	209

3.3 Hermenêutica jurídica feminista e antiformalismo crítico: propostas de um paradigma hermenêutico emancipatório e igualitário de gênero	221
3.3.1 O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero e o uso estratégico do direito antidiscriminatório	245
CONCLUSÕES.....	257
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	264

INTRODUÇÃO

Diversas são as abordagens da teoria jurídica que buscam desvendar, a partir de perspectivas metodológicas distintas, a complexidade do fenômeno jurídico, cujo objeto cognoscitivo, o direito, relaciona-se com o ser cognoscente a partir de pontos de vista específicos, que precisam ser necessariamente esclarecidos pelo cientista antes de adentrar no cerne da abordagem nuclear pretendida em sua análise.

A pesquisa tem como objetivo demonstrar a urgente necessidade de construção de uma teoria hermenêutica jurídica feminista, na linha de uma perspectiva crítica, imprescindível como ponto de partida para tratarmos, no campo empírico e pragmático, da concretização dos direitos das mulheres e superação do patriarcado e da dominação masculina presentes na sociedade e no sistema jurídico, diante da incapacidade das teorias hegemônicas da dogmática da interpretação e da decisão jurídica de oferecerem um modelo interpretativo que leve em conta as demandas e as vulnerabilidades de gênero e as promessas não cumpridas do constitucionalismo democrático, calcadas, sobretudo, pela visão colonialista e liberal de nossas teorias e práticas jurídicas, denunciando-as na perspectiva do movimento e das lutas feministas.

Mais do que uma pretensão de inovação no campo das ideias, o trabalho que segue buscará celebrar o pluralismo teórico e metodológico que nos permitiu enxergar, ainda que de forma panorâmica, as questões cujo empreendimento nos leva a desenvolver esta pesquisa de doutorado, dentro de uma epistemologia feminista interseccional, decolonial e crítica, propiciando, assim, um sopro inicial para que o campo jurídico feminista pavimente a construção de uma abordagem teórica que possibilite uma interpretação jurídica que seja inclusiva, decolonial e antipatriarcal, verdadeiramente coerente e integradora a partir da efetiva visibilidade das diferenças entre os sujeitos de direitos, contra pretensos universalismos e racionalismos “ingênuos”.

Demonstraremos a incapacidade dos paradigmas hermenêuticos hegemônicos² no fornecimento de aporte teórico satisfatório às demandas de gênero

² Por “hegemônicas” referimo-nos aqui às teorias jurídicas mais difundidas no meio acadêmico jurídico e reconhecidas pela doutrina e jurisprudência brasileiras como aporte teórico e modelos de

e de emancipação feminina que chegam ao Judiciário, que exigem do aplicador da norma jurídica uma visão crítica da lógica opressiva e patriarcal, presente não apenas nas relações da sociedade civil, mas, sobretudo, refletida nas legislações de cunho sexista, heteronormativa, elitista, masculinista, misógina e racista, sistematicamente espelhadas em decisões jurídicas com viés discriminatório de gênero ou, ainda, permeadas de subjetivismos e preferências morais que degeneram o direito, perpetuando a lógica de permanente opressões contra mulheres.

A celebração do pluralismo a que nos referimos não pretende uma postura teórica conciliatória, por óbvio fadada ao fracasso diante das incompatibilidades lógicas dos respectivos paradigmas que alicerçam determinada perspectiva teórica, a partir de empreendimentos distintos e visões de mundo que invisibilizam projetos alternativos emancipatórios.

A impossibilidade de se compatibilizarem teorias com propósitos e fundamentos tão distintos ocorre, pois, de um lado, a análise descritiva das teorias positivistas analíticas e normativistas busca explicar o direito como ele é, pela perspectiva de um observador externo, imparcial e valorativamente neutro,³ com pretensão de universalidade, enquanto a abordagem normativa é comprometida com valores morais/políticos preconcebidos e que permitem avaliar o direito que é, à luz do que ele deveria ser, para alcançar determinados fins e valores, por meio de prescrições que revelem o direito em seu melhor entendimento, sob a ótica de um participante interno e de uma realidade política específica, como é o caso da teoria do direito como integridade de Dworkin, que só pode ser lida e compreendida isomorficamente com os valores de uma dada concepção política, a democracia liberal, no contexto anglo-saxão vivenciado pelo autor.

Há ainda outro aspecto que torna irreconciliáveis tais abordagens para além do método descritivo/avaliativo das teorias mencionadas e que será objeto de análise mais detida nesta pesquisa: o aporte filosófico em que tais teorias estão ancoradas,

interpretação viáveis, ainda que possuam paradigmas filosóficos e empreendimentos teóricos distintos entre si.

³ Cabe aqui um alerta importante de Lenio Luiz Streck acerca da pretensão de neutralidade que as teorias positivistas creditam ao observador externo: “Em princípio, o ponto de vista do positivismo é o do observador, porém existem dúvidas se o ponto de vista interno não chega antes e exerce papel fundamental no observador” (*Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. posição 3717. E-book Kindle).

que podem compreender um viés mais objetivista, subjetivista ou intersubjetivista. Nesse sentido, não podemos pretender comparar teorias tão distintas, com métodos e preocupações que não são de forma alguma equiparáveis. Não devemos ainda cair na armadilha de eleger uma melhor teoria no plano abstrato, como se todas as que a antecederam fossem condenadas ao ostracismo teórico. Devemos abandonar a disputa inútil que muitas vezes se vale de uma visão caricaturada da abordagem combatida e que se deseja superar para emplacar uma perspectiva dita superior, pretensamente mais avançada e mais bem acabada no campo da teoria do direito.

Não precisamos de uma melhor teoria, e sim que diversas perspectivas sejam realizadas ao mesmo tempo a fim de oferecerem respostas para perguntas distintas e que não foram objeto de reflexão de autores de linhagens com olhares voltados para pontos específicos, desde que verdadeiramente comprometidos com a seriedade e profundidade que a teoria e filosofia do direito requerem, por isso um campo de estudo tão árduo e espinhoso. É, portanto, nessa ordem de ideias que reside nosso convite à celebração do pluralismo teórico que brindamos neste trabalho ao propormos a construção de uma hermenêutica jurídica feminista, cujo paradigma filosófico está ancorado na epistemologia feminista crítica, decolonial e antiliberal.

Nesse sentido, portanto, adotaremos como empreendimento de análise as teorias que serão brevemente abordadas acerca de sua capacidade ou não de contribuir para a construção de uma teoria hermenêutica jurídica crítica e emancipatória feminista, sem, de maneira alguma, desmerecê-las como produto legítimo da construção de um saber científico que procurara responder outras inquietudes e que, enquanto nos permitem ver algum aspecto específico do direito sob determinada ótica, apresentam zonas de penumbra e um *desver* teórico que pode ser explorado somente diante de diferentes paradigmas epistemológicos e valores políticos em constante disputa na sociedade.

Nossos eventuais embates no campo teórico democrático devem ocorrer dentro do modelo pluralista agonístico proposto pela autora belga pós-marxista Chantal Mouffe,⁴ e não pelo antagonismo que trata o outro como inimigo. Apesar de reconhecermos que o enfoque da autora são as disputas próprias do campo político, à sua concepção agonística nos referimos aqui analogicamente a fim de que

⁴ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, jun. 2006.

identifiquemos a importância de celebrar e engrandecer toda construção de ideias no campo teórico que tenham comprometimento com o necessário aprofundamento das pesquisas científicas nas mais diversas áreas do saber humano, incluindo o direito.

Qualquer desacordo teórico aqui exposto será, inicialmente, o reconhecimento da relevância do pensamento abordado, mas sua incapacidade de responder aos anseios de construção de uma hermenêutica jurídica feminista, com olhar atento aos problemas que decorrem da desigualdade de gênero e suas implicações, sobretudo no ato de interpretação e aplicação do direito. Nesse sentido, buscaremos contribuir com uma reflexão que justifique a necessidade de reunir esforços no campo teórico crítico para a concretização de um modelo hermenêutico que dê conta das vulnerabilidades e das opressões que marcam a existência do feminino como gênero em suas respectivas e distintas realidades e marcadores de opressão e desigualdades que se interseccionam.

Assim, procuraremos apontar caminhos epistemológicos em matéria de interpretação e hermenêutica jurídica, na perspectiva da teoria crítica, que possam influenciar de forma prática a interpretação do direito positivo em matérias sensíveis e tão caras à luta política feminista e que não podem ser ignoradas sem o devido cuidado por quem não apenas objetive definir o sentido e o alcance de dada norma jurídica, na visão da interpretação como ato de conhecimento, mas que também tenha legitimidade para aplicá-la, o intérprete autêntico da *Teoria pura do direito* de Kelsen, abandonando, contudo, sua incômoda conclusão do descritivismo positivista em torno da discricionariedade judicial e do ato de vontade do intérprete como problema de política jurídica, recolocando a questão, portanto, dentro do campo científico jurídico, a partir de paradigmas antidiscriminatórios e substancialmente igualitários.

Feitos esses esclarecimentos iniciais e contextualização acerca de nossas intuições mais gerais que tocam a temática que será explorada nesta pesquisa de doutoramento, passamos a percorrer o caminho que será construído no desenvolvimento da pesquisa, ou seja, nossos objetivos gerais e específicos, bem como o referencial teórico adotado, a lacuna de pesquisa que identificamos no campo e o método utilizado na exploração e organização dos temas do estado da arte em matéria de hermenêutica jurídica e teoria crítica feminista, a fim de fazermos avançar o campo teórico jurídico em direção a um maior aprofundamento das questões

jurídicas em matéria de gênero e concretização dos direitos das mulheres, visando sua maior proteção e igualdade jurídica.

Nosso tema será abordado em dimensões distintas, mas que pensamos inter-relacionadas: política, jurídica e filosófica. O recorte da pesquisa apresentada tem como objetivo principal compreender algumas perguntas fundamentais à visão mais alargada do atual estágio de desenvolvimento da teoria da decisão jurídica em questões de gênero objetivando sua reformulação, diante da constatação da insuficiência das correntes teóricas hegemônicas para satisfazer tal pretensão, sendo, nesse sentido, a lacuna teórica que identificamos e nos propomos a pesquisar.

Tendo em vista que nosso principal objetivo situa-se na construção de um paradigma hermenêutico feminista que adote uma perspectiva interseccional, decolonial e crítica para a interpretação e aplicação do direito com recorte de gênero, imprescindível estabelecermos como objetivos específicos os temas que serão estruturados nos três capítulos que constituem nossa pesquisa, conforme segue.

No primeiro capítulo, trataremos de temas afetos ao feminino na tradição política e filosófica, a fim de: 1) compreender a distinção entre esfera pública e esfera privada na tradição da filosofia política e a importância da dimensão política para a emancipação feminina, a partir das contribuições da filósofa e cientista política Hannah Arendt; 2) identificar as deficiências do modelo liberal e consensual de democracia que invisibiliza a dimensão conflitual e agonística das disputas e lutas sociais que atravessam inevitavelmente o direito, adotando como alternativa a proposta de democracia radical de Chantal Mouffe; 3) reconstruir a cronologia histórica das diversas lutas políticas do movimento feminista a partir da classificação das ondas e ramos do feminismo; 4) recuperar as disputas teóricas no interior do feminismo sobre a distinção entre sexo e gênero e a constante (des)construção e reconstrução a que o sentido de gênero foi submetido; 5) justificar nossa opção pelo feminismo interseccional e decolonial como epistemologia para uma teoria jurídica crítica; 6) compreender as concepções filosóficas herdadas da tradição grega pela civilização ocidental que fundamentam concepções ontológicas sobre as hierarquias binárias de gênero.

A partir do segundo capítulo, adentraremos no problema da insuficiência das teorias jurídicas tradicionais para superar as contradições políticas que perpetuam pelo direito a lógica de permanência do *status quo* que estrutura o sistema de

opressão e marginalização de grupos historicamente vulnerados, demonstrando: 1) a influência da filosofia da linguagem nos paradigmas hermenêuticos tradicionais; 2) o problema da indeterminação do direito e da discricionariedade judicial nas teorias jurídicas hegemônicas (formalistas e antiformalistas), tanto daqueles que compõem as principais correntes de pensamento da filosofia do direito quanto na proposta da dogmática da interpretação desenvolvida por Tercio Sampaio Ferraz Jr.; 3) o racionalismo jurídico da única resposta correta na ficção teórica da dogmática do legislador racional e na figura imaginária do juiz Hércules como método da interpretação construtiva em Dworkin.

Por fim, no último capítulo, trataremos da dominação masculina no sistema de justiça brasileiro, tendo como premissa: 1) o feminicídio de Estado como gestão de corpos feminizados descartáveis, expressão da biopolítica e do biopoder constitutivos da lógica neoliberal que produz verdadeira “necropolítica de gênero”, como extensão do autoritarismo líquido no século XXI; 2) a inefetividade de implementação e concretização dos direitos das mulheres, no plano interno e internacional, a partir dos pressupostos de universalização dos sujeitos de direito na democracia liberal.

A título de fechamento dos argumentos construídos nos objetivos específicos que acabamos de expor, apresentaremos como conclusão do trabalho, no último tópico do Capítulo 3, a proposta a ser adotada como paradigma hermenêutico feminista para as decisões judiciais com recorte de gênero, a partir da concepção teórica do antiformalismo crítico, que vincula o estudo do direito em geral e as decisões judiciais em particular como arena aberta de disputas políticas, reconhecendo que as tensões próprias da política não devem ser neutralizadas pelo direito, apontando, assim, o uso estratégico do direito na reinterpretação de normas jurídicas a partir de filtros fenomenológicos antidiscriminatórios de gênero na perspectiva do feminismo interseccional e decolonial.

A investigação proposta adota como pressuposto principal que a defesa da autonomia do direito não prescinde da aproximação do direito dos elementos extrajurídicos com ele relacionados. O projeto teórico aqui defendido busca a superação da visão cientificista, objetivista e universalista que marca o empreendimento epistemológico da hermenêutica jurídica tradicional em matéria de interpretação e aplicação do direito. Uma visão externa e assistemática do fenômeno jurídico tem como objetivo principal identificar, compreender e colaborar para o avanço

teórico-científico do estudo do direito, à luz de suas patologias e distorções políticas, econômicas e sociais, não sendo possível fazê-lo fechado em si mesmo ou a partir de uma lógica sintático-semântica, cujo recorte epistemológico purifique o direito dos elementos extranormativos que lhe são estrutural e formalmente estranhos, bem como de uma visão pragmática que não problematize a estrutura político-jurídica que antecipa o sentido do intérprete no ato de aplicação do direito. Essa é a justificativa pela qual anunciamos como paradigma epistêmico os saberes plurais e decoloniais das teorias críticas, como inspiração e suporte teórico para uma proposta hermenêutica feminista, a partir de um uso estratégico do direito e do filtro fenomenológico antidiscriminatório.

Nos valem de metodologia que se pautou no levantamento do material bibliográfico indicado e na análise detalhada dos textos e outros documentos que circundam a problemática do presente trabalho, particularmente contrastando os pressupostos teóricos dos(as) autores(as) com a concretude fática brasileira, o que fez por reafirmar a insuficiência das teorias tradicionais da decisão judicial para o enfrentamento das questões de gênero e suas interseções na interpretação e aplicação do direito, propondo a revisão bibliográfica sobre o tema.

O tema a ser enfrentado justifica-se na medida em que possibilitará a ampliação das abordagens tradicionais sobre as mais diversas teorias da decisão jurídica, comumente adotadas acriticamente na cultura jurídica, oferecendo suporte complementar a visões mais inclusivas e igualitárias do papel do direito e das instituições jurídicas na superação das exclusões e marginalizações de grupos historicamente oprimidos. Portanto, acreditamos que a pesquisa apresenta implicações práticas e relevância social, constituindo-se como fonte de pesquisa na adoção de medidas institucionais, a exemplo do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que permitirá não apenas identificar os problemas afetos à questão de gênero, mas também apontar caminhos com o intuito de, se não superá-los, visibilizá-los.

Ainda que seja um esforço hercúleo e certamente inalcançável diante das múltiplas abordagens que se inter cruzam nesse empreendimento teórico-investigativo, sendo inviável e humanamente impossível esgotar todas as dimensões que envolvem os problemas que enfrentaremos neste estágio de pesquisa, temos pretensões bastante modestas no sentido de reconhecermos de antemão que

estaremos suficientemente satisfeitos se, ao final, obtivermos êxito em ampliar o debate jurídico, em especial despertando a inquietação e a curiosidade dos estudiosos da teoria da decisão judicial e apontando caminhos a serem trilhados por demais pesquisadores em direção à construção de uma perspectiva hermenêutica crítica que seja disseminada e debatida como viável a ensejar profundas mudanças na sociedade.

A partir de uma posição politicamente engajada e mediante o uso estratégico do direito, acreditamos ser possível apostar nas instituições jurídicas como o lócus privilegiado de emancipação feminina e de inclusão dos mais vulneráveis, o que não ocorrerá facilmente e sem profundas transformações na sociedade e nas instituições encarregadas de ensinar e dizer o direito. Mais do que respostas conclusivas, objetivamos encontrar as perguntas corretas para a compreensão do complexo problema da desigualdade e discriminação de gênero que adentra no direito e nos órgãos institucionais responsáveis pela sua aplicação.

A filosofia, em geral, e a filosofia do direito, em especial, não têm a pretensão de apresentar respostas certas e definitivas, campo próprio da dogmática. Antes, contudo, tornam-nos comprometidos com o eterno questionar, em uma viagem que nunca deve cessar. Estes são os propósitos que perseguimos nesta tese.

CAPÍTULO 1 – O FEMININO NA TRADIÇÃO POLÍTICA E FILOSÓFICA

1.1 O feminino e o espaço público na tradição da filosofia política

Compreender a relação entre as lutas e conquistas femininas, com primazia a partir do século XIX, pressupõe antes analisarmos o conceito de espaço público e sua relação com o pluralismo político nas democracias contemporâneas. Alijadas historicamente da participação política, as mulheres foram impedidas de exercer cidadania plena e alcançar liberdade e igualdade por muitos séculos, sendo a existência do feminino reservada, no curso da história, ao reino das necessidades e reprodução do ciclo vital e do cuidado, justificada pela sua condição biológica, cuja existência fora naturalizada como condicionante ao desenvolvimento da sociedade, sendo seu papel exclusivo ao âmbito doméstico e ao espaço privado por excelência.

Para cumprir esse mister, adotaremos inicialmente as contribuições da cientista e filósofa política Hannah Arendt, em *A condição humana*, sobre a análise do espaço público como o mundo compartilhado pelos seres humanos, desenvolvido como produto da atividade humana, e não como algo exterior e independente dela, pois o mundo comum do domínio público da aparência é constitutivo de sua realidade (não há uma essência atrás de uma aparência a ser descoberta para a autora), sendo, portanto, partilhado por uma pluralidade de espectadores, com distintos pontos de vista, convivendo e compartilhando um espaço-entre (*in-between*) em que diferentes indivíduos se relacionam entre si e que permite a construção de um espaço comum instituído pela ação humana coletiva, um espaço político que se dá pela ação e pelo discurso, por atos e palavras.

O pensamento de Hannah Arendt localiza-se entre os filósofos contemporâneos do século XX considerados críticos ao projeto moderno, caracterizado este, em linhas gerais, pela busca da fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas centradas na análise da subjetividade e na consciência individual do sujeito pensante a partir de determinadas estruturas cognitivas e das experiências empíricas sobre o real, tal qual delineado pelas correntes empiristas e racionalistas (Descartes, Bacon, Hobbes, Locke, Leibniz, Spinoza, Berkeley, Hume), que tinham concebido o conhecimento e a realidade no âmbito das ideias ou representações formadas pelo sujeito cognoscente.

Ao abordarmos o pensamento de Hannah Arendt e suas importantes contribuições para o pensamento filosófico, temos como pretensão inicial introduzir no debate contemporâneo autoras mulheres cuja produção teórica é imprescindível para deslocar os cânones tradicionalmente construídos por homens, ampliando a difusão filosófica e teórica de visões mais plurais, que incluam perspectivas e mundividências invisibilizadas para além do tradicionalismo filosófico cunhado por um sujeito corporificado exclusivamente na visão masculina, eurocentrada, proveniente da branquitude economicamente privilegiada. Ao longo da pesquisa, buscaremos, sempre que possível, privilegiar pontos de vista decoloniais e epistemologias de sujeitos subalternizados que ajudem na construção hermenêutica crítica feminista e mais democrática da decisão judicial, ampliando os estudos do direito antidiscriminatórios que começam a ganhar espaço nas doutrinas brasileiras.

As contribuições da filósofa⁵ Hannah Arendt serão abordadas a partir de dois trabalhos centrais de seu pensamento filosófico e político: *A condição humana*⁶ e *Entre o passado e o futuro*.⁷ Tais obras foram escritas no contexto europeu do século passado, diante do avanço dos regimes totalitários e do recrudescimento de valores e critérios éticos da ação política conquistados pelas revoluções liberais do século XVIII, como a liberdade e a pluralidade que passaram a caracterizar a esfera pública e o agir político como corolários inafastáveis em prol do desenvolvimento da sociedade ocidental. Como afirma Edson Teles, em referência ao conceito de ação política no pensamento de Arendt: “[...] o campo de concentração simbolizou a desfiguração completa da esfera pública”.⁸

É nesse ambiente de perda da tradição e esfacelamento da esfera pública que Arendt propõe-se a examinar as capacidades humanas permanentes da condição humana, a partir do que considera o surgimento do mundo moderno cuja origem atribui às primeiras explosões atômicas – não coincidindo exatamente com a era moderna – , com o objetivo de pesquisar as origens da alienação produzida a partir de então, a

⁵ Apesar de a autora negar-se a si própria o título de filósofa, intitulado-se como cientista política, compreendemos que as investigações realizadas no conjunto de suas obras colocam-na no campo da filosofia política contemporânea, indubitavelmente.

⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Posfácio Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

⁸ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt*. São Paulo: Edições 70, 2022. posição 14.E-book Kindle.

fim de compreender a evolução da natureza da sociedade até o advento do que considera uma era nova ainda desconhecida.⁹

Descreve como principais eventos históricos decisivos para a passagem para esse novo mundo o lançamento do primeiro satélite artificial, em 1957, e o advento da automação, com o progresso científico e as conquistas da técnica que, em vez de consolidarem a promessa de libertação do homem do fardo do trabalho e da sujeição à necessidade, produziram a “possibilidade de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho”.¹⁰ Com o avanço da potencialidade científica, o homem, em pouco tempo, segunda afirma Arendt, seria capaz de tornar artificial a própria vida, seja em sua criação com técnicas de inseminação artificial e prolongação da expectativa de duração da vida humana, seja em sua ampla capacidade destrutiva de toda forma de vida orgânica da Terra.¹¹

Diante do contexto apresentado, Arendt busca o que denomina de “reconsideração da condição humana à luz de nossas mais novas experiências e nossos temores mais recentes”,¹² propondo o que considera uma reflexão muito simples sobre o que estamos fazendo, ou seja, quais as manifestações mais fundamentais da condição humana e que estão ao alcance de todo e qualquer ser humano, excluindo, porém, de sua abordagem a “mais alta e talvez a mais pura atividade de que os homens são capazes – a atividade de pensar”.¹³

Em face do conceito de *vita activa*, a autora analisa as três atividades humanas fundamentais que possibilitaram a inserção do homem na Terra: *labor*, *trabalho* e *ação*.¹⁴ A identificação de tais dimensões da atividade humana ao longo do desenvolvimento da civilização ocidental (notadamente a partir do conflito entre a filosofia socrática e a *polis*) propiciou uma abordagem filosófica do conceito de ação política que relaciona para cada atividade um sujeito específico com práticas próprias, agindo conjuntamente na sociedade de forma dinâmica e interativa.

A condição humana, no entanto, revelada por meio dessas atividades humanas permanentes, não deve ser confundida com a busca pela própria natureza humana,

⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 14.

¹⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 13.

¹¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 11.

¹² ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 13.

¹³ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 13.

¹⁴ Em alguns comentadores da obra de Arendt, as três atividades humanas são traduzidas por *trabalho*, *fabricação* e *ação*. Manteremos neste texto a tradução publicada pela Editora Forense Universitária, de 2007.

pois a tentativa filosófica ou científica de se chegar à sua verdadeira essência pode ser explicada somente de forma metafísica, recorrendo-se a postulados que se assemelham a explicações sobre-humanas, identificadas com a divindade, pois os homens podem conhecer apenas as coisas que os rodeiam, e não sua própria natureza, pois isso equivaleria a “pular sobre nossa própria sombra”,¹⁵ o que pode ser feito unicamente por um deus onipresente, onisciente e onipotente, com visão externa e totalizante de tudo o que engloba o mundo. Assim, o conhecimento que busca empreender é voltado para as condições da existência humana, ou seja, a própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundianidade, a pluralidade e o planeta Terra.¹⁶

O *labor*, nessa ordem de ideias, é a atividade que corresponde aos processos biológicos da existência humana, relacionando-se diretamente com as necessidades vitais do corpo humano, e “a condição humana do labor é a própria vida”,¹⁷ desempenhada pelo *animal laborans* que busca a manutenção da subsistência e a perpetuação das condições biológicas da existência por meio da satisfação das necessidades vitais e biológicas, cujo produto são os bens de consumo.

O trabalho, por sua vez, é a atividade artificial da existência humana que introduz um mundo artificial de coisas, diferentemente do que é natural, e “a condição humana do trabalho é a mundanidade”,¹⁸ desempenhada pelo *homo faber*, a quem incumbe a fabricação de artefatos duráveis a partir do domínio da técnica (*techné*).

A ação, aduz Arendt, é a atividade política por excelência. É por meio dela que os homens se relacionam entre si, sem a mediação das coisas ou da matéria, e corresponde à pluralidade da existência humana que se revela pelo fato de sermos todos iguais no âmbito humano, mas diferentes entre si individualmente considerados. A ação é desempenhada pelo *zoon politikon*, agente responsável pelas atividades desenvolvidas no domínio público e que permite a comunicação sobre si mesmo aos demais com quem se relaciona. Essa é a razão pela qual a pluralidade do agir político se baseia nas ideias de igualdade e diferença.¹⁹ Igualdade no que tange aos

¹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 18.

¹⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 19.

¹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 15.

¹⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 15.

¹⁹ Apesar de não encontrarmos nenhuma referência expressa de Hannah Arendt a Heráclito, podemos relacionar seu pensamento acerca da pluralidade no agir político, constituída entre igualdade e diferença, à concepção do pré-socrático no que tange à ideia de unidade na multiplicidade. Sobre esse ponto, trataremos mais detidamente no item 1.4 deste capítulo, ao opormos a cosmologia de Heráclito e seu *vir-a-ser*, ao imobilismo parmenidiano que se consubstancia no *ser*, aquilo que é e que não pode ser mudado ou alterado, ou seja, a verdade em contraposição à aparência.

interesses comuns da espécie humana à qual pertencem; diferença no sentido de que há interesses singulares que se expressam na individualidade de cada sujeito em particular.

Para Arendt:

As três atividades e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história. O labor e o trabalho, bem como a ação, têm também raízes na natalidade, na medida em que sua tarefa é produzir e preservar o mundo para o constante influxo de recém-chegados que vêm a esse mundo na qualidade de estranhos, além de prevê-los e levá-los em conta. Não obstante, das três atividades, a ação é a mais intimamente relacionada com a condição humana da natalidade; o novo começo inerente a cada nascimento pode fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de agir. Neste sentido de iniciativa, todas as atividades humanas possuem um elemento de ação, e, portanto, de natalidade. Além disto, como a ação é a atividade política por excelência, a natalidade, e não a mortalidade, pode constituir a categoria central do pensamento político, em contraposição ao pensamento metafísico.²⁰

Arendt recorre à experiência da organização da sociedade na antiguidade grega para apresentar a genealogia da ação política, ou seja, a vida dedicada aos assuntos públicos políticos, a partir da *dicotomia entre espaço público e espaço privado*, relacionando-os às atividades humanas do *labor*, do *trabalho* e da *ação*, em suas respectivas esferas. O espaço privado é destinado ao labor e ao trabalho na medida em que se direcionam à satisfação das necessidades ligadas à subsistência e à manutenção da vida biológica, bem como à fabricação de artefatos duráveis e úteis à existência humana, enquanto o espaço público é voltado à ação em que se realizava a política. É, portanto, neste último que os assuntos de interesse da *polis* eram discutidos, onde prevaleciam relações de igualdade e liberdade entre os cidadãos, enquanto a esfera privada constituía-se de relações de subordinação hierárquica e desigualdade entre os indivíduos. Apesar de todas as atividades estarem condicionadas ao agir coletivo dos homens em sociedade, apenas “a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e

²⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 16-17.

só a ação depende inteiramente da constante presença dos outros”.²¹ Isso confirmaria a correta expressão aristotélica de que o homem é um *zoon politikon* e não corresponde, segundo a autora, à incorreta tradução para *animal socialis*, pois trata-se de uma condição também presente nos animais, e não exclusiva dos homens, em sua acepção propriamente política.

A convivência social do homem é a associação natural constituída pela casa (*oikia*) e pela família, espaço da vida privada que permite a manutenção da vida biológica e sua reprodutibilidade a partir de axiomas autoevidentes da natureza, que independem da vontade ou convenção humana, mas da *physis* (lei da natureza), ou seja, de uma força compulsiva que garante a própria vida humana e suas necessidades fundamentais (produção, consumo e reprodução). Nessa perspectiva, a divisão sexual das atividades entre homens e mulheres eram tidas como funções naturais e biológicas, pois, como sustenta Arendt:

O fato de que a manutenção individual fosse a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse a tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitas à mesma premência da vida. Portanto, a comunidade natural do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar.²²

A esfera privada constitui-se, assim, no reino da sujeição e das necessidades, fenômeno pré-político em que se justificavam relações de desigualdade, de força e violência, em que o chefe da família subordinava e subjugava os demais membros da família e os seus escravos como condição constitutiva da própria manutenção da vida humana, consubstanciando-se a dimensão do *idion* (privado), em oposição ao *koinon* (comum/público). A hierarquia e a subordinação entre os indivíduos estavam, assim, relacionadas com sua capacidade à autossuficiência.²³

²¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 31.

²² ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 40.

²³ A visão aristotélica sobre a escravidão e a subordinação das mulheres, segundo Arendt, pode ser mais bem compreendida pelo fato de não estarem ambos libertos da sujeição ao reino da necessidade: “Ao contrário do que ocorreu nos tempos modernos, a instituição da escravidão na antiguidade não foi uma forma de obter mão de obra barata nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições da vida humana. Tudo o que os homens tinham em comum com as outras formas de vida animal era considerado inumano. (Esta era também, por sinal, a razão da teoria grega tão mal interpretada, da natureza inuma do escravo. Aristóteles que sustentou tão explicitamente a sua teoria, para depois, no leito da morte, alforriar seus escravos, talvez não fosse tão incoerente como tendem a pensar os modernos. Não negava que os escravos pudessem ser humanos; negava somente o emprego da palavra ‘homem’ para designar membros da espécie humana totalmente sujeitos à necessidade.)” (*A condição humana* cit., p. 95).

Com a criação da *polis*, espaço reservado aos cidadãos atenienses, a esfera privada e a família eram condição essencial para que alguns poucos indivíduos alcançassem a liberdade da esfera pública. A liberdade tem um sentido político fundamental no mundo antigo grego que não se assemelha à concepção moderna, desenvolvida a partir das lutas revolucionárias contra o arbítrio estatal das monarquias absolutistas e a conquista por direitos civis e políticos de que é herdeiro o constitucionalismo liberal do final do século XVIII. Significava, no entanto, duas condições necessárias inafastáveis: “não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar”.²⁴ Nem submissão, nem domínio, mas a igualdade entre cidadãos na *polis*, igualdade não como justiça formal ou substantiva, e sim consentânea com a própria ideia de liberdade:

A igualdade, portanto, longe de ser relacionada com a justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade; ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar, e mover-se numa esfera onde não existiam governo nem governados.²⁵

A liberdade, pois, só era conquistada quando o chefe da família tinha a possibilidade de deixar o lar e ingressar na *polis*. Nesses termos, enquanto a esfera da vida privada constitui-se no reino da necessidade, a esfera da vida pública é o reino da liberdade. A ação política somente pode ser efetivada no espaço da liberdade, não podendo ser equiparada à atividade do labor ou do trabalho, essenciais, respectivamente, à sobrevivência biológica ou à produção de coisas artificiais úteis à vida humana. A ação, portanto, é uma atividade da condição humana mediada pela linguagem, por meio da arte da política e da retórica, em que tudo poderia ser decidido pelo consenso entre iguais, com o uso da palavra, da persuasão e da livre expressão de opiniões, e não da força ou violência, pois, segundo Arendt, “somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza”.²⁶

A dicotomia entre esfera pública e privada nos termos supra expostos foi uma realidade pujante das cidades-estados gregas, consubstanciando-se na principal diferença entre a política dos antigos e dos modernos. Isso porque a percepção clara entre as duas esferas, pública e privada, perde contornos de nitidez com os estados nacionais que assumem, com intensa intervenção e centralização, o domínio das

²⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 41.

²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 42.

²⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 35.

atividades econômicas, com o desenvolvimento do modelo mercantilista dos modelos absolutistas pré-capitalistas dos países europeus e de seus colonizados, pois, conforme afirma Arendt: “[...] a administração doméstica e todas as questões antes pertinentes à esfera privada da família transformaram-se em interesse ‘coletivo’”.²⁷ Apesar de certa percepção de manutenção da dicotomia das duas esferas na Idade Média (com a ressalva da elevação do plano secular da política antiga para o plano religioso no medievo, em que ambas as esferas estavam subordinadas ao bem comum considerado em sua finalidade divina), o desaparecimento do abismo é um “fenômeno essencialmente moderno”.²⁸

Para Arendt, tendo em vista que a condição humana pressupõe as três atividades humanas, trabalho labor e ação política, e que esta última, na antiguidade grega, estava ausente nos indivíduos privados da esfera pública, condicionados apenas à vida biológica e ao reino das necessidades da esfera privada (produção, consumo e procriação), a exemplo dos escravos, das crianças e das mulheres, é possível afirmarmos que lhes era suprimida uma atividade essencial da condição humana, pois excluídos da *polis* e dos direitos à liberdade e igualdade a ela inerentes.

Nesse sentido, portanto, a “privatividade tem a ver com a ideia de estar privado da chance de ver e ser ouvido pelos outros, de se distinguir pelos atos e pelas palavras, de fazer algo mais relevante e duradouro do que satisfazer as necessidades da vida biológica”.²⁹ Ser privado do espaço público representa o confinamento à dimensão do *idion*, sendo o “idiota” aquele ser desprovido de interesse e sentido para o mundo, pois, ao não ser ouvido ou aparecer, é, portanto, como se não existisse.³⁰

Em termos arendtianos, na concepção antiga, enquanto o privado é o reino da necessidade, o público é o reino da liberdade. Nesse sentido, portanto, a ação política não pode ser equivalente ao trabalho indispensável à sobrevivência biológica nem à

²⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 42.

²⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 43.

²⁹ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p.155.

³⁰ Como afirma Arendt: “É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo ‘privado’, em sua acepção original de ‘privação’, tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação ‘objetiva’ com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros” (*A condição humana* cit., p. 68).

produção técnica. Desse modo, preceitua que a ação é uma atividade comunicacional mediada pela linguagem da pluralidade de opiniões no confronto político e efetivada por meio da retórica e da persuasão.

Contudo, para Arendt, com a evolução da sociedade moderna, ocorreu a assimilação da ação política pelo social privado, propiciada pela uniformização das atividades humanas e o consequente conformismo dos indivíduos, demonstrando, assim, o esfacelamento da distinção entre a *polis* (esfera pública) e o *oikos/idion* (esfera privada). A sociedade atual representa a extensão da esfera privada doméstica ao espaço público da política. Esse aspecto central é observado a partir da modernidade, verificando-se a assimilação da igualdade, outrora circunscrita ao espaço político, pela esfera privada. A igualdade moderna e contemporânea rejeita a *praxis* (ação) e a *lexis* (discurso) constituintes da comunidade política, valorizando o conformismo e a uniformização do comportamento.

Arendt assevera que o agir comunicacional da esfera política aparece absorvido pelos interesses privados da intimidade. Logo, a esfera social deixa de estar submetida à hierarquia do poder. A política perde a personalidade da democracia grega, transformando-se em uma vontade geral burocrática. A conservação da vida e a desigualdade inerentes à esfera doméstica passam a ter interesse para a ação política. Nesse sentido, a esfera privada da família, fenômeno pré-político na antiguidade grega, transformou-se em um “interesse coletivo” controlado pelo monopólio de um Estado soberano, em que esferas privada e pública correlacionam-se reciprocamente.

O conformismo da sociedade adota um duplo posicionamento: o político constitui o receptáculo dos interesses domésticos e nas relações sociais desaparece a pluralidade da discussão política em virtude de uma vontade geral normalizada. Para Arendt, a política e a história são o campo de ações possíveis, devendo o homem abolir o conformismo e exercitar uma *vida activa* pluralista. O pluralismo do espaço público que defende não deve ser confundido com a multiplicidade em termos dispersos e exclusivamente quantitativos de membros e vozes amontoadas que se somam numericamente a exemplares da mesma espécie humana, mas como “característica de indivíduos agindo em concerto no espaço público da política, onde tem a chance de destacar cada qual, o seu caráter único”.³¹ Sendo assim:

³¹ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 155.

[...] o espaço público é também o lócus onde é realçada, pela ação e pelo discurso, a singularidade de cada um, como ser único que se distingue dos demais, enquanto a uniformidade é o que caracteriza homens e mulheres quando reduzidos ao estado de membros da espécie humana sujeitos às mesmas necessidades e sem nenhum traço relevante a diferenciá-los.³²

Trata-se, portanto, de reconhecer com Arendt o que aqui denominamos de “igualdade na diferença”, não uma igualdade como propriedade natural entre homens, mas o reconhecimento de singularidades e diferenças que são absorvidas como igualdade no espaço da política, por meio de igual participação política entre sujeitos também livres. O espaço público emerge assim como revelação e desvelamento, em que, “nesse processo, os indivíduos não apenas desvelam a si próprios, mas também expressam a maneira como o mundo lhes é desvelado, por meio da manifestação das suas opiniões (*doxai*)”.³³ Só quem pode mostrar-se, ser visto e ouvido, fora da sombra da vida privada, pode afirmar a própria opinião e visão de mundo, em que atos e palavras ganham visibilidade.

A pluralidade do espaço público pressupõe o reconhecimento das diferenças que constituem os indivíduos, sendo igualmente merecedores de proteção e liberdade, o que presume, antes, identificar e superar as vulnerabilidades e opressões que se intersectam e marginalizam alguns sujeitos como não sujeitos dotados de capacidade política e cidadania, sendo o sujeito universal do liberalismo político a forma jurídica adotada para invisibilizar os fatores de exclusão de alguns corpos como pertencentes à esfera pública, pois, sem primeiramente atender às necessidades básicas mínimas, supridas na esfera privada, não seria possível garantir a todos o acesso ao mundo iluminado do espaço público. Nessa perspectiva, como pensar a inclusão das mulheres no espaço público, sem lhes assegurar as condições materiais mínimas de sobrevivência no espaço privado que lhes propiciem dignidade e possibilidade de ascender à vida política, tornando-se visíveis e ouvidas?

Arendt nos fornece uma chave de leitura que perpassará toda a nossa pesquisa acerca da construção de um paradigma hermenêutico para a interpretação jurídico-normativa com recorte de gênero que leve em consideração o papel fundamental dos afetos na formação de uma intersubjetividade política e jurídica que constitua o sentido de democracia agonística e plural que deve ser perseguida com primazia nas

³² CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 155.

³³ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 156.

instituições jurídicas responsáveis pelo ato de concretização do direito: a *amizade política*. Para a autora, diferentemente do amor,³⁴ um afeto cultivado no “aconchego da penumbra da privatividade”,³⁵ a amizade, no sentido da *philia politike* aristotélica, pode ser compreendida como “respeito”, “uma forma de amizade desprovida de vínculos de intimidade e proximidade que traduz-se em uma consideração pela pessoa, mantendo a necessária distância que o espaço do mundo interpõe entre os indivíduos [...], justamente para que eles não colidam entre si”.³⁶ Como sustenta Arendt: “[...] o elemento político da amizade é que, no diálogo autêntico, cada um dos amigos pode entender a verdade inerente à opinião do outro”.³⁷

Nesse sentido, a experiência da amizade como conceito político permite a aproximação entre os homens no mundo, viabilizando, assim, sua convivência compartilhada, reduzindo as distâncias espaciais, culturais e morais que os estratificam, propiciando o desaparecimento do “eu” *versus* o “outro” e a assimilação de relações mundanas na dimensão comunitária e pública da ação humana, de um “eu” com um “outro”, expressão de um “inter-esse” comum entre os homens, no estabelecimento de um *common ground* e de um *éthos* político fundado na finitude e na pluralidade humana.³⁸

A concepção arendtiana da amizade como virtude política também pode ser compreendida à luz do princípio de integridade política como princípio legislativo e jurisdicional de que trata Ronald Dworkin em sua obra *Império do direito*. Como princípio legislativo, além da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, Dworkin elege a integridade como o princípio aglutinador que considera a própria comunidade como agente moral que decorre de um tipo específico de virtude política que promove a união da vida moral e política dos cidadãos e lhes permite uma associação comunitária segundo um tipo associativo de comunidade como modelo de

³⁴ O tema do amor foi desenvolvido por Arendt em sua tese de doutorado sobre Santo Agostinho (1929), em que o conceito de *amor mundi* ou *dilectio mundi* é resgatado, para mostrar que o mundo fabricado pelos homens impõe-nos o reconhecimento da necessidade de estabelecer relações de desejo intencional de fazer da Terra uma morada entre indivíduos finitos e detentores do livre-arbítrio da vontade, não no sentido de mundo como criação divina, mas do mundo humano fabricado como condição de pertencimento em que “a abertura para a Graça de Deus possibilita a efetivação do bem” e a construção de “si próprio” de cada homem “no mundo” que vai se “humanizando/mundanizando” (CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 34).

³⁵ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 158.

³⁶ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 158.

³⁷ ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 59, *apud* CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 158.

³⁸ ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 59, *apud* CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 37.

princípio, ou seja, aquele em que os indivíduos aceitam as obrigações coletivas como resultantes de princípios comuns, e não por regras definidas por um acordo político, pois, conforme assevera:

Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade.³⁹

Uma comunidade de princípios que aceita a integridade como virtude política pode ser entendida na mesma direção da acepção da “amizade” que nos oferece Arendt, não se confundindo com o sentimento de amor, um afeto altruísta e forte que se tornaria incompatível com a convivência nas sociedades moralmente pluralistas e complexas contemporâneas, o que pode ser justificado no trecho da obra de Dworkin que transcrevemos:

Se podemos compreender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, podemos sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos portanto tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção. Convém repetir que nada, nesse argumento, sugere que os cidadãos de uma nação, ou mesmo de uma comunidade política menor, sintam ou devam sentir entre si uma emoção que pudéssemos chamar de amor. Algumas teorias acerca da comunidade ideal defendem essa possibilidade até o fim: desejam ansiosamente que cada cidadão sinta pelos outros emoções tão profundas, e com uma fusão equivalente de personalidades, como as dos amantes, dos amigos mais íntimos ou dos membros de uma família unida por laços afetivos extremamente fortes. É certo que não poderíamos interpretar a política de qualquer comunidade política como a expressão desse nível de interesse mútuo, e tampouco é atraente esse ideal. A rendição total da personalidade e da autonomia ali explícita deixaria às pessoas muito pouco espaço para levarem suas vidas em vez de serem levadas com elas; destruiria as próprias emoções que celebra. Nossas vidas são ricas porque são complexas conforme os níveis e a natureza das comunidades em que vivemos. Se sentíssemos por amantes, amigos ou colegas nada além do mais intenso interesse que pudéssemos sentir por todos os nossos concidadãos, isso significaria a extinção, e não a universalidade do amor.⁴⁰

Não se trata de negar o conflito e as relações adversariais próprias do terreno da política, o dissenso e as disputas são perfeitamente condizentes com o espaço público, mas é pela ação, pelo discurso e pelo convencimento que produzimos a possibilidade de uma convivência plural e que nos capacitam para erradicar formas

³⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 258.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 258-259.

indignas de existência de sujeitos corporificados como indesejáveis, descartáveis e marginalizados, relegados à própria sorte, rompendo paradigmas morais subjetivos fundados em visões de mundo aporofóbicas,⁴¹ racistas, machistas, homofóbicos, classistas, capacitistas, etaristas, colonialistas etc., que produz e reproduz toda forma de preconceito e discriminação na interpretação e aplicação do direito, obnubilado pelos mitos do liberalismo e pelo objetivismo e neutralidade que lhes garantam verniz de legitimidade democrática.

Como buscaremos demonstrar oportunamente neste trabalho, é preciso desnudar a persistência estrutural (política, econômica e jurídica) desses moralismos fraudulentos que transcendem o nível da consciência individual, mas que se localizam na dimensão afetiva construída socialmente no seio do liberalismo, do capitalismo, do patriarcado, do colonialismo (com modalidades novas de escravagismo e relações de subordinação) e do eurocentrismo permanente que habitam nossas subjetividades e que se revelam intersubjetivamente no espaço público institucional, performando um discurso falso e mal-intencionado em torno da mera liberdade e igualdade formal entre sujeitos de direito ou da apropriação privada da linguagem moral política, que se consubstancia em decisões com retóricas discursivas esvaziadas do sentido público democrático agonístico.

O apreço à tirania e à barbárie na atualidade que se revela no apoio incondicional a políticos de extrema-direita no mundo, inclusive no Brasil de Bolsonaro, mesmo após as experiências políticas autoritárias/totalitárias dos Estados de exceção do século XX e sua ideologia desumanizadora,⁴² é emblemático de uma

⁴¹ “Aporofobia” significa aversão, medo e desprezo pelos pobres. O termo é um neologismo (palavra nova) que deriva do grego da junção das palavras *á-poros* (pobres) + *fobos* (medo).

⁴² Em que pese a afirmação correta de Hannah Arendt de que as experiências totalitárias do século XX como fenômeno político que se impôs pelo recurso ao terror, com alto grau de penetração e mobilização das massas, com a monopolização de todos os poderes da sociedade, com a personificação no poder no chefe/líder (depositário da ideologia), privando os indivíduos do seu próprio eu, isolando-o em relação à vida pública, tenham abrangido ditaduras monopartidárias tanto de extrema-direita (nazismo) como de extrema-esquerda (stalinismo), importante apontarmos diferenças substanciais entre as ideologias fascista e comunista, que não permitem equipará-las, inadvertidamente, como dois erros históricos que devem ser evitados, pois, como afirma Mário Stoppino: “A ideologia comunista é um conjunto de princípios, coerente e elaborado, que descreve e orienta para uma transformação total da estrutura econômico-social da comunidade. A ideologia fascista, que se constituiu na mais radical versão nazista, é um conjunto de ideias ou de mitos, bem menos coerente e elaborado, que não prevê nem orienta para uma transformação total da estrutura econômico-social da comunidade. A ideologia comunista é humanística, racionalista e universalista: seu ponto de partida é o homem e sua razão; é por isso que ela assume a forma de um credo universal que abrange todo o gênero humano. A ideologia fascista é organicista, irracionalista e antiuniversalista: seu ponto de partida é a raça, concebida como uma entidade absolutamente superior ao homem individual. Ela toma por isso a forma de um credo racista que trata com desprezo, como uma fábula, a ideia ética da unidade do gênero humano. A ideologia comunista pressupõe a bondade e a perfectibilidade do homem e tem em mira a instauração

sociedade ainda não liberta da herança opressora e estamental de outrora, pois, como bem observa Pedro Serrano, em muitas de suas manifestações públicas na mídia, apoiado na obra sobre o *Discurso da servidão voluntária*,⁴³ de Étienne de La Boétie, “seus apoiadores traduzem-se em pequenos tiranos, pelo desejo inconsciente e inconfessável de ser como ele”.

Relevante parcela que forma o bolsonarismo radical tem ódio do pobre, de ver seus filhos em universidades públicas, andando de avião, ascendendo socialmente; de ver as mulheres conquistando prestígio, espaços de poder e igualdade civil e liberdade política, querem ter a possibilidade de exercer poder disciplinar sobre “suas” mulheres, exigir-lhes o débito conjugal⁴⁴ (institucionalização do estupro matrimonial); não suportam conviver com manifestações afetivas entre homossexuais, defendem a família tradicional brasileira, mas são os primeiros a romper com o pacto de fidelidade e lealdade a suas companheiras; são covardes no embate discursivo e no diálogo civilizado, então precisam da força das armas para exterminar quem pensa diferente; são os religiosos de ocasião, de assistencialismo envaidecido, do punitivismo seletivo, em que bandidos são os outros, corruptos são os outros, não eles quando sonegam impostos e dão um jeitinho para se beneficiarem e atingirem suas vantagens pessoais ilícitas.

É preciso, pois, romper com o pacto de silêncio de nossas instituições que ensurdece os corpos docilizados para que, assim, aprofundemos um debate

de uma situação social de plena igualdade e liberdade; neste quadro, a ‘ditadura do proletariado’ e a violência são simples instrumentos necessários mas temporários, para alcançar o escopo final. A ideologia fascista pressupõe a corrupção do homem e tem em mira a instauração do domínio absoluto de uma raça acima de todas as outras: a ditadura, o *Fuhrerprinzip* e a violência são princípios de governos permanentes, indispensáveis para manter sujeitas e para liquidar as raças inferiores. A ideologia comunista, enfim, é revolucionária: apresenta-se como a herdeira dos ideais do iluminismo e da Revolução Francesa, aos quais pretende dar um efetivo conteúdo econômico e social com uma revolução profunda da estrutura da sociedade. A ideologia fascista é reacionária: ela é a herdeira das tendências mais extremas do pensamento contrarrevolucionário do século passado, em seus componentes irracionalistas, racistas e radicalmente antidemocráticos; e em certos aspectos como os mitos teutônicos, o juramento pessoal perante o chefe, a ênfase dada à honra, o sangue e à terra, voltam-se para o passado até uma ordem pré-burguesa” (Totalitarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C., Varriale et al. 13. ed. 5. Reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. v. 2, p. 12521).

⁴³ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. Introdução, tradução e notas de Alexandre Pires Vieira. São Paulo: Montecristo Editora, 2020.

⁴⁴ Recentemente, em notícia amplamente veiculada na mídia em 20.07.2022, o Procurador da República, Anderson Santos, defendeu em mensagens para um grupo interno do MPF o que chamou de “débito conjugal”, segundo o qual a mulher teria “obrigação sexual” com relação ao parceiro e também atribuiu o feminismo a transtornos mentais e problemas familiares. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/procurador-que-defendeu-obrigacao-sexual-no-casamento-e-alvo-de-representacoes-no-mpf/>. Acesso em: 22 set. 2022.

intelectual honesto que enfrente nossas mazelas e feridas mal curadas e purulentas que conformam a mentalidade de parte significativa da nossa *ralé*⁴⁵ brasileira.

A *coragem*, como virtude política, integra o pensamento de Arendt, sendo imprescindível para que

[...] homens e mulheres possam deixar o lar, se lançar no espaço público e participar politicamente dos assuntos humanos [...]. Esta esfera pública, o espaço da política, configura-se como um terreno tenso e conflitivo, que demanda a difícil tarefa de ouvir diferentes perspectivas, de se expor e de fazer acordos.⁴⁶

Tal virtude política, conforme delineada no pensamento arendtiano, configura o comportamento ético e político fundamental para que a liberdade seja alcançada, pois só quando libertos do espaço privado e do mero desejo de sobrevivência os homens e as mulheres passam a “agir em concerto com seus pares, de mostrar quem são, de ser ouvido e também de ouvir, acessando diferentes perspectivas sobre o mundo, das quais estavam privados em seus lares”,⁴⁷ ou seja, permite, segundo Arendt, “disposição para agir e falar, para inserir-se no mundo e começar uma história própria”.⁴⁸

O feminismo, como movimento articulado e interdisciplinar, tem promovido relevante contribuição para o desenvolvimento dessa virtude nas mulheres que, conscientes de sua não liberta condição de opressão e sujeição, têm enfrentado com disposição e coragem, paulatina e progressivamente, a ocupação do espaço público

⁴⁵ O conceito de *ralé* na teoria política de Hannah Arendt não se confunde com a noção corrente de povo, nem com a classe de pessoas desfavorecidas economicamente, mas é desenvolvido para explicar a gênese do imperialismo, como fruto da expansão permanente no campo econômico e o processo de produção sem limites com intervenções de caráter político, correspondente ao crescimento industrial, marcado pela desigualdade e pela fase imperialista do capitalismo, sendo “a ‘ralé’ apresentada como fruto da ilimitada acumulação do capital e o excedente supérfluo da riqueza”. Nesse sentido, “a ‘ralé’ (mob) não se identificava com o crescimento da classe trabalhista industrial e não tinha nada a ver com o povo como um todo. A definição de ‘ralé’ (mob) passa pela concepção arendtiana de que ela era composta pelo refugio de todas as classes e que era também o subproduto da sociedade burguesa, da qual foi diretamente gerada e nunca separável dela completamente”. Foi a insatisfação da “ralé” que permitiu as condições para o fortalecimento do movimento totalitário do século XX, dado o fato de que os indivíduos a ela pertencentes clamam pelo líder forte, com grande oposição ao parlamento, em que não se veem satisfatoriamente representados. Daí salienta Arendt que “esses homens sentiam-se atraídos pelo pronunciado ativismo dos movimentos totalitários, pela curiosa e aparentemente contraditória insistência no primado simultâneo da ação pura e da força irresistível da necessidade”. Ativismo pautado pela violência, com grande apoio ao terrorismo, que pode ser traduzido como expressão de sua “frustração, ressentimento e ódio. Daí a ânsia da ‘ralé’ (mob) em propagar ações violentas” (CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 404-411).

⁴⁶ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 116.

⁴⁷ ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 59, *apud* CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 118.

⁴⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 233.

e do agir político como um verdadeiro renascimento (o segundo nascimento no mundo de que nos fala Arendt) para promover um novo começo:

É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano; e esta inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato original e singular do nosso aparecimento físico original. Não nos é imposta pela necessidade, como o labor, nem se rege pela utilidade, como o trabalho. Pode ser estimulada, mas nunca condicionada, pela presença dos outros em cuja companhia desejamos estar; seu ímpeto decorre do começo que vem ao mundo quando nascemos, e ao qual respondemos começando algo novo por nossa própria iniciativa.⁴⁹

O conceito de humano, nessa perspectiva, não se confunde com a homogeneidade entre povos, nem se estabelece nos limites de um Estado-nação, constitutiva da lógica binária entre amigos/inimigos das experiências políticas autoritárias/totalitárias do “passado” recente de nossa história (jamais superado), mas consiste no igual respeito e consideração das diferenças que nos constituem como sujeitos sociais e históricos, dotados de distintas visões de mundo e valores, que não podem ser desconsiderados e combatidos em prol de uma pretensa universalidade consensual entre sujeitos de direito. Exatamente por essa razão, “o foco central do conversar da amizade não é somente o ‘eu’ ou o ‘outro’, mas o ‘nós’: o mundo comum que escolhemos compartilhar livremente com outros companheiros humanos”.⁵⁰

No verbete sobre “amizade política”, desenvolvido no Dicionário organizado por Adriano Correia, sobre o pensamento de Hannah Arendt, preceitua Lucas Rocha Faustino:

A experiência da amizade, porém, não se identifica com as relações de parentesco nem com a “afeição interior” que nasce entre dois seres humanos a partir da mútua autoexposição de informações comum à experiência moderna de amizade [...]. Ela é um advento político que se estabelece entre os homens ao mesmo tempo que os envolve, pois o que está em jogo é o cuidado e compartilhamento discursivo do mundo que há entre nós. Esse cuidado traduz-se na preservação da “distância” que há entre os amigos, da espacialidade que cada um ocupa no mundo, e no empenho em se relacionar com companheiros em um mundo abarrotado de homens sem lhes suprimir suas diferenças específicas.⁵¹

As lutas feministas pela conquista do sufrágio universal em meados dos séculos XIX e XX, que marcaram o início e a expansão do movimento feminista,

⁴⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 190.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 59, *apud* CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 38.

⁵¹ CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt* cit., p. 33.

demonstram a pertinência do resgate histórico acerca da dicotomia entre espaço público e privado, uma vez que as críticas que subjazem o nascedouro do feminismo (primeira onda) são sustentadas pelas condições de submissão e subalternização das mulheres no âmbito privado e sua histórica e permanente exclusão na esfera pública, marco inicial da história do feminismo e da emancipação política das mulheres que se “consolidou”⁵² política e juridicamente com a conquista do voto feminino nas democracias constitucionais.

O direito ao sufrágio universal, contudo, não foi capaz de, por si só, como veremos oportunamente, ampliar e incorporar significativamente o acesso das mulheres ao espaço público. A conquista do direito político pelas mulheres foi um importante degrau na luta por liberdade política e igualdade de gênero, mas a escada de acesso à verdadeira emancipação feminina ainda está sendo construída, sendo necessário edificá-la em fundações cuja base estrutural revela muitas camadas de opressão a serem denunciadas e suplantadas (perspectiva do feminismo interseccional, decolonial e crítico). Uma tarefa muitas vezes equiparada ao trabalho de *Sísifo*,⁵³ mas cujos esforços têm se mostrado não apenas úteis, mas imprescindíveis para a concretização das pautas e lutas femininas na contemporaneidade.

Buscaremos no próximo item assinalar a relevância da cientista política Chantal Mouffe e seu conceito de pluralismo político e democracia agonística a partir da diferença entre o político e a política e a superação de formas antagonistas de democracia que desprezam o elemento da amizade propalado por Hannah Arendt, tratando o adversário político e ideológico como inimigo e a inimizade como fundamento da eliminação do outro, sem qualquer apreço e respeito às diferenças e

⁵² Apesar de garantida nas constituições democráticas ocidentais contemporâneas, a pesquisa mostra que ainda estamos longe de alcançar igualdade política com os homens em matéria de representação política.

⁵³ Na mitologia grega, Sísifo foi um personagem condenado por enganar os deuses, sendo sua punição a tarefa de, “por toda a eternidade, rolar uma grande pedra de mármore com suas mãos até o cume de uma montanha, sendo que toda vez que ele estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida por meio de uma força irresistível, invalidando completamente o duro esforço despendido. Por esse motivo, a expressão ‘trabalho de Sísifo’, em contextos modernos, é empregada para denotar qualquer tarefa que envolva esforços longos, repetitivos e inevitavelmente fadados ao fracasso – algo como um infinito ciclo de esforços que, além de nunca levarem a nada útil ou proveitoso, também são totalmente desprovidos de quaisquer opções de desistência ou recusa em fazê-lo” (Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADsifo#:~:text=Na%20mitologia%20grega%2C%20S%C3%ADsifo%20\(em,astuto%20de%20todos%20os%20mortais](https://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADsifo#:~:text=Na%20mitologia%20grega%2C%20S%C3%ADsifo%20(em,astuto%20de%20todos%20os%20mortais). Acesso em: 20 set. 2022).

à diversidade que se apresentam indubitavelmente no espectro substantivo de democracia.

Entender as contribuições dessa autora belga pós-marxista será fundamental para a construção de um paradigma hermenêutico com recorte de gênero que não ignore nossas diferenças como sujeitos históricos, sociais e políticos e permita um olhar epistêmico que leve em conta saberes plurais, bem como uma abordagem decolonial e feminista interseccional, como pilar e solo comum para o avanço da igualdade de gênero e da democracia pluralista, desconstruindo a visão universalista e individualista cunhada pelo liberalismo desde o surgimento do constitucionalismo moderno, imperativo e reflexo das revoluções liberais burguesas, desigualadoras em essência e substância.

Resgatar o conceito político da amizade é um ato de resistência e transgressão que se impõe como corolário de nossa existência compartilhada e de um sentido de humanidade que não nos homogeneíze, mas que respeite nossas diferenças constitutivas. O sentido de humano e de igualdade na diferença, de unidade na multiplicidade, o retorno do pacto civilizatório que tolere nossas divergências e que reconheça o comum que habita em nós, mulheres e homens, iguais em suas múltiplas diferenças. Pensar a democracia como espaço político para a concretização desses objetivos e um sistema de justiça e órgãos institucionais que realizem melhor os valores constitucionais é o empreendimento maior que nos anima nesta pesquisa.

1.2 Igualdade na diferença: modelo pluralista e agonístico de democracia

Analisaremos sucintamente neste tópico a proposta do modelo agonístico de democracia criado pela cientista política pós-marxista belga Chantal Mouffe, em artigo publicado originalmente em 2000, como capítulo do livro *The Democratic Paradox*, cuja tradução para o português fora realizada em 2005,⁵⁴ demonstrando que o conceito de amizade como categoria política, exposto anteriormente, pode ser compatibilizado com o modelo de democracia pluralista e agonístico defendido pela autora belga, do qual nos apropriamos para fins de melhor desenvolver a necessária aproximação da teoria crítica feminista com certo tipo de democracia, que supere a lógica binária e autoritária do amigo/inimigo.

⁵⁴ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit.

Nesse artigo, Mouffe apresenta suas críticas, principalmente, ao modelo deliberativo e procedimentalista habermasiano de democracia, abandonando a visão idealista do consenso racional e admitindo uma perspectiva de democracia que abre espaço para o conflito, a paixão e o político em que o antagonismo é substituído pela ideia de agonismo, como será demonstrado.

A autora expressa inicialmente certo ceticismo na democracia liberal considerada pela maioria quase hegemônica como única forma legítima de governo, consolidada, sobretudo, após a 2.^a Guerra Mundial e difundida pela maioria dos países ocidentais como o regime de governo predominante no final do século XX. Há, segundo Mouffe, apesar desse otimismo generalizado, uma crescente sensação de desprezo pelas instituições e uma força negativa em funcionamento na maioria das sociedades liberal-democráticas, reveladas pelo enfraquecimento dos partidos políticos como atores legítimos de representação dos interesses de seus eleitores e ascensão da extrema-direita em todo o mundo, constatadas hodiernamente a partir do fortalecimento político e econômico do neoliberalismo.

O modelo deliberativo surgiu com o objetivo de superar o modelo agregativo de democracia que se tornou dominante na segunda metade do século XX, com o trabalho seminal de Joseph Schumpeter de 1947, *Capitalism, Socialism and Democracy*, em que se propugnava pela concepção de soberania popular como mera representação das preferências e pela agregação de todas elas por meio de partidos políticos, bem como pela possibilidade de eleições periódicas que confirmassem ou infirmassem as escolhas dos eleitores num processo eleitoral competitivo, cuja abordagem teórico-descritiva realizada pelos autores do modelo agregativo de democracia reconhecia que o pluralismo de interesses e valores era inexoravelmente intrínseco à ideia de povo, em uma perspectiva individual e não coletivista de valores morais da comunidade.

A perspectiva agregativa foi primeiramente contestada pela nova onda de teoria política normativa inaugurada por John Rawls em sua obra de 1971, a *Theory of Justice*, em que acusa o modelo agregativo pelo atual desprezo das instituições democráticas e pela crise de legitimidade das democracias ocidentais, sendo necessário recuperar uma dimensão moral como corolário para alcançarmos um

consenso mais profundo que o “mero acordo sobre procedimentos” e, portanto, mais qualificado.⁵⁵

Os modelos deliberativos, portanto, surgem como uma espécie de alternativa à perspectiva agregativa dominante, pela promoção de uma forma de racionalidade normativa não mais empírica e meramente descritiva, reconciliando os ideais liberais com uma dimensão moral de democracia, por meio de acordos que satisfaçam a racionalidade lógico-liberal e a legitimidade democrática, entendida esta como soberania popular, mas de modo que não ofereça riscos aos interesses propriamente liberais, alcançados mediante uma reinterpretação da soberania popular em termos intersubjetivos, como poder gerado comunicativamente, em consonância com a teoria habermasiana.⁵⁶

Chantal Mouffe dialoga em seu texto com as obras dos principais teóricos do modelo deliberativo, John Rawls e Jürgen Habermas, reconhecendo que, apesar de algumas diferenças substanciais entre as duas correntes de pensamento democrático liberal, há inegáveis convergências que possibilitam que a crítica desenvolvida pela autora possa ser estendida a ambos, por exemplo, à ligação forte entre democracia e liberalismo que defendem e a crença compartilhada em uma forma de racionalidade no sentido normativo, e não meramente instrumental, em que acreditam ser possível alcançar o consenso em face de argumentos racionais guiados pelo princípio da imparcialidade e da construção de uma “razão pública livre” entre sujeitos do discurso formalmente iguais e livres, a partir do estabelecimento de condições para o livre consentimento de todos os envolvidos, pela via do procedimento em Habermas e por meio dos princípios de justiça em Rawls, superando a ideia de consenso como mero acordo e obtendo o consenso verdadeiramente racional.

A crítica de Mouffe ao modelo deliberativo parte dos defeitos dessa concepção pelo prisma de dois pontos principais: a necessária separação entre o espaço privado e ético do pluralismo de interesses e valores, ambiente por natureza de escolhas individuais e fora do âmbito político, e o espaço público da moral, em que o estabelecimento de princípios universais pode ser alcançado por um proceduralismo estrito que promoveria o consenso racional a partir de critérios preestabelecidos que gerariam imparcialidade no discurso comunicativo, bem como, na questão concernente à relação entre autonomia privada e autonomia pública, em

⁵⁵ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 116-117.

⁵⁶ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 167.

que buscam conciliar a “liberdade dos antigos” com a “liberdade dos modernos” a fim de que ambas as autonomias possam caminhar juntas na perspectiva de uma democracia liberal, conjugando garantia dos direitos individuais com participação democrática.

Contra o primeiro defeito da teoria deliberativa, Chantal Mouffe afirma que “o domínio da política [...] não é um terreno neutro que poderia ser isolado do pluralismo de valores ou em que soluções racionais e universais poderiam ser formuladas”,⁵⁷ rechaçando qualquer possibilidade de dissociar pluralismo e divergência do ambiente próprio da política; quanto ao segundo defeito, sustenta que ambos os autores buscam “negar o caráter paradoxal da democracia moderna e a tensão fundamental entre a lógica da democracia e a lógica do liberalismo”.⁵⁸ Apesar de reconhecer, ao contrário de Carl Schmitt, que há meios possíveis de contornar essa tensão, ainda que tais soluções sejam precárias, “o que é descabida é a procura de uma solução racional final. Não apenas infrutífera, essa empreitada carrega constrangimentos indevidos ao debate político”.⁵⁹

Diante das críticas elencadas, a autora defende que a “teoria democrática deveria renunciar a essas formas de escapismo e enfrentar o desafio que decorre do reconhecimento do pluralismo de valores”.⁶⁰ Apesar de compartilhar das mesmas preocupações de Habermas e Rawls com o atual estado das instituições democráticas, Chantal Mouffe entende que as respostas dos modelos deliberativos por eles propostos são “extremamente inadequadas” e não expõem com lealdade os reais problemas políticos que a democracia precisa enfrentar.

Segundo Mouffe,⁶¹ existe uma dimensão da política que não pode ser negada por quem pretenda enfrentar com seriedade o tema da democracia, elemento central que fora sistematicamente omitido pelos modelos agregativo e deliberativo, que trata do papel crucial desempenhado pelas paixões e pelos afetos na garantia da fidelidade aos valores democráticos, que dependem mais da disponibilidade de formas democráticas de individualidade e subjetividade que formem um cidadão democrático, e não somente da questão acerca da justificação racional das decisões.

⁵⁷ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 170.

⁵⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 170.

⁵⁹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 170.

⁶⁰ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 171.

⁶¹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 171.

À ineficiência já propalada das abordagens agregativa e deliberativa Mouffe acrescenta que são da mesma forma modelos contraproducentes no sentido de gerarem o envolvimento ativo dos cidadãos na unidade política, apresentando-se como responsável pelo crescimento não apenas do sentimento de descrença na política como ambiente das decisões do bem viver coletivo, mas também o crescimento das religiões e dos fundamentalismos morais e étnicos que têm ocasionado consequência direta no *déficit* democrático constatado na maior parte das sociedades liberal-democráticas.

Propugna, portanto, como alternativa aos defeitos dos modelos abordados a construção de uma versão que produza indivíduos da democracia, o que somente será possível com a multiplicação de instituições, discursos, formas de vida e outras iniciativas que tenham condições de incentivar a identificação do sujeito individualmente considerado com os valores democráticos. Segundo a autora, “para enfrentar seriamente tais problemas, o único caminho é vislumbrar a cidadania democrática de uma perspectiva diferente, de modo a colocar ênfase nos tipos de práticas, e não nas formas de argumentação”.⁶²

Nesse sentido, utiliza-se do conceito de formas de vida de Wittgenstein para alcançar uma proposta nova de democracia que leve em conta que qualquer tentativa de se instituírem regras ou procedimentos para formação das decisões democráticas pressupõe reconhecer que precisamos primeiramente conseguir estabelecer em que sentido e sobre quais compromissos éticos a aplicação de tais regras está alicerçada, pois nessa visão “os procedimentos sempre envolvem compromissos éticos substanciais e não pode nunca haver procedimentos puramente neutros”.⁶³

Se considerarmos sociedades que convivem com valores tão diversos entre si como o Brasil, não apenas do ponto de vista étnico e cultural, mas, sobretudo, pela abismal desigualdade social entre os indivíduos que produz o aniquilamento da maior parte da população da possibilidade de acesso à cidadania e à educação cívica, sem falar, obviamente, do acesso à riqueza e aos bens de consumo reservados a poucos, não há como estabelecermos consensos racionais entre formas de vidas humanas tão distintas entre si, que não se reconhecem como pertencentes à mesma comunidade e participantes todos das instâncias decisórias de poder.

⁶² MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 172.

⁶³ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 172.

A proposta de Chantal Mouffe por um modelo “agonístico” de democracia toma como pressuposto não somente as formas que estimulem as práticas democráticas dos indivíduos, mas o fato de que o poder é constitutivo das relações sociais e que o antagonismo é inafastável de qualquer abordagem que se pretenda realista do fenômeno político, realidade intrínseca que decorre do próprio pluralismo de valores. Nessa perspectiva, portanto, a autora constrói uma abordagem que inscreve a questão do poder e do antagonismo no próprio centro do modelo democrático que propõe.

Ao aceitarmos que o poder é constitutivo do social, deslocamos a narrativa teórica que propugna pela eliminação do poder, concepção presente também nas teorias deliberativas para as quais, quanto mais democrática uma sociedade, menos o poder será constitutivo das relações sociais. Logo, passamos a construir uma versão que, em vez de pretender eliminar o poder, propugne por formas de poder cada vez mais compatíveis com os valores democráticos, em uma radical mudança de paradigma teórico sobre o que se produziu acerca de democracia até então. Esse o desafio apresentado por Chantal Mouffe ao formular sua alternativa tanto ao modelo agregativo quanto ao modelo deliberativo, denominada “pluralismo agonístico”,⁶⁴ o qual passamos a expor.

Partindo da distinção entre “política” [*politics*] e “o político” [*the political*], sendo este último a dimensão do antagonismo inerente às relações humanas e a “política”, o “conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre conflituais porque são sempre afetadas pela dimensão ‘do político’”.⁶⁵ A política, nesse sentido, “consiste em domesticar a hostilidade e em tentar conter o potencial antagonismo que existe nas relações humanas que seremos capazes de formular, o que considero ser a questão central para a política democrática”.⁶⁶

A política, nessa ordem de ideias, é o ambiente não dos consensos racionais como acreditavam as teorias deliberativas, mas dos conflitos e do antagonismo e

⁶⁴ Sobre o termo, a própria autora nos esclarece em nota de rodapé: “O ‘pluralismo agonístico’ como definido aqui é uma tentativa de operar o que Richard Rorty chamaria de ‘redescritção’ do autoentendimento básico do regime liberal-democrático, que enfatiza a importância de reconhecer-se a sua dimensão conflitual. Deve ser portanto distinguido do modo pelo qual o mesmo termo é usado por John Gray para referir-se à rivalidade mais larga entre formas de vida inteiras, as quais ele vê como ‘a verdade mais profunda da qual o agonismo liberal é apenas um exemplo’” (MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 174, nota n.º 5).

⁶⁵ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 174.

⁶⁶ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 174.

dissensos inerentes às relações humanas que constituem diversas relações sociais e se exteriorizam de diferentes formas. A política democrática, pois, não é a superação da oposição entre os opoentes (do nós *versus* eles), exatamente porque ela é insuperável, acompanha a natureza humana e as relações sociais a ela subjacentes, mas tão somente torná-la compatível com a democracia.

A proposta do pluralismo agonístico é a de transformar o outro (aquele que professa um valor divergente) não em um inimigo a ser destruído, mas em adversário, no sentido de opositor legítimo, cujas ideias devem ser, sim, combatidas no campo argumentativo, mas sua existência e o direito de defendê-las, preservados ante qualquer pretexto: “esse é o verdadeiro sentido da tolerância liberal-democrática”, como afirma Chantal Mouffe.⁶⁷

Não obstante as discordâncias e a divergência apresentadas entre os combatentes, o adversário é reconhecido como um “inimigo” legítimo, com quem partilhamos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos mínimos da democracia liberal, como a liberdade e a igualdade, e que, apesar de não eliminar o conflito, dado o pluralismo inerradicável de valores, há o reconhecimento de uma relação antagonística que apenas poderá ser exaurida de modo agonístico, transformando o inimigo em adversário legítimo.

Enquanto o antagonismo se apresenta como a luta entre inimigos, o agonismo representa a luta entre adversários. O propósito da política democrática consiste em transformar relações antagônicas em agonísticas. Para tanto, não há que eliminar as paixões e os afetos que dominam a esfera do público, tarefa frustrada das teorias que acreditam na possibilidade de construção de consensos racionais e na separação entre razão/emoção, mas a de domesticar tais afetos para que estejam ancorados em valores estruturantes da democracia.

Para a autora, a confrontação agonística, longe de comprometer a democracia, é sua condição de existência, pois todas as tentativas de eliminar os conflitos da sociedade, impondo certa hegemonia, recaíram em formas e práticas autoritárias de contenção do pluralismo de valores, intrínsecos a toda sociedade democrática e que, portanto, devem ser preservados, e não eliminados. Com acerto observa a autora que a “ênfase no consenso e a recusa à confrontação levam à apatia e ao despreço pela participação política” ou, ainda pior, à “cristalização de paixões coletivas em torno de

⁶⁷ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 174.

questões que não podem ser manejadas pelo processo democrático”, colocando em risco a própria noção de civilidade, a qual depende da política democrática.⁶⁸

O elemento central da teoria proposta por Chantal Mouffe, e que diverge substancialmente das teorias procedimentalistas, reside na ideia de política como afeto, como campo próprio das paixões e, por tal razão, dos conflitos e dissensos por natureza, não sendo ontologicamente possível a crença em certa racionalidade idealista de que o caminho para a consolidação democrática depende de um acordo prévio expressado por procedimentos e regras que estabeleçam os parâmetros que nortearão o processo decisório.

Concordamos com a autora e com seu modelo de pluralismo agonístico e entendemos que ele se aproxima do conceito de “circuitos afetivos” de que trata Wladimir Safatle,⁶⁹ ao desenvolver uma análise sistemática da articulação entre afetos e corpo político, partindo da filosofia política moderna de Hobbes, que já abordava o tema do medo como mecanismo de aquiescência da norma.

Portanto, tomando como pressuposto o modelo de democracia a partir do pluralismo agonístico e da construção teórica da referida autora na defesa de uma democracia radical que acabamos de detalhar, adotamos como urgente e necessária a consolidação desses paradigmas na atual política brasileira a fim de que possamos construir um terreno político próspero para aperfeiçoar e dar concretude às políticas de igualdade de gênero, bem como alcançar maior efetividade às legislações vigentes que buscam eliminar qualquer forma de discriminação com base em critérios de gênero, cumprindo, na maior medida possível, os compromissos constitucionais e da máxima realização do princípio da igualdade não pautados pelo consenso artificial, mas pelo dissenso natural e insuperável nas sociedades plurais e complexas em que vivemos.

Os direitos das mulheres são inegavelmente como direitos humanos e compreendem o arcabouço constitutivo do sistema de proteções e garantias das normas fundamentais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, devemos refletir acerca das seguintes questões: “Direitos humanos para quais

⁶⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia cit., p. 175.

⁶⁹ SAFATLE, Wladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev. 7. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

humanos?”.⁷⁰ A categoria “humano” já não engloba o indivíduo como sujeito universal? Por que criar legislações especiais em atenção aos direitos das mulheres?

Chantal Mouffe denuncia o problema do universalismo como “consenso civilizatório” que foi construído na teoria política e implementado nas sociedades ocidentais do pós-Guerra Fria a partir das narrativas em torno do “sujeito universal”, do mundo globalizado e da abordagem liberal global cosmopolita, como os fatores que impedem o tratamento democrático da pluralidade de valores e das divergências políticas que são insuperáveis na ordem social e política.

Para a autora, o consensualismo universalista propagado pela visão da democracia liberal não cria as condições necessárias para a reconciliação da sociedade, mas, antes de tudo, retroalimenta o surgimento de antagonismos (disputas políticas entre inimigos e não adversários legítimos), pois defende a eliminação da dimensão adversarial constitutiva do político, pela crença no consenso racional universal e na política como campo neutro de ação. Logo, para a autora, essa visão pós-política não é capaz de enxergar o papel do dissenso no aperfeiçoamento democrático.

As propostas de Chantal Mouffe para a superação do universalismo e a reformulação do binarismo político em prol de uma agenda democrática e plural que inclua com seriedade as disputas e divergências que existem de forma inexorável na dimensão da “política” e do “político” impõem a criação de uma esfera pública “agonística” de contestação, em que diferentes projetos hegemônicos/contra-hegemônicos possam se confrontar legitimamente, no efetivo exercício da democracia, reconhecendo-se o caráter conflitivo e antagonista do político, a partir de uma proposta agonística, ou seja, da transformação do inimigo em adversário que deve ser preservado, não combatido ou eliminado.

Para que a dimensão agonística se apresente na concretização de uma democracia radical, faz-se imperioso, segundo a autora, reconhecer a força legítima da expressão dos conflitos políticos e a impossibilidade de superação da dimensão conflituosa da vida social. Com a finalidade alcançar esse objetivo, é preciso reformular a distinção nós/eles a fim de que se torne compatível com o pluralismo, não sua superação, dada sua impossibilidade concreta diante da natureza conflitiva e plural dos indivíduos dentro da sociedade.

⁷⁰ Trataremos da concepção universalista em torno dos direitos humanos no último capítulo. Para compreender essa afirmação, remetemos o leitor a esse capítulo específico.

Nessa perspectiva, o conceito de humanidade como categoria hegemônica de indivíduos em prol de um projeto comum a ser implementado de forma globalizante, muitas vezes com a alcunha de “democrático”, representa, em verdade, mais uma força retórica utilizada pelo liberalismo para tornar ilegítima qualquer oposição a seu projeto econômico, perpetuando a colonialidade. Nessa visão, as disputas políticas e as diferenças entre os indivíduos devem ser escancaradas e não obscurecidas pelo manto do pacto consensual e de uma finalidade comum universal.

Para Chantal Mouffe, a crença na ordem mundial cosmopolita, concebida a partir do fim do mundo bipolar em 1989 e do fenômeno da globalização que se seguiu, criou uma retórica em torno da universalização dos direitos humanos com o fortalecimento dos organismos internacionais supranacionais, mas que jamais se concretizou em realidade, sobretudo em países de capitalismo periférico como o Brasil, em que, por meio da imposição de uma racionalidade neoliberal hegemônica, impôs a constituição de um mundo unipolar, com a hegemonia do imperialismo norte-americano e seus interesses imperialistas.

Com o aporte teórico do modelo do pluralismo agonístico e de democracia radical defendidos por Chantal Mouffe, entendemos que o conceito em torno do sentido de humanidade não pode abandonar o pluralismo, nem pretender homogeneizar as identidades (sociais, culturais, étnicas, religiosas e de gênero). Pressupõe, inicialmente, o reconhecimento das diferenças e das vulnerabilidades a fim de implementar políticas públicas (domésticas e internacionais) de garantias e proteção contra discriminações múltiplas que se intersectam (violência, mercado de trabalho, liberdade, saúde, representatividade institucional, educação e ausência de políticas públicas).

Ainda que não concordemos integralmente com a autora (pois não rompe com certos paradigmas liberais), não devemos perder de vista o alerta de desconfiança acerca de perguntas fundamentais que ela levanta: Não seriam os direitos humanos um grande pacto ocidental e liberal em torno de um “falso consenso civilizatório”, marcado pelo fim da Guerra Fria? Isso não explicaria a dificuldade de implementar e concretizar internamente todo o sistema de proteção dos direitos humanos (organismos e legislações internacionais), por exemplo?

Não obstante o problema ser complexo e interdisciplinar, é urgente a necessidade de superarmos a negação das diferenças como o consenso liberal sobre o sujeito universal propõe, a fim de concebermos formas democráticas compatíveis

com o pluralismo, a partir do reconhecimento das diferenças, tanto no âmbito de rejeição dos idealismos da democracia liberal quanto do cosmopolitismo global.

Entendemos que a importância das contribuições da visão agonística da democracia de Chantal Mouffe permite-nos aproximá-la da ideia de Heráclito,⁷¹ de que há unidade na multiplicidade e que o conflito, portanto, governa tudo e une os contrários, sendo na dinâmica e no movimento que os opostos encontram sua mais pura harmonia. A política, como campo dos afetos e das paixões, não elimina os dissensos, mas, antes, transformam-nos em disputas adversárias, que devem ser realizadas dentro de regras preestabelecidas, sem as quais não há democracia, tão somente antagonismos e autoritarismos.

São as diferenças que nos constituem como sujeitos de direitos e, no caso das mulheres, as quais carregam historicamente as marcas das opressões e vulnerabilidades múltiplas a que foram e continuam a ser submetidas (pelo patriarcalismo, machismo, misoginia, subalternidade, invisibilização, objetificação etc.), podemos e devemos reconhecer os direitos humanos delas em prol da verdadeira igualdade de gênero.

Para tanto, na proposta da autora que estudamos, são necessários, no âmbito nacional, a construção de uma força contra-hegemônica ao reacionarismo político, social e econômico vigente e o consequente combate ao neoliberalismo, por meio de uma democracia radical e de um constitucionalismo progressista e, no âmbito internacional, a superação da visão consensual e universalista substituída pela implementação de uma agenda multipolar, por meio de um sistema internacional de direito baseado em polos regionais, a partir de identidades culturais federadas, numa visão decolonial, por exemplo.

O feminismo constitui-se, portanto, em um movimento político amplo e marcado por variações, seja na esfera de sua historicidade, traduzindo-se em conquistas paulatinas dentro do que se estabeleceu em matéria de “ondas” do movimento feminista, seja em suas multifacetadas agendas políticas de reivindicação e ideologia, que marcam diversos ramos e agendas de luta na defesa de certa visão social e econômica subjacente às várias teorias que se apresentam internamente às disputas de narrativas que perfazem o núcleo estruturante de suas análises.

⁷¹ Neste capítulo, ainda trataremos do constructo epistêmico da filosofia ocidental a partir da visão dicotômica entre o ser de Parmênides e o devir de Heráclito, dois importantes filósofos pré-socráticos.

Após uma breve reconstrução histórica das diferentes versões do feminismo e esclarecermos as diferenças conceituais entre sexo e gênero, nas teorias feministas, demonstraremos nossa opção metodológica e epistemológica por um modelo interseccional e decolonial feminista, capaz de melhor unificar as divergências marginais entre os diversos ramos do movimento em prol de uma luta mais hegemônica contra um adversário comum.

Nosso objetivo busca romper com a perpetuação do patriarcalismo e com a mentalidade universalizante das visões eurocêntricas fundadas desde a modernidade no colonialismo e nas formas ultrajantes de dominação masculina obnubilada em torno de uma retórica falsa de igualdade e liberdade como conquistas do liberalismo burguês e de sua lógica econômica que se sustentam em verdade pela dominação social entre sujeitos desiguais, sendo o direito e as leis a forma jurídica de falseamento das exclusões constitutivas do liberalismo, que transformam o espaço público e um (não) espaço público, pois condicionado aos interesses privatísticos do indivíduo isolado e do mercado capitalista que expolia e subverte a dimensão política como projeto de realização do bem comum.

Sob esta ótica, o direito é instrumentalizado como condição de possibilidade para implementação do projeto liberal com a cooptação da esfera da política pelos interesses econômicos, tudo em nome de uma ficção performática de um pretenso “Estado de Direito”, processo racionalizador, universal, coerente, eficiente em que a “todos” protege e iguala, sob o manto da consensualidade que esconde e invisibiliza nossas diferenças constitutivas como seres dotados de pluralidade intrínseca.

1.3 Por um feminismo interseccional e decolonial

1.3.1 Ondas e ramos do feminismo

O feminismo pode ser compreendido como um movimento político por reivindicação de direitos e libertação das mulheres de todas as formas de subordinação e opressão baseadas na discriminação de gênero, como marcador primário de exclusão. Trata-se de um movimento em que sua historicidade articula diversas lutas, que se mobiliza tanto na *práxis* como na teoria, cujo discurso emancipatório ganha contornos mais precisos no ambiente revolucionário propiciado pelo iluminismo e pelo liberalismo a partir do século XVII.

O nascimento do feminismo como movimento mais articulado remonta ao fim do século XVIII e início do século XIX, marcadamente. Apesar de o termo *feminismo* se popularizar apenas nos anos 1890, já existiam visões feministas que começavam a questionar a condição de desigualdade das mulheres como algo natural e inevitável, aumentando a difusão de ideias individuais e coletivas em torno de objeções à sua condição de sujeição e dominação masculina, expressando desejos por reconhecimento de direitos e igualdade com os homens. Ainda em 1700, em seu livro *Some reflections upon marriage*, a inglesa Mary Astell⁷² ganha notoriedade em argumentar que Deus criou os homens e mulheres com almas (razão) igualmente inteligentes, rompendo com a profunda tradição e crença herdadas do cristianismo medieval que definia as mulheres como sexo frágil, estando, portanto, sujeitas ao domínio do poder patriarcal (ao do pai antes do casamento e ao do marido, com o casamento).

As ideias das primeiras feministas inglesas⁷³ e suecas⁷⁴ foram disseminadas e propiciadas pela circulação da mídia impressa, por meio de jornais, panfletos e literatura (sobretudo na forma de poesias e romances escritos por mulheres). Nos Estados Unidos e na Europa, o movimento feminista ganhou ainda mais corpo com a ebulição social, política e econômica influenciada, no campo teórico e prático, pelo pensamento iluminista e pelas revoluções liberais norte-americana (processo de

⁷² Mary Astell nasceu na Inglaterra, em 1666, tendo produzido textos em diversas áreas da filosofia: metafísica, epistemologia, moral, política e filosofia da religião. Lutou intensamente na defesa do direito das mulheres, em especial pela oficialização do direito à educação das mulheres. Contra a moral religiosa de sua época, Mary Astell, uma mulher praticante do anglicanismo, considerada conservadora em assuntos políticos, mas progressista no campo da moral e da pedagogia, defendia que a missão religiosa das mulheres só poderia ser plenamente alcançada com o desenvolvimento de suas capacidades intelectuais, uma vez que Deus as havia dotado de razão tanto quanto aos homens. Seus principais textos publicados “A serious proposal to be ladies for the advancement of their true and greatest interest”, “A religião cristã”, e o mais famoso deles “Algumas reflexões sobre casamento”, publicado em 1700, em que escreveu sua frase mais famosa, “Se todos os homens nascem livres, por que todas as mulheres nascem escravas?”, garantiram-lhe notoriedade e sustento, reconhecida por sua eloquência e inteligência. Influenciada pelo racionalismo de Descartes e contrária ao empirismo, defendia a separação entre corpo e alma (mente), como substâncias distintas entre si, sendo a razão, e não os sentidos, o meio mais seguro para alcançar o conhecimento em busca da autonomia e racionalidade das mulheres, indispensáveis para uma felicidade douradora e estável (HENNEMANN, Natasha; LESSA, Fabiana. *Filósofas: o legado das mulheres na história do pensamento mundial*. São Paulo: Maquinaria Sankto Editora, 2022. p. 125-129. E-book Kindle).

⁷³ Nos anos 1750 foi criado na Grã-Bretanha um grupo informal de discussão formado por intelectuais mulheres e alguns homens convidados, denominado “Bluestockings Society”, reunindo-se em salões literários, importante espaço à época para a profusão das primeiras ideias feministas e empoderamento de mulheres.

⁷⁴ Importantes autoras feministas suecas, a exemplo da jornalista e editora Margareta Momma e a poeta Hedvig Nordenflycht, influenciadas por reformas na legislação civil (especialmente o Código Civil sueco), passaram a proibir que os homens vendessem as propriedades de suas esposas sem prévio consentimento e a publicar temas feministas.

independência) e francesa contra o Antigo Regime.⁷⁵ Contra o que denominaram de revolução burguesa de tipo masculinista, porquanto as lutas por igualdade e liberdade excluía as mulheres, uma vez não acompanhadas de sua autonomia, dois importantes nomes surgem na França e Inglaterra como força de resistência e emancipação feminina: Olympe de Gouges⁷⁶ e Mary Wollstonecraft.⁷⁷ Esta última, inclusive, foi uma forte opositora ao pensador iluminista Jean-Jacques Rousseau, que defendia que as mulheres são naturalmente inferiores e menos racionais que os homens e, portanto, dependentes deles. A liberdade e a igualdade defendidas por

⁷⁵ O iluminismo influenciou também nas Américas os movimentos de reivindicação das independências das colônias. Para além do citado processo de independência dos Estados Unidos (1776), ocorrem similarmente processos de independência com a Revolução do Haiti (1791-1804), a Conjuração Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798-1799).

⁷⁶ Nascida Marie Gouze em 1748, na França, na cidade de Montauban, mudando-se para Paris quando viúva, adotou o nome pela qual ficou conhecida: Olympe de Gouges. Seu pseudônimo foi uma homenagem à mãe, Anne-Olympe Mouisset, negando-se a continuar com o sobrenome do marido e do pai. Teve importante papel na luta antiescravagista e chegou a ser presa na Bastilha, em 1785, pelo teor de sua peça abolicionista “L’Esclavage des Noirs” (A escravidão dos negros). Com a ebulição social e política pré-revolucionária, Olympe de Gouges produziu textos em formato de panfletos e manifestos, defendendo a igualdade entre homens e mulheres, bem como direcionando críticas à burguesia e a alguns atores revolucionários, sobretudo no que tange à submissão da mulher no âmbito doméstico e à continuidade de valores patriarcais. O papel das mulheres como agentes revolucionárias francesas pode ser demonstrado com a “Marcha sobre Versalhes”, ocorrida em outubro de 1789, em que das 20 mil pessoas presentes no protesto 7 mil eram mulheres, reivindicando melhores condições de vida, indignadas com o luxo ostentado no Palácio de Versalhes pela corte real e parte da nobreza. Impedidas e proibidas de participarem das discussões e debates políticos da Assembleia Nacional Constituinte, as mulheres não foram silenciadas e participaram ativa e informalmente do processo revolucionário francês, o que custou a vida ou levou à prisão mulheres que se insurgiam combativamente contra o sistema patriarcal subjacente à Revolução Francesa, na defesa do direito feminino ao divórcio, à educação e à inclusão das mulheres na esfera pública da política. Nesse ambiente revolucionário, Olympe de Gouges escreveu, em 1791, um texto denominado *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, como complemento à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, em que versava: “Artigo 1.º A mulher nasce livre e é igual ao homem perante a lei. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Olympe de Gouges acabou sendo guilhotinada em 1793, aos 45 anos, acusada de insurreição ao republicanismo, considerada subversiva, conspiradora e contrarrevolucionária e como uma mulher que teria esquecido as virtudes do seu sexo (HENNEMANN, Natasha; LESSA, Fabiana. *Filósofas: o legado das mulheres na história do pensamento mundial* cit., p. 116-120).

⁷⁷ Em a *Reivindicação dos direitos da mulher*, obra considerada por muitos como fundadora do pensamento feminista, a inglesa Mary Wollstonecraft (1759-1797), libertária e antiabolicionista, apontou como principal problema vivenciado pelas mulheres a tirania doméstica, impedindo-as de alcançar educação formal e trabalho fora do lar, condição fundamental à independência financeira de seus pais e maridos (o que denominou de emancipação da domesticidade). O texto foi publicado em 1792, com fortes críticas à Constituição francesa de 1791, que excluiu as mulheres do espaço político e da conquista de direitos civis e políticos básicos. Crítica ao iluminismo burguês e ao capitalismo industrial, contrapôs-se à naturalização do discurso de subordinação e hierarquia de gênero. A luta feminista nasce, assim, como extensão dos movimentos antiescravagistas africano e indígena, com forte oposição ao capitalismo burguês nascente. Dessa maneira, a *Reivindicação dos direitos da mulher* resulta tanto da trajetória de lutas militantes de Mary Wollstonecraft como de seus enfrentamentos e embates contundentes contra a moral sexista e conservadora da sociedade inglesa e francesa da época, marcando forte transgressão ao código de gênero de seu tempo histórico. Foi também em seus escritos que surge pela primeira vez a ideia de que “ninguém nasce mulher”, lançando os fundamentos ontológicos da teoria dos gêneros, que suscitaria, mais de um século e meio depois, o desenvolvimento do ensaio filosófico *O segundo sexo* (1949), de Simone de Beauvoir (1908-1986).

Rousseau e por muitos teóricos iluministas e revolucionários europeus homens não eram estendidas às mulheres, consideradas seres inferiores e, portanto, confinadas exclusivamente ao espaço privado doméstico.

Para melhor compreendermos a evolução histórica e o desenvolvimento do movimento feminista ao longo dos dois últimos séculos, em diferentes contextos e gerações de mulheres, podemos didaticamente inscrever diversas linhagens do feminismo em torno de “ondas do feminismo”, sem a pretensão de torná-las uniformes, homogêneas ou coerentes em todas as suas reivindicações e abordagens, mas tendo em comum pelo menos a tônica na denúncia de variadas formas de subordinação e opressão que marcam o feminino:

[...] a metáfora das ondas é utilizada para sugerir que cada onda do feminismo pode ser encarada como uma unidade aberta, com especificidades que as distinguem das demais ondas, mas que, ao mesmo tempo, unem-se no mesmo objetivo de emancipação das mulheres.⁷⁸

A expressão “ondas do feminismo” surge, como aponta criticamente Ilze Zirbel,⁷⁹ privilegiando narrativas e ações feministas de mulheres brancas de classe média estadunidense e ativistas brancas inglesas e francesas. Por essa razão, adotaremos como pressuposto de abordagem o fato de que a pretensão descritiva, no tocante a uma linearidade histórica do feminismo, não deve invisibilizar a organicidade e a dinamicidade da produção intelectual e das lutas de inúmeras mulheres realizadas por contextos e opressões que não podem ser simplesmente ignorados e sacrificados em nome de uma pretensão didática de uniformização de distintas visões de mundo e variedade de perspectivas que não admitem separá-las simplesmente em blocos estanques e monolíticos, de forma acrítica. Conscientes de sua imprecisão, a metáfora nos permite “visualizar a dinâmica do movimento feminista, seus avanços teóricos e práticos, construídos e realizados pela luta de mulheres feministas diversas”.⁸⁰

O movimento das ondas pode ser mais bem compreendido em face de um constante diálogo operado no interior da produção intelectual e da práxis política realizada por muitas vozes, nem sempre convergentes entre si. Apesar de possíveis

⁷⁸ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)*. Coordenação Alvaro de Azevedo Gonzaga. São Paulo: Matrioska, 2021. p. 24.

⁷⁹ ZIRBEL, Ilze. Ondas do feminismo. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, p. 10-31, 2021.

⁸⁰ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 25.

problemas e críticas voltados ao aspecto categorial que essa classificação desponta, a ela recorreremos pelo sincretismo intelectual e recurso imagético que propicia:

[...] a metáfora da onda possui uma força imagética capaz de criar conexões com o passado e com o futuro em meio à luta de variadas gerações de feministas, em sua grande diversidade, resistência, criatividade e força. Ela nos permite inscrever diferentes gerações de feministas – e seus esforços – em uma longa e contínua história de lutas contra a discriminação, a opressão e a exploração, assim como pela melhoria das condições de vida e aquisição ou manutenção de direitos civis. Muitas vezes essas lutas avançam pelo tecido social de forma arrebatadora e, em determinados momentos, recuam ou diminuem em força – como ocorre nos momentos de refluxo da água do mar. Contudo, a metáfora da onda nos permite pensar, igualmente, que o feminismo não desaparece nos momentos em que não há grande movimentação na cena pública, mas segue em atividade, possivelmente reorganizando-se e ganhando suficiente força para um novo e significativo avanço. Tempos de “calmaria” (ou de perseguição e silenciamento) não implicam, necessariamente, o fim da indignação, da esperança e do desejo de melhorar as condições de vida materiais e simbólicas nas quais nos encontramos.⁸¹

A tentativa de abordagem linear do movimento em torno de ondas do feminismo, metáfora que se consolidou na teoria feminista, compreende, como elucidaremos, três períodos históricos que foram se consolidando desde o século XIX: a primeira onda identificada com a “luta por direitos iguais” (1840-1944), contra a desigualdade de direitos e oportunidades de homens e mulheres no espaço público e no mercado de trabalho; a segunda onda com o lema “o pessoal é político” (1945-1979), contra a noção de gênero (suas normas e expectativas) e as estruturas do patriarcado (sobretudo os mais invisíveis e perversos); e a terceira onda, conhecida como “a política da diferença” (1980-2010), com o objetivo de desconstrução da unicidade da categoria “mulher”, reconhecimento da pluralidade e interseccionalidade das lutas e afirmação do direito à diferença.

Há autoras que defendem, contudo, que a partir de meados de 2010 uma nova onda emergiu, sobretudo em derredor de diferenças identitárias e das formas de organização e conscientização contra o machismo, o patriarcado e o masculinismo, que não dependem mais de representações e mediações, mas que são instrumentalizadas no ambiente virtual, amplamente difundidas nas redes sociais. Como demonstraremos, entendemos que a terceira e última onda está continuamente sendo aperfeiçoada até os dias atuais, sendo por ora despiciendo falar em uma

⁸¹ ZIRBEL, Ilze. Ondas do feminismo cit., p. 27.

“quarta onda”, não sendo sequer ainda consenso de que ela realmente existe, pois estende-se em torno do que denominamos no item anterior de “igualdade na diferença”, ou seja, uma perspectiva feminista interseccional, pluralista e decolonial, que se une no combate de uma visão antagonista que ainda persiste na contemporaneidade: o sistema patriarcal que alcança diversas dimensões aprofundadas pelo avanço do neoliberalismo: social, política, econômica e jurídica.

O sistema jurídico funciona assim como expressão de naturalização, invisibilização e reprodução dos mecanismos de opressão que se traduzem por conceitos jurídicos pretensamente neutros e categorias universais de proteção dos sujeitos de direito, de implementação escamoteada do projeto colonial da metrópole (europeu e americano), jamais superado pela idealização racional-teórica como projeto ideológico do modelo liberal que se expressa nas instituições e teorias jurídicas brasileiras. Mudam-se as legislações e as teorias jurídicas, mas não se rompe com a estrutura sociológica de colonialidade de profunda contradição, desigualdade e violência contra grupos historicamente oprimidos. O direito se mostra assim como farsa, não como verdadeiro projeto de emancipação humana, apesar de algumas poucas concessões travestidas de “direitos”. Não obstante conquistas legislativas propiciadas pelas lutas dos movimentos feministas, como veremos, sem que alcancemos profunda transformação das organizações que sustentam o sistema patriarcal, continuaremos a produzir, sem que necessariamente percebamos todos, as contradições internas que se revelam em nossas práticas jurídicas e sociais. Mais do que apontar uma linearidade histórico-descritiva das ondas do feminismo, é preciso compreender a permanência do projeto colonial e liberal nunca suplantado na sociedade brasileira.

Com essas importantes ressalvas, portanto, podemos identificar a primeira onda do feminismo com o período que vai de 1848 até meados de 1920. Ela é marcada, sobretudo, pelo direito das mulheres ao voto, do reconhecimento dos direitos iguais nas relações matrimoniais e pelo fim das barreiras impostas às mulheres ao acesso à educação e ao trabalho livre, como condição de sua autonomia, independência e maior representatividade. Em um contexto evidenciado pela luta antiabsolutista e por direitos iguais contra um modelo de sociedade estamental e de forte intervencionismo mercantilista, o Estado de Direito surge como promessa de realização dos valores revolucionários e de conquistas por direitos civis e políticos a partir da afirmação e concretização de um projeto de justificação e racionalização de

legitimidade do poder político, subordinado às leis criadas pelo parlamento sob a ótica da democracia representativa, como espaço privilegiado de representação da soberania popular.

Tais conquistas, no entanto, mostraram-se parciais e constituíram uma concepção restritiva de democracia, pois incluíam no espaço público da política apenas homens brancos, proprietários e detentores de renda, mantendo na maior parte dos países ocidentais um sistema escravagista, com exclusão de mulheres e homens de baixa renda, alijados do processo político e de representação de seus interesses. O aperfeiçoamento do liberalismo econômico e da lógica capitalista de não intervencionismo estatal aprofundou as opressões de classe, raça e gênero, pois utilizou-se da exploração de mão de obra da maior parte da população e do trabalho doméstico não remunerado das mulheres e da diferença salarial com base no sexo para aumentar a produtividade e, conseqüentemente, o lucro, com a mais-valia do trabalho de tipo expropriatório e exploratório. O liberalismo representou, assim, a radicalização negativa do individualismo, do privatismo e do patrimonialismo, como afirma Dalmo de Abreu Dallari:

[...] é preciso ressaltar com bastante ênfase que tanto o legalismo quanto o individualismo e o privatismo faziam parte de um patrimonialismo exacerbado, que colocava a propriedade individual como o valor preponderante e como condicionante de toda a vida social. Existe um fundamento lógico para essa atitude, pois, não tendo títulos de nobreza, nem sendo herdeiros de uma tradição familiar de superioridade social, os burgueses valorizavam aquilo de que dispunham, o patrimônio material, como parâmetro da superioridade e ascensão social e legitimador da participação no governo da sociedade. Daí o individualismo, o privatismo e patrimonialismo, como componentes inseparáveis de uma concepção política e jurídica.⁸²

Com o aprofundamento das desigualdades e da exploração do trabalho das mulheres no âmbito doméstico e fora dele, o movimento feminista se mobiliza e se articula como força de resistência contra as injustiças sociais, organizando-se em incontáveis lutas por melhores condições de vida, em inúmeros países, sobretudo da Europa e das Américas, incluindo também muitos países do Sul Global. As mais diversas reivindicações foram pautas das associações civis feministas que expressavam suas ideias políticas em um ambiente de forte hostilidade e violência

⁸² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

contra o pensamento tido como transgressor e de insurreição às mais recentes conquistas contra modelos absolutistas de poder político.

Defendiam, em geral, melhores condições de trabalho assalariado, igualdade de tratamento e oportunidades, autodeterminação sexual, acesso à educação formal e reforma curricular dos estudos direcionados exclusivamente às mulheres que incluíam apenas aperfeiçoamento de habilidades domésticas; mudanças legislativas contra a sujeição matrimonial, que autorizava a expropriação dos bens das mulheres; tratamento desigual por culpa na separação pelo cometimento do adultério, impossibilidade de divórcio, legitimação do poder disciplinar dos maridos, apropriação e domínio masculino dos direitos reprodutivos das mulheres. Apesar da falta de unidade das reivindicações femininas, havia um consenso em torno da busca por maior participação política e pelo reconhecimento do direito ao voto feminino, na conquista pelo sufrágio do voto.

As feministas da primeira onda não eram formadas apenas por mulheres brancas oriundas da classe média, pois o movimento contou com inúmeras mulheres advindas da classe trabalhadora que se insurgiam contra as péssimas condições de trabalho a que estavam submetidas e que lutavam por melhores condições de vida. A pauta em comum dessa primeira fase das ideias feministas era a crença de que o reconhecimento por direitos políticos a todas as mulheres seria importante força de aglutinação das mais diversas reivindicações, pois, uma vez alcançado o direito ao voto e garantido o acesso ao espaço público, seria possível reformar as leis e as instituições contra os modelos de opressão e subordinação feminina até então vigentes.

Contudo, o *status* jurídico como sujeito de direito das mulheres brancas, ainda que alijadas do espaço público da política, não era ainda estendido às mulheres negras, consideradas pela manutenção do escravagismo e tratadas pela lei como “coisa”, ou seja, como objeto e propriedade de alguns poucos privilegiados economicamente que resistiram no movimento constitucionalista por um projeto de democracia mais igualitário e substantivo, performando a juridicização da igualdade meramente formal que lhes mantivesse o *status quo* econômico.

A luta das mulheres negras na primeira onda, portanto, consistia ainda em seu reconhecimento como seres humanos, pessoas dotadas das mesmas capacidades e direitos conferidos às mulheres brancas. Nesse sentido, relevante o protagonismo principalmente de mulheres negras na luta abolicionista, que não teve ressonância

como projeto comum de todas as feministas desse período, o que pode ser constatado com a participação de muitas intelectuais feministas em grupos supremacistas brancos, como a *Ku Klux Klan*.⁸³

A luta por direitos iguais encampada na primeira onda sofreu influência significativa pelos escritos de Karl Marx e Friedrich Engels,⁸⁴ com a publicação, em 1848, do panfleto político intitulado “Manifesto Comunista”, que incitava e aclamava os trabalhadores a lutarem pela libertação de homens e mulheres do sistema econômico capitalista, apontado como o responsável pelas opressões vivenciadas por grupos precarizados, cuja fonte primária de opressão ocorria na dimensão da luta de classes e da exploração capitalista, sendo o papel do trabalho doméstico não remunerado das mulheres apontado como um dos problemas da submissão feminina, tratadas como cidadãos de segunda classe, tanto na família quanto na sociedade, consideradas instrumento essencial da produção capitalista.

As teorias marxistas foram fundamentais para o desenvolvimento do feminismo marxista, cujos expoentes encontram-se nas teóricas e líderes do movimento comunista internacional, Rosa Luxemburgo e Clara Zetkin, na Alemanha, e Alexandra Kollontai, na Rússia, em oposição aos escritos do filósofo alemão Wilhelm Friedrich Hegel e sua afirmação de que as mulheres não pertencem à esfera pública, sendo, portanto, a superação do capitalismo e a eliminação da propriedade privada os principais objetivos a serem alcançados avisando a emancipação feminina, o desaparecimento da desigualdade de gênero e a libertação das mulheres do âmbito doméstico, o que se daria por meio de uma revolução proletária.

O feminismo socialista opunha-se criticamente ao feminismo liberal, constituído sobretudo por mulheres brancas advindas da burguesia, pois, segundo Luxemburgo,

⁸³ A enfermeira, escritora e ativista do controle de natalidade e educadora sexual estadunidense, Margaret Sanger (1879-1966), foi importante nome do feminismo eugenista com destaque na primeira onda. Defendia abertamente a restrição ao casamento inter-racial, a esterilização e a contracepção de mulheres negras como mecanismo de extermínio de grupos considerados “raças inferiores” ou “inaptos”, verdadeira prática genocida de pessoas não brancas (o que incluía não apenas mulheres negras, mas asiáticas e latinas) (SILVA, Jacilene Maria. *Feminismo na atualidade: a formação da quarta onda*. Recife: Independently Published, 2019. p. 9. E-book Kindle).

⁸⁴ Importante contribuição para o exame da institucionalização feminina foi realizada por Engels ao escrever “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” (1884). Segundo essa concepção teórica, a violência e a opressão de gênero que marcam a estrutura social patriarcal e a dominação masculina têm origem na fundação da concepção da família, tendo sido o núcleo familiar constitutivo da “derrota mundial histórica do sexo feminino” e a escravidão de mulheres para fins reprodutivos anterior, inclusive, à institucionalização da propriedade privada e da divisão da sociedade em classes, cujo controle da sexualidade feminina foi fundamental posteriormente com o advento do capitalismo para resguardar o conceito de herança, gerada pelo excedente de produção e acumulação do capital e da propriedade privada.

a luta pelo sufrágio feminino pressupunha antes a luta proletária contra o capitalismo e que envolvia todos os trabalhadores, não somente as mulheres. Como afirmou a autora em seu texto que serviu como manifesto da implementação da luta contra o capitalismo, intitulado “O que quer a Liga Spartakus?”: “A guerra mundial pôs a humanidade perante a seguinte alternativa: ou manutenção do capitalismo, novas guerras e rápida guerra no caos e na anarquia, ou abolição da exploração capitalista”.⁸⁵

A Rússia socialista foi a primeira no mundo a incorporar em suas leis a legalização do aborto, a união livre, o acesso igualitário à educação, a igualdade econômica para homens e mulheres, a instituição de salário independente para as mulheres, o fim da desigualdade de direitos entre as crianças (filha/os “ilegítimos” de casamentos ilegais e os “legítimos” de casamentos legais) e a igualdade em todos os aspectos perante a lei.

É importante notar que, apesar da importância histórica dessas experiências práticas do feminismo marxista, ele permaneceu marginalizado do debate hegemônico até as décadas de 1960 e 1970, quando começam a ganhar proeminência no contexto dos movimentos pelos direitos civis na Europa e nos Estados Unidos. Porém, a característica distintiva dessa retomada do marxismo na inspiração de alguns movimentos de direitos nos Estados Unidos e Europa é sua preocupação com as questões de raça, gênero e sexualidade. A efervescência cultural e política desse período permitiu o surgimento de diversas abordagens dentro do marxismo.

Vê-se, portanto, que o feminismo marxista passa a se aproximar de outras pautas além da questão de classe, em um esforço de articular a análise e a ação política em relação às múltiplas opressões sofridas por mulheres no mundo.⁸⁶

Se, por um lado, a luta por direitos iguais na primeira onda traduziu-se em reivindicação pelo direito ao voto das mulheres, influenciando o nascimento e a consolidação do movimento sufragista e do feminismo liberal, de outro, o fortalecimento de grupos antiescravagistas torna a causa abolicionista o principal eixo da luta por direitos iguais entre as mulheres não só uma questão de igualdade civil e direitos políticos, mas, sobretudo, de igualdade racial e antidiscriminatória, garantindo liberdade às mulheres negras contra o regime de escravidão, o que culminou com a edição da 13.^a Emenda à Constituição norte-americana e a abolição da escravidão no país, aprovada em 8 de abril de 1864, pelo Senado e, posteriormente, em 31 de janeiro de 1865, pela Câmara dos Representantes, tendo sido adotada formalmente em 6 de dezembro de 1865, na era Abraham Lincoln. Importante papel foi desempenhado pela

⁸⁵ LOUREIRO, Isabel Maria. *Rosa Luxemburg: os dilemas da ação revolucionária*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 292.

⁸⁶ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 44.

ex-escrava negra, Sojourner Truth,⁸⁷ tornando-se o principal símbolo do movimento abolicionista nos Estados Unidos no século XIX.

A luta antiabolicionista chega também ao Brasil nesse período, tendo sido a abolição da escravidão assinada em 1888. A libertação de mulheres negras, contudo, não veio acompanhada de um sistema de proteção e inclusão, mas aprofundou a precarização e a marginalização que se seguiram ao abandono e exclusão de um número significativo de homens e mulheres livres apenas no plano jurídico-formal, mas fortemente aprisionados pela lógica de exploração capitalista e liberal, que produziu ainda mais desigualdade de classe e o aumento do racismo estrutural,⁸⁸ do qual ainda não nos libertamos em pleno século XXI, perpetuando a discriminação e o preconceito racial sistemáticos a grupos subalternos racializados, para além do racismo individual e institucional, mas decorrência da própria estrutura social que constitui as relações políticas, econômicas e jurídicas e que são atravessadas a partir de quatro elementos que manifestam o cerne do racismo na perspectiva estrutural: a ideologia, a política, o direito e a economia.⁸⁹

A primeira onda do feminismo representou, portanto, uma multiplicidade de reivindicações das mulheres em diferentes direções, mas que se traduzem na “luta por direitos iguais”: direito ao voto, igualdade racial e de gênero, direito à educação, liberdade econômica e profissional, libertação do espaço privado com o reconhecimento dos direitos matrimoniais e liberdade patrimonial, liberdade sexual e

⁸⁷ Nascida escrava no estado de Nova York, por volta de 1797, Sojourner Truth fugiu de sua proprietária em 1826, juntando-se em 1843 a uma comunidade igualitária em Massachusetts, ganhando notoriedade após um discurso potente e memorável sobre a igualdade das mulheres na Convenção pelos Direitos das Mulheres em Akron, Ohio, em 1851, em que se declarou igual aos homens em força e intelecto. Ficou amplamente conhecida em seu discurso célebre em que conclamou: “Eu pari treze filhos e vi a maioria deles ser vendida para a escravidão, e quando eu clamei com a minha dor de mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu! Eu não sou uma mulher?”. Faleceu aos 86 anos de idade, em 1883.

⁸⁸ A expressão “racismo estrutural” foi difundida no Brasil pela obra do jurista negro Silvio de Almeida com o mesmo título, em que o termo racismo é tomado como manifestação normal da sociabilidade brasileira, e não como patologia ou anormalidade. Segundo afirma: “O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea”. A raça como fenômeno desigualador da existência de muitos é um termo dinâmico que só pode ser compreendido como um conceito relacional e histórico, que depende da “história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas”. Dessa forma, o conceito de raça opera a partir de dois registros inafastáveis que se interconectam e se complementam: “1. *como característica biológica*, em que a identidade racial será atribuída por algum traço físico, como a cor da pele, por exemplo; 2. *como característica étnico-cultural*, em que a identidade será associada à origem geográfica, à religião, à língua ou outros costumes, ‘a uma certa forma de existir’. À configuração de processos discriminatórios a partir do registro étnico-cultural que Frantz Fanon denomina *racismo cultural*” (ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. Coordenação Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 17-25. [Coletânea Feminismos plurais.] E-book Kindle).

⁸⁹ ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural* cit., p. 46.

controle de natalidade, liberdade intelectual, bem como movimentos contra o capitalismo e a opressão de classe e o nascimento do anarcofeminismo, movimento anarquista capitaneado na Espanha pelo grupo *Mujeres Libres* (Mulheres Livres), formado em 1936, no começo da Guerra Civil espanhola, fundado por Lucía Sánchez Saornil, Mercedes Camposada e Amparo Poch y Gascón, todas membras da confederação anarcossindicalista contrárias ao fascismo liderado pelo General Franco.

Podemos, portanto, identificar as conquistas do feminismo da chamada primeira onda, com a conquista do voto feminino que se estendeu paulatinamente até a segunda metade do século XX em diversos países com o reconhecimento do sufrágio universal e a abolição dos regimes escravagistas. Longe de representarem o fim do sistema patriarcal e das opressões de gênero, os movimentos encampados nesse período significaram conquistas para as mulheres que não podem ser menosprezadas ou desmerecidas, ainda que seja devido e necessário um olhar crítico voltado a sua insuficiência para implementação da igualdade substancial de alcance universal para todas as mulheres, ou seja, a igualdade conquistada na primeira onda se deu em especial no campo formal-jurídico, mas não necessariamente na realidade concreta factual.

Com a frase “O pessoal é político”,⁹⁰ a segunda onda do feminismo surge das lutas feministas reacendidas no pós-guerra, a partir, sobretudo, de meados de 1960 até 1980, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, com reflexos em outros países, inclusive latino-americanos, centrando-se nas experiências das mulheres dentro da família, nas relações sexuais e no mercado de trabalho. Com o fim das duas grandes guerras, formam-se um consenso e um pacto entre Estado, Igreja e partidos políticos na criação de um convencimento geral de retorno das mulheres ao espaço privado doméstico.

De um ponto de vista pragmático, as reivindicações das mulheres em diversos contextos políticos e sociais foram marcadas pela luta contra múltiplas opressões, vivenciadas de formas distintas por mulheres em diferentes posições sociais e experiências de vida: muitas lutavam por maior liberdade sexual (direito ao prazer, ao amor livre e à homoafetividade), outras por maior liberdade no casamento e no âmbito doméstico (direito à educação e ao mercado de trabalho, sem o consentimento e

⁹⁰ A expressão foi cunhada por Carol Hanisch, em 1969.

autorização do marido e o direito à igualdade de direitos civis). Contudo, foi a luta anticapitalista e antirracista que imprimiu a tônica da maior parte dos movimentos feministas nesse período. Não à toa, os feminismos socialista, radical, anti-imperialista e negro ganham contornos mais precisos na segunda onda, com a proliferação de textos e reflexões teóricas contra opressões de muitas trabalhadoras exploradas pelo sistema econômico vigente.

O período referente à segunda onda foi marcado pelo pós-guerra e a necessidade de reestruturação das sociedades conforme as mudanças políticas e econômicas que se consolidavam. Dessa forma, em Estados chamados de “Primeiro Mundo”, o sistema econômico capitalista reinventou-se sob o lema do “Estado de bem-estar social”, momento em que o capital foi posto sob a regulamentação do poder público, com maior controle econômico pelos Estados, ao mesmo tempo que a reconstrução jurídica fundada sobre os pilares da fraternidade e solidariedade ensejavam o nascimento de Estados atentos às questões humanas. Entretanto, a aplicação desses novos ideais econômicos e sociais sobre os Estados do “Terceiro Mundo” – ou nações em desenvolvimento – gerou consequências diversas as quais foram, e ainda são, questionadas pelos movimentos feministas.⁹¹

A publicação em 1949 do livro *O segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, é comumente apontada como o precursor da segunda onda do feminismo, com a diferenciação entre sexo e gênero, sendo o primeiro entendido como característica biológica conferida pelo nascimento e identificação dos órgãos genitais que caracterizam o macho e a fêmea e o segundo, como decorrência da construção social a partir dos papéis impostos à pessoa a partir de seu sexo, determinando as características que definem o ser homem e o ser mulher na sociedade, por meio de expectativas de comportamentos que marcam as distintas condutas de gênero na sociedade. Nesse sentido, trecho famoso de Beauvoir afirma:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino.⁹²

As ideias de Simone de Beauvoir, na em sua perspectiva fenomenológica socialista, foram recebidas com fortes críticas em diversos setores da sociedade, pois desafiaram toda uma tradição fortemente construída pela doutrina religiosa fundada no cristianismo, sendo sua obra vetada pelo Papa da época e incluída na lista de livros

⁹¹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 33.

⁹² BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*: 2. A experiência vivida. Tradução Sergio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

proibidos pela Igreja desde a metade do século XVI (abolida posteriormente em 1966 pelo Papa Paulo VI), conhecida como *Index Librorum Prohibitorum*. A concepção sagrada de que a mulher era naturalmente inferior ao homem e sua condição de subordinação intrínseca à sua condição biológica foram questionadas com contundência pela autora, que, apesar das críticas, teve seus pensamentos amplamente disseminados, tornando-se a força motriz para os movimentos de libertação feminina da segunda onda.

O feminismo radical surge, portanto, identificando o fator de opressão comum que atinge toda a coletividade de mulheres: a biologia da fêmea. Considerava que o sexo e a capacidade reprodutiva exclusiva das mulheres eram a raiz de toda a subordinação feminina, ou seja, “sob a ótica do feminismo radical, a mulher é socialmente condicionada e explorada em razão do sexo e das suas funções reprodutivas e o patriarcado é o sistema responsável por essa opressão, sendo o gênero sua ferramenta”,⁹³ e as expectativas de gênero que orientavam as diferenças no sistema patriarcado e de reprodução da dominação masculina: “Nesse momento, a perspectiva radical de reestruturação da sociedade foi proposta pelas feministas, em meio às particularidades das diferentes vertentes que começaram a se acentuar”.⁹⁴

A função reprodutiva da mulher era o principal fator que legitimava a organização da sociedade patriarcal e que permitia, do ponto de vista capitalista, a exploração do trabalho doméstico produtivo não remunerado desempenhado pela mulher em seu papel de mãe e esposa, condicionada pela natureza ao estrito ambiente do lar e do cuidado. Essa é a razão pela qual a invenção da pílula em 1962 é o símbolo de maior revolução feminina na história em matéria de gênero, mudando completamente as formas com as quais corpos femininos se tornariam libertos dessa condição imposta pela natureza, possibilitando que prática sexual não importasse mais em gravidez não desejada, em que liberdade sexual estava atrelada à dimensão da autonomia da mulher e à possibilidade de escolha de sua condição de procriação e libertação da esfera privada a que estava condicionada.

A liberdade em torno do corpo feminino despertou inúmeros protestos de mulheres ativistas, sobretudo nos anos de 1968 e 1969, simbolicamente representada pela “queima de sutiãs” em público, contrárias aos famosos concursos de beleza, tidos

⁹³ SILVA, Jacilene Maria. *Feminismo na atualidade: a formação da quarta onda* cit., p. 13.

⁹⁴ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 34.

como eventos de objetificação do corpo feminino e homogeneização dos padrões de beleza e de comportamentos femininos, expostos à contemplação e ao desejo masculino e acentuando a concorrência das mulheres em torno de uma busca desenfreada e intoxicante de corpos ideais, impondo sacrifícios inatingíveis às mulheres que não se encaixavam. A pulsão de rebeldia que tomou conta do debate público levou muitas intelectuais a teorizarem contra a exploração das mulheres e de seus corpos, propiciando fortes críticas à pornografia e à prostituição, bem como contra a violência sexual e ao estupro dentro e fora do casamento, como mecanismos de manutenção da dominação masculina e instrumentos de exploração do sistema patriarcal, contra os quais se insurgiam com avidez e combatividade.

Vale ressaltar ainda que no Brasil, com a vigência do Código Civil de 1916, a mulher dependia da autorização marital para exercer diversos atos da vida civil, sendo considerada “relativamente incapaz” pela legislação, condição que foi alterada somente em 1942, com a edição da Lei 4.121. Essa lei alterou vários dispositivos do Código Civil e permitiu que mulheres se tornassem economicamente ativas, podendo, por exemplo, acessar o mercado de trabalho sem vênio e autorização conjugal.

No entanto, tais alterações não foram suficientes para garantir verdadeira autonomia a todas as mulheres, uma vez que, não tendo sido equiparadas aos homens em face das mesmas condições e oportunidades de trabalho e dada a dificuldade de encontrarem creches e escolas para seus filhos ainda pequenos, continuavam aprisionadas ao ambiente doméstico, condicionadas ao trabalho e cuidado do lar.

Nesse sentido, as ainda tímidas, mas importantes, conquistas legislativas dessa época não foram percebidas da mesma forma pelas mulheres, independentemente de seus contextos sociais e étnico-culturais, pois beneficiaram, na maior parte, apenas mulheres brancas e economicamente privilegiadas, que, na maioria das vezes, gozavam dessas conquistas explorando outras mulheres, normalmente negras e periféricas, que assumiam seu papel de cuidado no lar, como empregadas domésticas assalariadas, mas sem a equiparação em benefícios e direitos aos demais trabalhadores. Importante alerta nesse sentido pode ser encontrado nos escritos de Silvio de Almeida ao afirmar que:

A divisão racial do trabalho pode ainda ser amplamente constatada nas sociedades contemporâneas, pois, mesmo em países onde o racismo não é abertamente praticado pelo Estado ou em que há leis antirracistas, indivíduos pertencentes a grupos minoritários recebem

salários menores e estão mais expostos a trabalhos insalubres ou precarizados.⁹⁵

Pela profusão crítica e contextual acerca das hierarquias constitutivas da existência do feminino e da diversidade da opressão que se inter cruzam, tornando a subordinação de gênero distinta em diferentes corpos racializados e classes sociais mais vulnerabilizadas, a segunda onda é acrescida de teorias feministas negras e latinas que apontavam a necessidade de combater o racismo, o sexismo e a exploração capitalista como pré-condições essenciais para libertar todas as mulheres das condições ultrajantes e discriminatórias, sem as quais o movimento feminista era mero discurso performático e retórico que invisibilizava um projeto intelectual e político comum. A segunda onda consiste, em essência, na superação do essencialismo do gênero como elemento justificador das diferenças sociais constitutivas que estruturavam a permanência da dominação masculina e as subjetividades a ela subjacentes, bem como articulada contra uma sociedade cultural de gênero em que os indivíduos não fossem tratados dessa forma específica:

Portanto, a segunda onda do movimento feminista [...], pode ser considerada como o período que gerou maior mudança na cultura e consciência social. Ao dar início ao reconhecimento das diversas formas de opressão das mulheres na sociedade, as teorias feministas caminham em direção à crítica da múltipla estrutura social opressora, devendo ser combatida em sua totalidade para uma efetiva reconstrução social em prol da igualdade entre homens e mulheres.⁹⁶

De mãos dadas com o feminismo lésbico e o ecofeminismo, a transição da segunda onda para a terceira foi marcada pelo termo “identitarismo” e pelas pautas identitárias, que, apesar das inúmeras críticas que recebeu, emergiu e difundiu-se com muita rapidez e força a partir dos anos 80/90 do século passado, com grande penetração até os dias atuais.

A terceira onda do feminismo corresponde ao período entre 1990 e a primeira década do século XXI, cujo foco principal é o empoderamento das mulheres em torno de um projeto emancipatório feminino na luta pelo direito de escolhas pessoais livres. O ensaio da feminista estadunidense Rebecca Walker, intitulado “Becoming the third wave”,⁹⁷ publicado em 1992, foi considerado o início da terceira fase do movimento

⁹⁵ ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural* cit., p. 84.

⁹⁶ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 41.

⁹⁷ Disponível em: https://pdf4pro.com/amp/download?data_id=3dd5c0&slug=becoming-the-third-wave-by-rebecca-walker-ms-magazine. Acesso em: 19 out. 2022.

feminista, organizado a partir do apelo para que a luta por direitos das mulheres não cessasse diante da necessidade de se manter atuante e combativa, com toda a diversidade e pluralidade de reivindicações que as pautas feministas ofereciam em variados contextos geográficos dispersos pelo mundo e que, com o avanço tecnológico e da globalização, permitiram o intercâmbio de ideias entre mulheres muito distintas entre si, cuja amplificação nas últimas décadas ocorreu pela disseminação das redes sociais como importante instrumento de articulação, mobilização e conscientização das mulheres:

Questões que eram pensadas em pequenos grupos (como os problemas atrelados ao capacitismo e ao etarismo ou enfrentados por pessoas trans e feministas comunitaristas e indígenas) entraram na pauta de variados grupos de feministas. As ferramentas teóricas possibilitaram um aprofundamento da análise das variadas e simultâneas formas de opressão vivenciadas por uma mesma mulher, assim como da questão das diferenças e da diversidade internas ao movimento feminista. As novas mídias, por sua vez, possibilitaram a disseminação dessas análises e ideias para além das fronteiras locais de uma maneira acelerada.⁹⁸

Com muitas conquistas legislativas incorporadas no âmbito interno dos países democráticos ocidentais, inclusive do Brasil, muitos chegaram a afirmar que o fim do século XX representava para as lutas feministas seu apogeu e, ao mesmo tempo, seu declínio, tendo sido cunhado o termo pós-feminismo no sentido de reconhecer superadas as reivindicações das mulheres e o esgotamento das discussões em torno da igualdade de gênero. No entanto, se, por um lado, a intensa produção normativa doméstica e internacional protetiva dos direitos das mulheres indicava que havia muito a ser comemorado realmente, não demorou para que tivéssemos a percepção de que os índices e marcadores sociais de igualdade demonstrassem, se não um aumento das desigualdades econômicas, políticas e sociais entre homens e mulheres, ganhos muito tímidos e inexpressivos que pouco chegaram a produzir os efeitos esperados quando da edição dessas leis, revelando-se que algo não ia tão bem assim e perpetuando-se a constatação da dominação masculina e a perpetuação da lógica do patriarcado nas sociedades contemporâneas.

Era preciso abandonar as esperanças ingênuas produzidas pelo feminismo de segunda onda, a partir da desconstrução da categoria “mulheres”, pois elas representavam apenas uma parte muito pequena delas, impedindo que o projeto

⁹⁸ ZIRBEL, Ilze. Ondas do feminismo cit., p. 22.

ideológico e político feminista alcançasse a universalidade das pretensões irreconciliáveis de todas as lutas feministas, pois só incluíam em verdade as reivindicações de mulheres brancas, privilegiadas economicamente e heterossexuais, na perspectiva da categoria de mulheres sob certas e específicas características consideradas universais.

Não à toa, o século XXI inicia-se com forte mobilização política de grupos feministas, como a Marcha Mundial de Mulheres, organização que reuniu mais de seis mil grupos feministas oriundos de mais de 150 países, tendo sido produzido um documento que contou com a assinatura de 5 milhões de pessoas, o qual foi entregue à Organização da Nações Unidas como um ato simbólico contra a violência e a pobreza enfrentada pelas mulheres no mundo todo. Isso motivou a continuidade dos protestos e manifestações locais nos mais diversos países, recebendo o apoio massivo das mulheres e de grande parte da população em geral. Questões como assédio nos espaços públicos e no ambiente de trabalho, aborto, violência doméstica e feminicídio, cultura do estupro, desigualdade salarial e política, racismo, sexismo, devastação ambiental e violência indígena, homofobia, transfobia, capacitismo, etarismo, entre tantas outras, somaram-se em uníssona voz contra todas as formas de violência de gênero, com a interseção de inúmeros fatores de opressão que se inter cruzam e produzem o machismo estrutural como força excludente e de sistemática marginalização de grupos minoritários.⁹⁹

Aos diversos ramos do feminismo que se fortaleceram durante a primeira e a segunda onda acrescentaram-se a partir da terceira onda movimentos identitários com pautas comuns e específicas: feminismo interseccional, feminismo negro, feminismo lésbico, ecofeminismo, feminismo decolonial, feminismo indígena etc. Novos conceitos foram criados dentro do pensamento feminista como suporte teórico e epistemológico, fornecendo repertório fundamental para o desenvolvimento de pesquisas e produções acadêmicas e intelectuais tanto para os estudos de gênero como para o ativismo feminista (lugar de fala, conhecimento situado, saber localizado, infiltração pragmática, injustiça epistêmica, teoria *queer*, representação, decolonialismo, amefricanidade, contrassexualidade, autodefinição, subalternidade, performatividade, desidentificação etc.). Importantes contribuições foram dadas por estudiosas e ativistas internacionais e brasileiras, a exemplo de grandes nomes como:

⁹⁹ ZIRBEL, Ilze. Ondas do feminismo cit., p. 24-26.

Teresa de Lauretis, Donna Haraway, María Lugones, Nancy Fraser, Sandra Harding, Judith Butler, Joan Scott, Monique Wittig, Audre Lorde, Patricia Hill Collins, Gayatri Spivak, Paul B. Preciado, Gloria E. Anzaldúa, Silvia Federeci, Lélia Gonzales, Sueli Carneiro, Djamila Ribeiro, consolidando um fecundo e importante campo do saber que se forma e se articula continuamente.

A terceira onda marca também a passagem dos estudos da mulher e da identidade realizados ainda nas ondas anteriores para os estudos pós-gênero, conceito que se afirma como central pelo seu caráter relacional e cultural, que invade as universidades e centros de pesquisas, com currículos e cursos de formação conhecidos como *women's studies* ou *gender studies*, aceitos (não sem alguma resistência) como legítimos campos do saber.¹⁰⁰

Com forte influência do pós-estruturalismo, os estudos de gênero e sua desconstrução ganham dimensão contra as definições essencialistas sobre o sentido de ser mulher, noção criticada por seu universalismo e baseada apenas no sexo e da condição humana biológica que identificava a mulher com o ser humano fêmea, residindo exclusivamente nesse aspecto as razões de dominação masculina e os papéis atribuídos à mulher na sociedade. Com o intuito de melhor compreender o fenômeno e diante da percepção de que os problemas vivenciados por distintas mulheres em diferentes contextos não poderiam ser unificados em torno de uma explicação única e genérica, a “terceira onda buscou que fossem reconhecidas e consideradas as diversas identidades femininas, entendendo que as opressões sociais, mesmo que baseadas no gênero, atingem de maneiras diferentes mulheres que se encontram sob diferentes condições factuais”.¹⁰¹

O direito à diferença e o pluralismo em torno das múltiplas características do ser mulher (negra, lésbica, deficiente, gorda, idosa etc.) apresentam-se como centrais na terceira onda como a consolidação de uma agenda anti-hegemônica em oposição aos feminismos anteriores, com a “desconstrução de estereótipos e afirmação de novos comportamentos e novas identidades”. A intensificação das críticas à transformação do capitalismo industrial em financeiro, com a ascensão do neoliberalismo a partir da década de 90 do século XX, também foi importante aspecto de diferenciação com o feminismo de segunda onda.

¹⁰⁰ HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 10.

¹⁰¹ SILVA, Jacilene Maria. *Feminismo na atualidade: a formação da quarta onda cit.*, p. 17.

Nancy Fraser, feminista influenciada pelo feminismo socialista, apresentou importantes críticas ao feminismo de segunda onda, apontando sinteticamente que, além de não romper com o dualismo de gênero, representou uma acomodação com a reformulação do capitalismo financeiro do neoliberalismo, e não uma ruptura com ele, razão pela qual busca desenvolver uma teoria feminista que permite “integrar o melhor das novas teorias feministas com o melhor das novas teorias críticas do capitalismo”.¹⁰² No trecho a seguir, a referida autora esclarece acerca da segunda onda:

Uma possibilidade mais complexa e perturbadora é escondida: a difusão de atitudes culturais nascidas da segunda onda foi parte integrante de outra transformação social, inesperada e não proposta pelas ativistas feministas – uma transformação na organização social do capitalismo pós-guerra. Essa possibilidade pode ser formulada melhor: as mudanças culturais impulsionadas pela segunda onda, que eram em si saudáveis, serviram para legitimar uma transformação estrutural da sociedade capitalista que avança diretamente contra as visões feministas de uma sociedade justa.¹⁰³

Não obstante reconhecer que a maior parte das teorias feministas da segunda onda, com exceção do feminismo liberal, desempenhou importante papel na identificação e denúncia da injustiça de gênero propiciada pela lógica capitalista e o modelo androcêntrico produzido nas relações sociais, econômicas e culturais a ele subjacentes, a exemplo da divisão sexista do trabalho, não visou de forma sistemática e contundente romper com a estrutura capitalista, pois, como afirma, na segunda onda: “O objetivo, portanto, era menos desmontar as instituições estatais do que transformá-las em agências que promoveriam, e de fato expressariam, justiça de gênero”.¹⁰⁴ Apesar de buscar implementar um projeto emancipatório e transformador contra todos os fatores de subordinação de gênero gerados pelo capitalismo, alinhando-se às lutas contra o racismo, imperialismo, homofobia e dominação de classes, seu “projeto estava fadado ao fracasso desde o início, vítima de forças históricas estruturais que não foram bem entendidas naquele momento”.¹⁰⁵

As transformações do capitalismo da variante organizada pelo Estado como agente regulador do mercado no *Welfare State* para um modelo de subordinação do

¹⁰² FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 26.

¹⁰³ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 27.

¹⁰⁴ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 34.

¹⁰⁵ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 35.

poder político ao poder econômico sufocou o dirigismo, promovendo a privatização e a desregulamentação das atividades especiais de utilidade pública. Ao não perceber ingenuamente a impossibilidade de conciliar as demandas da agenda feminista com o projeto neoliberal nascente, a segunda onda significou uma “conexão perigosa” com ele, não se libertando da narrativa masculinista do indivíduo livre.¹⁰⁶ Fraser afirma: “O capitalismo desorganizado vende gato por lebre ao elaborar uma nova narrativa do avanço feminino e de justiça de gênero”,¹⁰⁷ e conclui não sem certo desconforto:

[...] a segunda onda do feminismo forneceu involuntariamente um ingrediente-chave do novo espírito do neoliberalismo. Nossa crítica do salário familiar hoje em dia fornece boa parte da narrativa que reveste o capitalismo flexível de um significado mais elevado e de um argumento moral. Dotando suas lutas diárias de significado ético, a narrativa feminista atrai mulheres nos dois extremos do espectro social: em um extremo, os quadros femininos das classes médias profissionais, determinadas a quebrar o teto de vidro; no outro, as trabalhadoras temporárias, de trabalho parcial, prestadoras de serviço de baixa remuneração, domésticas, prostitutas, migrantes, trabalhadores de Zonas de Processamento de Exportação (EPZ) e aquelas que utilizam microcrédito, buscando não apenas renda e segurança material, mas também dignidade, autoaperfeiçoamento e liberação em relação à autoridade tradicional. Dos dois lados, o sonho de emancipação das mulheres está subordinado à máquina do acúmulo capitalista. Assim, a crítica da segunda onda do feminismo ao salário familiar desfrutou de um pós-vida perverso. O que foi peça central da análise radical do androcentrismo capitalista serve hoje para intensificar a valorização do trabalho assalariado do capitalismo.¹⁰⁸

Efetivar o projeto emancipatório feminista contra a injustiça de gênero pressupõe uma agenda política alinhada com as teorias críticas contra a implementação do neoliberalismo, pois, sem antes realizarmos profundas alterações na estrutura econômica e social, organizada segundo uma agenda estatal pró-mercado e concorrência, não será possível orientar a sociedade para a concretização dos interesses da justiça social e de gênero.

1.3.2 Sexo e gênero

A noção de gênero é imprescindível como conceito-chave e categoria de análise teórica que foi ganhando corpo ao longo do desenvolvimento da produção

¹⁰⁶ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 37.

¹⁰⁷ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 39.

¹⁰⁸ FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história cit., p. 39.

intelectual e teórica feminista, encontrando-se em “constante (des)construção e reconstrução”.¹⁰⁹ Trata-se de um importante marcador social da discriminação feminina e instrumento de análise que se tornou fecunda na literatura do feminismo. De inegável plurivocidade semântica, o conceito gênero não pode ser desvinculado dos empregos que cada autora articula dentro de suas respectivas propostas teóricas e ramos de estudo, bem como das intenções do feminismo e inserção em determinado período histórico. Joan Scott, por exemplo, exemplifica como definição gramatical do termo, como constou no Dicionário da Língua Francesa, de 1879, que assim aduzia: “Não sabe qual o seu gênero, se é macho ou fêmea, fala-se de um homem muito retraído, cujos sentimentos são desconhecidos”.¹¹⁰ Conforme afirma a autora:

Na gramática, gênero é compreendido como um meio de classificar fenômenos, um sistema de distinções socialmente acordado mais do que uma descrição objetiva de traços inerentes. Além disso, as classificações sugerem uma relação entre categorias que permite distinções ou agrupamentos separados.¹¹¹

A principal utilidade prática na necessária distinção entre sexo e gênero refere-se justamente à sua capacidade de explicar com base em critérios sociais, distinções baseadas não no sexo biológico, como um fenômeno natural e constitutivo da natureza humana e o essencialismo dos comportamentos e expectativas a ele relacionados, permitindo afastar, a partir do gênero, o determinismo biológico em matéria de diferenças sexuais entre indivíduos considerados fêmea ou macho. Gênero, nesse sentido, surge a partir principalmente das teorias feministas estadunidenses pertencentes à segunda onda do movimento feminista, sublinhando o aspecto relacional das noções normativas sobre o feminino como ferramenta analítica de estudo, transformando os paradigmas epistêmicos em que a produção intelectual dominada pelo masculinismo estava assentada até então, em analogia com as noções já consolidadas entre classe e raça, acrescentando um terceiro eixo explicativo aos fenômenos geradores de desigualdade social, política e econômica.¹¹² De forma crítica, Joan Scott sustenta que gênero e raça não se tornaram tão

¹⁰⁹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 25.

¹¹⁰ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. *Educação e Realidade*, 1995. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/categoriautilanalisehistorica.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹¹¹ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

¹¹² SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

consensuais como a que se reconheceu, não sem alguma disputa, ao conceito de classe:

A ladainha “classe, raça e gênero” sugere uma paridade entre os três termos que não existe. Enquanto a categoria de “classe” está baseada na complexa teoria de Marx (e seus desenvolvimentos posteriores) sobre a determinação econômica e a mudança histórica, as categorias de “raça” e “gênero” não veiculam tais associações. Não há unanimidade entre os(as) que utilizam os conceitos de classe. Alguns(mas) pesquisadores(as) utilizam as noções de Weber, outros(as) utilizam a classe como uma fórmula heurística temporária. Além disso, quando mencionamos a “classe”, trabalhamos com ou contra uma série de definições que, no caso do marxismo, impliquem uma ideia de causalidade econômica e numa visão do caminho pelo qual a história avançou dialeticamente. Não existe esse tipo de clareza ou coerência nem para a categoria de “raça” nem para a de “gênero”. No caso de “gênero”, o seu uso comporta um elenco tanto de posições teóricas quanto de simples referências descritivas às relações entre os sexos.¹¹³

Introduzir um conceito novo sem uma intencionalidade crítica não produz por si só os efeitos desejados, acabando por vezes apenas reproduzindo discursos retóricos e performáticos por quem o introduz inadvertidamente. É preciso antes entendê-lo, aceitá-lo e internalizá-lo para que possa ser operado como conceito analítico apto à compreensão da realidade e dos fenômenos a ela relacionados, como reinterpretação das narrativas e perspectivas dominantes. Nesse sentido, assevera Joan Scott:

Na sua maioria, as tentativas das(os) historiadoras(es) de teorizar sobre gênero não fogem dos quadros tradicionais das ciências sociais: elas(es) utilizam as formulações antigas que propõem explicações causais universais. Essas teorias tiveram, no melhor dos casos, um caráter limitado por tenderem a incluir generalizações redutoras ou simples demais, que minam não só o sentido da complexidade da causalidade social na forma proposta pela história como disciplina, mas também o engajamento feminista na elaboração de análises que levam à mudança. Um exame crítico destas teorias mostrará os seus limites e permitirá propor uma abordagem alternativa. As abordagens utilizadas pela maioria dos(as) historiadores(as) se dividem em duas categorias distintas. A primeira é essencialmente descritiva, refere-se à existência de fenômenos ou realidades sem interpretá-los, explicá-los ou atribuir-lhes uma causalidade. O segundo uso é de ordem causal: ela elabora teorias sobre a natureza dos fenômenos e das realidades, buscando como e por que assumem a forma que têm.¹¹⁴

O termo gênero para se referir aos estudos “das mulheres” pode também ser adotado muitas vezes como asséptico, desvinculado de uma necessária tomada de

¹¹³ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

¹¹⁴ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

posição política, legitimando as pretensões científicas sem comprometimento ideológico da pesquisa e abordagem pretendida, razão que pode ser apontada pela proliferação do seu uso nos ambientes acadêmicos, sobretudo, nas ciências sociais.

O gênero parece integrar-se à terminologia científica das ciências sociais e, por consequência, dissociar-se da política (pretensamente escandalosa) do feminismo. Neste uso, o termo gênero não implica necessariamente na tomada de posição sobre a desigualdade ou o poder, nem mesmo designa a parte lesada (e até agora invisível). Enquanto o termo “história das mulheres” revela sua posição política ao afirmar (contrariamente às práticas habituais) que as mulheres são sujeitos históricos válidos, o “gênero” inclui as mulheres sem as nomear, e parece assim não se constituir em uma ameaça crítica. Este uso do “gênero” é um aspecto que poderia ser chamado de procura de uma legitimidade acadêmica pelos estudos feministas nos anos 80.¹¹⁵

Compreendemos, contudo, que tais pretensões meramente descritivas e desarticuladas de uma compreensão mais abrangente dos fatores sociais constitutivos das diferenças históricas entre homens e mulheres, que conformam a subjetividade dos indivíduos em matéria de expectativas normativas vinculadas ao sexo, devem ser rejeitadas. Exatamente pelo seu potencial explicativo dos papéis atribuídos historicamente às mulheres (de subordinação e dominação, frise-se), bem como da construção e perpetuação de uma estrutura social hierarquizada nos aspectos binários entre os gêneros, o conceito torna-se necessariamente relacional com elementos históricos, sociais e culturais em cotejamento com demais marcadores de opressão como raça e classe, sem os quais torna-se esvaziado de sentido analítico e crítico.

O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais”: a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos do sexo e da sexualidade, o gênero se tornou uma palavra particularmente útil, porque oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens.¹¹⁶

Em geral, como afirma Joan Scott, o conceito de gênero foi empregado nas teorias feministas em três acepções distintas:

A primeira, um esforço inteiramente feminista que tenta explicar as origens do patriarcado. A segunda se situa no seio de uma tradição

¹¹⁵ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

¹¹⁶ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

marxista e procura um compromisso com as críticas feministas. A terceira, fundamentalmente dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas das relações de objeto, inspira-se nas várias escolas de psicanálise para explicar a produção e a reprodução da identidade de gênero do sujeito.¹¹⁷

A dominação masculina pode ser verificada de três formas distintas: pelo machismo e misoginia; pelo patriarcado; e pelo masculinismo. Enquanto a primeira se dá no nível individual-comportamental, as outras duas formas ocorrem no nível social-estrutural e social-cultural, respectivamente. O machismo e a misoginia se apresentam, portanto, como o conjunto de crenças e adoção de práticas de superioridade “natural” masculina e das vocações “naturais” dos gêneros. Ideias como a de que os homens são fisicamente mais fortes e aptos para certas atividades, a de que os homens são mais racionais para a vida política e que cabem a eles a proteção, a segurança e os proveitos da casa são alguns exemplos da mentalidade que se expressa no nível individual, legitimando a exclusão e a subordinação feminina. No nível mais estrutural, o patriarcado é produto de complexas relações sociais que informam o sistema de normas, expectativas, práticas e violência com o intuito de naturalizar a distinção entre os gêneros, reproduzindo formas de dominação masculina. O masculinismo, por sua vez, expressa-se pelo uso de padrões supostamente “neutros” de competência e seleção que adotam sistematicamente o ponto de vista exclusivo dos homens, favorecendo-os e privilegiando-os, de forma a invisibilizar práticas de dominação masculina.

As categorias universais adotadas pelas epistemologias dominantes perpetuam a superioridade masculina omitindo um sistema de privilégios que beneficiam exclusivamente os homens. Essa é a razão pela qual o projeto feminista, como a defesa da igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres, localizada principalmente pela visão do feminismo liberal da primeira onda, não contempla o projeto contemporâneo dos movimentos feministas mais comprometidos com a transformação do sistema patriarcal e sua estrutura de dominação. É, portanto, mais bem definido como uma luta social, política e intelectual contra a naturalização do gênero e todas as formas de opressão de variados grupos de mulheres e contra a dominação masculina em geral, nas três formas antes tratadas.

¹¹⁷ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica cit.

A distinção entre os conceitos de sexo e gênero teve origem nos estudos médicos realizados com pessoas intersexuais, sobretudo a partir do polêmico caso de David Reimer, uma criança canadense nascida menino que, em 1966, teria sofrido traumas irreversíveis em seu órgão sexual pelo insucesso de uma cirurgia peniana de fimose e que foi submetida ao tratamento terapêutico promovido por John Money.

O psicólogo em questão havia desenvolvido reputação com seu pioneirismo no campo do desenvolvimento sexual e identidade de gênero, defendendo a “teoria da neutralidade de gênero” e que a “identidade de gênero” era desenvolvida principalmente como resultado da aprendizagem social desde a infância, podendo ser alterada com as intervenções apropriadas de comportamento.

Reimer, então, foi operado e passou a ser identificado como menina, tendo recebido o nome de Brenda. Esta foi a primeira cirurgia de redefinição de sexo realizada numa criança até então relatada na literatura médica mundial. Assim, sem jamais ter assimilado uma identidade feminina, Reimer na adolescência assumiu sua identidade de sexo masculina, autodenominando-se David. Com uma história de vida marcada por uma série de turbulências e traumas em razão, inclusive, do tratamento compulsório a que foi compelido por seus pais e médicos a partir de métodos ainda experimentais, cometeu suicídio aos 39 anos, em 5 de maio de 2004.¹¹⁸

A primeira onda do feminismo reconhecia a distinção entre sexo e gênero de um ponto de vista meramente essencialista, em que o masculino e o feminino eram condições relacionadas ao sexo biológico e as discriminações de gênero compreendidas em aspectos binários, apenas como oposição entre homens e mulheres. Trata-se de uma categoria universal de sujeitos que teriam as mesmas características e comportamentos, em que se acreditava que as conquistas por igualdade de direitos atenderiam de forma abrangente todas as mulheres, pela ideia de representação política que se daria, sobretudo, pela conquista do voto feminino.

A partir dos anos 1960, os estudos feministas, especialmente, passam então a afastar o conceito de gênero como “condição natural” relacionada ao sexo constitutivo biologicamente e definido pela anatomia do sistema reprodutor do indivíduo constatada no nascimento. Nessa esteira, a distinção macho e fêmea em

¹¹⁸ Em texto publicado em 1968, intitulado *Sex and gender*, John Money e Robert Stoller afirmaram que “o comportamento sexual e a orientação sexual do sexo macho ou do sexo fêmea não têm um fundamento inato”. Em outro trecho, descrevem que o gênero se refere “a grandes áreas da conduta humana, sentimentos, pensamentos e fantasias que se relacionam com os sexos, mas que não tem uma base biológica” (PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 26-27).

matéria de sexo é considerada mero fato biológico, sendo o gênero, por sua vez, a diferença entre homem e mulher, decorrente da construção sociocultural. Como fato biológico, macho e fêmea não têm vinculação necessária com os papéis sociais, padrões comportamentais ou afetivos, predisposições, capacidades, competências etc. A noção de gênero, por sua vez, é a chave de leitura indispensável como construção sócio-histórico-cultural que impõe sobre cada sexo uma coleção de expectativas e normas que favorecem sistematicamente a dominação masculina e, portanto, a perpetuação da opressão feminina.

A contribuição de Simone de Beauvoir, teórica identificada como responsável pela transição da primeira para a segunda onda do feminismo, sobretudo pelo novo conceito de gênero que introduziu, foi fundamental para essa distinção, conforme assinalamos ao tratarmos da segunda onda no tópico anterior. Como afirmam Silvia Pimentel e Alice Bianchini, referindo-se ao novo conceito gestado durante a segunda onda: “[...] gênero aprimora-se como construção social, e inúmeras teorias sofisticadas sobre o tema foram desenvolvidas a partir da crítica em relação à naturalização das desigualdades entre homens e mulheres”.¹¹⁹

Nesse sentido, o nascimento como fato biológico do indivíduo pertencente à espécie depende exclusivamente da constatação do tipo específico de aparelho reprodutor e da fisiologia hormonal que caracteriza a distinção entre macho e fêmea, enquanto o gênero explicaria melhor que ser homem ou ser mulher depende de uma estrutura social, histórica e cultural que propicia a internalização, em cada indivíduo, dos papéis sociais, padrões comportamentais, predisposições de capacidades e competências, das normas e expectativas construídas e impostas socialmente, identificando-os com o masculino e o feminino.

Gênero, na segunda onda, portanto, passa a ser compreendido como “categoria de análise e instrumento de opressão construído nas relações sociais, a partir das diferenças entre os sexos”,¹²⁰ ou seja, a ruptura com a perspectiva essencialista sobre o gênero permitiu que fossem reconhecidos “os símbolos culturalmente desenvolvidos que se traduzem, em especial, na divisão binária dos indivíduos e em conceitos normativos androcêntricos”.¹²¹

¹¹⁹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 36.

¹²⁰ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 34.

¹²¹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 35.

Com a chegada da terceira onda, no entanto, principalmente a partir das críticas lançadas por Judith Butler,¹²² o conceito de gênero até então desenvolvido passa a ser desconstruído, tendo em vista contemplar por uma perspectiva binária a oposição entre o masculino e o feminino, não abarcando as distintas identidades de gênero que só podem ser compreendidas com a superação da diferença sexual, diante da fluidez do gênero e de “um contingente vasto e dinâmico de pessoas que comprovam a falsidade dessa determinação, como o 1,7% da população mundial com algum tipo de intersexualidade, reconhecida e definida pela Organização Mundial da Saúde da ONU”.¹²³

Questões ligadas à intersexualidade e à transgeneridade demandam uma nova leitura sobre o conceito de gênero, a fim de incluir a pluralidade de mulheres, desvinculando-se dos discursos normativos sobre sexo e gênero e seu caráter hierarquizante que a concepção binária possui sobre os indivíduos, excluindo e invisibilizando, assim, o reconhecimento de múltiplas identidades, por exemplo: lésbicas, *gays*, bissexuais, pessoas transgêneras e pessoas intersexuais.¹²⁴ O conceito de gênero, tal como aparece em Simone de Beauvoir, como construção social, histórica e cultural é criticada também por Monique Wittig¹²⁵ como fundada politicamente sobre a ideia de “contrato heterossexual” e “heterossexualidade politicamente compulsória”, demonstrando como a questão estava inserida no âmbito da biopolítica e da administração e gestão de corpos femininos. Teresa de Lauretis,¹²⁶ importante representante dos estudos pós-identitários e da teoria *queer*,¹²⁷ na mesma linha de desconstrução do gênero, desenvolve a expressão “tecnologias sexuais”, chamando a atenção para “o risco de considerarmos gênero apenas a derivação direta da diferenciação sexual e sinaliza os modos pelos quais pode ser incluído na diferença

¹²² BUTLER, Judith. Atos performativos e a formação dos gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 213-230.

¹²³ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 51.

¹²⁴ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 49-51.

¹²⁵ WITTIG, Monique. Não se nasce mulher. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 83-92.

¹²⁶ LAURETIS, Teresa. A tecnologia de gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 121-155.

¹²⁷ LAURETIS, Teresa. Teoria *queer*, 20 anos depois: identidade, sexualidade e política. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 397-409.

sexual como uma tecnologia de efeitos de linguagem, ou como puro imaginário – não relacionado ao real”.¹²⁸

1.3.3 A interseccionalidade e a filtragem decolonial na teoria crítica feminista

Na contemporaneidade, as disputas teóricas e ideológicas entre os ramos do feminismo ainda subsistem, tendo sido de algum modo reformulados a partir das críticas oferecidas da passagem de uma onda a outra, podendo ser compreendidas a partir de um conjunto de visões acerca de um movimento teórico e político heterogêneo que tenta explicar de formas distintas a perpetuação das desigualdades de gênero nas sociedades do século XXI. Dessarte, podemos mencionar as principais vertentes atuais do feminismo (ressaltando a existência da diversidade e multiplicidade dentro de um mesmo ramo): feminismo liberal, feminismo radical, feminismo marxista, feminismo negro, feminismo interseccional e feminismo decolonial.

O feminismo liberal, entre várias autoras, é defendido por Susan Okin e Martha Nussbaum, identificando-se com as reivindicações por igualdade de direitos e oportunidades ocorridas na primeira onda, sendo a liberdade (no sentido não apenas formal, mas substantivo) e o consentimento os valores mais importantes que devem orientar as estratégias políticas e jurídicas contra as desigualdades de gênero. Essa é a concepção com menor recepção entre os demais ramos do feminismo, pois são consideradas críticas e propostas menos consistentes em matéria de ruptura com a estrutura social e econômica que reproduzem práticas de discriminação e dominação de gênero, razão pela qual o feminismo liberal é identificado com o conservadorismo, dentro do espectro político-ideológico.

A abordagem do feminismo radical, proposta encontrada nas teorias de Catherine Mackinnon, Andrea Dworkin e Betty Friedan, define-se como uma luta não por igualdade entre homens e mulheres, mas pela superação de um sistema estruturado no gênero com a derrubada e superação do patriarcado, identificados os elementos culturais e simbólicos que formam crenças e normas sociais típicas da dominação masculina e que oprimem todas as mulheres, independentemente de sua diversidade e pluralidade. Essa ideia de universalização do sistema de opressão que

¹²⁸ HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais cit.*, p. 12.

defende o feminismo radical foi o principal alvo da crítica que recebeu das teóricas do feminismo socialista e do feminismo negro.

Para as feministas radicais, por exemplo, questionar a opressão de gênero significava contrapor a generalização do que é ser mulher e do que representa socialmente o feminino, através da reforma da linguagem e dos valores patriarcais. Porém, essa teorização foi bastante questionada por outros movimentos feministas, uma vez que o pensamento radical centralizou o gênero como fonte de toda a opressão sofrida pelas mulheres, desconsiderando as pluralidades e realidades. Dessa forma, a reivindicação radical não questionava outros marcadores sociais como raça, classe e sexualidade, e acabou por reforçar os padrões de sexo-gênero, levando as outras feministas a questionarem a limitação do pensamento feminista radical e como ele acabaria por reforçar os estereótipos que elas mesmas desejavam combater.¹²⁹

Representado notadamente pelas teóricas Angela Davis, Silvia Federici e Heleieth Saffioti, o feminismo marxista, cunhado a partir da leitura de Karl Marx e Friedrich Engels,¹³⁰ percebe o patriarcado moderno a partir de uma concepção materialista concreta, ou seja, como uma estratégia de exploração capitalista que divide pelo gênero a divisão sexual do trabalho: produtivo masculino e o reprodutivo feminino. O trabalho reprodutivo remunerado é aquele, em geral, representado pelas atividades realizadas por mulheres subalternizadas e afetas ao âmbito do cuidado (empregadas domésticas, enfermeiras, cuidadoras, professoras etc.) e o não remunerado é um tipo de exploração capitalista que invisibiliza e não reconhece certas atividades de mulheres como trabalho, realizadas como manutenção da vida e da reprodução biológica (cuidado com filhos, idosos, preparo dos alimentos, organização do lar etc.).

O conceito de proletariado passa a incorporar, portanto, as condições de trabalho e exploração que se seguiram no pós-guerra e que colocam a mulher como dupla vítima da relação entre sistema capitalista e o patriarcado: desigualdade de tratamento nos trabalhos produtivos realizados por mulheres em relação às mesmas atividades desempenhadas por homens, a desvalorização do trabalho reprodutivo

¹²⁹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 37-38.

¹³⁰ “A obra de Engels (ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014) se tornou ponto de referência para as primeiras abordagens marxistas do feminismo. No mencionado trabalho, Engels traça historicamente o surgimento da família burguesa e o processo de divisão sexual do trabalho, em que a mulher foi forçada à servidão doméstica. Nesse sentido, destaca-se a famosa frase do pensador alemão: ‘A primeira oposição de classe que aparece na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher no casamento monogâmico, e a primeira opressão de classe coincide com aquela do sexo feminino pelo masculino’” (PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 41, nota n.º 49).

remunerado exercido quase que exclusivamente por mulheres pertencentes às camadas sociais menos favorecidas e o não reconhecimento como trabalho das atividades reprodutivas não remuneradas.

O feminismo negro, por sua vez, a partir de importantes contribuições de autoras como Kimberlé Crenshaw e Patricia Hill Collins, chama a atenção para o fato de que o feminismo radical atual como uma categoria universal mulher e as denúncias que oferecerem contra o patriarcado atendem particularidades exclusivas de algumas mulheres, ignorando as situações mais graves a que a maioria está submetida, como as mulheres negras, caracterizadas por múltiplas formas de opressão que se interseccionam.

[...] as teóricas feministas negras responderam ao movimento radical com a afirmação de que o movimento feminista majoritariamente branco, privilegiado pela estrutura econômica e social tomava como preocupação apenas as questões concernentes a “amor e sexo”. Para tanto, as teóricas feministas negras questionaram a consciência e a representação que o feminismo possuía até então, chamando a atenção para a necessidade de o movimento feminista reconhecer não apenas a mulher negra como parte da sociedade e do feminismo, como também que a raça é condição de discriminação a ser igualmente combatida.¹³¹

Com exceção do feminismo liberal, as demais vertentes localizam-se, apesar de algumas divergências internas, no espectro político-ideológico identificado com a esquerda, o que pode justificar, em razão da polarização política em que nos encontramos atualmente e do avanço do reacionarismo, uma tendência crescente no Brasil de estigmatizar e deslegitimar as pautas feministas, inclusive com o aumento da criminalização dos movimentos sociais feministas como tentativa de silenciamento e perseguição a grupos representados simbolicamente pela militância política de esquerda, profundamente atuante e combativa no cenário social e político.

Diante da multiplicidade de abordagens teóricas do movimento feminista contemporâneo, passaremos a abordar duas das quais consideramos centrais para o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica feminista no Brasil: o feminismo interseccional e o decolonial. Antes, contudo, impõe-se esclarecermos a justificativa pela qual entendemos necessárias tais escolhas como suporte epistemológico acerca dos empreendimentos a que nos propusemos nesta pesquisa a fim de contribuir para

¹³¹ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)* cit., p. 38.

a construção e o aperfeiçoamento de um paradigma hermenêutico para as decisões judiciais com recorte de gênero a serem adotadas pelo sistema de justiça brasileiro.

O contexto brasileiro demanda particularidades históricas, sociais, culturais e econômicas que devem ser levadas a sério na análise dos aspectos fundamentais que informam nossa sociabilidade e subjetividade não libertas do pacto colonial e do liberalismo político. Ademais, toda proposta teórica que tenha como objetivo desfazer nossas contradições internas marcadas pelo escravismo, racismo e sexismo, por meio de propostas ilusórias em busca de uma racionalidade decisória a ser observada pelos agentes estatais jurisdicionais, será, antes, uma forma de escamotear as impossibilidades reais de um pacto emancipatório, promovendo no máximo um verniz de igualdade com base em universalismos que só mantêm intacto o *status quo* de perpetuação das lógicas de opressão e marginalização contra grupos subalternos e vulnerabilizados.

Apesar da alcunha de uma proposta hermenêutica feminista para a decisão judicial, nossas pretensões são antes de denúncia dos fracassos das tentativas teóricas jurídicas até aqui difundidas, demonstrando que, em geral, estão, consciente ou inconscientemente, construídas sobre um terreno pavimentado em condições jamais superadas desde o pacto colonial. Tais condições traduzem-se em assimetrias e hierarquias forjadas pela dominação e subordinação de grupos subalternizados até hoje, inclusive com a convivência das instituições democráticas e da doutrina jurídica, importantes agentes de legitimação da perpetuação da agenda política liberal, do individualismo e patrimonialismo burguês e não superação da exclusão e exploração escravista, cunhados em paradigmas coloniais, como mais tarde veremos.

O feminismo interseccional começou a ser desenvolvido a partir do estudo feminista negro ainda durante a segunda onda do feminismo e da desconstrução da categoria mulher como sujeito universal pela insuficiência que apresenta na identificação das peculiaridades e singularidades que marcam a pluralidade e diversidade de mulheres em contextos sociais e espaços geográficos distintos. Abandonando a perspectiva de gênero como conceito analítico exclusivo da compreensão das desigualdades entre homens e mulheres, o patriarcado estrutural ocorre de forma relacional com outras dimensões sociais em diferentes camadas que se intersectam na produção de opressões e discriminações, propiciando maior visibilidade a fatores históricos, geopolíticos, econômicos, culturais, religiosos e étnicos que demandam considerá-los em integração nas mais diversas lutas e

necessidades específicas das mulheres no plano pragmático existencial e em face de um saber situado das experiências concretas e corporificadas pelo ser feminino em suas diferentes dimensões.

O conceito de interseccionalidade foi desenvolvido pela professora estadunidense Kimberlé Crenshaw¹³² a partir de sua sensível percepção nos estudos raciais críticos e feministas, que apontavam a dificuldade de denunciar práticas concretas antidiscriminatórias pela ausência de uma explicação teórica mais bem desenvolvida, que permitisse demonstrar o cruzamento de distintos marcadores sociais em diferentes identidades, como raça, gênero e outros como classe, orientação sexual, idade e religião. Esses elementos interagem de maneira dinâmica em diversos eixos de subordinação dentro dos sistemas discriminatórios, cujas consequências, nos aspectos estruturais e estruturantes para a perpetuação de opressões, deveriam antes ser reveladas, compreendidas e assimiladas visando sua melhor elucidação e combate. A autora, sem pretensão de construir uma nova teoria totalizante da identidade,¹³³ chamou a atenção para a insuficiência das propostas feministas que apontavam no gênero a questão central de análise das diferenças, quando, em verdade, tal pretensão invisibiliza a realidade da mulher não branca, privilegiando um padrão de reivindicações que só diziam respeito às mulheres brancas, heterossexuais, provindas das camadas mais privilegiadas da sociedade, aprofundando a marginalização de grupos subalternizados nos discursos de resistência dominantes.

Foi observando a realidade de mulheres imigrantes vítimas de violência doméstica, a partir das alterações promovidas em 1990 pelo Congresso americano que aperfeiçoaram as medidas contra fraudes matrimoniais da Lei de Imigração e Nacionalidade, que se passou a exigir que o requerimento para o “*status* permanente do imigrante” fosse assinado por ambos os cônjuges, após pelo menos dois anos de casamento, como condição de inscrição ao reconhecimento de residência

¹³² Professora de Direito da Universidade da Califórnia e da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, e uma importante pesquisadora e ativista norte-americana nas áreas dos direitos civis, da teoria legal afro-americana e do feminismo. É também responsável pelo desenvolvimento teórico do conceito da interseção das desigualdades de raça e de gênero. O trabalho de Kimberlé Crenshaw influenciou fortemente a elaboração da cláusula de igualdade da Constituição da África do Sul. Ver: CRENSHAW, Kimberlé Willian. Mapping the margins: intersectionality, identity politic and violance against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-1299, 1991.

¹³³ Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/mapping-the-margins-intersectionality-identity-politics-and-violence-against-women-of-color-kimberle-crenshaw1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

permanente. O que se viu a partir de então foi um efeito perverso: a sujeição dessas mulheres a ambientes domésticos hostis e de profunda violência doméstica, a fim de evitar a deportação e seus efeitos, tornou-as mais vulneráveis a agressões, impedindo-as de exercer o direito à renúncia, uma vez que se encontravam mais vulneráveis quanto ao acesso aos órgãos de denúncia por diversos fatores, sendo constantemente ameaçadas por não conseguirem êxito no pedido de permanência. Tal realidade recaiu mais intensamente sobre mulheres social e economicamente mais marginalizadas, sobretudo mulheres imigrantes negras em comparação com as racialmente privilegiadas.¹³⁴

No entanto, a partir do famoso caso envolvendo uma ação judicial contra práticas discriminatórias promovida por uma empresa em defesa de um coletivo de mulheres negras contra a empresa General Motors,¹³⁵ Kimberlé Crenshaw pôde

¹³⁴ Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/mapping-the-margins-intersectionality-identity-politics-and-violence-against-women-of-color-kimberle-crenshaw1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

¹³⁵ O caso foi o seguinte, conforme expõe Kimberlé Crenshaw: “Foi um processo movido pela empresa De Graffen Reed contra a General Motors, nos Estados Unidos. Várias mulheres afro-americanas afirmavam ter sido discriminadas pela General Motors, porque, segundo elas, a empresa se recusava a contratar mulheres negras. A discriminação não era incomum em muitos contextos industriais. Indústrias segregavam as pessoas em função de sua raça, de seu gênero etc. Havia empregos para negros, mas esses empregos eram só para homens. Havia empregos para mulheres, mas esses empregos eram só para mulheres brancas. Na General Motors, os empregos disponíveis aos negros eram basicamente o de postos nas linhas de montagem. Ou seja, funções para homens. E, como ocorre frequentemente, os empregos disponíveis a mulheres eram empregos nos escritórios, em funções como a de secretária. Essas funções não eram consideradas adequadas para mulheres negras. Assim, devido à segregação racial e de gênero presente nessas indústrias, não havia oportunidades de emprego para mulheres afro-americanas. Por essa razão, elas moveram um processo afirmando que estavam sofrendo discriminação racial e de gênero. O problema é que o tribunal não tinha como compreender que se tratava de um processo misto de discriminação racial. O tribunal insistiu para que as mulheres provassem, primeiramente, que estavam sofrendo discriminação racial e, depois, que estavam sofrendo discriminação de gênero. Isso gerou um problema óbvio. Inicialmente, o tribunal perguntou: ‘Houve discriminação racial?’ Resposta: ‘Bem, não. Não houve discriminação racial porque a General Motors contratou negros, homens negros’. A segunda pergunta foi: ‘Houve discriminação de gênero?’. Resposta: ‘Não, não houve discriminação de gênero’. A empresa havia contratado mulheres que, por acaso, eram brancas. Portanto, o que o tribunal estava dizendo, essencialmente, é que, se a experiência das mulheres negras não havia sido a mesma dos homens negros e que se a sua discriminação de gênero não havia sido a mesma sofrida por mulheres brancas, basicamente elas não haviam sofrido qualquer tipo de discriminação que a lei estivesse disposta a reconhecer. Por essa razão, as mulheres negras foram informadas de que seu processo por discriminação não tinha fundamento. Como vocês podem ver, as mulheres negras se viram diante da situação de ter sofrido uma discriminação racial baseada unicamente nas experiências de homens afro-americanos e uma discriminação de gênero baseada unicamente nas experiências de mulheres brancas. O resultado final foi que as mulheres negras não conseguiram apresentar provas separadas de discriminação racial e de gênero. Obviamente, porque a discriminação racial e de gênero não estava sendo sofrida por todas as pessoas, somente por elas. O tribunal afirmou, posteriormente, que elas não poderiam combinar seu processo, pois isso lhes conferiria privilégios, uma preferência em relação a mulheres brancas e aos homens afro-americanos” (Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253342/mod_resource/content/1/InterseccionalidadeNaDiscriminacaoDeRacaEGenero_KimberleCrenshaw.pdf. Acesso em: 30 out. 2022).

compreender que as políticas antirracistas em geral ignoravam diferenças significativas entre o racismo sofrido por homens e mulheres, enquanto as medidas contra o patriarcado e o machismo também invisibilizavam importantes disparidades entre mulheres brancas e negras. Nesse sentido, afirma a autora: “Como as mulheres não brancas vivenciam o racismo de maneiras nem sempre as mesmas que as experimentadas por homens não brancos e sexismo de maneiras nem sempre paralelas às experiências das mulheres brancas”, por essa razão, conforme menciona a autora, “o antirracismo e o feminismo são limitados, mesmo em seus próprios termos”.¹³⁶

Assim, tanto as questões de gênero como as raciais têm lidado com a diferença. O desafio é incorporar a questão de gênero à prática dos direitos humanos e a questão racial ao gênero. Isso significa que precisamos compreender que homens e mulheres podem experimentar situações de racismo de maneiras especificamente relacionadas ao seu gênero. As mulheres devem ser protegidas quando são vítimas de discriminação racial, da mesma maneira que os homens, e devem ser protegidas quando sofrem discriminação de gênero/racial de maneiras diferentes. Da mesma forma, quando mulheres negras sofrem discriminação de gênero, iguais às sofridas pelas mulheres dominantes, devem ser protegidas, assim quando experimentam discriminações raciais que as brancas frequentemente não experimentam. Esse é o desafio da interseccionalidade.¹³⁷

A recepção do feminismo interseccional na teoria feminista tem encontrado importante ressonância em inúmeras abordagens teóricas contemporâneas pela utilidade analítica e política no tratamento de questões sociais inter-relacionadas, a exemplo dos estudos de Patrícia Hill Collins¹³⁸ e da brasileira Carla Akotirene.¹³⁹ O conceito de interseccionalidade é assim descrito por Collins:

A interseccionalidade investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais na vida cotidiana. Como ferramenta analítica, a interseccionalidade considera que as categorias de raça, classe, gênero, orientação sexual, nacionalidade, capacidade, etnia e faixa etária – entre outras – são inter-relacionadas e moldam-se mutuamente. A interseccionalidade é uma forma de

¹³⁶ Disponível em: <https://medium.com/revista-subjetiva/mapeando-as-margens-interseccionalidade-pol%C3%ADticas-de-identidade-e-viol%C3%A2ncia-contras-mulheres-n%C3%A3o-brancas-21aa0584633b>. Acesso em: 30 out. 2022.

¹³⁷ Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253342/mod_resource/content/1/InterseccionalidadeNaDiscriminacaoDeRacaEGenero_KimberleCrenshaw.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

¹³⁸ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

¹³⁹ AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. Coordenação de Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Coletânea Feminismos plurais.)

entender e explicar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas.¹⁴⁰

Como ferramenta analítica e crítica, a interseccionalidade busca compreender questões e problemas sociais distintos, mas inter-relacionados, superando os desafios dos movimentos anteriores cujas categorias de análise e de ação política eram fragmentárias: “[...] raça no movimento em favor dos direitos civis; gênero no movimento feminista; classe no movimento sindical”.¹⁴¹ Mais do que uma chave conceitual descritiva para uma nova concepção teórica do feminismo (o que ele é), a interseccionalidade tem a importante contribuição de demonstrar o que ela efetivamente promove (o que ele faz): uma abordagem que revela as relações cruzadas e estruturais que ocorrem na dinamicidade dos sistemas fundados no patriarcado, no racismo, em que ora são produtos, ora produtores dos efeitos econômico-sociais do capitalismo e sua dimensão contemporânea cunhada pelo avanço do neoliberalismo e de uma visão cosmopolita ocidental global, que mascara, pelo discurso da globalização, a continuidade do projeto hegemônico imperialista dos países do Norte Global. Nessa esteira, assevera Collins:

Os Estados democráticos que adotaram políticas neoliberais identificam o Estado forte não como solução para a desigualdade social, mas como uma de suas causas. Seguindo o princípio econômico do gotejamento, que afirma que cortes de impostos de empresas e gente rica estimulam os investimentos no curto prazo e beneficiam a sociedade como um todo no longo prazo, essas políticas desejam menos interferências do governo no mercado, supondo que as políticas neoliberais reduzirão a desigualdade social, expandindo o mercado e oferecendo mais oportunidades a todos. A desigualdade social global cresceu ao mesmo tempo que o Estado social-democrata enfraqueceu.¹⁴²

No Brasil, a recepção da interseccionalidade como instrumento analítico foi fundamental na concepção e organização do movimento identitário negro, diante da realidade complexa e inter-racial que foi histórica e sistematicamente negada pela chamada “identidade nacional brasileira”, construída a partir de uma suposta democracia racial, mito constitutivo de nosso colonialismo que nega a existência de categorias raciais, apagando a raça ou o racismo como critério de produção das desigualdades sociais.

¹⁴⁰ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade* cit., p. 15-16.

¹⁴¹ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade* cit., p. 17.

¹⁴² COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade* cit., p. 37.

A partir das críticas lançadas contra essa mentalidade catapultada no ideário de apagamento da negritude como categoria política, mulheres jovens negras assumem o protagonismo no debate público contemporâneo, cultivando o resgate da identidade feminista negra e a necessidade de autodefinição, em um esforço extenuante e combativo na reconstrução de uma identidade política coletiva “negra” como importante ferramenta cultural da luta antirracista, com enfoque nas vivências e experiências situadas da mulher negra no Brasil, como grupo social marcado por desigualdades e discriminações. Nesse sentido, a disseminação do conceito “lugar de fala”¹⁴³ ganha repercussão e se populariza no Brasil por meio da obra que recebeu o mesmo nome, escrita pela ativista negra, recém-empossada para a Academia Paulista de Letras, Djamila Ribeiro.

Apesar de polêmico, sobretudo pelas distorções e incompreensões ao ser inserido no debate público, é preciso advertir que esse termo foi cunhado muito antes da publicação que ganhou notoriedade no Brasil, notadamente a partir das obras *Pode o subalterno falar?*,¹⁴⁴ publicada pela primeira vez em 1985, de Gayatri Spivack, professora indiana e influente teórica dos estudos pós-coloniais nos Estados Unidos; e *O problema de falar pelos outros*,¹⁴⁵ da filósofa panamenha, Linda Alcoff. Reivindicando o direito à cidadania de grupos historicamente subalternizados, compreendem que assumir o discurso direto, sem mediação, “é central nas políticas dos feminismos que se sentem excluídos da universalidade dos feminismos brancos heteronormativos”.¹⁴⁶ Por lugar de falar, portanto, entende-se “o conceito segundo o qual se defende que a pessoa que sofre preconceito fale por si, como protagonista da própria luta e movimento, pleiteando o fim da mediação e, conseqüentemente, da representação”.¹⁴⁷

O conceito é retomado por Djamila Ribeiro a partir das autoras mencionadas e em diálogo constante com o pensamento feminista negro de Patricia Hill Collins e Grada Kilomba.¹⁴⁸ É importante assumi-lo como papel crítico de denúncia do apagamento e invisibilização de saberes e vivência experienciada por grupos subalternos e, ainda, como recuperação do direito de existência digna que se traduz

¹⁴³ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Edição Kindle.

¹⁴⁴ SPIVAK, Gayatri. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

¹⁴⁵ ALCOFF, Linda. The problem of speaking for others. *Cultural Critique*, n. 20, p. 5-32, 1991-1992.

¹⁴⁶ HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais cit.*, p. 14.

¹⁴⁷ HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais cit.*, p. 1414.

¹⁴⁸ KILOMBA, Grada. *Plantation memories: episodes of everyday racism*. Münster: Unrast Verlag, 2012.

pelo direito à voz e ocupação dos espaços reservados aos mais privilegiados na hierarquia social:

É aí que entendemos que é possível falar de lugar de fala a partir do *feminist stand-point*: não poder acessar certos espaços acarreta a não existência de produções e epistemologias desses grupos nesses espaços; não poder estar de forma justa nas universidades, meios de comunicação, política institucional, por exemplo, impossibilita que as vozes dos indivíduos desses grupos sejam catalogadas, ouvidas, inclusive, até em relação a quem tem mais acesso à internet. O falar não se restringe ao ato de emitir palavras, mas poder existir. Pensamos lugar de fala como refutar a historiografia tradicional e a hierarquização de saberes consequente da hierarquia social.¹⁴⁹

Nesse sentido, devemos compreender o conceito de “lugar de fala” não do ponto de vista das experiências do indivíduo, mas a partir das condições sociais e da estrutura de opressão em que está inserido. Como bem adverte Djamila: “O fato de uma pessoa ser negra não significa que ela saberá refletir crítica e filosoficamente sobre as consequências do racismo”.¹⁵⁰ Trata-se de uma abordagem estrutural que busca preencher o não lugar (ou lugar de silenciamento) de alguns grupos em que suas humanidades não foram reconhecidas, levando-se em conta o lócus social e identificando-se a matriz de dominação que confere legitimidade apenas a quem pertence ao grupo localizado no poder.

A teoria do ponto de vista feminista e lugar de fala nos faz refutar uma visão universal de mulher e de negritude, e outras identidades, assim como faz com que homens brancos, que se pensam universais, se racializem, entendam o que significa ser branco como metáfora do poder, como nos ensina Kilomba. Com isso, pretende-se também refutar uma pretensa universalidade. Ao promover uma multiplicidade de vozes, o que se quer, acima de tudo, é quebrar com o discurso autorizado e único, que se pretende universal. Busca-se aqui, sobretudo, lutar para romper com o regime de autorização discursiva.¹⁵¹

Negando a existência de hierarquia de opressões, a expressão assume um poderoso instrumento de luta na perspectiva do feminismo interseccional, pois permite refutar universalismos discursivos como se houvesse uma luta única comum de todas as mulheres independentemente da posição ocupada por cada grupo no espaço-tempo, propiciando melhor compreensão do *status quo* discriminatório, com o cruzamento de raça, gênero, classe e sexualidade. É nesse contexto de edificação de

¹⁴⁹ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala* cit., p. 535.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala* cit., p. 567.

¹⁵¹ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala* cit., p. 592.

novas epistemologias que surge a ruptura com as teorias críticas produzidas no Norte Global, sobretudo na Europa e Estados Unidos, pois, se o conceito de interseccionalidade produziu avanços importantes, era preciso descolonizá-lo, acrescentando as condições específicas de mulheres cuja opressão também é marcada pelos intensos processos de apropriação por desposseção¹⁵² colonial, propondo uma revisão epistemológica radical das teorias feministas eurocentradas, privilegiando o resgate dos saberes originários e das narrativas ancestrais que sofreram processo de apagamento e silenciamento com a colonialidade.

Assim, o conhecimento pós-colonial conclama ativistas e teóricas a romperem com a importação acrítica de abordagens que não dialogam com os problemas sociais pertencentes aos países que compõem o Sul Global, ou seja, de capitalismo periférico e modernidade tardia, que passaram por processos de colonização na América Latina, Ásia e África, por exemplo. Nesta pesquisa, apontamos para a necessidade de adotar uma proposta epistemológica decolonial como paradigma de um conhecimento do direito e constitutiva de uma hermenêutica jurídica crítica, avisando a superação de abordagens históricas eurocêtricas, patriarcais e capitalistas como narrativas vencedoras que buscam explicar o mundo e a verdade como algo dado objetivamente e fruto de um grande consenso civilizacional do qual não temos como transpor ou até mesmo contrapor-se.

O chamado “giro decolonial”, que produziu importante reformulação nas teorias feministas, também denominadas abordagens decoloniais,¹⁵³ ocorreu simultaneamente ao desenvolvimento da interseccionalidade e da compreensão de que não era mais possível uma pauta comum concernente à igualdade de gênero, dadas as assimetrias sociais, étnicas, contextuais e geográficas que marcavam particularidades contingenciais acerca de subgrupos de mulheres e suas especificidades, que não mais poderiam ser atendidas pela lógica de um movimento que se pretendia universal e global, sob pena de se manter intacta a perpetuação de

¹⁵² HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

¹⁵³ Importante esclarecimento sobre as diferenças constitutivas das expressões colonialismo/colonialidade e decolonial/descolonial pode ser encontrada em: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais* cit., p. 16-17: “Enquanto o colonialismo denota uma relação política e econômica de dominação colonial de um povo ou nação sobre outro, a colonialidade se refere a um padrão de poder que não se limita às relações formais de dominação colonial, mas envolve também as formas pelas quais as relações intersubjetivas se articulam a partir de posições de domínio e subalternidade de viés racial. A distinção entre decolonial e descolonial segue a mesma lógica. A supressão da letra ‘s’ marcaria a diferença entre a proposta de rompimento com a colonialidade em seus múltiplos aspectos e a ideia do processo histórico de descolonização”.

sistemas de opressão que não são satisfatoriamente combatidos por leis e políticas públicas antidiscriminatórias sob as camadas mais marginalizadas da população.

Muitas vezes identificadas com a emergência de uma quarta onda do feminismo, as reivindicações dos movimentos feministas ganham nova dimensão, especialmente com a ampliação do espaço público como ambiente de luta que opera no ambiente virtual e a partir de novas estratégias que rompem com a simples luta por representação política: os sujeitos políticos desprendem-se da política *stricto sensu*, pois não há mais a necessidade de vínculos particularmente partidários ou ideológicos como intermediários políticos de representação das agendas reivindicatórias: trata-se da passagem “do universal abstrato para o universal concreto”.¹⁵⁴

Autoras latino-americanas, como a argentina María Lugones¹⁵⁵ e a brasileira Lélia Gonzales,¹⁵⁶ desenvolveram teorias feministas decoloniais que se tornaram importantes cânones feministas e de leitura obrigatória para compreender o pensamento decolonial em seus respectivos países de origem. Representando a filosofia feminista africana, destacamos os estudos realizados por Oyèrónké Oyěwùmí¹⁵⁷ em que parte da rejeição do patriarcado como categoria transcultural e também do gênero como explicação que não encontra ressonância na sociedade iorubá no período pré-colonial, sendo, portanto, insuficientes como modelos teóricos explicativos para as sociedades tribais, pois baseados em premissas universalizantes e eurocentradas.

O feminismo decolonial, portanto, pode ser assim definido:

O feminismo decolonial é um movimento que oferece uma nova perspectiva de análise para entendermos de forma mais complexa as relações e entrelaçamentos de “raça”, sexo, sexualidade, classe e geopolítica. Ele se volta para os problemas gerados pelas relações coloniais – em que se inserem a escravização e seus efeitos deletérios – e, também, para as imaginações emancipatórias elaboradas neste mundo, em que a questão de raça se impôs de forma visceral.¹⁵⁸

¹⁵⁴ HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais cit.*, p. 12.

¹⁵⁵ LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 53-83; e LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

¹⁵⁶ GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Organização Flavia Rios e Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020; e GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 15, n. 1, p. 66-89, 2021.

¹⁵⁷ OYĒWÚMÍ, Oyèrónké. *A invenção das mulheres: construindo um sentido africano para os discursos ocidentais de gênero*. Tradução Wanderson Flor do Nascimento. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

¹⁵⁸ PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s) cit.*, p. 113.

María Lugones propõe uma releitura das tradicionais abordagens sobre gênero e raça, buscando compreendê-las a partir da própria modernidade capitalista colonial moderna, em que a imposição colonial do gênero atravessa questões diversas, tais como: ecologia, economia, governo, relacionando-se diretamente com o mundo espiritual e com o conhecimento, “cruzando práticas cotidianas que tanto nos habituam a cuidar do mundo como a destruí-lo”.¹⁵⁹ Em suas palavras, explica-nos o que propõe acerca de uma agenda feminista decolonial:

Proponho o sistema moderno colonial de gênero como uma lente através da qual aprofundar a teorização da lógica opressiva da modernidade colonial, seu uso de dicotomias hierárquicas e de lógica categorial. Quero enfatizar que a lógica categorial dicotômica e hierárquica é central para o pensamento capitalista e colonial moderno sobre raça, gênero e sexualidade. Isso me permite buscar organizações sociais nas quais pessoas têm resistido à modernidade capitalista e estão em tensão com esta lógica.¹⁶⁰

Para María Lugones, modernidade é uma forma de explicação ontológica do mundo “em termos de categorias homogêneas, atômicas, separáveis”.¹⁶¹ Apesar de a crítica ao universalismo que essa visão projeta ter sido assimilada corretamente pelo feminismo contemporâneo interseccional, não aprofundou a questão dicotômica central que atravessa todas as formas de discriminação da modernidade colonial: a distinção hierarquizada entre o humano e o não humano, imposta ao colonizado nas Américas em favor do homem ocidental (europeu burguês), representando os interesses exclusivos do colonizador. O reconhecimento como não humano ocorreu a partir do absoluto domínio sobre os nativos indígenas, pela escravização de povos africanos e pela colonização de gênero, tornando-se, assim, a hierarquização dicotômica entre humanos e não humanos ferramenta normativa para condenar os colonizados, tendo a figura do macho europeu (“perfeição masculina”) e sua cultura como modelo de implementação de um paradigma que condicionava quem poderia ser tratado como igual e, portanto, considerado humano, interpretando a realidade de uma perspectiva “civilizadora”.¹⁶² Acrescenta, ainda, quanto ao papel da catequização cristã na missão civilizadora dos colonizados, em que as mulheres e sua sexualidade eram ameaça constante contra o bem, *ultima ratio* dos processos de colonização:

A confissão cristã, o pecado e a divisão maniqueísta entre o bem e o mal serviam para marcar a sexualidade feminina como maligna, uma

¹⁵⁹ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 935.

¹⁶⁰ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 935.

¹⁶¹ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 935.

¹⁶² LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 936.

vez que as mulheres colonizadas eram figuradas em relação a Satanás, às vezes como possuídas por Satanás.¹⁶³

A mentalidade colonial, segundo afirma a autora, com apoio em Aníbal Quijano, encontrou terreno fértil para o desenvolvimento do sistema de poder capitalista, que produz, a partir da inter-relação racialização e exploração, formas bem-sucedidas de impor um modelo hegemônico global, acrescentando a colonialidade de gênero como fundamental para a compreensão dos processos de desumanização e “sujeitificação”. Nesse sentido, afirma que: “Descolonizar o gênero é necessariamente uma práxis. É decretar uma crítica da opressão de gênero racializada, colonial e capitalista heterossexualizada visando uma transformação vivida do social”,¹⁶⁴ o que permite identificar os sistemas de opressão e resistência, numa perspectiva histórica de subjetivação, intersubjetivação e sujeição.

Outra influente autora do movimento feminista decolonial, a brasileira Lélia Gonzalez, cunhou o conceito “amefricanidade”, buscando evidenciar a partir dele a presença da cultura africana na construção cultural do continente americano. Articulado as diferenças entre racismo aberto e racismo disfarçado (ou por denegação), este último presente nas sociedades de origem latina (sobretudo de colonização luso-espanhola) que tiveram forte miscigenação racial, diferentemente das sociedades de origem anglo-saxônica que adotaram medidas segregacionistas explícitas apoiadas em teorias científicas biológicas sobre pureza racial. Nas palavras de Lélia Gonzales, o racismo disfarçado no Brasil e em demais países latino-americanos apresenta-se distinto:

Por isso mesmo, a afirmação de que todos são iguais perante a lei assume um caráter nitidamente formalista em nossas sociedades. O racismo latino-americano é suficientemente sofisticado para manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas, graças à sua forma ideológica mais eficaz: a ideologia do branqueamento. Veiculada pelos meios de comunicação de massa e pelos aparelhos ideológicos tradicionais, ela reproduz e perpetua a crença de que as classificações e os valores do Ocidente branco são os únicos verdadeiros e universais. Uma vez estabelecido, o mito da superioridade branca demonstra sua eficácia pelos efeitos do estilhaçamento, de fragmentação da identidade racial que ele produz: o desejo de embranquecer (de “limpar o sangue”, como se diz no Brasil) é internalizado com a simultânea negação da própria raça, da própria cultura.¹⁶⁵

¹⁶³ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 938.

¹⁶⁴ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial cit., p. 940.

¹⁶⁵ GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade cit., p. 66-89.

No próximo item, a título de conclusão deste primeiro capítulo, proporemos um deslocamento da análise política sobre o problema do gênero e suas contingências históricas e sociais, para uma abordagem ontológico-filosófica que pode ser recuperada a partir da dicotomia entre dois pensadores pré-socráticos, Heráclito e Parmênides, acerca de uma visão essencialista que constitui o gênero e justifica as hierarquias binárias intransponíveis, como o conceito filosófico ontológico do *ser* parmediano e a oposição heraclitiana sobre seu conceito de *devir ou vir-a-ser*, acerca da possibilidade de pensar a impermanência e a multiplicidade como conceitos que melhor explicam a necessidade de romper com paradigmas que naturalizam a concepção do gênero e justificam sistemas de opressão e dominação sobre os corpos femininos.

Para evitar críticas de anacronismo na abordagem que propomos, ressaltamos que as preocupações acerca do problema de gênero não estavam presentes na Antiguidade nem foram objeto de interesse desses filósofos, mas, ainda, assim, a eles recorreremos como relevantes cânones filosóficos interpretativos pelos quais muitas perspectivas ocidentais filosóficas se assentaram como fundamento das mais diversas concepções teórico-filosóficas, esclarecendo, assim, divergências importantes que herdamos das tradições gregas.

1.4 O nascimento da ontologia na filosofia ocidental e o legado da hierarquia binária de gênero no constructo epistêmico ocidental

O escopo central deste trabalho tem como objeto a desconstrução epistemológica fundada no patriarcado e na dominação masculina, pela via de uma nova proposta epistemológica e hermenêutica de gênero. Tal dominação marcou profundamente as epistemologias dominantes e as ideologias políticas ocidentais hegemônicas como forças de resistência à implementação e concretização das agendas de reivindicação e afirmação da igualdade de gênero, reconhecida e consagrada hodiernamente em inúmeros dispositivos normativos, tanto no âmbito nacional como internacional, mas sistematicamente esvaziados de sentido quando de sua efetiva implementação prática pelos aplicadores autorizados pelo sistema jurídico a criar o direito (referimo-nos aqui, em especial, ao ato de criação do ato normativo

individual que exsurge no exercício da competência jurisdicional do ato de aplicação do direito pelos órgãos judiciais).

No nível filosófico, no entanto, compreender as razões que influenciam a permanência da dominação masculina na contemporaneidade impõe-nos um esforço inicial de reconstrução da oposição entre dois importantes e influentes pensadores pré-socráticos, remontando-nos à filosofia grega antiga acerca da herança de Parmênides¹⁶⁶ e sua concepção do *ser* e o pensamento de Heráclito,¹⁶⁷ como o filósofo do *devenir* ou *vir-a-ser*.¹⁶⁸ Antes, contudo, é importante conhecermos algumas noções fundamentais do pensamento filosófico-científico inaugurado na Grécia antiga¹⁶⁹ e que constituem o ponto de partida de uma visão de mundo que a sociedade ocidental herdou da tradição grega e que nos fornece elementos fundamentais para compreender a realidade atualmente.¹⁷⁰

A filosofia, em sua origem, nasce como sinônimo de ciência. Não à toa, a filosofia era denominada “filosofia natural”, sendo os primeiros filósofos conhecidos como *physiólogos* ou estudiosos da natureza (*physis*).¹⁷¹ O objeto de investigação e

¹⁶⁶ “Nascido em a 515 a.C em Eléia, no sul da Itália; originador da filosofia eleata, que contrasta verdades dedutíveis a respeito da realidade, incluindo sua unidade, com a enganosa multiplicidade e mutabilidade das aparências. Homem rico, de berço nobre, Parmênides possivelmente associou-se em sua juventude a Xenófanes e certamente a Amínias, pitagórico a quem honrou construindo para ele um santuário. Diz-se ter atuado como legislador em Eléia (Espeusipo, fr. 1) e ter visitado Atenas quando contava por volta de sessenta e cinco anos de idade [...]” (LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 31).

¹⁶⁷ “Seu nascimento em Éfeso é geralmente datado por volta de 540 a.C., tornando-o uma geração mais velho que Parmênides. Embora isso seja provavelmente correto, está longe de ser seguro. Mais de um estudioso [...] considera ambos contemporâneos, acrescentando que é Heráclito que responde a Parmênides, em vez do contrário, como geralmente se supõe. Sua filosofia notoriamente obscura foi popularmente resumida na fórmula: ‘tudo flui’. A maior parte da informação biográfica a respeito de seu caráter misantrópico e de sua arrogância é derivada de suas próprias declarações sobre o assunto. A tradição de que ele renuncia a seu direito à monarquia hereditária em prol de seu irmão (DL.IX.6) é digna de crédito. Provavelmente morre no período entre 480-470 a.C.” (LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega* cit., p. 29).

¹⁶⁸ Podemos encontrar em Nietzsche uma crítica à visão de Parmênides contra a imutabilidade do ser e seu dualismo entre “mundo verdadeiro” e “mundo aparente” e uma defesa de Heráclito em torno da sua concepção do vir-a-ser. Nesse sentido, ver: NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A filosofia na era trágica dos gregos*. Tradução Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2010; e NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crepúsculo dos ídolos*. Tradução, notas e posfácio de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

¹⁶⁹ Sobre Heráclito e Parmênides, ver as videoaulas do canal no YouTube “Isto não é filosofia”, ministrada pelo professor de filosofia Vitor Lima. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=y9LlzaYIEAA>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁷⁰ A notória influência dos primórdios da história da filosofia e da ciência ocidental pode ser observada em pensadores contemporâneos e influentes no século XX, como Martin Heidegger (*Early Greek Thinking*. Translation D. F. Krell & F. A. Capuzzi. New York, 1974; San Francisco, Reimp. 1984) e Karl Popper (*The World of Parmenides*. Essays on the Presocratic Enlightenment. Edited by Arne F. Petersen with the assistance of Jørgen Mejer, 1998.).

¹⁷¹ Apesar de utilizarmos o termo “filosofia” ao tratarmos do pensamento dos autores pré-socráticos, importante ressalva desse aspecto foi levantada por A. A. Long: “Por ora, é essencial reconhecer que,

compreensão da realidade (como distinta da aparência e da convenção) concentrava-se no mundo natural, na própria realidade, e não exteriormente a ela, razão pela qual os primeiros filósofos gregos são conhecidos como “cosmólogos”, preocupados, sobretudo, com as questões atinentes às origens e os princípios materiais do universo.

A racionalidade nascente ocidental dos filósofos pré-socráticos buscou compreender a totalidade do que existe no mundo a partir do conceito de *phýsis*. Trata-se, portanto, de um conceito abstrato que pressupõe reconhecer a totalidade de todas as coisas que existem com origem a si mesmas e que podem ser conhecidas e explicadas por si e sem referências externas ou transcendentais. As explicações da natureza ocorriam a partir de demonstrações causais dos fenômenos naturais, razão pela qual, para os primeiros filósofos-cientistas:

Explicar é relacionar um efeito a uma causa que o antecede e o determina. Explicar é, portanto, reconstruir o nexos causal existente entre os fenômenos da natureza, é tomar um fenômeno como efeito de uma causa. É a existência desse nexos que torna a realidade inteligível e nos permite considerá-la como tal.¹⁷²

O problema das explicações causais dos fenômenos naturais esbarrava, no entanto, no caráter regressivo e infinito das causas anteriores, o que poderia representar um limite ao conhecimento da natureza, cujo fundamento último deveria ser algo inexplicável ou misterioso, tal como sucedia no pensamento mítico anterior. Para que isso não ocorresse, os filósofos antigos postularam a existência de um elemento primordial que fundamentasse o ponto inicial para o processo de conhecimento da natureza e das relações de causalidade dos fenômenos naturais. Esse elemento primordial ficou conhecido como *arkhé*,¹⁷³ e tais princípios explicativos fundamentais variaram em distintos pensadores antigos:¹⁷⁴

com a possível exceção de Pitágoras, nenhuma das figuras tratadas nesse volume se identificava expressamente como ‘filósofo’ ou chamava seu projeto de ‘filosofia’. O ponto não é que nós devemos evitar chamá-los de ‘filósofos’, mas sim que devemos ter o cuidado de não lhes atribuir concepções anacrônicas do escopo da filosofia e de sua subdivisão em campos como lógica, metafísica e ética. Mesmo Platão, que foi o primeiro pensador grego a teorizar explicitamente a respeito da natureza da filosofia, é inocente desse tipo de demarcação” (*Primórdios da filosofia grega* cit., p. 43).

¹⁷² MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. posição 26. E-book Kindle.

¹⁷³ A palavra grega “arkhé” dá sentido tanto aos estudos da arqueologia como à busca pela origem das coisas que existem na realidade, bem como é empregada na política, a partir da derivação da palavra monarquia, o governo de um só. Origem e governo também influenciam a formação da concepção da palavra “princípio”, como origem e governo que fundamentam a realidade.

¹⁷⁴ Para Tales de Mileto, a arquê era a água (*hydor*); para Anaxímenes e Anaximandro, o ar e o *apeiron* (algo abstrato e indefinido que subjaz à própria natureza), respectivamente; para Heráclito, o fogo; para Demócrito, o átomo. Em Empédocles, retomado por Platão no *Timeu*, são quatro os elementos primordiais que fundamentam os princípios básicos de toda realidade: terra, água, ar e fogo.

A importância da noção de *arqué* está exatamente na tentativa por parte desses filósofos de apresentar uma explicação da realidade em um sentido mais profundo, estabelecendo um princípio básico que permeie toda a realidade, que de certa forma a unifique, e que ao mesmo tempo seja um elemento natural. Tal princípio daria precisamente o caráter geral a esse tipo de explicação, permitindo considerá-la como inaugurando a ciência.¹⁷⁵

Outro conceito fundamental para os filósofos gregos pré-socráticos era o termo *cosmos* (*kosmos*), o qual se opõe ao caos (*kaos*), entendido aquele como o mundo natural como realidade ordenada e harmônica em conformidade com alguns princípios racionais, que impõe uma ordem hierárquica de certos elementos naturais que constituem princípios e leis que regem e organizam a realidade por meio da razão, tornando o mundo compreensível e a realidade inteligível à compreensão humana. Daí o surgimento do termo “cosmologia”, como “explicação dos processos e fenômenos naturais e como teoria geral sobre a natureza e o funcionamento do universo”.¹⁷⁶

A racionalidade contemporânea (conceitual, abstrata e argumentativa) foi muito influenciada pela racionalidade fundada a partir de filósofos antigos, mais especificamente pelo que a história da filosofia chama de passagem do *mythos* ao *lógos*, ou transição da mitologia para a filosofia. O termo grego *mythos* significa palavra, narrativa, discurso com estilo próprio – ficcional ou imaginário –, como podemos observar em Homero, em suas famosas obras de poesia épica, *Ilíada* e *Odisseia* (século IX a.C.), e com a *Teogonia* de Hesíodo (século VIII a.C.). Vale ressaltar, no entanto, que o discurso mitológico nem sempre era irracional ou fantasioso, possuindo muitas vezes sistematicidade e organicidade, tendo sido escrito por meio de uma narrativa própria e lógica, que buscava descrever a realidade de forma alegórica ou imagética, com referência aos deuses, às divindades e ao sobrenatural como recurso metafórico para tentar explicar a realidade, fundado na tradição, e não em sua fundamentação racional, como será posteriormente desenvolvido a partir dos filósofos pré-socráticos de que trataremos a seguir.

Contudo, diversamente do discurso mítico, o discurso filosófico-científico busca de forma progressiva explicar a realidade (natureza) por meio de razões fundamentadas, ainda que o discurso mítico não tenha sido abandonado totalmente

¹⁷⁵ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 28.

¹⁷⁶ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 30.

pelos primeiros filósofos antigos. Dessarte, mais do que uma ruptura com a tradição mítica, observa-se uma relação dialética entre o *mythos* e o *lógos*. O termo grego *lógos* pressupõe a explicação do real por meio de causas naturais com o emprego da linguagem conceitual e argumentativa, cujas proposições podem ser justificadas e submetidas à crítica e à discussão, e não meramente aceitas pela autoridade da tradição de um ente sobrenatural, acessível pelos intermediários como os oráculos, os sacerdotes, os poetas ou rapsódicos. Portanto, “um dos pressupostos básicos da visão dos primeiros filósofos é a correspondência entre a razão humana e a racionalidade do real, o que tornaria possível um discurso racional sobre o real”.¹⁷⁷

Essa compreensão científica sobre a realidade influenciou a filosofia até meados do século XVIII, pois só a partir do século XIX o saber científico se especializou e se distanciou de um saber filosófico propriamente dito. Não obstante podermos afirmar que o pensamento filosófico-científico é a passagem do *mythos* ao *lógos*, o conhecimento filosófico comumente se confundia com a mitologia, o que pode ser demonstrado com a alusão de vários filósofos antigos à referência aos deuses,¹⁷⁸ à linguagem alegórica e poética,¹⁷⁹ bem como ao sobrenatural,¹⁸⁰ como tentativa de explicar algum acontecimento ou fenômeno da realidade. Como aduz Danilo Marcondes:

O pensamento mítico consiste em uma forma pela qual um povo explica aspectos essenciais da realidade em que vive: a origem do mundo, o funcionamento da natureza e dos processos naturais e as origens deste povo, bem como seus valores básicos.¹⁸¹

O pensamento filosófico-científico, de cuja tradição somos herdeiros,¹⁸² foi inaugurado pelos gregos por volta do século VI a.C., caracterizando-se como uma

¹⁷⁷ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 30.

¹⁷⁸ Ver fragmentos n.º 24 e n.º 67 de Heráclito, por exemplo.

¹⁷⁹ A linguagem alegórica é metafórica, ou seja, um conjunto de narrativas imagéticas que buscam significar um conceito abstrato ou uma referência a algo da realidade de forma não descritiva (ver o poema de Parmênides, fragmento n.º 1).

¹⁸⁰ Na Apologia do Sócrates, há referência ao deus de Delfos, que teria, a partir de um enunciado a respeito da sabedoria de Sócrates, despertado o interesse de provar que ele estaria errado, surgindo a partir daí o método dialético socrático e a maiêutica como meio de acesso ao conhecimento verdadeiro.

¹⁸¹ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 19.

¹⁸² Nietzsche escreveu a respeito do início da racionalidade científica e a importância do conhecimento desenvolvido pelos filósofos pré-socráticos no trecho que segue: “A filosofia grega parece começar com uma ideia absurda, com a proposição: a água é a origem e a matriz de todas as coisas. Será mesmo necessário deter-nos nela e levá-la a sério? Sim, e por três razões: em primeiro lugar, porque essa proposição enuncia algo sobre a origem das coisas; em segundo lugar, porque o faz sem imagens e fabulação; e, enfim, em terceiro lugar, porque nela, embora apenas em estado de crisálida, está contido

forma específica de compreensão do mundo, tendo sido, segundo Aristóteles, iniciado por Tales de Mileto, no século VI a.C., a partir da insatisfação com as explicações míticas dos antigos, cujo apelo ao sobrenatural, ao mistério, ao sagrado e à magia não constituía poder explicativo suficiente para compreender a realidade. Contudo, a passagem do *mythos* ao *lógos* não foi linear e progressiva, mas antes eles se confundiam e se misturavam em um movimento dialético. É o que assinala nessa passagem Danilo Marcondes:

Entretanto, se o pensamento filosófico-científico surge por volta do século VI a.C., essa ruptura com o pensamento mítico não se dá de forma completa e imediata. Ou seja, o surgimento desse novo tipo de explicação não significa o desaparecimento por completo do mito, do qual aliás sobrevivem muitos elementos em nossa sociedade contemporânea, em nossas crenças, superstições, fantasias etc., isto é, em nosso imaginário.¹⁸³

A tradição filosófica antiga influenciou o pensamento ocidental em distintas dimensões, razão pela qual não poderemos ignorar seu legado se quisermos conhecer as estruturas metafísicas e ontológicas que condicionam as subjetividades ocidentais e o desenvolvimento da epistemologia, bem como os limites e condições de possibilidade do conhecimento sobre as coisas do mundo nas múltiplas abordagens em que foram empregadas a partir da modernidade. Enquanto a filosofia política foi preocupação pujante de filósofos antigos, sobretudo a partir dos diálogos socráticos, a compreensão dos fenômenos naturais e da visão cosmológica dos pré-socráticos propiciou importante passagem do discurso mítico (*mythos*) das narrativas mitológicas ao *lógos*, na busca por explicações racionais do conhecimento humano e das relações observadas na natureza (*physis*), consubstanciando significativa ruptura com as formas tradicionais de compreensão do real.

O saber, a partir de então, constituiu-se em um conjunto de postulados racionais formulados de forma não dogmática, ou seja, não correspondem a meras verdades absolutas ou reveladas, mas formulações que podem ser discutidas, questionadas e passíveis de divergências e discordâncias. Portanto, estas podem ser reformuladas e corrigidas por meio da “tradição crítica da doutrina” em contraposição à mera “transmissão dogmática da doutrina”, que se revelavam por meio da aceitação

o pensamento: Tudo é um” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crítica moderna*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. [Os pré-socráticos.]).

¹⁸³ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 21-22.

passiva e acrítica dos enunciados dogmáticos, com pretensão de imutabilidade e verdades absolutas, as quais apenas se aceitam e não se questionam.

O conhecimento acerca das ideias dos principais pré-socráticos só foi possível a partir de alguns poucos fragmentos de textos que sobreviveram ao tempo e às interpretações de filósofos posteriores, a exemplo de Platão e Aristóteles,¹⁸⁴ muitas vezes a eles se referindo para contrapor-se ou ainda com o fim de reformular seus conceitos abstratos iniciais, considerados por inúmeros críticos da história da filosofia como interpretações muitas vezes matizadas ou mesmo tendenciosas.¹⁸⁵ A utilização do termo “pré-socrático” não é totalmente isenta de críticas¹⁸⁶ e só passou a ser adotada a partir do século XIX por estudiosos da filosofia antiga.¹⁸⁷ Tal se justifica porque, a partir de Sócrates, as preocupações filosóficas se concentraram em questões de cunho ético, comportamental e político, as quais, antes dele, não foram endereçadas por filósofos que o precederam, tendo tais autores se debruçado exclusivamente sobre questões afetas à cosmologia e à natureza, por meio dos três conceitos fundamentais anteriormente abordados: *physis*, *kosmos* e *arkhé*.

Trataremos a partir de agora do pensamento dos dois filósofos gregos mais influentes da filosofia ocidental, Heráclito e Parmênides. Apesar de compreendidos como autores pré-socráticos, inauguraram o que a filosofia denomina de ontologia. Nas palavras de Marilena Chauí: “[...] ambos colocaram os problemas e as soluções, as questões e as respostas, as interrogações e os impasses que definiram, nos séculos seguintes, a reflexão filosófica”.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Exemplo disso é a passagem de Aristóteles, em sua *Metafísica*, em que assim afirma: “A maior parte dos filósofos antigos concebia somente princípios materiais como origem de todas as coisas [...]. Tales, o criador de semelhante filosofia, diz que a água é o princípio de todas as coisas (por essa razão afirma também que a terra repousa sobre a água)” (*Metafísica*, I,3).

¹⁸⁵ MANSFELD, Jaap. Fontes. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 66.

¹⁸⁶ Ver a esse respeito: LONG, A.A. O escopo da filosofia grega em seus primórdios. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 48-49. Segundo A. A. Long, “O rótulo ‘pré-socrático’ é ainda enganador por seu caráter geral. Embora vago, sugere que todos os primeiros filósofos gregos são facilmente identificáveis como um grupo, sobretudo em razão de suas características não socráticas. Assim, o termo oculta a fluidez e a diversidade já enfatizadas aqui. E mais: tende a obscurecer a relação dialética que se estabelece entre Platão e seus outros predecessores, em especial os pitagóricos, os eleatas e Heráclito: uma relação que adquire crescente importância nos diálogos tardios de Platão, quando substitui Sócrates pelos ‘estrangeiros’ eleata e ateniense e por Timeu”.

¹⁸⁷ A partir do emprego do termo por Hermann Diels, há cerca de cem anos, como título da sua coletânea acerca das evidências dos fragmentos da filosofia grega, denominado “*Die Fragmente der Vorsokratiker: Griechisch und Deutsch*” (Os fragmentos dos pré-socráticos).

¹⁸⁸ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1, p. 80.

Para entender as inovações trazidas por esses dois filósofos, é importante esclarecermos a diferença entre o discurso abstrato/conceitual e o discurso ou narrativa imagética (apelo aos sentidos como recurso para apreender a realidade e produzir o conhecimento). Alguns termos como “amor”, “infinito”, “ser”, por exemplo, não admitem representação exata na realidade e por isso são denominados de conceitos abstratos. As imagens podem se aproximar dos conceitos, mas não se confundem com eles, pois um conceito abstrato depende exclusivamente do intelecto, sem representação exata na realidade. O ser é um conceito abstrato que não se confunde com o ente (entidade ou indivíduo que materializa o ser). Dessa primeira distinção podemos compreender o que significa para a filosofia, em geral, o nascimento do pensamento racional, abstrato e conceitual.

Tais autores iniciaram uma longa tradição filosófica a partir da distinção entre aquilo que é daquilo que só parece que é. Trata-se da famosa dicotomia entre realidade e aparência a qual influenciou inúmeras abordagens teóricas e epistemológicas de como acessar e conhecer a realidade, traduzindo-a em proposições universais de verdade.

Em Heráclito, essa distinção é traduzida pela imagem opositiva das pessoas despertas e adormecidas, ou seja, entre as que de fato enxergam a verdade (negação do esquecimento) e aquelas que só têm opinião. Em Platão, essa dicotomia ficou conhecida como a oposição entre o mundo sensível (que é percebido e captado pelos sentidos) e o mundo inteligível (que pode ser apreendido somente pelo intelecto). Na modernidade, essa dicotomia aparece pela oposição entre aquilo que é objetivo e o que é subjetivo, por exemplo.

Heráclito de Éfeso nasceu em Éfeso, na Jônia, viveu por volta de 500 a.C. e pouco se sabe de sua biografia. Foi um importante pré-socrático, cujas contribuições são relevantes até os dias atuais, repercutindo em diferentes tradições filosóficas da antiguidade à contemporaneidade. Sua produção teórica resume-se a cerca de 130 fragmentos que sobreviveram ao tempo, escritos em sentenças aforísticas, com estilo próprio e peculiar, permeados por referências oraculares e míticas, como recursos possivelmente didáticos para a compreensão de seus conceitos abstratos que fundam o pensamento ontológico, em uma dimensão materialista. Conhecido pelos gregos – a ele contemporâneos – como “o obscuro”, diante da falta de clareza e das proposições enigmáticas que escondiam suas reais intenções com o jogo de palavras

empregado, utilizando-se de imagens e reiteraões.¹⁸⁹ Edward Hussey, ao comentar o estilo enigmático dos escritos heraclitianos, assevera: “Como um enigma ou um oráculo, praticava um deliberado semivelamento de suas intenções, estimulando o leitor a entrar em um jogo de esconde-esconde”.¹⁹⁰

Heráclito fez valiosas incursões no campo da política, bem como explicações acerca da natureza, da composição da alma e do cosmos. Fez também duras críticas à autoridade de poetas importantes para a tradição grega, tais como Homero e Hesíodo; às opiniões dos “vulgos”, tidas como populares e tradicionais, bem como rejeitava o pitagorismo. Sua teoria de acesso à verdade surge como rejeição às autoridades tradicionais gregas anteriores.¹⁹¹

Heráclito foi interpretado tanto por Platão como por Aristóteles, diferenciando-se na perspectiva de um e outro.

Em *A metafísica*, de Aristóteles, Heráclito era classificado como *kosmólogo* e *physiólogo*, tal qual a tradição dos pré-socráticos até ele, cuja preocupação central era a compreensão das causas naturais e materiais que originam e explicam a realidade. Essa assertiva fica evidente na seguinte passagem aristotélica:

Anaxímenes e Diógenes, ao contrário, mais do que a água, consideraram como originário o ar e, entre os corpos simples, o consideraram como princípio por excelência, enquanto Hipaso de Metaponto e Heráclito de Éfeso consideraram como princípio o fogo.¹⁹²

Essa visão sobre Heráclito pode ser confirmada em seu Fragmento 35: “Prefiro tudo aquilo que se pode ver, ouvir e entender”. Em outra metáfora encontrada em seu Fragmento 30 aduz: “Este mundo, igual para todos, nenhum dos deuses e nenhum dos homens o fez; sempre foi, é e será um fogo eternamente vivo, acendendo-se e apagando-se conforme a medida”. Na sequência, no Fragmento 31, assevera: “As transformações do fogo, primeiro o mar; e a metade do mar é terra, a outra metade um vento quente. A terra dilui-se em mar, e esta recebe a sua medida seguindo-o a mesma lei, tal como era antes de se tornar terra”. Segundo a interpretação de Aristóteles, Heráclito era um cosmólogo, cuja *arché* ou princípio fundamental era o fogo.

¹⁸⁹ RUSSEY, Edward. Heráclito. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 139.

¹⁹⁰ RUSSEY, Edward. Heráclito cit., p. 139.

¹⁹¹ RUSSEY, Edward. Heráclito cit., p. 140.

¹⁹² ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. 3984.^a.

O Heráclito de Platão era identificado, por sua vez, com o relativismo e com a teoria do devir (vir-a-ser) que apregoava a ideia de realidade como algo mutável, como movimento, em constante processo e dinâmica. Na obra *Crátilo*, de Platão, pela boca de Sócrates, Heráclito foi assim definido: “Heráclito diz, como sabes, que tudo se move e nada permanece em repouso, e compara o universo à corrente de um rio, dizendo que não podes entrar duas vezes no mesmo rio”. Segundo essa concepção, Heráclito ficou conhecido como o teórico do “tudo flui” (*pantha rhei*), em que tudo se move sem cessar: “o mundo é mudança contínua e incessante de todas as coisas e que a permanência é ilusão”.¹⁹³ Nesse sentido, referindo-se à visão platônica de Heráclito, descreve Chauí:

O úmido seca, o seco umedece, o quente esfria, o frio esquenta, a vida morre, a morte renasce, o dia anoitece, a noite amanhece, a vigília adormece, o sono desperta, a criança envelhece, o velho se infantiliza. O mundo é um perpétuo nascer e morrer, envelhecer e rejuvenescer. Tudo muda, nada permanece idêntico a si mesmo. O movimento é, portanto, a realidade verdadeira.¹⁹⁴

Para os estudiosos da história da filosofia mais contemporâneos, Heráclito não deve ser lido apenas como mais um filósofo natural, mas, antes de tudo, um crítico radical e reformulador da cosmologia, a partir de um claro projeto filosófico original.¹⁹⁵ O *lógos* (“discurso”, “palavra”, “relato”), principal conceito de Heráclito, significava multiplicidade na unidade, sendo o homem capaz de chegar ao conhecimento de si e da realidade por si mesmo, a partir do pensamento racional e sistemático de todas as coisas. *Lógos*, portanto, é o discurso e o princípio unificador da totalidade das coisas, o que possibilita a ordenação do caos da realidade, transformando-a em cosmos. Entretanto, a realidade só é caótica para os adormecidos, os vulgos e não sábios. Nesse sentido, no Fragmento 50, esclarece: “É sábio que os que ouviram não a mim, mas ao *lógos*, reconheçam que todas as coisas são um (*pánta rên*)”. No *pánta rên* “tudo (é) um”, e, nesse sentido, tudo é um porque o um é tudo ou todas as coisas.

A dificuldade de enxergar a unidade na multiplicidade da realidade, segundo Heráclito, dá-se pelo fato de que a harmonia depende dos opostos e da guerra: “Tudo se faz por contraste, da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia” (Fragmento 8). Em outro trecho afirma: “É necessário saber que a guerra é o comum; e a justiça, discórdia; e que tudo acontece segundo discórdia e necessidade” (Fragmento 80);

¹⁹³ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 81.

¹⁹⁴ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 81.

¹⁹⁵ RUSSEY, Edward. Heráclito cit., p. 140.

continua: “A guerra é o pai de todas as coisas e de todas as coisas rei; de uns fez deuses, de outros, homens; de uns, escravos, de outros homens livres” (Fragmento 53). O conflito, portanto, governa tudo e une os contrários, homens/deuses, escravos/homens livres. Segundo ele, “Não houvesse isto (a injustiça), ignorariam o próprio nome de justiça” (Fragmento 23); “Eles não compreendem como, separando-se, podem harmonizar-se; harmonia de forças contrárias, como o arco e a lira” (Fragmento 51).

A ideia de movimento e dinâmica da realidade a partir de opostos pode ser observada nos trechos a seguir: 1) “Em nós, manifesta-se sempre uma e mesma coisa: vida e morte, vigília e sono, juventude e velhice, pois a mudança de um dá o outro e reciprocamente” (Fragmento 88); 2) “A doença torna a saúde agradável; o mal, o bem; a fome, a saciedade; a fadiga, o repouso” (Fragmento 111). Não à toa, segundo tais premissas de seu pensamento acerca da unidade da multiplicidade, refutava com críticas contumazes o universalismo presente, em especial, na obra de quatro predecessores cosmólogos milésios: Xenófanes, Hecateu de Mileto, Hesíodo e Pitágoras.¹⁹⁶

Conforme nos ensina Marilena Chauí ao comentar o pensamento de Heráclito, a dificuldade de compreender a unidade da multiplicidade se dá pelo fato de o vulgo e o senso comum não conseguirem enxergar a coexistência necessária entre os opostos:

O vulgo e o senso comum são incapazes de compreender o sentido de “tudo é um” porque acreditam que cada oposto poderia existir sem o seu oposto e olham as coisas como uma multiplicidade de seres separados uns dos outros. Em outras palavras, não percebem que a multiplicidade é unidade e a unidade, multiplicidade, pois cada contrário nasce do seu contrário e faz nascer o seu contrário, isto é, são inseparáveis. A noite traz dentro de si o dia e este traz dentro de si a noite; o frio traz dentro de si o quente e o quente traz dentro de si o frio; a necessidade traz dentro de si o acaso e o acaso traz dentro de si a necessidade; a saúde traz dentro de si a doença e a doença traz dentro de si a saúde; a beleza traz dentro de si a feiura e a feiura traz dentro de si a beleza; a vida traz dentro de si a morte e a morte traz dentro de si a vida. O um é múltiplo e o múltiplo é um.¹⁹⁷

Em razão de sua percepção da realidade como multiplicidade e constante movimento (devir ou vir-a-ser), Heráclito é classificado como o principal representante do mobilismo, concepção que afirma que a realidade é um fluxo constante, estando a

¹⁹⁶ LONG, A.A. O escopo da filosofia grega em seus primórdios cit., p. 53-54.

¹⁹⁷ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles cit., p. 83.

realidade natural em permanente mudança, cuja unidade básica na pluralidade, também compreendida como unidade nos opostos, é percebida por meio dos conflitos observados pela experiência do real e captada não pelos sentidos, mas pela razão, o *lógos*.

O fogo, como princípio material (*arkhé*), simboliza o caráter dinâmico da realidade, enquanto o *lógos* seria o elemento central e o conceito abstrato que emprega para explicar a racionalidade como meio de acesso ao conhecimento verdadeiro, para além das meras aparências das coisas. O *lógos* não se assemelha ao intelecto que acessa o mundo inteligível, formulado por Platão, pois para este o mundo das ideias é perene e imutável, diferenciando-se radicalmente das propostas de Heráclito acerca da constância e permanente mudança da realidade, o que o coloca como um filósofo relativista em que a verdade muda o tempo todo, num fluxo universal e contínuo, sendo a aparência de permanência mera ilusão dos sentidos. Segundo assevera Marilena Chauí:

O devir, esse acender-se e apagar-se contínuo do fogo primordial, assegura a permanência – a medida de cada coisa – e a lei de sua mudança – passar de uma medida a outra medida. À medida que se apaga, uma outra se acende, eternamente. Quando a água se evapora, uma medida de úmido se apaga e uma medida de quente se acende; quando a água evaporada se condensa em nuvens, uma medida de quente se apaga e uma medida de úmido se acende. E assim sempre e com todas as coisas.¹⁹⁸

Essa visão filosófica inaugura a versão de uma ontologia materialista, daí por que a realidade pode ser compreendida pela sabedoria que se impõe pelo esforço do intelecto e da razão, fruto da racionalidade perseguida pelos que possuem compromisso com o esclarecimento do real (os acordados na linguagem heraclitiana), acessível pelas coisas em si mesmas pelos seres humanos a partir de uma racionalidade comum e não externas a ela, mas que estão ocultas ao vulgo e ao senso comum, porque adormecidas ou embriagadas, parecidas “com a alma ‘bárbara’ que não sabe ver, ouvir, falar nem pensar”.¹⁹⁹ A busca pela verdade (*alétheia*) se dá pela razão e pela linguagem, que se traduz, conforme Chauí, por “uma razão e uma linguagem cósmicas e universais, a presença do divino na natureza e em nós”.²⁰⁰

¹⁹⁸ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 84.

¹⁹⁹ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 86.

²⁰⁰ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 81.

Como expusemos, o pensamento de Heráclito, apesar de toda a dificuldade imposta pelo estilo aforismático e enigmático de suas proposições, extraídas de seus fragmentos escritos, pode ser resumido a cinco principais temas: a) o mundo como fluxo ou vir-a-ser permanente e eterno; b) a ordem e justiça do mundo pela guerra dos contrários; c) a unidade da multiplicidade; d) o fogo primordial como *phýsis*; e e) a afirmação de que o conhecimento verdadeiro é inteiramente intelectual, não podendo fundar-se nos dados oferecidos pela experiência sensorial.²⁰¹

Outro filósofo pré-socrático que aqui nos interessa, Parmênides nasceu em Eléia por volta de 504 a.C. Além de filósofo, teve participação ativa na política, como legislador da sua cidade. Suas principais ideias foram expostas em forma de verso, em seu poema *Da natureza*, cujos poucos fragmentos (aproximadamente 150) permaneceram preservados. A obra se divide em duas partes e um preâmbulo, sendo a primeira referente à Via da Verdade e a segunda, à Via da Opinião. Para historiadores da filosofia, Parmênides se opõe tanto às teses centrais de Heráclito quanto ao pitagorismo. A figura da deusa no poema que leva Parmênides pela mão em direção ao conhecimento verdadeiro é uma alegoria que não se confunde com o discurso mítico dos poemas homéricos, mas uma referência imagética à deusa como razão, uma forma de fazer filosofia em Parmênides, considerado o expoente da cosmovisão eleata e classificado como fundador da ontologia essencialista. O caminho até a verdade é conduzido por uma deusa que representa não uma divindade mítica ou transcendental, mas uma alegoria à condução da verdade pelos argumentos.²⁰²

Escreveu seus versos no mesmo estilo dos poemas de Homero e Hesíodo, o que significava encontrar ressonância na comunidade grega da época a quem dirigia suas palavras em matéria de uma dicção altamente metafórica, à qual a sociedade estava habituada. Sua narrativa expressa a transição entre o discurso mítico e o discurso lógico-racional presente nos pré-socráticos cosmológicos. Seu texto, apesar de escrito em versos, possui ordem e sistematicidade, com pretensão de dizer a verdade sobre a realidade.

Possui uma abordagem filosófica originária. Na investigação da *phýsis*, há uma premissa fundamental que Parmênides buscou compreender antes: as coisas

²⁰¹ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p 81.

²⁰² SEDLEY, David. Parmênides e Melisso. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 168.

existem? Esse tipo de investigação filosófica é denominada de ontologia (teoria do ser ou da existência). Para que qualquer coisa (indivíduo) exista, pressupõe-se o ser, um conceito abstrato. Há apenas seres materiais percebidos pelos sentidos (materialista-ontológico) ou há seres não materiais (essencialista-ontológico), como a mente humana?

De modo alegórico, Parmênides parte de uma metáfora em seu poema em que seria conduzido por uma deusa para acessar o conhecimento verdadeiro. De seu conhecido enunciado, “o ser é, o não-ser não é”, podemos extrair na primeira frase uma obviedade necessária, lógica e evidente, enquanto na segunda não faria nenhum sentido, segundo ele. O que existe existe, o que não existe não existe.

Conforme estudiosos, Parmênides teria formulado, a partir da famosa frase transcrita *supra*, dois princípios lógicos fundamentais: o princípio da identidade – o ser é o ser – e o princípio da não contradição – se o ser é, seu contrário, o não-ser, não é. Segundo Marilena Chauí, os dois princípios podem ser assim explicados:

Em outros termos, se o ser é e pode ser pensado e dito, então o ser é ele mesmo, idêntico a si mesmo e será impossível que seu negativo, o nada ou não-ser, também seja e também possa ser pensado e dito. A afirmação do ser exige a negação de seu oposto, o não-ser.²⁰³

De acordo com essas premissas lógicas, a opinião ou *dóxa*, que admite ideias contrárias e ambas válidas argumentativamente, não respeita o princípio da identidade nem o da não contradição, razão pela qual não pode ser aceita como a verdade em essência. Além dessas formulações no campo da lógica, Parmênides é considerado o fundador da ontologia, ou seja, estudo do ser ou o pensamento do ser. Compreende o ser como aquilo que é, o ente; sendo o não-ser o não-ente. Por tal razão, há em Parmênides uma identidade entre ser, pensar e dizer ou, ainda, entre mundo, pensamento e linguagem. Essa seria a essência ontológica que permite a verdade em Parmênides.

Se o ser é, o não-ser é nada. Se algo pode ser pensado e falado, deve-ser e, portanto, existe, ainda que esse ser seja apenas uma referência mental, não imagética ou concreta. O nada, por sua vez, nem sequer pode ser. O nada não existe e, por tal razão, não pode sequer ser pensado ou falado. O termo “nada” designa a impossibilidade de pensar, não há nele uma referência concreta. É um conceito abstrato sem referente na realidade. Pensar e falar a mudança é a passagem do não-ser para o ser ou do ser para o não-ser. Exemplo: um solteiro, ao casar-se, saiu do

²⁰³ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 90.

não ser casado para ser casado; alguém que emagreceu passou de ser gordo para não ser mais gordo. A mudança é a passagem de um para outro. Segundo Parmênides, não é possível falar ou pensar a mudança, pois o não-ser não é e, por conseguinte, não existe, nem sequer pode ser pensado e falado, razão pela qual não pode fundamentar a mudança. O ser só pode ser pensado conceitual e abstratamente, não podendo ser representado por imagens.

Para Parmênides, o caminho da verdade é o do ser, enquanto o da opinião, o do não-ser. As opiniões são efêmeras e mutáveis e, portanto, não confiáveis e mudam de acordo com as circunstâncias e contextos. As opiniões expressam não o que é, o ser, mas as meras aparências das coisas, como as percebemos pelos sentidos, que podem expressar um não-ser, que nada é e não existe. Ao olharmos para o sol, temos a percepção visual de que ele é menor que a terra, mas isso não é verdadeiro. Os sentidos não nos permitem acessar a verdade, sendo o movimento e a mudança o lócus da aparência, da opinião e da ilusão, não da verdade. Nesse sentido, nega o devir heraclítico, pois o “devir é aparência mutável, é o não-ser”.²⁰⁴

Os mortais confundem ser com não-ser, pois o que acreditam que é depende exclusivamente de suas percepções sensoriais, reveladas pelos sentidos, não pela razão. Exatamente por esse motivo, veem a realidade como mutável, em constante movimento, aceitando um mundo variável. Eis sua refutação ao relativismo. A primeira lei de Parmênides pode ser assim expressa: “Não há meias-verdades. Nenhuma proposição é verdadeira e falsa. A nenhuma pergunta se pode coerentemente responder ‘sim e não’”.²⁰⁵ A segunda lei pode ser assim afirmada: “Nenhuma proposição é verdadeira se implica que, para qualquer x, ‘x não é’ é, foi ou será ‘verdadeira’”.²⁰⁶

O conhecimento verdadeiro em contraposição à *doxa* é acessado não pelos sentidos, mas pelo pensamento puro. É preciso, segundo Parmênides, abandonar “o olho que não vê, o ouvido que ensurdece, a língua sonora” e buscar “julgar apenas com o pensamento a prova oferecida e suas reputações”, ou seja, a própria razão.²⁰⁷ Parmênides, portanto, negava a mudança e a pluralidade defendida por Heráclito e

²⁰⁴ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 92.

²⁰⁵ SEDLEY, David. Parmênides e Melisso cit., p. 170.

²⁰⁶ SEDLEY, David. Parmênides e Melisso cit., p. 171.

²⁰⁷ CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles cit.*, p. 93.

defendia o abandono dos sentidos em favor do pensamento puro da razão, o que deu a esse filósofo o rótulo de um teórico do monismo.

Por fim, identifica a Via da Verdade com a imagem de uma esfera perfeita, em que “a importância de sua esfericidade é que a esfera seja a única forma que se pode conceber como um todo único sem distinção de partes: qualquer forma assimétrica poderá ser apreendida apenas se se distinguem cantos, faces, arestas etc.”.²⁰⁸ Parmênides é iniciador da longa tradição dualista da realidade: o mundo sensível (onde a opinião ou *doxa* apenas concede a aparência da verdade) e o mundo inteligível (onde a verdade imutável e perene se encontra e pode ser conhecida pelo discurso racional), ideias estas que traduzem a conhecida oposição entre aparência e realidade.

O resgate teórico dos dois filósofos aqui tratados impulsiona-nos nesta pesquisa a compreender uma questão central fundamental: qual a origem do patriarcado? A divisão sexual do trabalho e a subordinação da mulher advêm da condição biológica imposta pelo sistema reprodutivo feminino e, nesse sentido, condicionante de sua existência (o ser é) ou trata-se de uma imposição cultural e histórica e, como tal, pode ser mudada com o desenvolver da sociedade e da consciência feminista também pela cultura e pelo decorrer da história (o devir ou vir-a-ser)?

Como demonstraremos neste trabalho, refutamos a ideologia imposta por instituições como a família, religião, escola e leis que propugnam que as mulheres são naturalmente inferiores, por razões biológicas e reprodutivas. O modo de vida que se estabeleceu pela dominação masculina e pelo patriarcado não pode ser aceito como instintivo, tampouco como biológico, razão pela qual podemos questionar e alterar tais padrões a partir de epistemologias que buscam romper com a naturalização da hierarquização baseada em distinções de gênero.

Com o apoio de pesquisas históricas como a realizada pela autora norte-americana Gerda Lerner,²⁰⁹ evidenciamos a necessidade de desvendar os fatos históricos que levaram ao panorama perpetuado até a contemporaneidade acerca da condição de submissão e opressão que marcam a existência feminina nas relações estruturais da sociedade com repercussões em distintas relações engendradas no

²⁰⁸ SEDLEY, David. Parmênides e Melisso cit., p. 177.

²⁰⁹ LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história da opressão das mulheres pelos homens. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019. E-book Kindle.

campo social, econômico e político com origens remotas em uma história apagada e invisibilizada intencionalmente a fim de que, por intermédio da doutrinação patriarcal, acreditemos por milênios sem questionar e de forma acrítica que, porquanto as coisas sempre foram assim, elas assim devem permanecer, em certa demonização das teorias feministas que buscam desnudar a realidade e romper com a naturalização desse *status quo* de inferioridade feminina.²¹⁰

Pensar em uma hermenêutica crítica feminista, portanto, pressupõe romper com a visão de Parmênides e com a tradição filosófica dualista que concebem uma dicotomia hierarquizada da realidade e que categorizam o ser homem e o ser mulher a partir de suas condições biológicas naturais, cristalizadas na realidade como algo imutável e permanente, pois compreendem os fenômenos da natureza como algo dado, que existe por si e que o ser que é não pode sofrer transformação ou mudança por constituir-se no “não-ser” de que nos fala Parmênides. Essa perspectiva funda, de certa forma, o que podemos chamar de filosofia patriarcal e que, a partir de Platão, por influência da concepção sobre o ser parmediano, estruturara muitas das hierarquias binárias sendo construídas nas teorias filosóficas desde então, em especial as hierarquias de gênero da qual tratamos especificamente neste trabalho.

²¹⁰ Em *A criação do patriarcado*, Lerner desenvolve as seguintes proposições (cada uma rendendo um capítulo): “1) A apropriação pelos homens da capacidade sexual e reprodutiva das mulheres ocorreu antes da formação da propriedade privada e da sociedade de classes. A mercantilização das mulheres é a fundação da propriedade privada. 2) Os estados arcaicos eram organizados na forma do patriarcado, ou seja, desde o início o Estado tinha interesse na manutenção da família patriarcal. 3) Os homens aprenderam a exercer dominação e a hierarquia sobre outras pessoas praticando com mulheres do próprio grupo. A escravização começou com mulheres sendo escravizadas. 4) A subordinação sexual das mulheres foi institucionalizada já nos primeiros Códigos Penais. A cooperação das mulheres com o sistema era assegurada por meio da força, da dependência econômica em relação ao chefe homem da família, dos privilégios de classe dados a mulheres conformadas e dependentes das classes altas, e da divisão criada de modo artificial entre mulheres respeitáveis e não respeitáveis. 5) A classe para os homens era e é baseada em sua relação com os meios de produção (quem tem os meios pode dominar quem não os tem). Para as mulheres, a classe é mediada de acordo com seus laços com um homem, que pode lhe dar acesso a recursos materiais. Mulheres respeitáveis são aquelas ligadas a um homem. 6) O poder feminino em dar vida é idolatrado por homens e mulheres (por meio de deusas) mesmo depois de as mulheres estarem subordinadas aos homens. 7) As deusas poderosas são destronadas e substituídas por um deus masculino dominante após o estabelecimento de um forte reinado imperialista. Sexualidade e procriação são separadas segundo sua função, e a Deusa-Mãe é transformada na esposa ou amante do chefe masculino. 8) A emergência do monoteísmo judaico e depois judaico-cristão transforma-se em ataque a cultos de várias deusas da fertilidade. Criatividade e procriação são atribuídas a um deus todo-poderoso, chamado de ‘senhor’ e ‘rei’, ou seja, homem, e a sexualidade feminina que não for para procriar fica associada ao pecado e ao mal. 9) O único acesso das mulheres a Deus passa a ser na sua função de mãe. 10) Essa desvalorização simbólica das mulheres em relação ao divino se torna uma das metáforas marcantes da civilização ocidental” (LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história da opressão das mulheres pelos homens cit., p. 19-20).

A filosofia heraclitiana, por seu turno, ao compreender a realidade como devir, a partir da unidade na multiplicidade e como opostos que coexistem e permitem a harmonização do caos, transformando-o em cosmos, possibilita-nos avançar na construção de saberes contra-hegemônicos que questionem a tradição e a conservação de uma estrutura machista perpetuada há milênios na história da humanidade, porque concebida não como algo natural e baseado no determinismo biológico (o ser é), mas condicionada pelos fatores históricos (vir-a-ser). Assim, não é porque o patriarcado sempre existiu que ele deve permanecer. Ao contrário, porque podemos localizar a origem do patriarcado na história, também no curso dela ele pode ser derrubado. Eis a premissa em que se assenta nossa pesquisa: “[...] o patriarcado como sistema é histórico: tem início na história. Sendo assim, pode ser extinto pelo processo histórico. Se o patriarcado ‘fosse natural’, ou seja, com base em determinismo biológico, então mudá-lo seria mudar a natureza”.²¹¹

Entretanto, até pouco tempo, às mulheres foi negada a condição de sujeitos e agentes históricos, e os registros do passado e a interpretação dos fatos foram capturados sob a ótica masculinista, transmitidos com exclusividade por uma classe de intelectuais homens, brancos e abastados, fossem eles sacerdotes, servos reais, escribas ou clérigos com autoridade reconhecida para fazer História, sendo sua versão aceita como universal. Como afirma Lerner:

[...] o registro gravado e interpretado do passado da espécie humana é apenas um registro parcial, uma vez que omite o passado de metade dos seres humanos, sendo portanto distorcido, além de contar a história apenas do ponto de vista da metade masculina da humanidade.²¹²

A supracitada autora denomina de “a dialética da história das mulheres” a constante tensão entre a experiência histórica real das mulheres e a sistemática exclusão e invisibilização dada pelas interpretações do fazer histórico tradicional e que até pouco tempo negligenciavam e obscureciam o papel das mulheres na construção da sociedade, relegando-as a seres inferiores. A tomada de consciência feminina a partir predominantemente do século XIX impulsionou as mulheres para dentro do processo histórico e permitiu que muitas lutas fossem empreendidas contra a manutenção da subordinação, marginalização e opressão feminina, resgatando o

²¹¹ LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história da opressão das mulheres pelos homens cit., p. 27.

²¹² LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história da opressão das mulheres pelos homens cit., p. 24.

protagonismo das mulheres como atores sociais na produção de ações afirmativas contra a segregação, sendo fundamental o resgate histórico das relações do passado como força motriz para mudar o presente, transformando o futuro.

O mesmo podemos afirmar com relação a homens excluídos dos discursos hegemônicos em razão da discriminação de classe. Foram alijados como sujeitos históricos por sua condição social, sendo eles representados por escravos, camponeses e proletários, mas não o foram por exclusiva discriminação de gênero, em razão de seu sexo, o que nos impõe, apesar de reconhecermos na história sua condição de subordinação tal qual a das mulheres, voltarmos nossa pesquisa para esse recorte específico a fim de compreendermos as raízes do patriarcado, sua manutenção até os dias atuais, bem como contribuirmos para o avanço de perspectivas teóricas que impulsionem a transformação do *status quo* e concretizem de forma eficaz os progressos legislativos das últimas décadas em prol da igualdade de gênero.

Devemos anotar, no entanto, que não há uma origem específica na história que remonte à fundação da sociedade patriarcal, em uma espécie de revolução masculinista de dominação e subordinação das mulheres, e que possa ser descrita a partir de um único fato, mas um processo histórico, com suas complexas relações sociais, econômicas, políticas e culturais, que foi construído ao longo de 2.500 anos pelo menos e que coincide com o período entre 3100 a 600 a.C. Foi forjado antes mesmo da formação da propriedade privada e da organização da sociedade de classes, mediante a apropriação da função sexual e reprodutiva das mulheres por homens, tendo sido a escravidão de mulheres para fins sexuais anterior, inclusive, ao próprio sistema econômico escravagista.²¹³

Apesar da importância de uma abordagem histórico-descritiva do patriarcado, comungamos da crítica de Joan Scott de que

[...] as teorias do patriarcado não explicam o que é que a desigualdade de gênero tem a ver com as outras desigualdades. Segundo, que a dominação venha na forma de apropriação masculina do labor reprodutivo da mulher, ou que ela venha pela reificação sexual das mulheres pelos homens, a análise baseia-se na diferença física.²¹⁴

²¹³ LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história da opressão das mulheres pelos homens cit., p. 28.

²¹⁴ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para a análise histórica* cit.

CAPÍTULO 2 – HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL E A NÃO SUPERAÇÃO DOS MITOS DO LIBERALISMO

2.1 O problema da linguagem nos paradigmas teórico-filosóficos

O pensamento filosófico moderno rompe com a autoridade da tradição e com o dogmatismo das crenças metafísicas em direção ao antropocentrismo e ao cientificismo matemático e sistemático, iniciando um projeto de transformação e progresso tal qual encontramos nas obras de Francis Bacon, Jacob Boehme e René Descartes, em especial neste último, com a descoberta de sua “filosofia do *cogito*”.

O conceito de modernidade é originado como peridiocização histórica no século XIX na obra do filósofo alemão G.W.F Hegel (1770-1831), referindo-se aos séculos XVII-XIX, tendo sido o primeiro a elaborar uma filosofia da história da filosofia, questão central para uma perspectiva filosófica que não se confunde com a mera descrição historiográfica das doutrinas e correntes antecessoras. A identidade do que conhecemos como modernidade e a configuração de seu conceito foram preocupações pujantes da obra de Hegel, ainda que o termo “moderno” – como contraposição ao antigo – possa ser encontrado muito antes, com filósofos medievais, na alta (século XVII) e baixa Idade Média (nos primeiros séculos do cristianismo). Nesse sentido, no prefácio da obra de Hannah Arendt, *Entre o passado e o futuro*, Celso Lafer afirma:

De fato, Hegel foi o primeiro que se afastou de todos os sistemas de autoridade, pois, ao vislumbrar o desdobrar completo da História Mundial numa unidade dialética, minou a autoridade de todas as tradições, sustentando a sua posição apenas no fio da própria continuidade histórica. De mais a mais, a História da Filosofia Ocidental que se tinha constituído no conflito bipolar entre o mundo das aparências e o mundo das ideias verdadeiras, perdeu parte do seu significado quando Hegel procurou demonstrar a identidade ontológica da ideia e da matéria em movimento dialético – o real é racional e o racional é real – desgastando, conseqüentemente, o sentido clássico da aporia imanência *versus* transcendência. Marx, Kierkegaard e Nietzsche, diante desse impasse, preocuparam-se novamente com a qualidade do humano e perceberam pontos básicos do conflito entre a contemporaneidade e a tradição.²¹⁵

Hegel se apresenta como o principal crítico do projeto moderno por justamente apontar o equívoco de se excluir da análise da consciência e da subjetividade como

²¹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 11.

fundamento do conhecimento, o processo histórico e cultural que conforma e condiciona a relação do homem com a realidade. O sujeito da modernidade é acusado de solipsista, pois voltado para dentro de si mesmo, explicando a realidade de um ponto de vista autônomo sob o enfoque da consciência individual do sujeito cognoscente. As características do pensamento moderno, forjado a partir do humanismo renascentista (século XV), da descoberta do Novo Mundo pelas grandes navegações e a chegada de Cristóvão Colombo às Antilhas (1492), da reforma protestante (século XVI), da revolução científica (século XVII) e da retomada do ceticismo antigo, são colocadas em xeque apesar de suas notórias contribuições contra o pensamento metafísico antigo e medieval fundamentado na autoridade da tradição de um ente transcendental (natureza humana/Deus), fazendo emergir a consideração do homem como um “microcosmo, que reproduz em si a harmonia do cosmo”.²¹⁶

A crise do pensamento moderno é apontada por Hegel e Marx a partir do século XIX com base nos questionamentos acerca da impossibilidade de um conhecimento centrado na subjetividade e na consciência individual que não leve em consideração o processo de formação histórico e cultural. A produção teórica marxista promove uma ruptura com o idealismo moderno e dá origem a uma interpretação da subjetividade e das representações das ideias amparadas numa construção histórico-materialista a partir das relações de trabalho e de produção econômica do capitalismo. Ainda na modernidade, pensadores como Leibniz e Kant já haviam apontado para a necessidade de inclusão da lógica e da linguagem como instrumento de acesso ao conhecimento e buscaram explicar a realidade fora da consciência autorreferente do indivíduo com apoio da análise na relação dos significados e os sistemas de símbolos que permitem explicitar os processos mentais mais fundamentais do pensamento subjetivo. Do ponto de vista lógico, a linguagem é constituída de estruturas formais que possibilitam apreender a realidade independentemente da própria subjetividade do sujeito cognoscente.²¹⁷

Várias são as perspectivas filosóficas contemporâneas que emergem da crise da modernidade e que, apesar de distintas abordagens teóricas entre si, compartilham

²¹⁶ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 222.

²¹⁷ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 412-414.

como ponto central de análise a questão da linguagem e sua relação com a viabilidade de acesso ao conhecimento, rompendo com o sujeito solipsista da modernidade pela impossibilidade de explicar satisfatoriamente a relação mente/mundo. Para fins didáticos, as filosofias contemporâneas pós-modernas da linguagem podem ser classificadas em dois grandes grupos, conforme nos ensina Marcondes: 1) os filósofos que podem ser considerados *herdeiros* diretos e até mesmo continuadores da tradição moderna e, ainda que de forma crítica, não rompem com a tradição herdada da modernidade e suas principais características; e 2) os *críticos* da modernidade que promoveram uma clara ruptura com a tradição anterior, inaugurando uma abordagem completamente nova e criativa de fazer filosofia na contemporaneidade.²¹⁸

Entre os “herdeiros da modernidade” destacam-se com primazia a fenomenologia, o existencialismo, a filosofia analítica e o positivismo lógico, bem como a teoria crítica da Escola de Frankfurt. Entre os “críticos da modernidade” incluem-se importantes filósofos como Heidegger, Wittgenstein, os teóricos do “pós-estruturalismo” e do “pós-modernismo”.²¹⁹

A tradição fenomenológica é iniciada por Edmund Husserl (1859-1938), com adeptos tanto entre teóricos franceses como alemães no século XX, apesar de o termo ter sido empregado pela primeira vez no século XVIII, por Johann Lambert, como sinônimo de “ciência das aparências”, e utilizado posteriormente por Hegel em sua “ciência da experiência da consciência”, influenciando diretamente o empreendimento teórico e filosófico de Husserl, do qual posteriormente são herdeiros seus alunos e discípulos Karl Jaspers e Martin Heidegger. Embora herdeiro da modernidade e pertencente à tradição da filosofia da consciência e da subjetividade, produz uma interpretação própria acerca da formulação da fenomenologia como método na busca de desvelamento das estruturas implícitas da experiência humana com o real, a partir da experiência e da análise da consciência como condição de acesso ao conhecimento e descrição dos elementos mais básicos e constitutivos do conhecimento humano, dando continuidade ao pensamento de Descartes e Kant.²²⁰

²¹⁸ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 419-420.

²¹⁹ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 419.

²²⁰ Sua relação com a tradição racionalista moderna pode ser extraída das suas principais obras: *Investigações lógicas* (1900-1901); *A filosofia como ciência rigorosa* (1910-1911); *Ideias e diretrizes para uma fenomenologia* (1913); *Lógica formal e lógica transcendental* (1929); e *Meditações cartesianas* (1931).

Husserl procura compreender a fenomenologia como superação da oposição entre realismo e idealismo, sujeito e objeto, consciência e mundo. A busca da consciência em Husserl se dá pela intencionalidade que permite, a partir da reflexão e da experiência, compreender o pensamento acerca da explicitação científica da realidade, e não da revelação das essências do ser e da descrição dos modos de operar a consciência, como procede a psicologia cognitiva e comportamental. O “eu transcendental” revela-se não pelas crenças naturais ou herdadas da tradição, e sim pelo exame da constituição que se dá na e pela experiência do sujeito, conformando sua subjetividade e a relação com o mundo externo à própria consciência pela interação social (que denomina mundo da vida ou *lebenswelt*).²²¹

Outro herdeiro da tradição moderna, o existencialismo de Jean-Paul Sartre (1905-1980) consolidou-se na França como um dos mais importantes pensamentos, cuja influência na filosofia, na literatura, na política, na cultura e nas artes em geral foi bastante difundida no pós-guerra, sobretudo entre 1950-1960. Sua filosofia existencial tem origem na análise da fenomenologia da consciência intencional, opondo-se à mera especulação e sistematização filosófica, atribuindo à filosofia o papel de reflexão prática e consequencial da existência humana que se revela a partir da descoberta da autoconsciência e da identidade do homem consigo mesmo, e não na crença de uma essência intrínseca à natureza humana.²²²

A angústia no pensamento sartriano é parte desse processo da busca de sentido e dos próprios valores que o homem constrói durante sua existência, cuja liberdade lhe impele a encontrar a si mesmo: “[...] o existencialismo tem assim uma dimensão ética fundamental, pela maneira como elabora a questão da liberdade e da autenticidade como elementos centrais da existência humana, do homem como ser autoconsciente que cria a si mesmo”.²²³ A virada marxista no pensamento de Sartre fê-lo distanciar do existencialismo e de sua origem fenomenológica, principalmente a partir das obras *Questões de método* (1957) e *Crítica da razão dialética* (1960), em que sentiu a necessidade de compreender a inserção do homem na realidade social

²²¹ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 421-424.

²²² SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

²²³ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 425.

a partir do conceito de alienação de consciência, tal como proposto na teoria marxista.²²⁴

Ainda entre os herdeiros da tradição moderna, a corrente denominada filosofia analítica, por sua vez, desenvolveu-se principalmente nos países anglo-saxões, como Inglaterra e Estados Unidos, mas com contribuições importantes também na Europa continental, sobretudo na Alemanha. Teve inspiração nas abordagens lógico-matemáticas da filosofia e das ciências naturais do século XVII, cujo expoente podemos mencionar a obra de Leibniz. Essa corrente filosófica surge no século XIX como reação ao subjetivismo, à filosofia da consciência, ao idealismo hegeliano e ao empirismo e foi desenvolvida por teóricos como Gottlob Frege (*Conceitografia*, 1879), Bertrand Russel (*Princípios de matemática*, 1910, com A.N. Whitehead) e na primeira fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*, 1921).

A questão central dessa corrente de pensamento encontra-se no problema da fundamentação do conhecimento científico diante da impossibilidade de atribuir, por meio de juízos mentais subjetivos, proposições de verdades que se pretendam universais e objetivas, requisitos indispensáveis à cientificidade defendida pelos modernos.

É, contudo, por meio da linguagem, como estrutura lógica subjacente de representação do real que se realiza na mente e pode ser constatada empiricamente, que se pode atribuir a veracidade ou falsidade às proposições dos juízos científicos. Logo, uma proposição é verdadeira se, e somente se, houver correspondência lógica entre seus elementos constitutivos considerados no plano lógico (sintático-semântico) da linguagem e a realidade que busca representar. Trata-se, pois, da correspondência entre a proposição descritiva e a realidade descrita e que independe dos atos mentais ou da consciência individual do sujeito cognoscente, mas apenas de um padrão lógico-linguístico como constatação dos enunciados científicos.

A filosofia analítica anglo-saxã foi o resultado da chamada Guinada Linguística da filosofia, inspirada pelas formulações lógico-matemáticas de Gottlob Frege, cuja distinção entre termo e proposição e as condições de verificação da proposição foram conceitos fundamentais para entender a relação proposição/mundo, afastando o subjetivismo da ideia/mundo. A Guinada Linguística pode ser definida, portanto, como a conversão das questões filosóficas sobre a formação das ideias no sujeito pensante

²²⁴ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 424-427.

para serem questões sobre a relação entre proposições linguísticas e as coisas no mundo a que elas se referem. A linguagem torna-se, nesse sentido, o objeto central da filosofia:

A possibilidade de correspondência entre a linguagem e a realidade – o realismo lógico que a filosofia analítica contrapõe em sua primeira fase ao idealismo da tradição moderna – supõe assim um isomorfismo, i.e., uma forma ou estrutura comum entre a lógica e a ontologia, entre a proposição e o fato que a proposição descreve e representa. E isso independe dos atos mentais.²²⁵

Para compreendermos o empreendimento filosófico dessa corrente de pensamento, necessário estabelecermos a distinção entre *juízos analíticos* e *juízos sintéticos*. Os primeiros são verdadeiros ou falsos por definição, conceitualmente, sem necessidade de verificação empírica (exemplo: um homem casado é não solteiro), enquanto os segundos constituem-se em proposições verdadeiras ou falsas por referência à realidade, empiricamente, o que requer verificação concreta na realidade descrita (João é casado). A constatação da veracidade da primeira proposição não depende de constatação empírica, pois podemos verificar a correção da proposição em termos meramente conceituais sem menção a algum fato da realidade concreta, enquanto na proposição sintética a verificação de verdadeiro ou falso dependerá da correspondência da proposição concernente à realidade empírica que descreve. Nesse sentido, os juízos (afirmação ou negação sobre algo da realidade) são falsos ou verdadeiros de acordo com a correta ou incorreta descrição dos fatos aos quais fazem alusão.

A virada linguística pressupõe que a filosofia analítica pode se ocupar de juízos sintéticos, e não meramente analíticos, que podem ser conhecidos indiretamente por meio da análise da linguagem, e não empiricamente, mas não por acesso direto aos fatos ou realidade em si, e sim por meios conceituais, intuições, conexões, distinções, convenções e pressupostos que tenham associação com as coisas do mundo, sem violar a distinção analítico-sintética. Assim, em um primeiro momento, a virada linguística se distingue em duas vertentes da filosofia analítica: a primeira, com a Escola de Cambridge (Inglaterra) e o Círculo de Viena (Áustria), e a segunda, com a Escola de Oxford.

²²⁵ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit., posição 429.

A maioria dos autores da primeira vertente preocupava-se com a linguagem das ciências e sofreu forte influência da lógica simbólica e da matemática, acreditando que, a partir de relações formais da linguagem, seria possível se livrar de suas ambiguidades por meio de uma linguagem artificial lógico-simbólica, semelhante ao projeto proposto pelos neokantistas, a exemplo do empreendimento da pureza metodológica realizado por Hans Kelsen para construir sua ciência do direito, na obra *Teoria pura do direito*.²²⁶ Para esse autor, uma correta e eficiente descrição não tolera contradição (tautologia descritiva da não contradição). A Escola de Oxford, por sua vez, importava-se com as práticas sociais e o uso cotidiano da linguagem comum (linguagem ordinária), buscando descrevê-la trazendo à tona seus sentidos, relações e convenções implícitas, para melhor compreender os problemas filosóficos, influência que pode ser constatada na teoria de Herbert Hart em sua obra *O conceito de direito*,²²⁷ por exemplo.

Os autores do Círculo de Viena (liderados por Moritz Schlick, Otto Neurath e Rudolph Carnap) procuravam equiparar os métodos de verificação lógica das ciências empírico-formais da natureza às ciências do espírito (ética, psicologia, ciências sociais, economia e sociologia). Apesar da distinção entre os objetos das ciências da natureza e das ciências do espírito, cujos eventos não são informados pela simples relação causal dos fenômenos naturais em que compete à ciência extrair princípios lógicos, universais e objetivos, descrevendo e predizendo os comportamentos futuros, busca-se, a partir do paradigma de cientificidade da física, formular, por meio da linguagem lógica, rigorosa e precisa, verdades objetivas sobre a realidade, cujas hipóteses científicas podem ser constatadas por meio de um método analítico-empírico, empreendimento este propalado pelo positivismo lógico e pela filosofia analítica, em sua primeira versão.

Com Karl Popper (1902-1994), principal teórico do racionalismo crítico, o princípio da verificação empírica do positivismo lógico é substituído pelo princípio da

²²⁶ Trataremos ainda neste capítulo do neokantismo kelseniano quando abordarmos as influências do positivismo jurídico da *Teoria pura do direito*.

²²⁷ A metodologia do *Conceito de direito* de Hart é explicitada na introdução da sua obra como uma teoria de “jurisprudência analítica” e “sociologia descritiva”, o que demonstra sua influência com a filosofia ordinária da linguagem da Escola de Oxford e com o Segundo Wittgenstein, na medida em que busca compreender e descrever o que o direito é a partir do esclarecimento dos conceitos jurídicos centrais conforme seus usos nas práticas sociais, procurando por um conceito de direito que respeite nossas intuições compartilhadas sobre o direito, avançando o conhecimento da teoria do direito com base em três questões persistentes que analisa: a) a relação entre direito e coerção; b) a relação entre direito e moral; e c) a natureza e o funcionamento das regras.

falsificabilidade, ou seja, uma proposição é científica não porque pode ser empiricamente comprovada, mas porque pode ser empiricamente falsificável, por meio de testes de refutações, experimentos, observações etc. Assim, com Popper, evitam-se o fechamento dogmático dos enunciados científicos e a irrefutabilidade dos juízos descritivos, que podem a qualquer tempo ser questionados por meio de hipóteses falsificáveis.²²⁸

A filosofia da linguagem ordinária, por sua vez, ainda que uma vertente originada na tradição da filosofia analítica, acrescenta a dimensão pragmática à compreensão conceitual dos fenômenos linguísticos, na medida em que valoriza o senso comum e a experiência concreta dos falantes em determinada comunidade de sentidos que partilham a mesma realidade linguística. Os conceitos são esclarecidos para além da dimensão lógica (sintático-semântica), em que são consideradas com primazia as propriedades semânticas das expressões linguísticas em conformidade com a forma pela qual são empregados em contextos geográficos e culturais bem delimitados. Tal empreendimento filosófico foi influenciado por Gilbert Ryle (1900-1976) e pelo filósofo da linguagem inglês J.L. Austin (1911-1960), este último responsável pela concepção da linguagem como ação, muito bem delineada em sua teoria sobre os atos de fala e conceitos *performativos*,²²⁹ cuja importância foi fundamental para o desenvolvimento das contemporâneas teorias da comunicação, da pragmática e da análise do discurso.

A relação entre sujeito e objeto no campo do conhecimento filosófico-científico, em geral, e da filosofia do direito, em particular, fundamentou-se a partir de concepções filosóficas de acesso à verdade que variaram entre o objetivismo e o subjetivismo, até o giro linguístico que acrescentou à epistemologia o fenômeno da linguagem na compreensão das proposições normativas, permitindo um novo paradigma hermenêutico filosófico e o florescer de novas teorias preocupadas com a decisão judicial e com o modo de “como os juízes devem decidir”, para além do mero descritivismo de como efetivamente decidem.

²²⁸ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein cit.*, posição 432.

²²⁹ Ver sua obra *How to do things with words* (1962), traduzida no Brasil com o título: *Quando dizer é fazer*. Tradução Danilo Marcondes. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

Em termos gerais, podemos identificar o objetivismo tanto na “metafísica clássica” como no “cognitivismo moral”, campo da metaética²³⁰ que sustenta a existência de verdades objetivas no terreno da moral e que fundamenta toda a tradição jusnaturalista, por exemplo. Para a metafísica clássica construída a partir do pensamento grego, inicialmente em Platão e aperfeiçoado em Aristóteles, os objetos possuem neles mesmos suas próprias essências de onde se extrai seu verdadeiro sentido. O papel do sujeito cognoscente é tão somente o de descobrir e revelar os sentidos *das coisas mesmas*. Segundo Lenio Luiz Streck: “De fato, até Kant, o ser era um predicado real. Pensava-se que havia uma relação real entre ser e essência. Portanto, o sentido era dependente dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo”.²³¹ Trata-se do sujeito assujeitado pelo objeto, condição que condiciona o cientista a um mero investigador das verdades ocultas no objeto investigado, sem interferência dos juízos mentais e intelectuais no ato de produção de descoberta (esquema objeto-sujeito).

A partir daí, no entanto, começa a surgir uma visão mais subjetivista, abordagem que ficou conhecida como “filosofia da consciência” no campo da metafísica e do “não cognitivismo” na metaética, ou seja, uma postura mais cética ou de relativismo moral que nega a ideia de valores universais, presente no positivismo jurídico do século XX, a partir da *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen e da obra *O conceito de direito*, de Herbert Hart. Em ambos, o relativismo axiológico é tomado como ponto de partida da teoria positivista do direito, sendo a tese da separação entre direito e moral a prova do seu não cognitivismo, apesar de na teoria hartiana admitir-se que a regra de reconhecimento pode, contingencialmente, incluir valores morais

²³⁰ Como nos esclarece Paulo Fontes, acerca da distinção entre ética e metaética: “A ética dedica-se a responder a questões práticas – no sentido kantiano que opõe razão teórica e razão prática –, ainda que se possa teorizar a respeito: ‘como devo me comportar?’, ‘que vida devo levar?’, ‘o que é a vida boa?’ Existem várias correntes do pensamento ético que tentam responder a essas questões, como o kantismo, o utilitarismo, a ética das virtudes baseada em Aristóteles; constituiriam a ética normativa e tratariam do que a literatura anglo-saxônica denomina *first order questions*. Já a metaética dedica-se às questões de segundo nível – *second order questions* –, sendo a principal delas aquela concernente à possibilidade e condições do conhecimento ético e moral. No campo da metaética, opõem-se o realismo moral – e as denominações e posições equivalentes ou semelhantes como objetivismo moral, cognitivismo moral etc. –, que sustentam a existência de verdades ‘objetivas’ no mundo moral e, portanto, conhecíveis pelo homem, e as correntes que negam tal possibilidade, bem como uma suposta objetividade dos valores, agrupadas sob bandeiras também variadas, mas semelhantes, como o não cognitivismo, o ceticismo moral, o relativismo moral ou axiológico, o emotivismo, o expressivismo, o subjetivismo, o quase realismo” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 2).

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

como critérios de validade do direito (nega a tese da vinculação apenas no nível conceitual, portanto).

Por fim, pode-se identificar, a partir do giro ontológico linguístico, uma concepção intersubjetivista, com a superação do subjetivismo e introdução do elemento prático no fenômeno de construção da verdade (momento hermenêutico), cujas estruturas condicionam e precedem o conhecimento, por meio da linguagem onde habita o comum partilhável em cada comunidade e que antecipa qualquer constituição do sujeito no processo interpretativo. Como veremos, essa é a proposta das teorias pós-positivistas,²³² a exemplo de Dworkin e Gadamer, em que, como afirma Lenio Luiz Streck:

[...] cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão (a principal delas é incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin como por Gadamer.²³³

Na modernidade, há a libertação do homem pela razão, pela superação do objetivismo e essencialismo em que o fundamento da verdade era tido como inquestionável. O pensamento iluminista que surge a partir do final do século XVII é o grande responsável pela transformação do acesso ao conhecimento e pelo nascimento do racionalismo científico, que coloca a razão humana no centro do universo, anunciando-se o nascimento da subjetividade em que o sujeito é responsável, a partir de sua capacidade de elaborar raciocínios lógico-dedutivos, por não mais apenas revelar a essência que se extrai do objeto, mas de conhecê-lo a partir de suas subjetividades.

²³² Sob o rótulo “pós-positivismo” encontram-se inúmeros juristas e correntes que possuem orientações jusfilosóficas distintas. Assim como existem vários positivismos, também há muitos pós-positivismos ou teses que procuram superar o(s) positivismo(s). Não obstante o contexto contemporâneo ainda difuso, em síntese, poderíamos citar como vertentes pós-positivistas a matriz discursivo-procedimental, que se manifesta na teoria de Habermas, matriz estruturante, desenvolvida por Friedrich Müller e a matriz interpretativa, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser. Nessa esteira também se encontra a crítica hermenêutica do direito (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 3829).

²³³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? cit., p. 109.

O objeto agora está “assujeitado” pelo sujeito, o que a teoria do conhecimento define como esquema sujeito-objeto (S-O) ou ainda paradigma da subjetividade ou da *filosofia da consciência*. O mundo passa a ser conhecido a partir das concepções racionais produzidas pela e na experiência humana e reveladas pela linguagem (condição de possibilidade do ser no mundo), não mais externa a ela.

Em que pese a superação do essencialismo pelas acepções subjetivistas que surgem com o racionalismo iluminista no século XVIII, no campo da filosofia do direito o positivismo jurídico nasceu no século XIX ancorado no objetivismo, pois acreditava-se que a aplicação do direito era operada em uma lógica meramente subsuntiva a partir de uma operação mental simples e dedutiva de identificação da norma válida a ser aplicada a cada caso específico. O problema da insuficiência e indeterminação das normas jurídicas não havia ainda sido identificado, obnubilado pelos dogmas da completude e coerência do sistema jurídico do formalismo legalista ou clássico.

Nessa forma de compreender o fenômeno jurídico, havia a crença de que, a partir do conhecimento do aplicador de todas as normas jurídicas válidas no sistema jurídico em questão, não haveria qualquer espaço para discricionariedade do julgador, que realizaria a vontade do legislador com maior fidelidade possível, a partir da aplicação literal da lei. Por essa razão que ao positivismo foi atribuída uma perspectiva do materialismo mecanicista que se traduz em frases como “aplicação da letra fria da lei”, em que o juiz era mera “caixa de ressonância” do texto legal.

O positivismo exegético francês e o pandectismo alemão (jurisprudência dos conceitos) são exemplos desse modelo de aplicação formalista que buscou limitar o papel do Judiciário na aplicação da lei. Em um contexto histórico cujo receio do resquício da nobreza togada que sobreviveu ao fim do absolutismo era uma preocupação política central e pujante, certamente havia razão de ser nesse modelo que procurava aprisionar qualquer vontade autônoma do julgador e encapsulá-lo a concretizar a *mens legis* ou *legislatoris* de forma a resguardar a superioridade da lei e a *rule of law*.

Com o influxo da filosofia da linguagem nas teorias jurídicas nas primeiras décadas do século XX, há uma ruptura com a filosofia da consciência e o positivismo jurídico não fica refratário às novas descobertas no campo da teoria da linguagem. De um positivismo legalista caminhamos com Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, para

um positivismo analítico normativista. A análise da linguagem torna-se referencial teórico inafastável do cientista.

Não à toa, o positivismo jurídico passa a ser denominado como teoria semântica do direito, diverso do positivismo clássico formalista, que acreditava que os elementos da realidade poderiam ser captados pelo sujeito por uma operação lógica simples, não levando em conta os problemas que a semântica produz no ato de interpretação e aplicação da norma jurídica e os reflexos da plurissignificação da linguagem em matéria de indeterminação do direito.

Portanto, para Kelsen, um idealista-kantiano, a lei, por ser vertida em linguagem idiomática, abstratamente, possui sempre mais de um sentido possível, apresentando-se em qualquer enunciado prescritivo como plurissignificativa, cabendo ao intérprete identificar seus possíveis sentidos e explicitá-los por meio de uma moldura semântica, limite da ciência do direito no que tange à interpretação da norma jurídica (ato de conhecimento, produzido por todos os intérpretes do direito, autênticos e não autênticos). Assim, ratificando esse entendimento, Kelsen afirma:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito subjetivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.²³⁴

Entretanto, ao aplicar a lei, o intérprete autêntico, para além do ato de conhecimento (definição da moldura semântica da norma *aplicanda* ou fixação dos seus sentidos possíveis), realiza também o que chama de ato de vontade, em que escolhe dentre um dos sentidos possíveis da norma jurídica aquele que, a partir de sua *consciência* (*neste ponto fica claro que não há o rompimento com o paradigma filosófico subjetivista*), mostra-se mais adequado ao caso concreto. Para Kelsen, essa escolha é uma decisão subjetiva, que cabe unicamente ao intérprete e, por essa

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 390-391.

razão, não pode ser descrita em uma abordagem epistemológica que pretende construir pressupostos universais e, portanto, objetiváveis do ponto de vista científico.

Não há como racionalizar ou pretender objetivar a escolha de uma interpretação da norma jurídica a aplicar em detrimento de outra possível, pois, no espaço da competência legítima que o sistema confere ao aplicador, qualquer uma delas pode ser direito. Na teoria kelseniana, trata-se de *política jurídica*, espaço de liberdade autônoma que não pode ser objeto de apreciação pela ciência do direito, uma vez que há uma livre escolha do intérprete de acordo com seus valores e preferências pessoais, campo que esbarra nos limites científicos por ele adotados.

Para os idealistas, portanto, é o sujeito que constrói a realidade, isoladamente, por meio de raciocínios dedutivos e operações lógico-mentais. Nessa perspectiva, pois, o sujeito possui o domínio absoluto dos objetos que o cercam, revelando, do ponto de vista da autoridade legítima que diz o direito, um sujeito *solipsista*,²³⁵ para adotar o termo utilizado por Lenio Luiz Streck.

Outro elemento que faz Kelsen acreditar que o ato de vontade implica uma escolha subjetiva, e não racional (*política jurídica*), é que ele aplica um postulado kantiano acerca da razão prática (regras morais ou éticas), em que, nesses casos, por se tratar de juízos valorativos, não poderiam gerar conclusões objetivas, universalmente demonstráveis, pois não se constituiriam em uma *epistemi*, ou seja, na construção de proposições descritivas universalmente aceitas, origem do discurso racional. Em uma perspectiva kantiana, portanto, quando a premissa maior de um raciocínio dedutivo é um valor, é impossível chegar a uma conclusão objetiva, pois não se consegue demonstrar a verdade do pressuposto do discurso silogístico.

²³⁵ “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo. Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo. Trata-se de um *fundamentum incocussum absolutum veritatis*, um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada, a partir das *Meditationes de Prima Philosophia* de Descartes, na subjetividade individual do sujeito. A partir desse momento, a noção de ‘sujeito’ muda completamente na filosofia, tornando-se aquele ente em relação ao qual todas as coisas se determinam. Daí a noção de solipsismo: o sujeito que se basta a si próprio. A palavra ‘si mesmo’ ou ‘egoísmo’ em alemão se traduz por *Selbstsucht*, representando aquele que é viciado em si mesmo (*Selbstsüchtiger*)” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 4839).

Assim, no discurso da ciência do direito de caráter puramente formal, a interpretação jurídica tornou-se um momento particularmente incômodo do direito. Dessarte, o problema da interpretação foi tratado de duas maneiras distintas: primeiramente, pretendeu-se reduzir o processo interpretativo a uma forma, ou seja, ao formalismo dos procedimentos interpretativos metodicamente garantidos (Escola da Exegese; Jurisprudência dos Conceitos); e, em um segundo momento, o problema na aplicação do direito foi descartado do campo da ciência jurídica, exatamente por considerar-se que a interpretação como ato de vontade, por si, não se deixava reconduzir à forma do dever-ser (proposições descritivo-normativas produzidas cientificamente), o que demonstra que, além da influência kantiana, Kelsen postula adesão à lei de Hume, ou seja, a independência entre o mundo dos fatos e dos valores e a distinção epistemológica entre juízo de fato e juízo de valor, pois, conforme afirma Kelsen: “Do fato de algo ser não pode seguir que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é”.²³⁶

Todas as correntes positivistas pós-kelsenianas e contemporâneas, em alguma medida, são levadas a constatar algum grau de discricionariedade do julgador, ainda que em algumas delas, como alguns teóricos positivistas inclusivistas, a exemplo de Wilfrid Waluchow ou normativos éticos, como Jeremy Waldron, identifique-se alguma tentativa de redução da ampla liberdade que Kelsen reconheceu aos aplicadores da norma jurídica em seu famoso capítulo oitavo da *Teoria pura do direito*. No positivismo jurídico, a discricionariedade se apresenta como um limite intransponível que encontra justificativa no método descritivo. Para Lenio Luiz Streck, a razão reside na não superação da filosofia da consciência traduzida pelo esquema sujeito-objeto no campo das investigações filosófico-jurídicas e na não assimilação da virada ontológico-linguística:

A partir do que estabeleço na Crítica Hermenêutica do Direito, é possível afirmar que o ponto fulcral reside no modo como os positivismos entendem a linguagem. Por não terem assimilado o giro ontológico-linguístico, não conseguem compreender que a linguagem não é uma ferramenta, uma terceira coisa entre sujeito/objeto. Ao contrário, é condição de possibilidade, de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva. Assim, ao fim e ao cabo, reconhecer a discricionariedade é negar a tradição, a história

²³⁶ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 215.

institucional/efetual, que possibilitam a compreensão dos sentidos jurídicos.²³⁷

No decorrer do século XX, houve uma mudança no conceito de verdade, que passou da construção do homem isolado que conhece a realidade por meio de raciocínios dedutivos (visão idealista) para um homem que conhece a realidade e acessa a verdade coletiva ou intersubjetivamente, pois o ato de conhecer é um ato de comunicação (a verdade surge no debate sobre a realidade, está entre os homens) e, como tal, é resultado de um consenso histórico e geograficamente identificado.

Nessa nova concepção, o homem acessa a realidade pela linguagem não como um mero instrumento que permite o conhecimento ou como algo que se interpõe entre sujeito e objeto, mas como constituidora do sujeito no mundo e que determina sua compreensão de tudo o que lhe chega aos sentidos. Essa descoberta produz um efeito devastador nas teorias idealistas, pois não é o homem que cria a realidade das coisas como bem entende, em suas perspectivas subjetivas, mas deve buscá-la nos consensos propiciados pela linguagem constitutiva da compreensão e interação entre indivíduos que partilham valores e sentidos comuns da existência, em determinada comunidade de sentidos, ou seja, pela busca da vontade heterônoma que se extrai da linguagem normativa.

Há um sentido objetivo na linguagem quando ela se aproxima de um fato concreto, a partir de coordenadas precisas que levam em conta não somente sua construção semântica, mas, sobretudo, seu elemento pragmático, ou seja, sua relação com as práticas linguísticas em dada prática social. Há nessas concepções um reavivamento do cognitivismo moral não como essência, mas como consenso histórico-cultural legado como tradição. A teoria crítica se apresenta, nesse ponto, contrária aos fundamentos da hermenêutica filosófica, denunciando a hegemonia da tradição e seus efeitos práticos para o direito, perpetuado do *status quo* e das contradições do liberalismo, ponto de vista que partilhamos neste trabalho, como demonstraremos oportunamente.

Ao adotar o direito como fenômeno de comunicação, o fundamento kantiano de que não é possível obter uma conclusão objetiva a partir de um juízo de valor, porque

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 839.

a premissa maior de um raciocínio dedutivo não é um dado objetivo e universal, pressuposto este que fundamenta as teorias idealistas, desestabiliza-se, pois, se há consenso entre os interlocutores de que o pressuposto é verdadeiro, ainda que se traduza num valor moral, a conclusão passa a ser objetivável e se torna possível afirmar a existência de um cognitivismo moral consensado *a priori*.

Para as teorias contemporâneas, por sua vez, o ato de aplicação do direito passa a integrar o objeto da ciência do direito, pois torna-se possível controlar racionalmente a escolha que o juiz faz ao aplicar a lei ao caso concreto, a partir de acordos semânticos preestabelecidos na prática comunitária. Em verdade, para as teorias “pós-positivistas”,²³⁸ a ciência do direito passa a ter uma preocupação fundamental inafastável: a decisão judicial. Nesse sentido, toda teoria que se distancie dessa preocupação perde utilidade prática como realidade jurídica. Não se trata de apontar o erro das teorias descritivas no que tange à discricionariedade judicial, mas sua insuficiência teórica para garantir os pilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e a previsibilidade dos atos estatais, contrários às conclusões teórico-positivistas.

Esse fenômeno ficou conhecido como giro linguístico e ocorreu em meados da segunda metade do século XX, por influência de Heidegger e Wittgenstein, propiciando a ruptura com a filosofia da consciência (subjettivista), permitindo a substituição da epistemologia tradicional por um novo paradigma filosófico, em que as preocupações lógico-semânticas dão espaço aos aspectos ontológico-pragmáticos que se realizam na dimensão da linguagem, inaugurando por essa razão uma nova visão hermenêutica denominada ontológico-linguística.

²³⁸ O termo é empregado neste sentido: “O pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de ‘dignidade epistemológica’. Isto é, o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 3675). Quanto à origem do termo, vale conferir o que segue: “No Direito, um dos primeiros a usar este termo foi Friedrich Müller em sua obra *Metódica Jurídica* (*Juristische Methodik*), de 1971. O jurista alemão identifica que o positivismo jurídico, ao insistir na ‘positividade’, perdeu o caráter normativo. Isto, principalmente, no processo de formalização em termos da lógica formal, pois neste a norma se tornou um juízo hipotético. Assim, denomina sua teoria estruturante do Direito como uma concepção sistematicamente pós-positivista (2008), já que ao demonstrar a diferença entre texto e norma estaria tirando o ordenamento jurídico de uma ficção artificial recolocando-o na concretude dos fatos” (Ibidem, posição 3664-3665).

O pressuposto dessa nova abordagem hermenêutico-filosófica reconhece que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas a condição de possibilidade de existência do sujeito e sua compreensão do objeto, não podendo mais ser entendido a partir da consciência individual do sujeito pensante, pois deve-se reconhecer a existência de algo que o precede e o constitui: a comunidade e a interação intersubjetiva que ocorre na dimensão da linguagem.²³⁹

Apesar dos avanços filosóficos percebidos desde a última década e que têm influenciado um número razoável de autores no campo da teoria do direito e da decisão judicial em particular, denominados “pós-positivistas”, no sentido de pensarem a superação dos pressupostos da filosofia da consciência e do *solipsismo epistemológico* de que nos fala Lenio Luiz Streck,²⁴⁰ a bem da verdade é que muitas vezes nos vemos não apenas no campo teórico, mas especialmente nas searas dogmático-jurisprudenciais, presos ao velho esquema do positivismo jurídico lógico-analítico, reconhecendo o papel central do julgador no protagonismo de dizer o melhor direito, de fazer escolhas morais que exigiriam o reconhecimento da autocontenção do Poder Judiciário na lógica democrática que confere ao Legislativo a prerrogativa de representar a vontade da maioria, respeitados os limites constitucionais que garantem os direitos de minoria, intransponíveis nem sequer pela vontade de uma maioria ocasional e transitória.

Nessas searas, ao Judiciário compete o papel contramajoritário de guardião da Constituição e de aplicação dos princípios e valores dela decorrentes. Tais são os alertas de Lenio Luiz Streck no mesmo sentido:

No campo jurídico, as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no âmbito da operacionalidade – incluindo doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratárias à viragem ontológico-linguística ocorrida contemporaneamente, em que a relação passa a ser sujeito-objeto. Infelizmente, na teorização do Direito a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais. Ou na outra ponta do problema, sob pretexto da superação das posturas objetivistas, vê-se o surgimento das diversas teorias que apostam no

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* cit., p. 14-17.

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 4839.

protagonismo judicial, já que a decisão judicial, para estas correntes, ainda é colocada como produto da consciência do magistrado.²⁴¹

Traçado todo esse percurso entre distintos paradigmas filosóficos sobre o acesso à verdade no campo moral, os quais permitiram a construção de teorias jurídicas que variaram entre o objetivismo presente na metafísica clássica até o paradigma ontológico-linguístico, passando pela filosofia subjetivista da consciência, precisamos agora enfrentar a questão central que nos anima: o que as teorias jurídicas tradicionais e ensinadas nas faculdades de direito ocultam acerca da concretização das lutas do movimento feminista, das demandas de gênero que ainda são sistematicamente marginalizadas e ignoradas no ambiente jurídico? Trata-se do problema da linguagem como elemento fundamental que condiciona o processo hermenêutico e que revela o sentido das normas jurídicas a partir de uma compreensão da realidade que retroalimenta o viés conservador, patriarcal e colonialista de nossas práticas jurídicas.

Tal ocorre, a nosso ver, pela manutenção de epistemologias cunhadas em visões universalistas da linguagem, herança de nossa tradição eurocêntrica e liberal que perpetua assimetrias e exclusões a pretexto de realizar a aplicação técnica e científica das normas jurídicas, sem antes se perguntar sobre o destinatário da norma, os interesses políticos que influenciaram sua criação, bem como qual finalidade deve ser buscada na concretização do direito, em um esforço engajado de torná-lo o máximo possível um instrumento de emancipação e superação das desigualdades que se perpetuam sistemática e estruturalmente na realidade brasileira, que, como vimos, não conseguiu se libertar de pretensões teóricas que se esforçam ingenuamente para resolver, pela criação de métodos racionais epistêmicos e pela unidade sistêmica, problemas jurídicos complexos que estão inexoravelmente fora de seus limites de investigação, mas localizados, sobretudo, no campo da política e nas constantes disputas pela manutenção da hegemonia e seus pressupostos colonizadores, de um lado, e pelos movimentos contra-hegemônicos dos movimentos sociais das minorias, de outro.

No próximo tópico, buscaremos reconstruir as principais teorias jurídicas, tanto dogmáticas quanto filosóficas, propondo um recorte de análise acerca de seus

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito cit., posição 932.

principais postulados em matéria de interpretação e aplicação do direito, apontando suas contribuições e limitações quanto ao problema da linguagem no direito, pela perspectiva da possibilidade ou não de admitir a discricionariedade judicial e suas respectivas justificativas teóricas e práticas. Por conseguinte, pretendemos demonstrar que tanto as visões formalistas como as antiformalistas, nas teorias mais tradicionalmente conhecidas e estudadas no Brasil e que formam as principais correntes que influenciam o modo de fazer ciência do direito, são insuficientes para transpor uma realidade marcada pela aliança com o liberalismo e a manutenção do *status quo*, produzindo um pensamento universalista, neutro e demasiadamente hostil e indiferente à problematização identitária e suas opressões, como é o problema central que enfrentamos neste trabalho.

2.2 Insuficiência das teorias jurídicas hegemônicas na superação das desigualdades de gênero

Começaremos este tópico com um devido esclarecimento introdutório: o que trataremos neste capítulo sob o rótulo de “teorias jurídicas hegemônicas” pressupõe uma investigação acerca do confronto de duas tradições teóricas muito comuns no ensino jurídico brasileiro: a perspectiva dogmática desenvolvida por Tercio Sampaio Ferraz Jr., a partir da influência de Theodor Viehweg sobre a diferença entre zetética e dogmática, e a perspectiva filosófica das principais correntes teórico-jurídicas, desde o positivismo clássico do século XIX até as teorias normativas mais usualmente abordadas nas disciplinas de teoria do direito, adotadas comumente nas Faculdades de Direito no Brasil. Isso revela, por exemplo, a necessidade, em certo momento do texto, de tratarmos acerca de dois modelos ou tipos ideais desenvolvidos ora pela dogmática hermenêutica em torno da figura do “legislador racional”, ora pela abordagem filosófica interpretativista a respeito da figura do juiz Hércules, de Ronald Dworkin.

O esforço de reconstrução das ideias centrais em torno dessas duas tradições jurídicas, dogmática e filosófica, tem um objetivo específico nesta pesquisa: demonstrar ao final do capítulo que tais empreendimentos teóricos são absolutamente insuficientes dentro de uma perspectiva crítica do direito, cujas epistemologias carecem de visões mais ampliadas do fenômeno jurídico em matéria de decisão

judicial, na medida em que se mantêm, em alguma medida, aprisionadas à idealização do método racional e da neutralidade, impedindo de perceber práticas jurídicas profundamente irracionais que se localizam fora do direito, mas que com ele se relacionam. Estereótipos de gênero permanecem, assim, invisibilizados e sistematicamente excluídos, pelo apego exagerado ao cientificismo, cujo pretensão recorte eliminaria as realidades e as complexidades cognitivamente inacessíveis pela linguagem do direito, esforçando-se para conservá-lo autônomo e fechado, tornando-se, assim, infenso à realidade, ora constitutiva (do), ora constituída (pelo) direito.

Niklas Luhmann,²⁴² em sua teoria dos sistemas, apesar de reconhecer a sociedade como um grande sistema comunicativo, do qual o direito é um subsistema em interação contínua com o meio ambiente (nos planos lógicos semântico e pragmático), ao preservar a autonomia do direito no plano lógico sintático em torno de seu código de comunicação binário (lícito/ilícito) para permitir seu fechamento operacional e autopoiese, afastando-se, assim, das pretensões mais radicais do positivismo jurídico, incorre, ainda assim, a partir do que denomina de acoplamento estrutural e racionalidade transversal entre os subsistemas comunicativos, em uma tentativa de reconstrução de um método racional que elimine a corrupção sistêmica, afastando, dessa forma, a legitimidade de concepções teóricas que compreendem o direito como uma dimensão da política e da moral, cujos paradoxos e contradições não podem ser resolvidos a partir de uma racionalidade jurídica cognitivamente fechada. Daí por que introduzimos este trabalho assumindo uma visão política que não elimina sua dimensão conflitiva e adversarial, sendo o direito subproduto da dimensão agonística, cujas disputas não devem ser neutralizadas por teorias com pretensões universalistas e consensuais.

No quadro geral do estudo dogmático do direito, na perspectiva do estudo empreendido por Tercio Sampaio Ferraz Jr., enquanto a dogmática analítica busca compreender o direito, em face do *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, objetivando a identificação do direito a partir da validade; a dogmática hermenêutica, com fundamento no mesmo princípio, a questão da decidibilidade gira em torno da questão do sentido jurídico das normas jurídicas; e, por fim, como terceira e última abordagem teórica, a dogmática da decisão procura responder a seguinte questão:

²⁴² LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

diante das múltiplas possibilidades interpretativas que o intérprete se coloca diante do processo hermenêutico, como se obtém a decisão prevalecente?

A despeito de outras possibilidades de abordagem do enfoque dogmático tratado neste tópico, o pressuposto adotado nessa análise leva em consideração que o processo de interpretação e aplicação do direito ocorre de forma simultânea e concomitante, ou seja, primeiro se interpreta, no sentido de compreender o sentido de uma norma jurídica a ser aplicada ao conflito que será solucionado pelos órgãos jurídicos e, posteriormente, ocorre a decisão em si, em que, por ato de uma vontade competente, o conflito chega ao fim (vale ressaltar, contudo, que a decisão não encerra o conflito, mas torna-o *decidível*, em matéria de uma solução apaziguadora).

Como saber tecnológico, a dogmática volta-se para um agir prático (daí por que não se confunde com as teorias semânticas e conceituais do direito, apresentando-se como “pragmática”), não meramente informativo ou descritivo. Busca construir regras que possam servir de orientações precisas para aquele que tem que decidir, no sentido de indicar-lhe como encontrar a decisão prevalecente e que tenha condições jurídicas de se impor legitimamente.

Como pudemos delinear antecipadamente, a problemática que envolve a aplicação do direito na perspectiva de uma teoria da decisão judicial não ocupou tradicionalmente o objeto principal de estudo das principais abordagens teórico-científicas sobre o direito, limitando-se no mais das vezes a meras referências de pontos de vista zetéticos ou ainda diretrizes particulares que não conceberam o fenômeno a partir de uma abrangência tal que pudesse ser tomada como preceitos jurídico-científicos universalizáveis.

O propósito da construção de uma teoria da decisão, na perspectiva dogmática implementada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., consiste com primazia na absorção da insegurança gerada pelas múltiplas possibilidades de soluções que podem ser conferidas ao mesmo conflito, inclusive, contraditórias entre si. Pelo prisma de um Estado de Direito, a segurança jurídica e a previsibilidade da conduta estatal se apresentam como princípios basilares que não admitem a simples constatação decisionista de que a aplicação do direito se constitui como política jurídica, não podendo ser apreendida cientificamente e impondo a aceitação passiva da discricionariedade judicial, como delineado pelas principais teorias positivistas, de matriz analítico-descritiva ou normativista, como a realizada por Kelsen. Daí o

compromisso teórico-dogmático aqui exposto: encontrar respostas que tornem o ato de decidir objetivável.

O conflito jurídico é noção correlata à de decisão jurídica e ocorre quando há interrupções na interação da comunicação entre emissores e receptores de uma mensagem, gerando expectativas frustradas e desiludidas (por exemplo, pagamento de imposto a menor, não pagamento de uma dívida etc.), exigindo para a sua solução a presença de um terceiro comunicador institucionalizado, a partir de coordenadas objetivas, neutralizando as pretensões subjetivas dos agentes comunicativos em disputa.

Por vezes, contudo, ocorre um segundo tipo de conflito, não o conflito social qualificado juridicamente por meio de normas jurídicas, mas aquele de segundo nível, também institucionalizado, sobre o procedimento que deve ser seguido para se alcançar uma solução do conflito que exige uma decisão jurídica, impedindo não a sua eliminação, mas a sua continuação.

A dogmática da decisão, como nos ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr., coloca-se diante desse conflito de segundo grau, em que a doutrina revela-se como uma investigação prática das regras de decisão e de configuração dos conflitos, pela qual o fenômeno jurídico é captado como um sistema de controle do comportamento, ou seja, pelo poder de decisão de conflitos institucionalizados, também denominado de poder-jurídico (obediência e conformidade às leis) em contraposição ao poder-força, este, sim, incompatível com o direito.²⁴³

Esse poder jurídico se revela tanto como poder de direito, em seu aspecto interno, em que a decisão é orientada pelos próprios instrumentos que o sistema normativo oferece, quanto como poder de fato, em seu aspecto externo, por meio dos instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema. No primeiro sentido, fala-se em uma teoria dogmática da aplicação do direito, enquanto no segundo tem-se uma dogmática da teoria da argumentação jurídica.²⁴⁴

Tradicionalmente, a dogmática da aplicação do direito utiliza-se da lógica da operação dedutiva para demonstrar como ocorre o processo de aplicação do direito,

²⁴³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 328-329.

²⁴⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 328-329.

em que: a) a norma geral funciona como a premissa maior; b) a descrição do caso conflitivo, a premissa menor; e c) a conclusão é o ato decisório *stricto sensu*. Essa operação seria o procedimento de criação/aplicação não apenas de sentenças judiciais, mas também de todas as decisões dos demais poderes, como as administrativas (ao aplicar as leis) e as legislativas (ao aplicar a Constituição), ou seja, de todas as operações normativas que participam da dinâmica jurídica que subjaz, conforme preleciona Kelsen, que a todo ato de criação de uma norma inferior ocorre inexoravelmente a aplicação de uma norma superior que lhe confere fundamento de validade intrassistêmica.

Esta é a constatação doutrinária de Serpa Lopes ao tratar do tema, como nos lembra Rosa Maria de Andrade Nery:

Destarte, o mecanismo de aplicação do direito se desenvolve em três partes: em primeiro lugar, o juiz aprecia os fatos objeto da controvérsia, declarando-os; em segundo lugar, determina a norma de Direito que lhes é aplicável; em terceiro, pronuncia o resultado jurídico decorrente da subsunção do estado de fato sob os princípios jurídicos.²⁴⁵

Esse processo silogístico de aplicação, denominado subsunção, esconde, porém, um problema de difícil solução dogmática, pois nem sempre a premissa maior é de fácil interpretação, podendo apresentar-se plurissignificativa ou compreender indeterminações cujas denotação ou conotação não são específicas, ou, ainda, o problema de identificar se a premissa menor está abarcada na premissa maior ou trata-se de um problema de lacuna no direito.

Embora a subsunção não se confunda com o automatismo lógico da dedução, ela apresenta também outra importante constatação, conforme nos alerta Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade, o decididor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo, primeiro, a conclusão a que deve chegar para então buscar, regressivamente, suas premissas.²⁴⁶

²⁴⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução à ciência do direito privado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 388.

²⁴⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 331.

Dessarte, o processo de aplicação não é meramente dado pelo cotejamento das premissas, chegando-se a uma única conclusão, extraída de uma operação lógico-dedutiva apenas, mas impõe a construção da premissa maior pelo intérprete, o que a doutrina denomina de qualificação jurídica do caso. Essa dificuldade ocorre principalmente porque a hipótese normativa presente na premissa maior não é uma simples descrição abstrata e genérica de uma situação concreta e faticamente possível, mas traz em si elementos prescritivos, tipificando certas condutas como proibidas, obrigatórias ou permitidas.

Assim, a qualificação jurídica do caso deve ser construída muitas vezes a partir de termos indeterminados, ora em sua denotação (extensão), sendo este um problema de vaguidade (“perigo iminente”), ora em seu sentido conotativo (valorativo/intenção), qualificado como uma questão de ambiguidade (“mulher honesta”), ou, ainda, quando o próprio legislador deixou intencionalmente a norma em aberto, dando margem de discricionariedade ao julgador para que este continue o processo de determinação da norma jurídica (“grave ameaça”).

Nesse mesmo sentido segue o alerta de Rosa Maria de Andrade Nery:

Contudo, o pensamento jurídico contemporâneo superou a ideia de que a atividade judicial é mecânica; dessa maneira, passou-se a rejeitar o silogismo como representativo do raciocínio jurídico. [...] Os autores que consideraram inadequado afirmar que a decisão jurídica se dá por um processo de subsunção lógica defendem que o encontro do direito aplicável, bem como a justificação da decisão, dependem de ponderações do juiz, realizadas mediante juízo de valor.²⁴⁷

A concretização dos conteúdos normativos não deve ser feita de forma livre e arbitrária pelo decididor, mas deve seguir os princípios de balizamentos de aplicação próprios do sistema, que funcionam como controle do ato decisório. O principal deles é o da legalidade, que proíbe decisões *contra legem* (não obstante, nesse ponto somos obrigados a reconhecer que, pelo princípio da autoridade, decisões *contra legem* transitadas em julgado ainda assim produzem seus efeitos jurídicos até que sejam extirpadas por outra norma ou decisão jurídica, conforme nos alertou Kelsen).

Tal princípio da legalidade, no entanto, deve ser conjugado com outros princípios do sistema, a fim de que a norma jurídica não se torne inflexível, e o

²⁴⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução à ciência do direito privado* cit., p. 388.

aplicador tenha meios para concretizar o *telos* geral do sistema, conforme um juízo valorativo e de oportunidade, por meio do princípio da discricionariedade, como ocorre na aplicação de cláusulas gerais, como o reconhecimento da “boa-fé” nos contratos.

Outro princípio balizador da concreção do direito é chamado de aplicação corretiva, para que na aplicação do direito o juiz cumpra os fins sociais a que ele se dirige e as exigências do bem comum, segundo determina o art. 4.º da LINDB. Trata-se de um princípio de aplicação que permite ao decididor atender o pressuposto interpretativo do legislador racional, como afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁴⁸

Tais princípios (proibição de decisão *contra legem*, da discricionariedade e da aplicação corretiva) balizam a concreção normativa quanto a seu sentido de validade. Quanto à eficácia, podemos enumerar ainda mais três: princípio da irrelevância do desconhecimento da lei; princípio da cláusula *rebus sic stantibus*; e conceitos de força maior ou caso fortuito. São situações em que o decididor não realiza mera operação silogística, senão avalia as circunstâncias do fato, alterando o sentido normativo, num processo circular, de interação entre fato e norma, e não de mera dedução extraída numa operação lógico-mental de aplicação subsuntiva.²⁴⁹

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a aplicação do direito pela subsunção encontra-se superada pelo paradigma pós-positivista, em que

[...] a aplicação do texto normativo ao caso concreto jamais pode ser dissociada do ato de interpretar. O texto não existe em si mesmo. O texto só existe em sua norma. Por mais simples que seja o caso concreto que se apresenta, o ato de sentenciar é, ao contrário de ato de subsunção, atividade concretizante do direito.²⁵⁰

Ao lado do aspecto interno que conforma a teoria dogmática da aplicação do direito de que tratamos até aqui, passamos a cuidar de seu aspecto externo (ou seja, das questões que emergem do meio circundante e repercutem no sistema), consubstanciado por meio da argumentação jurídica e pelas contribuições da retórica para o direito e para a racionalidade dogmática a fim de efetivar o controle da decisão.

²⁴⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 332.

²⁴⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 333-334.

²⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução à ciência do direito privado* cit., p. 384.

A decisão jurídica é um ato comunicacional e se constitui em um tipo especial de discurso racional, em razão da necessidade de sua fundamentação. Para que um discurso seja racional, ele deve ser comprovado e estar aberto ao questionamento. É a teoria da argumentação jurídica que se preocupa, sobretudo, com o processo argumentativo utilizado na tomada de decisões.

A questão da argumentação é tratada desde a antiguidade, tida como uma das partes da arte retórica, tendo sido objeto de atenção especial de autores como Cícero e Aristóteles. Atualmente, a questão da argumentação no plano jurídico foi se especializando e dando origem à teoria das provas no direito processual. De forma ampla, contudo, o termo designa um modo típico de raciocínio jurídico.

Em que pese a necessidade de comprovação da fundamentação do discurso jurídico, como um discurso racional, argumentação e demonstração se opõe. Por sua vez, no raciocínio demonstrativo, próprio dos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, por exemplo, a prova seria sua redução à evidência (algo que pode ser verdadeiro ou falso); a argumentação refere-se aos raciocínios persuasivos, como o são os raciocínios políticos e jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, sem pretensão de universalização, como o são as *epistemis*, por exemplo, como nos ensina Perelman.

O problema da argumentação jurídica também foi objeto de preocupações do jusfilósofo Viehweg, que a compreende como uma forma típica de raciocínio. O raciocínio jurídico para o autor tem sentido argumentativo. Assim, a decisão jurídica aparece como um discurso racional, que surge a partir da “discussão de problemas”. O pensar por problemas (tópica) é a técnica argumentativa voltada para a ação (*decidibilidade*), em que estes são referidos a certos pontos de vista que lhes iluminam os diferentes ângulos e aspectos que devem ser considerados no ato decisório.

A argumentação tópica no discurso jurídico surgiu quando a metodologia jurídica tradicional entrou em crise, no período do pós-guerra, em que as teses jurídicas reduziam o papel do jurista prático à aplicação de um direito moldado pelo legislador e por meio de um tipo do raciocínio silogístico, a subsunção. Para os positivistas, como Kelsen, o ato de aplicação do direito não pode ser descrito no âmbito de uma ciência do direito, tratando-se, pois, de *política jurídica*, diante da plurissignificação da linguagem e das múltiplas possibilidades de escolha (moldura semântica) que se abrem para o aplicador da norma no ato de concreção do direito.

Viehweg apresenta críticas ao positivismo, diferentes das críticas jusnaturalistas, dando destaque à prática jurídica e elaborando uma teoria da razão prática como fundamento do processo jurídico-decisório na qualidade de um discurso racional. Critica o positivismo por sua incapacidade de lidar com questões controvertidas, em que se torna impossível utilizar critérios únicos e infalíveis que orientem o processo decisório.

A partir de Viehweg, o raciocínio jurídico assume uma estrutura necessariamente comunicativa, pois os passos que conduzem à decisão jurídica têm caráter discursivo e intersubjetivo (realizam-se entre os sujeitos comunicativos, e não na perspectiva de um sujeito solipsista, idealista kantiano – o ser isolado conhecendo a realidade).

A prática argumentativa demanda uma técnica argumentativa. O raciocínio jurídico conduz a uma série de exigências quanto ao processo decisório. Viehweg e a tópica procuram selecionar hipóteses de solução possíveis à luz de cada problema que aguarda uma solução jurídica e ordenar o processo argumentativo. Sua teoria pretende ir além do normativismo positivista por permitir uma reflexão concreta sobre questões que não podem ser resolvidas exclusivamente com os métodos do positivismo, contribuindo para uma teoria da decisão judicial e buscando racionalizar o processo de aplicação do direito. Tópica é um nome específico de um dos livros do *Organon* aristotélico, além de ter sido estudada por Cícero ao compreender a tópica não como uma teoria da dialética, mas como práxis da argumentação, razão pela qual sistematizou uma série de catálogos de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico.

Enquanto as demonstrações da ciência seriam *apodíticas*, as argumentações retóricas seriam dialéticas. Na dialética, não se trabalham com evidências, mas com premissas aceitas pela comunidade como se fossem verdadeiras, construídas a partir de um diálogo, no sentido de um procedimento crítico, na base da prudência. As proposições básicas dos procedimentos dialéticos constituem-se em *topoi* de argumentação (lugares-comuns), ou seja, fórmulas que são variáveis no tempo e no espaço com reconhecida força persuasiva, e não em axiomas e postulados de demonstração, com pretensão de universalização.

A tópica visa, a partir de situações difíceis, fornecer uma saída a partir não de um método sistemático ou procedimento verificável rigorosamente, mas de um estilo de pensar (técnica de pensamento que se orienta para problemas). O trabalho do

jurista deve orientar-se por uma aporia fundamental: a questão de saber o que é justo aqui e agora. A tópica serve para encontrar argumentos utilizáveis na justificação concreta de uma decisão.

Os *topoi* funcionam como fórmulas de procura no sentido retórico, como orientações para a invenção. Ao substituir a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento, Viehweg reduz o enfoque dado aos aspectos sintático e semântico, passando a enfatizar a dimensão pragmática da linguagem, que diz respeito à relação entre os signos e aqueles que os utilizam (e que, portanto, são cambiáveis). O processo de raciocínio que levará à decisão final adota uma perspectiva dialógica, sendo a argumentação instrumento de um árbitro que já não é simplesmente notário da verdade jurídica do legislador, mas sujeito ativo que, dentro de certos limites, também cria o direito.

O direito, ao prescrever normas de conduta, cujos modais *deônticos* são o obrigatório, o proibido e o permitido, utiliza-se de signos linguísticos que expressam o sentido daquilo que deve-ser. Esse uso linguístico oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, o uso corrente para designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, sua significação normativa. Apesar de muitas vezes os dois aspectos coincidirem, nem sempre isso ocorre. O legislador faz uso da linguagem comum para criar normas, adotando vocábulos que extrai do uso corrente da língua, mas frequentemente atribui-lhe um sentido técnico, apropriado à disciplina desejada, frequentemente gerando tensão entre os sentidos empregados normativamente.²⁵¹

Exatamente por essa razão que a fixação do sentido e o alcance correto das normas, a despeito de sua plurissignificação, é o papel de que se ocupa a dogmática hermenêutica, cuja finalidade prática é a de promover na maior medida possível a *decidibilidade* dos conflitos sociais. A função do jurista não é apenas a de conhecer e descrever as normas jurídicas válidas do ordenamento jurídico (papel que se ocupa a dogmática analítica), mas o de “conhecer tendo em vista as condições de *decidibilidade* de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento”.²⁵²

²⁵¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 255.

²⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 256.

A ciência do direito, além de se ocupar da tarefa de identificação (repertório) e sistematização (estrutura) do direito válido na perspectiva do ordenamento jurídico como sistema, deve determinar sob que condições o direito identificado será compreendido, visando sua aplicação na realidade e permitindo, assim, sua principal função: a pacificação social, que pressupõe certas uniformidade e segurança jurídica. Nessa perspectiva, cabe à dogmática hermenêutica encontrar as regras para a determinação do sentido das palavras ou signos linguísticos empregados pelo legislador às normas jurídicas. Para que o direito cumpra sua função, precisa garantir as condições para sua aplicação o mais uniforme possível.

O fenômeno da linguagem, como meio de comunicação, apresenta-se bastante complexo, pois, ao nos expressarmos por palavras, utilizamos símbolos linguísticos que isoladamente não podem ser apreendidos pragmaticamente. Para atribuir-lhes sentido, tais símbolos devem necessariamente estar conectados com seu uso. Entretanto, o uso de um símbolo linguístico admite uma diversidade de significações a depender do contexto (relação de espaço-tempo) em que é empregado, gerando, muitas vezes, o problema semântico da indeterminação, ambiguidade e vagueza.

Uma palavra pode ser vaga, por exemplo, quando denota um campo de objetos (extensão linguística) que não pode *a priori* ser claramente definido. Essa dificuldade de determinação no sentido das palavras ocorre comumente porque os símbolos linguísticos podem cumprir funções pragmáticas distintas, como seu uso descritivo, expressivo, diretivo ou operativo, isso sem contar a carga emocional de quem a utiliza que pode provocar profundas alterações em sua significação.²⁵³

Exatamente por toda a complexidade do ato comunicacional, na qual o direito também está inserido, Tercio Sampaio Ferraz Jr. assim nos adverte: “Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”.²⁵⁴ Na interpretação jurídica, por sua vez, busca-se “alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa como um dever-ser para o agir humano”.²⁵⁵

²⁵³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 258-259.

²⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 260.

²⁵⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 261.

Nessa esteira, fundamental compreender o processo de decodificação dos símbolos linguísticos e seu uso a partir das regras de controle dos planos lógicos da linguagem tanto em seu sentido sintático e da combinação das palavras entre si, em seu aspecto semântico e de denotação e conotação dos termos e, por fim, no plano pragmático, que permite o cotejamento do sentido e suas respectivas funções práticas.

Essas foram as contribuições principais para o desenvolvimento de uma abordagem dogmática dos grandes eixos de investigação teórica sobre o direito, realizada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., em suas três dimensões: analítica, interpretação e aplicação do direito. Apesar de considerarmos sua relevância para uma compreensão prática do direito (problema da decidibilidade e da possibilidade de pacificação dos conflitos sociais), dado que aprisionada pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida visando sua efetivação prática, oferecendo respostas mais ou menos estáveis para o profissional do direito, entendemos que ela carece de elementos críticos para uma investigação mais profunda sobre os motivos pelos quais o direito resiste muitas vezes a seu papel emancipatório, sobretudo quando consideramos as reivindicações de grupos precarizados, historicamente oprimidos.

De um ponto de vista filosófico, não dogmático, portanto, buscaremos reconstruir sucintamente as principais correntes do pensamento teórico-jurídico que se formaram desde o fenômeno da codificação do direito no século XIX até a contemporaneidade, no que tange à interpretação e aplicação do direito, com o objetivo de trazer à tona suas principais contribuições ao tema da decisão judicial, sobretudo no tocante ao reconhecimento da indeterminação do direito e as consequências em torno da discricionariedade judicial, com o intuito de perquirir se tais teorias hermenêuticas “hegemônicas” oferecem mecanismos que satisfaçam as condições de possibilidade de uma epistemologia crítica feminista na superação das desigualdades de gênero e, em caso, negativo, as razões pelas quais faz-se necessária uma proposta criativa e promissora que busque corrigir as deficiências das teorias mais propaladas e difundidas tendo em vista um novo paradigma hermenêutico que sirva de orientação na condução do ato de interpretação e aplicação do direito, apontando *insights* provisórios contra as conclusões centrais da hermenêutica filosófica, no âmbito de um formalismo moderado, cujos problemas da indeterminação do direito possam ser cognitiva e racionalmente superados por um paradigma intersubjetivista da linguagem.

Interpretação, de modo geral, é a determinação do sentido de um objeto com certo propósito e segundo as convenções de determinado campo (que depende de certas convenções e padrões que já foram desenvolvidos em cada área do saber e que orientam a atividade interpretativa). No sentido mais restrito, a interpretação jurídica é a determinação do sentido e o alcance de uma norma jurídica visando sua aplicação e solução de um caso concreto (seja pela perspectiva de sua extensão denotativa, seja de sua intenção conotativa).

O problema da interpretação do direito no que tange à determinação e indeterminação do direito foi objeto de diversas teorias jurídicas, desde o século XIX até a contemporaneidade. Para fins meramente didáticos e critérios de utilidade prática que anunciamos previamente, a classificação dessas teorias se dará entre o cotejamento de teorias formalistas e antiformalistas.²⁵⁶ O formalismo compõe-se, assim, de certo tipo de teoria interpretativa em que se supõe que as normas jurídicas, assistidas pelos métodos adequados de interpretação, tornam seu sentido determinado, fornecendo, para cada caso concreto, uma só resposta, e o cotejamento das normas jurídicas com os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica garante, de forma não problemática, a determinação da linguagem normativa. Assim, acreditam que a indeterminação pode ser controlada e a discricionariedade, contida, aproximando-se do ideal de uma única resposta correta para cada caso concreto.

Por sua vez, o antiformalismo compreende certo tipo de teoria interpretativa em que se supõe que as normas jurídicas, mesmo quando assistidas pelos métodos de interpretação, têm sempre sentido indeterminado e fornecem, para cada caso concreto, múltiplas respostas, inclusive opostas e contraditórias entre si, não sendo possível de forma abrangente alcançar a determinação das normas jurídicas no ato de interpretação e aplicação do direito, sendo a discricionariedade judicial não apenas inevitável, mas parte da criação do direito em que não se pode transpor racionalmente. Nesse contexto, há, em razão da incontornável indeterminação das normas e de seus

²⁵⁶ A classificação que ora seguimos foi apresentada pelo Professor André Coelho, nas aulas de Teoria do Direito, ministradas na Universidade Federal do Rio de Janeiro em que é Professor Titular, bem como na condição de Professor convidado na disciplina Teoria da Decisão Judicial, no Mestrado da PUC/SP, em 2021, sob a condução do Professor Pedro Estevam Serrano, correspondendo, portanto, às anotações pessoais de aula com base nos vídeos de aulas, sem referência bibliográfica direta. Contudo, a reprodução dessa forma de classificação das teorias jurídicas encontra-se adotada também em diversos autores dos Estudos Jurídicos Críticos, a exemplo de Duncan Kennedy. Ver: KENNEDY, Duncan. *Izquierda e derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

múltiplos sentidos, uma pluralidade de decisões jurídicas possíveis, sujeitas à escolha subjetiva de quem as aplica.

Tais teorias são agrupadas em quatro versões distintas quanto ao problema da determinação/indeterminação: 1) formalismo radical; 2) antiformalismo radical; 3) antiformalismo moderado; e 4) formalismo moderado. Vale ressaltar, contudo, que não se trata de teorias convergentes entre si, pois reconhecemos a complexidade e as divergências das correntes teóricas que apresentam abordagens diversas e diferentes em muitos aspectos, não sendo, portanto, correto, muito menos honesto, equipará-las para todos os efeitos sem qualquer distinção, como se integrassem um bloco monolítico de teorias jurídicas.

Contudo, reiteramos, como pretensão e critério de utilidade argumentativa ao propósito que anunciamos antecipadamente, que, dada a confluência que possuem em certos aspectos que nos interessam, é possível assim reuni-las e classificá-las, tendo em vista os resultados práticos que fornecem em matéria de interpretação e decisão jurídica, do ponto de vista da possibilidade de determinação ou não do direito a aplicar, bem como da aceitação ou refutação da discricionariedade judicial, oferecendo, cada uma das quatro versões teóricas reunidas, respostas similares à seguinte questão: “Juízes e tribunais criam direito?”. Nesse sentido, depois de cada tópico abordado na sequência, buscaremos enfrentar a questão central que apresentamos no sentido de uma pergunta-problema como chave analítica das teorias hegemônicas e tradicionais que passamos a discorrer.

2.2.1 Do formalismo ao antiformalismo e o problema da (in)determinação do direito

2.2.1.1 Formalismo radical

Denominamos de formalismo radical as teorias positivistas desenvolvidas a partir do século XIX, também conhecidas como positivismo clássico, tais como: (i) a Escola da Exegese francesa, que surgiu após os esforços em torno das codificações legislativas, sobretudo com a edição do Código Civil napoleônico de 1804, no período pós-revolucionário francês, com a influência da primeira fase do pensamento de Savigny; (ii) a chamada jurisprudência dos conceitos ou pandectismo alemão, que despontou após a codificação do sistema civil alemão, cujos expoentes encontram-se na obra de Georg Friedrich Puchta e Rudolf von Ihering; (iii) a jurisprudência analítica

na Inglaterra formada a partir do processo de aperfeiçoamento e sistematização do *common law* inglês, sob a influência do pensamento de Jeremy Bentham e John Austin; e (iv) o formalismo jurídico nos EUA, a partir do estudo dos precedentes da Suprema Corte no *common law* norte-americano, especialmente sob a influência dos juízes da época, adeptos da “teoria mecânica do direito” (“mechanical jurisprudence”),²⁵⁷ e os estudos de Christopher Columbus Langdell, sub-reitor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, criador do método de estudos de caso no ensino do direito.²⁵⁸

Chamadas de positivismo clássico, as correntes teóricas reunidas como formalistas radicais surgiram no século XIX em face da necessidade de compreender o direito e sua aplicação em consonância com as recém-conquistas do Estado de Direito, em sua acepção liberal, preocupadas, sobretudo, com a segurança jurídica e a subordinação do poder político ao direito legislado. Trata-se do conjunto de deliberações e decisões da maioria (autoridade competente) dentro de um processo legislativo estabelecido na lei (validade formal), compreendido como manifestação da soberania popular concretizada por órgãos de representação política (democracia formal). Portanto, é uma concepção teórico-jurídica que rompe com justificações metafísicas sobre a natureza do direito, determinando como ponto de partida o direito posto pela autoridade legítima como exclusivo objeto de estudo.²⁵⁹

²⁵⁷ Ver POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, v. 8, n. 605, 1908.

²⁵⁸ *Apud* BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos*. Tradução Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 234.

²⁵⁹ Jean Bodin e Thomas Hobbes, apesar de teóricos da filosofia política dos séculos XVI e XVII, respectivamente, vinculados ao absolutismo monárquico, são comumente apontados como iniciadores da tradição positivista, tendo em vista que concebem o direito a partir da autoridade expressa na vontade do soberano. Sobre a teoria hobbesiana e o germe do positivismo, Dimitri Dimoulis afirma: “Uma expressão mais clara e completa da visão juspositivista pode ser encontrada na obra de Thomas Hobbes. Hobbes não abdica da crença na existência de um direito natural. Mas, ao contrário de Bodin e de toda a tradição filosófica medieval, Hobbes submete o direito natural a fortes críticas em razão de sua incapacidade de garantir a segurança individual e a paz social. Em paralelo, sustenta a superioridade qualitativa e a primazia normativa das normas criadas e impostas coativamente pelos detentores do poder político. O filósofo vincula a definição do direito a uma convenção social e à vontade dos detentores do poder político, afirmando que os conteúdos do direito (justiça, equidade, coerência, etc.) não influenciam sua qualidade jurídica. Um traço juspositivista de seu pensamento é a visão laica, isto é, puramente política do Estado e do direito: ‘para Hobbes, o Estado e o direito pertencem a César’” (*Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 25-26). Vale ressaltar, contudo, que a teoria hobbesiana inaugura o contratualismo e sua teoria aparece como justificadora da racionalização do poder político substituindo a visão teocêntrica dos Estados absolutistas. O poder em Hobbes é absoluto em razão da necessidade de garantir pacificação social e segurança aos indivíduos. O homem, em Hobbes, dada sua antropologia negativa sobre a natureza humana, não seria capaz de resolver os próprios conflitos no Estado de natureza, considerado este a guerra constante de todos contra todos. A limitação do poder político só será desenvolvida na teoria contratualista a partir de John Locke, razão

O positivismo legalista surge com o fenômeno das codificações do mundo continental europeu, a exemplo do Código Civil napoleônico de 1804, apresentando-se como teoria a partir da separação entre fato e valor, em que o direito é composto de fatos sociais (criações humanas) análogo ao mundo natural, em que compete ao jurista estudá-lo como os cientistas o fazem com a realidade natural, desprendendo-se de qualquer juízo de valor. O formalismo jurídico encontra na validade formal, independentemente do conteúdo normativo, os critérios de identificação previstos no próprio ordenamento jurídico, que permitem confirmar a existência de uma norma jurídica, na perspectiva estrutural do sistema jurídico, independentemente de seu valor e das justificativas morais (tese da separação entre direito e moral).

Nessa concepção, há a adoção do princípio da supremacia da vontade do legislador (autoridade/onipotência) em que, por força da doutrina da separação dos poderes, adota-se como justificção jurídico-filosófica a máxima fidelidade do juiz ao texto legal previsto nos códigos (processo de sistematização do direito legislado, como no caso francês), ou, ainda, aos padrões definidos pelos eruditos com base na lei, as *pandectas*, no caso alemão (“juiz boca da lei”, de Montesquieu). Quanto à aplicação do direito, o juiz não pode criar ou inovar a lei pela interpretação, pois, pelo princípio da certeza do direito, compete-lhe, exclusivamente por um procedimento lógico-silogístico, operado pela subsunção do fato (premissa menor) à norma (premissa maior), buscar revelar a única decisão possível e incontestável como conclusão de um raciocínio dedutivo simples, puramente mecanicista.

O ordenamento jurídico apresenta-se, assim, como um todo coerente e completo, afastando-se da possibilidade de antinomias insolúveis ou reais (o problema da ausência de critérios para solução de antinomias ou do conflito entre critérios para resolver as antinomias de segundo grau não havia ainda sequer sido teorizado, obnubilado pelo dogma da coerência), bem como pela crença da completude, não sendo possível falar em lacunas no direito, pois, no caso de ausência de norma jurídica para regular determinado caso, ou o juiz realizaria a integração do direito a partir não de sua vontade subjetiva autônoma, mas com base na intenção do legislador, vontade objetiva heterônoma, ou ainda haveria um espaço jurídico vazio de esfera juridicamente irrelevante em que não há lacuna, e sim absoluta liberdade

pela qual é despidendo falar em jusnaturalismo em Hobbes, apesar de sua teoria defender os direitos naturais.

de agir (esfera do permitido), sendo a hipótese de norma geral exclusiva uma inferência lógica do sistema.

Quanto à interpretação e aplicação do direito, as seis principais teses das correntes formalistas radicais podem ser assim resumidas: a) as normas jurídicas, em regra, são determinadas (têm somente um sentido possível), salvo defeitos de comunicação; 2) as normas podem ter três tipos de defeitos: obscuridade, ambiguidade e vagueza; 3) a atividade interpretativa é excepcional e só se aplica quando as normas jurídicas apresentarem defeitos de comunicação; 4) a interpretação jurídica segue um dos seis métodos clássicos de interpretação (gramatical, intencional, sistemático, histórico, sociológico e teleológico); 5) esses métodos são suficientes para determinar o sentido das normas e dar a cada caso uma única solução possível; e 6) a crença no dogma da completude do direito.

Diante da pergunta “juízes e tribunais criam normas jurídicas?”, podemos afirmar que os teóricos das tradições *supra* responderiam negativamente, pois, nessa concepção teórica, “o juiz boca da lei de Montesquieu” não tem autoridade para criar direito. A atividade interpretativa é excepcional e só se aplica quando as normas jurídicas apresentarem defeitos de comunicação, porém, nesses casos, a determinação do direito não é um ato volitivo ou criativo dos juízes, e sim limitado pelos métodos hermenêuticos clássicos. Em regra, diante da indeterminação do direito, os juízes não interpretam, mas apenas compreendem o sentido unívoco para aplicá-lo por subsunção ao caso concreto.

2.2.1.2 *Antiformalismo radical*

As teorias antiformalistas radicais rompem com a tradição do positivismo formalista e legalista do século XIX, em razão da rejeição entre a possibilidade de compreender o fenômeno jurídico pela perfeita dicotomia entre ser e dever-ser. De outro modo, consistem em teorias baseadas no empirismo, levando em conta a experiência do real, em que o ceticismo em relação às normas e o relativismo moral apontam como constitutivos da discricionariedade algo irrefutável, tendo em vista que não se podem desvincular a política e as escolhas e preferências subjetivas do julgador no ato de escolha das múltiplas interpretações que decorrem inevitavelmente

do ato de aplicação do direito: “Assim, o realista introduz elementos não empíricos na sua descrição do direito e do Estado, travestindo-os de elementos empíricos”.²⁶⁰

Entre as correntes denominadas de realismo jurídico encontram-se tanto as vertentes norte-americanas, representadas por Oliver Wendel Holmes Jr., Karl Lewellyn, Benjamin Cardozo e Jerome Frank, bem como os teóricos escandinavos, a exemplo da concepção teórica de Alf Ross. Segundo Gregory Alexander,²⁶¹ conforme leitura realizada por Georges Abboud:

Segundo o autor, a diferença básica entre as correntes é que o realismo jurídico escandinavo é uma versão do positivismo que objetiva uma demarcada separação entre lei e política e lei e moral. Por outro lado, o realismo jurídico americano é a extensão do progressivismo político, reconhecendo que a lei está intimamente relacionada com questões de poder.²⁶²

Oliver Wendell Holmes publicou, em 1881, *The Common Law*, obra considerada precursora do realismo norte-americano à época, e assim se manifestou:

A vida do direito não é a lógica; é a experiência. As necessidades sentidas pela época, as teorias morais e políticas prevalentes, intuições de políticas públicas assumidas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com os demais homens; tudo isso tem muito mais a oferecer do que o silogismo quando se trata de determinar as regras pelas quais os homens devem ser governados.²⁶³

Tanto as teorias realistas quanto os movimentos europeus de refutação à tradição analítica, representados pela Escola do Direito Livre ou da Livre Investigação Jurídica (Alemanha), podem ser apontados como concepções teóricas compreendidas como antiformalistas radicais, compondo um movimento intelectual dos anos 1900-1930 que contestou o formalismo positivista clássico, defendendo o uso da pesquisa empírica. Esse movimento chamou a atenção para as influências extrajurídicas no direito, que não poderiam mais ser desconsideradas pelos estudiosos do direito, sendo necessário, como chegou a afirmar Roscoe Pound, distinguir o “direito nos livros” e o “direito na prática”.²⁶⁴

²⁶⁰ ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 102.

²⁶¹ ALEXANDER, Gregory S.. Comparing the two legal realisms: American and Scandinavian. *The American Journal of Comparative Law*, Cambridge, v. 50, n. 1, p. 132, 2002 *apud* ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 103.

²⁶² ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 103.

²⁶³ HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law* (Mark De Wolfe Howe ed., Little, Brown and Co., Boston, 1963), p. 5 *apud* BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos* cit., p. 231-232.

²⁶⁴ POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action, 44 *American Law Review* 12 (1910) *apud* BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos* cit., p. 232.

Apesar das divergências nas concepções enquadradas como antiformalistas radicais, porquanto não chegaram a constituir um grupo coeso de pensadores, podem-se compreendê-las como convergentes sob os seguintes aspectos: 1) as normas jurídicas são infinitamente indeterminadas, o que significa que elas comportam inumeráveis sentidos possíveis ao serem aplicadas a um mesmo caso concreto, dependendo da interpretação ou argumentação que se faça delas. Há, nessa visão, múltiplas possibilidades de reinterpretação da norma relativamente ao caso, deixando espaço para incalculáveis probabilidades de soluções, não se podendo estabelecer uma única resposta possível, cognitivamente acessível; 2) a interpretação não é atividade excepcional, mas atividade ordinária e indispensável, sem a qual não se podem aplicar normas, sendo a seleção do sentido a ser utilizada no caso; 3) os métodos de interpretação tradicionais são insuficientes para afastar a indeterminação, pois são eles próprios indeterminados em seu sentido e ordem de prioridade, não se constituindo eles mesmos em normas jurídicas vinculantes e obrigatórias, podendo levar a resultados contraditórios a depender do método escolhido pelo intérprete na hipótese de controvérsia; e, 4) como o direito é inteiramente indeterminado, a discricionariedade não se apresenta apenas como inevitável, mas também como infinita, em que todo caso admite sempre ilimitadas soluções possíveis.

Quanto à interpretação e aplicação do direito, portanto, as cinco principais teses das correntes antiformalistas radicais podem ser assim resumidas: 1) o direito não é um conjunto de regras, e sim um conjunto de decisões judiciais. O direito é o que os juízes dizem que ele é; 2) a função da ciência do direito é prever como os casos serão decididos pelos juízes (é preditiva, e não descritiva), sendo mais seguro olhar para as decisões do passado do que para as regras abstratamente consideradas; 3) os juízes reagem a fatos, e não a regras. Eles primeiro decidem e só depois consultam as regras para justificar suas decisões; 4) juízes decidem com base em suas tendências e preferências subjetivas. A decisão reflete o juiz, não o direito; 5) juízes alegam decidir com base em regras jurídicas para que tais decisões sejam mais provavelmente obedecidas pelas partes.

Diante da pergunta “juízes e tribunais criam normas jurídicas?”, podemos afirmar que os teóricos das tradições mencionadas responderiam afirmativamente, pois, diante da indeterminação do direito, tais teorias são cétricas quanto à legislação, e o direito, além de indeterminado, é incompleto, sendo o juiz a autoridade legítima

reconhecida pelo direito para criar normas jurídicas por meio de decisões judiciais, e a ciência do direito não é descritiva de como os juízes decidem, mas preditiva de como eles provavelmente decidirão.

As concepções antiformalistas radicais sofreram críticas de muitos autores da teoria do direito, das quais destacamos Lon Fuller, Herbert Hart e Frederick Schauer. No mesmo sentido, seguem as conclusões críticas de Georges Abboud, refutando o realismo jurídico pela incompatibilidade com a democracia constitucional, representando de alguma forma a não recepção dessa concepção teórica pelos autores pós-positivistas:

Destarte, não coadunamos com a visão realista. Além das críticas de Hart, Fuller e Schauer que corroboramos, o realismo jurídico, inclusive o escandinavo, em maior ou menor medida, tem caráter meramente instrumental. Trata-se de mecanismo de conservação do poder. Assim, na visão do realismo, a positividade não pode ser compreendida tal qual contemporaneamente a vemos, enquanto direito fundamental do cidadão à legalidade e à constitucionalidade. No realismo, a positividade não tem normatividade apta a emprestar validade ao direito. O direito é orientado somente por fins. Inexiste dimensão normativa, somente a instrumental. O fator de correção jurídico é praticamente inexistente no realismo, daí ele ser modelo relativista e discricionário. Na democracia constitucional, a positividade é, antes de tudo, garantia do cidadão perante atuação invasiva do Estado e fator de correção e invalidação da produção do jurídico.²⁶⁵

No panorama contemporâneo, contudo, é comum encontrarmos afirmações de que o realismo norte-americano foi precursor de algumas perspectivas identificadas com a teoria do *Law and Economics*, representada por Richard Posner, a *Critical Legal Studies*, de que faz parte Duncan Kennedy, bem como as teorias críticas raciais e feministas do direito. Brian Bix assim assinala acerca dessa questão:

A relação é quase sempre indireta: ao lançarem dúvidas sobre a confiança em uma “ciência” do direito, sobre a possibilidade de derivação de únicas respostas corretas a partir de princípios jurídicos (e ao questionarem a “neutralidade” desses princípios próprios), os realistas criaram a necessidade de uma nova justificação para as regras e as próprias ações jurídicas. Além disso, os realistas ofereceram uma série de argumentos que poderiam ser usados para amparar teses e argumentos sobre vieses difundidos no sistema jurídico (contra pobres, contra mulheres, contra minorias), uma ferramenta que seria depois usada por movimentos críticos posteriores.²⁶⁶

²⁶⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 105-106.

²⁶⁶ BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos* cit., p. 241-242.

Como essa questão tem relação direta com a problemática desenvolvida nesta pesquisa, entender como uma hermenêutica jurídica feminista pode ser pensada e desenvolvida sem que implique resgate às pretensões do realismo jurídico na perspectiva de um antiformalismo radical será objeto de explanação mais detalhada no último capítulo no *item* 3.3, especificamente como teoria enquadrada no antiformalismo crítico, com influência dos *Estudos Jurídicos Críticos*.

2.2.1.3 Antiformalismo moderado

Para compreendermos o antiformalismo moderado, reputamos fundamentais as contribuições teóricas dos positivistas analítico-normativistas Hans Kelsen e Herbert Hart, cujas obras *Teoria pura do direito* e *O conceito de direito*, respectivamente, tratam da (in)determinação do direito como um fenômeno natural da linguagem em que a norma se expressa prescrevendo condutas. Para Kelsen é possível apenas conhecer e descrever cientificamente seus limites semânticos em torno de uma moldura limitada de sentidos, sendo a aplicação uma questão política, não jurídico-científica, portanto. Por seu turno, em Hart, apesar da sua textura aberta, é no ato de aplicação da regra ao caso a ser decidido que na maior parte das vezes seu sentido unívoco é esclarecido, compondo a zona de foco ou certeza da regra em que a maioria das situações se encontra; do contrário, o direito não seria útil aos fins que a se destina (núcleo formalista dessas teorias), sendo excepcionais as hipóteses em que a regra se mantém indeterminada, admitindo-se a discricionariedade judicial (*hard cases*) e resultando, nesse ponto, seu antiformalismo.

Como já antecipamos, interpretar uma norma jurídica significa identificar seu sentido e seu alcance, ou seja, constatar o que a norma determina e quais as situações que ela regula. Ao tema da interpretação jurídica dedicou-se Hans Kelsen, em sua obra *Teoria pura do direito*, na terceira edição de 1960, em seu famoso capítulo VIII. Apesar de absolutamente rigoroso com seu método científico e abordagem epistêmica de pressupostos neokantistas, é preciso de saída revelar uma frustração, uma vez que o autor “não fornece nenhuma base para a hermenêutica dogmática”.²⁶⁷ Entendamos, pois, essa constrangedora assertiva.

²⁶⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 263.

O problema da interpretação é uma preocupação legítima da doutrina jurídica, pois precede o momento de concretização e aplicação das normas jurídicas por um órgão jurídico. Antes de aplicar, é necessário compreender os possíveis sentidos em que a linguagem normativa ali é empregada. Nas palavras de Kelsen:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.²⁶⁸

A fim de demonstrar como ocorre a interpretação da norma jurídica em seu processo de aplicação, Kelsen diferencia duas espécies de interpretação – autêntica e não autêntica: “[...] a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”.²⁶⁹

Assim, a interpretação realizada pela doutrina, pelos juristas, por advogados e qualquer outra pessoa privada é chamada de não autêntica, pois não tem o condão de aplicar e criar normas jurídicas individuais, incidindo na realidade concreta. A interpretação autêntica, por sua vez, é aquela realizada por juízes, administradores e legisladores, ao criarem normas jurídicas, seja na forma de decisões judiciais (normas individuais) na aplicação da lei ao caso concreto, atos administrativos, dando concretude à lei, ou na forma de lei, na aplicação da Constituição. Isso porque, no ato de criação normativa, na perspectiva da dinâmica jurídica e da relação de (supra)infraordenação que fundamenta a validade das normas produzidas, há sempre um ato de aplicação que lhe é concomitante e que exige interpretação.

Segundo os positivistas, a interpretação ocorre sempre por subsunção, ou seja, pelo enquadramento do fato à norma. A subsunção se dá por um tipo de raciocínio denominado silogístico ou dedutivo, em que uma premissa maior (norma), aplicada a uma premissa menor (fato), gera uma conclusão (decisão jurídica). O raciocínio silogístico, portanto, parte de uma afirmação genérica para chegar a uma conclusão específica. Nesse tipo de raciocínio, para que a conclusão seja verdadeira, a premissa maior igualmente deve ser verdadeira. Há mecanismos lógico-formais para controlar a veracidade da conclusão, por exemplo, checar a autenticidade da premissa maior que dá início ao raciocínio dedutivo.

²⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 387.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 388.

Kelsen identificou que todas as normas jurídicas são vertidas em linguagem idiomática, usando sempre o idioma corrente para expressar seus comandos, sejam elas escritas, não escritas, costumeiras etc. Toda linguagem idiomática se direciona diretamente à realidade, cujos objetos busca significar. Ao observar esse fenômeno, Kelsen aplica uma regra da semiótica clássica que diz que toda linguagem quando se aproxima da realidade torna-se plurissignificativa, ou seja, possui mais de um significado possível, ao menos quando analisada abstratamente, sem contextualização específica. Tal assertiva coaduna-se com nossa afirmação anterior sobre os diferentes usos dos símbolos linguísticos e toda a complexidade que envolve o processo comunicacional e, consequentemente, a comunicação normativa que não se traduz em linguagens artificiais, mas naturais.

Podemos extrair essa ideia de Kelsen quando ele trata da indeterminação intencional ou não -intencional do ato de aplicação do direito, em que neste último caso aduz:

Simplemente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.²⁷⁰

Apenas as linguagens formais possuem significações unívocas, a exemplo do que ocorre com a matemática e os sistemas de símbolos que adota. As linguagens formais são abstratas e apenas se encontram na mente humana e não estão presentes na natureza, na realidade. Exatamente por essa abstração que podem alcançar univocidade de sentidos.

Por essa razão, identificamos em Kelsen um positivismo idealista (a interpretação da lei é um ato abstrato), diverso do positivismo clássico que acreditava que os elementos da realidade têm uma essência e cabe ao ser humano descobri-la. Na realidade jurídica, podemos afirmar que cumpre ao intérprete, portanto, descobrir qual é a vontade da lei, em uma perspectiva subjetivista.

Dessarte, para Kelsen, um idealista-kantiano, a lei, por ser vertida em linguagem idiomática, abstratamente possui mais de um sentido, cabendo ao

²⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 389.

intérprete identificar seus sentidos possíveis. Segundo esse autor, isso é fazer ciência do direito, a correta descrição dos sentidos semânticos de uma linguagem normativa.

Dessa forma, ratificando esse entendimento, Kelsen afirma:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito subjetivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.²⁷¹

Entretanto, ao aplicar a lei, o intérprete autêntico é obrigado a escolher, dentre os sentidos possíveis da norma, aquele que se mostra mais adequado ao caso concreto. Para Kelsen, trata-se de uma decisão subjetiva, que cabe unicamente ao intérprete. Não há como racionalizar ou objetivar a preferência por essa interpretação em detrimento de outra possível. Esse fenômeno é chamado de *política-jurídica*, porque há uma livre decisão do intérprete de acordo com seus valores de certo e errado ou de justo e injusto, e que, portanto, não pode ser descrito em termos científico-normativos (proposições descritivas do dever-ser). Outrossim, não pode se constituir em uma verdadeira epistemologia do direito (afirmações cuja veracidade pode ser demonstrada universalmente). Nesse sentido, declara Kelsen:

[...] dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.²⁷²

Por tais razões, Kelsen diferencia a interpretação autêntica das demais formas de interpretação (não autêntica), pois a escolha do intérprete autêntico vai efetivamente produzir efeitos jurídicos vinculantes, ato de criação de uma norma individual (decisão judicial). Trata-se de um ato de vontade que exige uma vontade competente de um intérprete autêntico. O doutrinador, por exemplo, ao interpretar, vai apenas criar uma doutrina, mas não uma norma jurídica. Sua escolha não tem o condão de alterar a realidade, produzir comandos válidos na ordem jurídica, trata-se

²⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 390-391.

²⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 391.

somente de um ato de conhecimento, exigido de qualquer intérprete, seja ele autêntico ou não autêntico.

Daí a máxima de que “enquanto a ciência do direito coincide com a realidade, o direito incide nela, produzindo comandos concretos”, ou, ainda, “enquanto a ciência do direito produz comandos descritivos (proposições descritivas), o direito produz comandos prescritivos (proposições prescritivas).” A ciência do direito é da ordem do “ser” e o direito, da ordem do “dever-ser”.

Aliás, é incorreto afirmar que a doutrina faz escolhas de sentido da norma, pois, como atividade científica, seu papel é apenas conhecer os sentidos normativos possíveis e descrevê-las e delimitá-las dentro do que Kelsen denomina de “moldura semântica”. Toda pretensão doutrinária de chegar à univocidade semântica esconde uma escolha ideológica, política e não científica. Segundo Kelsen, nenhum ideal de segurança jurídica pode sobrepor-se à interpretação jurídico-científica, proclamando uma única interpretação como correta, pois, nesse caso, ao assim fazê-lo, “apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão somente um juízo de valor político”,²⁷³ o que só pode ser feito numa interpretação jurídico-política, no exercício de uma vontade competente (ato de vontade de um intérprete autêntico).

Esse alerta também foi objeto de análise de Tercio Sampaio Ferraz Jr., quando sustenta:

A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se faz realmente é política, é tentativa de persuadir alguém de que esta e não aquela é a melhor saída, a mais favorável, dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o “sentido unívoco” do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa científicidade.²⁷⁴

Carlos Santiago Nino, ao apontar a insuficiência do aspecto descritivo da dogmática jurídica, produz uma crítica no mesmo sentido:

A descrição que a dogmática jurídica faz do direito não constitui, em geral, uma reprodução fiel de seu objeto de estudo, visto que não costuma evidenciar com clareza as diferentes alternativas que podem ser apresentadas na interpretação das normas jurídicas (tendendo-se a apresentar uma delas como a única interpretação possível), e se apresenta como parte do sistema jurídico que descreve certos

²⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 396.

²⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 264.

princípios, distinções conceituais, teorias etc., que são, na realidade, o produto da elaboração da própria dogmática.²⁷⁵

A parte racional do ato de interpretar, na teoria kelseniana, encerra-se na identificação das possíveis interpretações que podem ser atribuídas àquela norma específica (ato de conhecimento), pois a escolha da melhor interpretação é parte do subjetivismo do intérprete, dentro de uma concepção valorativo-idealista e que foge à ciência do direito positivo (ato de vontade), como podemos observar neste trecho:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.²⁷⁶

Kelsen acredita, inclusive, que o juiz pode decidir contra a lei,²⁷⁷ contra a ordem jurídica, por isso é um erro falar que esse autor defende que o juiz é um mero reproduzidor da “literalidade” da lei, pois, para ele, haveria em toda Constituição uma norma implícita que lhe dá competência para decidir como quiser, como adiante veremos. Portanto, para Kelsen, toda norma é plurissignificativa e o juiz pode livremente escolher em que sentido aplicará a lei ao caso concreto em exame, podendo inclusive decidir *contra legem* (não defende normativamente essa afirmação, mas a constata descritivamente). Nesse aspecto da doutrina kelseniana reside nossa maior crítica a seu pensamento, como oportunamente demonstraremos.

Hart, diversamente de Kelsen, não propugnava que o ordenamento jurídico sempre ofereceria mais de uma alternativa de solução para um caso concreto, mas, ao contrário, admitia que, quando a linguagem normativa se aproxima de seu uso prático em determinada comunidade linguística, conferindo-lhe coordenadas precisas, ela pode adquirir um único significado, tornando-se um caso fácil, de aplicação inequívoca (sendo, segundo Hart, a maioria dos casos em um sistema jurídico, condição essa necessária para a utilidade do direito). Portanto, a norma jurídica quando se aproxima do caso concreto, na maioria das vezes, ganha um único sentido, a zona de foco e certeza que anuncia Hart, em contraposição à zona de penumbra,

²⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 377-378.

²⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 393.

²⁷⁷ “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 394).

cuja indeterminação decorrente da textura aberta das regras apresenta-se de difícil solução, diante do conflito de razões e propósitos da regra em diferentes intérpretes, o que impede apontar uma solução clara e incontroversa para o caso específico.

Para Hart, portanto, em algumas circunstâncias, pode sim haver mais de uma interpretação possível, são os chamados *hard cases* ou casos difíceis, em que a ordem jurídica não consegue oferecer uma única solução e as normas se tornam, pois, indeterminadas, por possuírem uma “textura aberta”. Nesses casos, Hart dá uma solução parecida com a determinada por Kelsen, mas, em vez de chamar de *política-jurídica*, reconhece a função criativa (intersticial) do juiz ao criar direito novo, admitindo a *discrecionariade judicial*, cabendo ao juiz decidir qual a melhor solução deve ser aplicada ao caso concreto, momento especialmente incômodo das teorias positivistas, de linhagem analítico-descritiva, apesar da menor abrangência do fenômeno em Hart, se comparado ao positivista austríaco da *Teoria pura do direito*, em razão da influência que aquele sofre da filosofia ordinária da linguagem.

Kelsen, portanto, ao construir uma teoria da interpretação que reconhece ao juiz o poder de escolher a melhor interpretação a ser aplicada ao caso concreto, sem qualquer vinculação normativa, podendo inclusive ser contrária à própria lei, confere ao julgador um poder de imperador absolutista, totalmente incompatível com o Estado de Direito que queria defender, *paradoxo* insuperável apontado por muitos críticos da teoria kelseniana.

Embora não se possa extrair qualquer afirmação de Kelsen nesse sentido, essa é a conclusão inexorável a que se chega ao estudarmos seu pensamento acerca da interpretação das normas jurídicas, cujas lições são encontradas no capítulo VIII, de sua *Teoria pura do direito*. Logo, com Kelsen, não seria possível a construção de uma dogmática ou ciência da interpretação jurídica, limitando-se a denunciar de um ângulo meramente zetético os limites da hermenêutica jurídica.

Essa é justamente nossa maior crítica ao pensamento kelseniano e ao que Tercio Sampaio Ferraz Jr. define como “desafio kelseniano”:

Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi configurado como um conhecimento racional do direito. Ainda que lhe atribuamos um caráter de tecnologia, de saber tecnológico, sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio.²⁷⁸

²⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 265.

Afinal de contas, em *ultima ratio*, o juiz decide como quer, estando legitimamente autorizado no sistema para tal. Kelsen, no entanto, não faz isso à toa. Por ser um idealista, enxerga a relação do conhecimento como um homem isolado, conhecendo a natureza e realizando raciocínios dedutivos, ou seja, pelo completo domínio do sujeito sobre o objeto conhecido (idealismo), enquanto no materialismo-mecanicista (positivismo clássico) há um domínio absoluto do objeto conhecido sobre o sujeito que conhece.

Para os idealistas, portanto, é o sujeito que constrói a realidade, isoladamente, por meio de raciocínios dedutivos. Nessa perspectiva, pois, o sujeito possui o domínio absoluto dos objetos que o cercam, o sujeito *solipsista* da *filosofia da consciência* que antecede a giro ontológico linguístico que fundamenta a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer).

O segundo elemento que faz Kelsen achar que essa escolha é subjetiva e não racional (política-jurídica) é que ele aplica um postulado de Kant acerca da razão prática (regras morais ou éticas), em que nesses casos, por se tratar de juízos de valores, jamais se pode gerar uma conclusão objetiva universalmente demonstrável, nunca se concebe uma *epistemi* (conceito de Platão contrário à *doxa* de Sócrates, como afirmações universalmente aceitas, origem do discurso racional).

Portanto, para Kant, em um juízo de valor, quando a premissa maior de um raciocínio dedutivo é um valor, é impossível se chegar a uma conclusão objetiva, pois não se consegue demonstrar a verdade de seu pressuposto, sendo este um limite intransponível da razão pura. Kelsen transporta essa realidade para o direito e deduz que é impossível saber qual a decisão mais justa de forma objetiva, e o juiz necessariamente acaba por utilizar um critério subjetivo do que é justo ao interpretar e aplicar a lei, subtraindo da interpretação como aplicação (ato de vontade competente) seu conhecimento dogmático.

Embora possamos criticar essa postura decisionista e voluntarista que acaba se extraíndo do pensamento kelseniano, devemos ressaltar que, ao assim inferir, o autor é absolutamente coerente com a metodologia que adota ao construir sua *Teoria pura do direito*, e outra não poderia ser sua conclusão, sob pena de incoerência metodológica. Não devemos cogitar do erro ou acerto de sua teoria no âmbito de uma não construção de uma ciência da interpretação jurídica, mas de sua utilidade, pois, em matéria de *decidibilidade* dos conflitos, muito pouco podemos extrair de sua análise, dando margem a subjetivismos e decisionismos, contrários à função

estabilizadora e pacificadora da função de aplicação do direito, de que trata a dogmática hermenêutica.

Se na teoria kelseniana a interpretação é o *locus* último da ciência do direito, como espaço que compreende tanto a função que compete aos intérpretes autênticos e não autênticos quanto o ato de conhecimento em que são revelados todos os sentidos semânticos possíveis dos termos empregados em determinada prescrição normativa, ou seja, a definição de uma moldura semântica, a aplicação do direito cabe apenas aos primeiros, no exercício de um ato de vontade competente. Nesse sentido, a escolha realizada entre interpretações possíveis constitui verdadeiro repertório do direito, em que as decisões tomadas a partir de um conflito levado à apreciação de uma autoridade criam direito, impondo obrigações e consequências jurídicas concretas, independentemente de sua correção moral.

Herbert Lionel Adolphus Hart²⁷⁹ (Harrogate, 18 de julho de 1907 – Oxford, 19 de dezembro de 1992), mais conhecido como H. L. A. Hart, foi um importante autor inglês da teoria do direito, considerado até hoje um dos principais representantes do positivismo normativista, cujas contribuições teóricas foram cruciais para o desenvolvimento das bases e distintas posições do positivismo contemporâneo que não se traduz em uma corrente homogênea e consensual em todos os seus aspectos fundamentais.²⁸⁰

Entre as diversas contribuições podemos destacar a acertada aproximação da filosofia da linguagem e a influência do segundo Wittgenstein no estudo do direito, que decorre de seu empreendimento epistemológico descritivo influenciado pela filosofia ordinária da linguagem, sendo sua principal obra *O conceito de direito*, cunhada a partir do que ele mesmo denominou de um ensaio sobre direito, coerção e a moral como fenômenos distintos, mas relacionados na perspectiva da “teoria jurídica analítica” e da “sociologia descritiva”,²⁸¹ ou seja, da análise das expressões linguísticas a partir de seu uso e de suas práticas sociais em determinado contexto

²⁷⁹ O inglês H. L. A. Hart foi professor na Universidade de Oxford de 1952 a 1968 e, em continuidade à tradição da cátedra de Teoria Geral do Direito (*jurisprudence*), criou uma teoria com o escopo de desconstruir a teoria elaborada pelo titular antecessor.

²⁸⁰ Não à toa, o positivismo contemporâneo apresenta-se pelo menos em três principais linhagens teóricas distintas: inclusivista (Jules Coleman, Kenneth E. Himma, Will Waluchow e Matthew Kramer, sendo a maior parte dos teóricos anglo-saxões da filosofia do direito positivistas inclusivistas), exclusivista (Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott J. Shapiro) e normativo (Nail MacCormick, Tom Campbell, Jeremy Waldron e Frederick Shauer).

²⁸¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 1.

social e historicamente localizados, a fim de suplantar o modelo simples e imperativista do conceito de direito, tal qual proposto por J. L. Austin. Desde então, o autor sempre foi muito aclamado, seja para sua crítica, seja para seu enaltecimento.²⁸²

Ao lado de Hans Kelsen, Hart foi um dos principais teóricos positivistas do século XX, e, na mesma linha do autor da *Teoria pura do direito*, propôs uma teoria do direito predominantemente descritiva, cujo objetivo era descrever objetivamente o direito pelos olhos de um observador neutro,²⁸³ ou seja, do ponto de vista de um observador externo, mas que não ignora o ponto de vista interno dos participantes de determinada prática jurídica, que aceitam o direito como parâmetro normativo de orientações para suas condutas e padrões de crítica (elemento interno das regras que lhe permite diferenciá-las de meros hábitos ou convergências de conduta).

Em sua obra célebre, *O conceito de direito*, que marcou o pensamento jurídico do século XX, Hart almejava encontrar o meio-termo entre os dois extremos, ou seja, o *formalismo* e o *ceticismo* sobre as regras (sua proposta pode ser denominada teoria antiformalista moderada). Enquanto o primeiro defendia que o sistema de regras é completo e determinado (“o paraíso de conceitos dos juristas”),²⁸⁴ de modo que somente haveria uma única opção correta e clara quando da aplicação da regra, o segundo sustentava a indeterminabilidade das regras, permitindo o uso de um poder discricionário amplo pelos julgadores para solucionar todos os casos, porquanto, à falta de previsibilidade de como estes serão julgados à luz das regras sempre indeterminadas, o direito passa a ser aquilo o que os juízes efetivamente decidem, sendo papel da ciência do direito apenas um juízo preditivo de como provavelmente eles decidirão com base na fundamentação de julgados anteriores (“o cético é um absolutista desapontado”,²⁸⁵ segundo Hart).

Nesse contexto, Hart concebe sua teoria da textura aberta das regras, eis que, em sua visão, os *hard cases* ou os casos de difícil resolução representavam a indeterminação natural da língua escrita e, conseqüentemente, das regras postas que demandam o exercício de uma atividade discricionária dos juízes no momento de decisão desses casos. Contudo, essa discricionariedade não seria exercida à revelia

²⁸² ENCICLOPÉDIA JURÍDICA PUC/SP. O conceito de direito em Hart. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 23 jun. 2022.

²⁸³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 117-118.

²⁸⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 143.

²⁸⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 152.

de pilares que, ao autor, são imprescindíveis, conforme abordaremos adiante. Nesse sentido, preceitua Hart:

Quando se atinge a área de textura aberta, muito frequentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão “Qual é o direito nesse assunto?” é uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão. Além disso, mesmo quando o que é exigido pelas regras é claro para todos, a sua afirmação pode frequentemente fazer-se na zona de predição das decisões dos tribunais. Mas é importante notar que, de forma predominante no último caso e de grau variável no primeiro, a base para tal predição consiste no conhecimento de que os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir.²⁸⁶

Destacaremos, *a priori*, a compreensão de Hart acerca da definição de “regra”. Visto como parte central do conceito de direito, refuta o positivismo de seu predecessor por reduzir o direito a elementos puramente empíricos e não normativos, em que, segundo a concepção imperativista de John Austin, a concepção de direito é descrita por meio de aspectos factuais como ordens coercitivas e hábitos de obediência, não sendo assim possível separar os comandos (ordens sustentadas por sanções) decorrentes de um poder institucional de regras aceitas pela comunidade e de um assaltante armado, por exemplo.

Defende, assim, um modelo baseado em regras que necessariamente deve conjugar a seu elemento empírico (externo), ou seja, um tipo de prática ou padrão generalizado de conduta (práticas e comportamentos convergentes), um elemento interno que diz respeito à atitude normativa dos participantes que consideram as regras obrigatórias, passíveis tanto de incentivo aos comportamentos desejados quanto de crítica aos comportamentos desviantes, residindo nessa dupla dimensão do elemento interno e externo o conceito de regras em Hart, nem só empírico, nem só normativo, mas a conjunção de ambos.

O sistema jurídico na percepção de Hart divide-se entre as regras primárias (preceituam normas de obrigação definindo o que é proibido e o que é obrigatório) e as regras secundárias (especificam a forma como as regras jurídicas podem ser identificadas, eliminadas ou alteradas e conferem poderes às autoridades responsáveis para aplicar o direito na identificação e punição de seus desvios), de modo a evitar as deficiências não supridas pelas regras primárias e que possibilitam a passagem do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico, sobretudo em sociedades

²⁸⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 160-161.

hipercomplexas que demandam mecanismos que garantam dinamicidade e efetividade ao direito.²⁸⁷ As regras secundárias constituem-se, assim, como remédios aos problemas encontrados em sistemas jurídicos com apenas regras primárias, como a incerteza, o caráter estático e a ineficiência. Apenas em sociedades primitivas com alguns pressupostos de substancialidades de fundo, tais como laços de parentesco, solidariedade, organização social espontânea bem definida etc., seria possível prescindir das regras secundárias.

A regra de reconhecimento está inserida no campo das regras secundárias e tem o condão de validar um sistema jurídico e garantir-lhe unidade por meio do reconhecimento difundido em cada prática social e aceita pelos funcionários oficiais da organização política e jurídica como critério para identificar o direito válido, eis que reconhece e valida todas as demais regras do sistema jurídico. Hart defende que os deveres jurídicos são criados por regras sociais que adquirem normatividade mediante o reconhecimento social dessas regras e, por via de consequência, de seu efetivo cumprimento por toda a sociedade, cujo sentido de obrigação torna-se normativo (ter a obrigação de) e não psicológico (ser obrigado a), em razão da pressão social em torno de sua relevância como comando vinculante que aceita a regra como um padrão de conduta e razões de crítica para seu descumprimento.²⁸⁸

Para Hart, a questão da linguagem é muito cara e ocupa papel indispensável em sua teoria. Como a linguagem faz parte da constituição do direito, Hart defende que ela traz consigo incerteza, vagueza e ambiguidade. Assim, a imprecisão, que é inerente à língua, autorizaria o uso do poder discricionário, permitindo aos juízes criarem direito novo quando se constatar a “textura aberta” nas regras jurídicas, seja na hipótese de situações não previstas antecipadamente pelos legisladores no ato de criação do direito, e que fogem ao escopo de aplicação clara da regra, seja na zona de penumbra da linguagem, em que excluídas as hipóteses localizadas nas áreas de certeza positiva e negativa dos sentidos indubitáveis que a regra abarca, o que seria incerto como aplicar o direito ao caso difícil que se apresenta, situação que impõe, segundo afirma Hart, o reconhecimento do papel dos juízes como legisladores judiciais em circunstâncias limítrofes.

²⁸⁷ BERNSTES, Luísa Giuliani; DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dworkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/diario-classe-debate-hart-dworkin-critica-doutrina-discricionariedade-judicial>. Acesso em: 28 jun. 2022.

²⁸⁸ BERNSTES, Luísa Giuliani; DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dworkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial cit.

Do ponto de vista dogmático, portanto, defendem alguns autores que é preciso ir além das contribuições de Kelsen e de outros autores com ele epistemologicamente coincidentes e buscar aportes teóricos que racionalizem a aplicação do direito, evitando decisionismos na perspectiva de uma insolúvel questão quanto à discricionariedade do julgador, ao arbítrio judicial, e realizem em alguma medida a função de garantir a segurança jurídica e a *decidibilidade* dos conflitos sociais, com um mínimo de perturbação social, como já enunciamos ao tratarmos da dogmática hermenêutica em Tercio Sampaio Ferraz Jr. O mesmo se apreende das teorias que compõem o formalismo moderado nas abordagens pós-positivistas de que falaremos no próximo tópico.

Assim, antes de adentrarmos nas teorias que buscaram superar o decisionismo e voluntarismo das teorias antiformalistas moderadas, com base no pensamento positivista analítico-normativista de Kelsen e Hart, importante sintetizarmos alguns aspectos e pontos comuns que resultam de suas abordagens descritivas da interpretação jurídica: 1) tanto o formalismo radical quanto o antiformalismo radical estão errados. São, segundo Hart, o *Silas e Caríbdis* da teoria jurídica, ou seja, teses extremistas que devem ser afastadas, estando a verdade no meio delas; 2) a indeterminação é inevitável, mas não infinita, localizando-se apenas na zona de penumbra em Hart e na interpretação como ato de vontade em Kelsen; 3) interpretação é escolha entre sentidos; 4) métodos de interpretação são insuficientes; 4) a discricionariedade é inevitável, mas limitada (Kelsen é mais radical do que Hart neste ponto, como vimos). Trata-se, portanto, de uma tentativa de conciliação entre as teses céticas do realismo jurídico e as teses formais dos formalistas radicais.

Para esses autores, os métodos de interpretação da dogmática são insuficientes para desfazer a indeterminação das normas jurídicas, pois não são juridicamente obrigatórios nem possuem hierarquia definida, podendo eles mesmos apresentar-se indeterminados, cuja dificuldade, do ponto de vista teórico, é de difícil solução prática, cuja circularidade do problema também impede a objetiva cognição do intérprete.

Diante da pergunta “juízes e tribunais criam normas jurídicas?”, podemos afirmar que responderiam afirmativamente, pois a escolha de sentido no ato de aplicação pelo intérprete autêntico depende de discricionariedade em Kelsen, problema de política jurídica, e não da ciência do direito; e, em Hart, a

discricionariedade onde o juiz é livre para criar o direito ocorre não em todas as situações, mas na zona de penumbra de uma regra, à luz de um caso concreto, nos chamados *hard cases*.

2.2.1.4 Formalismo moderado

Por formalismo moderado reunimos autores de diversas linhagens teóricas sob o rótulo comum “pós-positivista” não no sentido específico cunhado por Friedrich Muller, mas tendo em consideração algumas abordagens teóricas que buscaram criticar o decisionismo e a discricionariedade judicial deixada em aberto pelas principais correntes positivistas anteriores. A maior parte dos teóricos aqui tratados propõe não uma teoria geral e descritiva do direito, mas uma teoria particular e normativa da decisão jurídica, vinculada expressamente a valores políticos preconcebidos e não moralmente neutros, como pretendiam os autores do antiformalismo moderado.

São formalistas não no sentido radical antes estudado, mas moderados, pois acreditam que, apesar de a indeterminação semântica das normas jurídicas sempre existir em razão da linguagem da norma prescrita, é possível determiná-las por um método que leve em conta a racionalidade ou lógica interna do direito, a partir da interpretação com base em princípios que, ao lado das regras, formam o direito. Os casos difíceis não comportam discricionariedade, pois é sempre possível, por via interpretativa, encontrar o sentido que melhor satisfaça os valores morais/políticos de determinado sistema jurídico (encontrar o direito em sua melhor luz).

Afastam a ideia de discricionariedade tendo em vista a possibilidade de buscar a resposta mais correta e adequada aos valores constitucionais (o que leva alguns autores a compreendê-los como objetivistas morais, no campo da metaética, sendo essa posição rejeitada por Dworkin, por não se aceitar como jusnaturalista), ainda que se reconheçam outras respostas igualmente possíveis semanticamente, mas com menor densidade valorativa e moralmente privilegiada. Podemos encontrar suporte do paradigma formalista moderado em tema de interpretação e aplicação do direito, nos seguintes autores cujas teorias são mais amplamente difundidas na teoria jurídica

contemporânea: Robert Alexy,²⁸⁹ Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Friedrich Muller e Lenio Luiz Streck.

Apesar do equívoco de aproximar neoconstitucionalismo e pós-positivismo, a difusão de teorias da decisão judicial contra o incômodo decisionista das teorias descritivas do direito ocorreu em muitos países com o constitucionalismo democrático pós-Segunda Guerra e na crença de que o Judiciário deve ser o intérprete privilegiado da lei e da Constituição. Esse fenômeno ficou conhecido no Brasil como ativismo judicial, cuja influência do Ministro Luís Roberto Barroso foi fundamental na introdução de várias dessas leituras, bem como de algumas importantes distorções e equívocos, tal como demonstraremos neste item.

Faremos uma breve descrição das principais teorias que compõem o formalismo moderado, sem pretensão de esgotar a temática, pois trata-se de autores com pensamento complexo e demasiado sofisticado desenvolvido em diversas obras e produções intelectuais, o que nos impede, em razão de nosso objetivo principal, de aprofundar todos os aspectos abordados por cada um deles acerca do fenômeno jurídico. Nosso enfoque será a exposição a respeito das contribuições que deles podemos extrair, dada sua particular concepção da teoria da decisão judicial e de que forma ela pretende resolver o problema da indeterminação do direito e a questão da discricionariedade judicial, visando sua maior segurança jurídica e previsibilidade estatal.

Em sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, Alexy tem como objetivo atribuir fundamentação racional ao discurso jurídico, por meio de regras e formulações específicas por ele desenvolvidas, retomando as teorias do discurso prático da Filosofia da Linguagem, que permitem ao operador do direito (em todas as esferas, práticas ou teóricas) utilizar-se da teoria da argumentação na construção de discussões jurídicas que contenham carga valorativa, atribuindo-lhes parâmetros formais de racionalidade, dotando-as de objetividade.

²⁸⁹ Sobre Alexy há profunda divergência acerca de seu enquadramento teórico como pós-positivista, pois o resultado da ponderação entre princípios colidentes é a formulação de uma regra abstrata que será aplicada por subsunção a casos similares. Nesse sentido, afirmam os autores: “Portanto, o verdadeiro problema interpretativo do direito (o de sua indeterminação e da consequente discricionariedade da decisão judicial) permanece não resolvido por Alexy, tendo em vista que ele continua oferecendo construções abstratas para solução dos problemas jurídicos, situando-se no âmbito daquilo que Dworkin chama de teorias semânticas” (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 600).

A teoria da argumentação jurídica, como um tipo especial do discurso prático geral, retira o caráter subjetivo das valorações (o qual permite uma abertura indiscriminada de proposições), trazendo-lhes a possibilidade de racionalização e conferindo-lhes objetividade. Alexy utiliza, na busca desses critérios para estabelecer racionalidade do discurso jurídico, uma perspectiva denominada “analítico-normativa”, pois realiza uma análise da estrutura lógica das fundamentações, por meio de regras lógicas discursivas.

Alexy fundamenta as regras de argumentação ao discurso jurídico na ideia do consenso fundado, que reside no aspecto legitimador do Estado e encontra sua essência no princípio democrático, possibilitando o alcance da racionalidade e objetividade a todos os discursos jurídicos, sejam eles representados por decisões judiciais, normas, instituições, entre outras manifestações jurídicas conhecidas. Outrossim, permite-se, pois, o reconhecimento de uma fundamentação racional ao discurso jurídico e a ampliação do espectro de cientificidade do direito, inerente à solidez de um Estado Democrático de Direito.

Diferentemente das doutrinas clássicas do direito natural, a aproximação entre direito e moral, defendida por Alexy, não ocorre segundo a tese da vinculação, em que o direito para ser válido depende da existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana, em que a ideia mesmo de existência do direito está condicionada à crença de que um sistema normativo ou uma norma não podem ser classificados como “jurídicos” se estiverem em desacordo com aqueles princípios morais ou de justiça, afirmando-se que o direito positivo é inferior ao direito natural, a este, portanto, condicionado. Há, contudo, divergências entre as correntes jusnaturalistas quanto à origem e os fundamentos do direito natural a depender da fase histórica e do autor correspondente (cosmológico, teológico, racionalista, historicista).

De outro lado, também refuta a tese da separação entre direito e moral defendida por autores do positivismo jurídico, para os quais não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos e cognoscíveis por meios racionais e objetivos (ceticismo ético), não reconhecendo, assim, fontes metafísicas (natureza humana, Deus, razão humana, história), pois a criação da norma jurídica depende de uma autoridade competente autorizada pelo direito (fonte social). Nesse sentido, para os positivistas, a validade de uma norma jurídica é independente do mérito moral de seu conteúdo (validade formal), sendo, portanto, possível e desejável que a teoria do

direito seja descritiva, abstendo-se o cientista de avaliá-lo segundo juízos morais valorativos ou axiológicos (o que não significa que o observador externo ao descrever o direito não possa referir-se aos valores do ponto de vista interno dos participantes).

A separação entre direito e moral que o positivismo jurídico defende é necessária apenas no âmbito da validade, pois aceitam a relação contingente entre direito e moral nos níveis do conteúdo, do propósito e da aplicação. No nível do conteúdo, a conexão é contingente, pois o direito não precisa necessariamente coincidir com a moral, ainda que reconheçam que frequentemente existe tal aproximação no nível empírico; no nível do propósito, a conexão é contingente, porquanto normalmente relaciona-se com exigências morais, como justiça, paz, liberdade e igualdade, traduzindo-se muitas vezes em questões moralmente relevantes, como segurança e previsibilidade; no nível da aplicação, a conexão é contingente, pois reconhece que juízes frequentemente utilizam argumentos morais para decidir e complementar o direito diante da textura aberta das regras.

Portanto, somente no nível da validade que a separação é conceitualmente necessária, pois depende da regra de reconhecimento como teste de validade (ainda que alguns sistemas incluam na regra de reconhecimento critérios morais), uma vez que a validade se dá em razão da regra de reconhecimento, e não pelo conteúdo moral do critério que adota. Assim, a devida separação entre direito e moral defendida pelo positivismo jurídico só ocorre no âmbito da validade, visto que pode existir uma norma juridicamente válida que não seja moralmente correta, ou ainda uma norma moralmente correta que não seja juridicamente válida, e as duas não são dependentes uma da outra, não são condições necessárias, tampouco suficientes para a existência de um direito válido, ao menos conceitualmente falando.

Em defesa de seu entendimento de que não há necessariamente uma conexão entre a moral o direito, ao menos no nível conceitual, Hart pontua que:

Quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito e os deveres requerem atenção como pontos de importância fundamental para os seres humanos, isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso dizer que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência.²⁹⁰

²⁹⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 331-333.

O debate estabelecido entre Hart e Dworkin, além de ser um dos mais importantes do direito, é um marco relevante ao positivismo contemporâneo, uma vez que dividiu os positivistas em inclusivistas (corrente que incorpora a moral ao direito) e exclusivistas (corrente que cinde a moral e o direito) e obteve enorme influência na teoria jurídica, separando os teóricos em descritivos e avaliativos do direito.

Com o fito de um breve esclarecimento, os inclusivistas consideram que sistemas jurídicos podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento. Para esses autores, Dworkin tem razão quando aponta que os juízes frequentemente se utilizam de critérios morais no processo de decisão, sobretudo nos casos difíceis, mas afirmam que isso não ameaça o positivismo colocado por Hart, pois para ele toda sociedade deve ter uma regra de reconhecimento, podendo ser descrita como a prática a partir da qual os funcionários que aplicam o direito reconhecem como direito válido as normas que preenchem determinados requisitos e que tais requisitos podem ser de qualquer natureza, inclusive moral.

Para essa corrente positivista, pode existir, em determinado sistema jurídico, uma regra de reconhecimento que se utilize de um critério moral para identificar uma norma válida. Isso não afeta de forma alguma o positivismo apresentado por Hart, pois mantém a ideia de que não há uma ligação entre direito e moral necessária (podendo ou não existir um critério moral), mas contingente, quando certo sistema autoriza esse critério moral como elemento de validação de uma regra jurídica. Para esses autores, é conceitualmente possível (não empiricamente constatável) um sistema que inclua critérios morais em seus critérios de validação do que seja o direito.

Os exclusivistas, por sua vez, consideram que sistemas jurídicos não podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento. Para esses autores, é impossível que alguma sociedade adote um critério moral para justificar um sistema jurídico. No caso *Higgs contra Palmer*,²⁹¹ mencionado por Dworkin para provar o erro do positivismo de que o direito é formado por um conjunto exclusivo de regras, desconsiderando os princípios jurídicos (cuja herança não fora concedida ao neto que assassinou o avô), Joseph Raz vai dizer que não se nega que no caso concreto referido foi utilizado um princípio de natureza moral como fundamentação da decisão, mas refuta, sim, que esse princípio tenha natureza jurídica, diferenciando “raciocínio jurídico” de “decisão judicial”.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 37.

Dessarte, segundo a concepção exclusivista, aplica-se um raciocínio jurídico para tentar descobrir qual seria a decisão de um caso concreto caso ele decorresse exclusivamente das regras jurídicas atualmente aceitas (o que levaria necessariamente à sucessão do neto, segundo Raz). Contudo, diz ele, os juízes são raciocinadores práticos, e não apenas raciocinadores jurídicos, pois possuem responsabilidade política e, portanto, não podem tomar uma decisão que seja moralmente inaceitável, ainda que juridicamente válida. Para os teóricos exclusivistas, essa decisão é válida em razão de sua autoridade (proferida por um funcionário dotado de competência para decidir), mas não é inteira e exclusivamente jurídica. A utilização de princípios morais como fundamentação pelos juízes não provaria nada sobre o direito, e sim algo sobre como as decisões judiciais são discursivamente construídas.

Robert Alexy, ao contrário, compreende a aproximação entre direito e moral segundo a tese da complementaridade, em que, apesar de existirem espaços distintos de atuação entre eles, em alguns casos “a insuficiência do discurso jurídico para resolver determinados problemas de direito pode ser resolvida (*rectius*: corrigida) pelo discurso moral”.²⁹² É, portanto, no espaço de correção do direito que se pode, segundo o autor alemão, defender a relação de complementaridade, pois não se afastam os padrões de legalidade e eficácia social como critérios de validade do direito, mas a adoção do discurso moral apresenta-se fundamental na correção de enunciados normativos flagrantemente injustos. Além de enunciados deontológicos, as normas jurídicas devem comportar enunciados axiológicos que não podem ser desconsiderados, porquanto oferecem mecanismos de pretensão de correção como condição da argumentação racional que tem no discurso jurídico um caso especial de discurso prático geral, permeado por valores (essa concepção foi fortemente influenciada pela jurisprudência dos valores, de Gustav Radbruch).

Por essa razão, Alexy adota um conceito alargado de norma que, além de regras (mandados definitivos no sentido de que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas), comporta os princípios, sendo estes compreendidos como mandados ou mandamentos de otimização como ordenação para que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. A concepção

²⁹² ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 299.

de princípios que Alexy adota é bastante ampla, pois inclui direitos individuais, bem como interesses coletivos.²⁹³ Segundo afirma Alexy:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁹⁴

Assim, o discurso normativo no interior da argumentação jurídica compreende, além de um sentido deôntico, a observação à dimensão axiológica.²⁹⁵ Como afirmam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira:

Alexy descreve uma norma *deôntica* e uma norma *axiológica*. A norma deontológica é composta por dois tipos de enunciados: as *regras* e os *princípios*; também a *norma axiológica* comporta dois tipos de enunciados que são as *regras de valoração* e os *critérios de valoração* que são propriamente o valor. Alexy restringe o âmbito em que os valores podem influir na argumentação jurídica, mas reconhece a influência que eles exercem por meio dos *princípios*. Desse modo, os princípios são normas deônticas que são aplicadas, a partir do procedimento da ponderação, através de um juízo valorativo que será o *locus* por onde o discurso prático ingressará no discurso jurídico.²⁹⁶

A concepção teórica de Alexy como formalista moderado encontra-se justamente no fato de conceber que, apesar da indeterminação semântica que decorre da linguagem normativa, é na interpretação do direito, visando sua aplicação prática ao caso concreto, que a lógica interna do direito, guiada por princípios jurídicos (normas constitucionais que expressam direitos fundamentais), penetra o direito por

²⁹³ A distinção entre princípios que adota em relação ao conceito de Dworkin é assim esclarecida por Alexy: “O conceito de princípios em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesse coletivos são por ele denominados como ‘políticas’. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de ‘princípio em sentido genérico’ – e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios – indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116).

²⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 87.

²⁹⁵ Nem todo valor (dimensão axiológica) é um princípio (dimensão deontológica), pois segundo informa Alexy: “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo” (*Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 153).

²⁹⁶ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 302.

meio de juízos valorativos que devem ser levados em conta antes mesmo da aplicação da regra pertinente ao caso concreto, a partir do procedimento da ponderação que limita e racionaliza a prática jurídica, eliminando a discricionariedade judicial. Nesse sentido, a ponderação entre princípios colidentes é o procedimento pelo qual se submete a solução do caso às três máximas de proporcionalidade: a adequação (implementação de pelo menos um dos princípios em jogo), a necessidade (realiza um com menor sacrifício que o outro) e a proporcionalidade em sentido estrito (privilegia o princípio que tem mais peso).²⁹⁷

Como proposta de método da ponderação de princípios, Alexy desenvolve e articula um conjunto de tarefas que podem ser assim resumidas diante da colisão entre dois princípios como mandamento de otimização na solução de um caso concreto: 1) o intérprete deve identificar quais os princípios em conflito; 2) o intérprete deve listar as circunstâncias relevantes do caso; 3) o intérprete deve elencar as soluções possíveis para o caso; 4) o intérprete deve determinar qual dos princípios tem mais peso; 5) o intérprete deve aplicar o teste de adequação; 6) o intérprete deve aplicar o teste de necessidade; 7) o intérprete deve aplicar o teste de proporcionalidade em sentido estrito; 8) o intérprete deve decidir o caso a partir da solução que passou pelos três testes; e 9) o intérprete deve formular uma regra de precedência condicionada para casos futuros similares.

A objetividade e o cognitivismo moral dos valores que Alexy pressupõe na análise dos princípios como comandos normativos imperativos (deontológicos) decorrem, segundo ele, de certa concepção filosófica, a qual, se não corresponde integralmente à possibilidade de constatação fática e empírica de sua existência, pode por tal razão ser submetida à prova de sua inquestionável evidência, e ainda assim ter sua validade inferida a partir da fundamentação com base em valores:

Uma tal teoria é obtida quando se pressupõe que valores são critérios de valoração, os quais, como as normas em geral, ou são válidos, ou não. Tanto a validade desses critérios quanto as valorações que a partir deles são possíveis não são objetos de alguma forma de evidência, mas uma questão de fundamentação.²⁹⁸

Contra a crítica metodológica e as objeções formuladas por autores que apontam o recurso à ponderação como um método de camuflagem para legitimar decisionismos subjetivistas tomados com base em preferências e valores do intérprete

²⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 116-120.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 157.

com “aparência de racionalidade”, visto que princípios e valores não disciplinam de forma inequívoca sua própria aplicação, ficando, portanto, sujeitos ao arbítrio daquele que realiza o sopesamento, Alexy apresenta como contraponto ao modelo decisionista o modelo fundamentado do sopesamento, o qual, se não tem o condão de conduzir a um resultado único e inequívoco, não pode ser tomado como irracional, como afirmam. Nesses termos, portanto, conclui em defesa do método racional e fundamentado da ponderação e sopesamento de princípios:

No entanto, a um tal modelo *decisionista* de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.²⁹⁹

Outro importante teórico do direito, Ronald Dworkin, concebe a teoria do direito não como uma mera descrição do “direito que é”, mas como uma avaliação e justificação do que o “direito deve-ser”. Sua formulação teórica é contrária à pretensão positivista de uma abordagem geral e neutra, mas dirigida a uma cultura jurídica concreta, em especial ao direito anglo-americano de onde provém, sendo papel central da teoria jurídica não descrever, mas examinar o direito à luz de sua função interpretativa em que os princípios fornecem razões para decidir em torno de sua justificação moral, mostrando o direito em sua melhor iluminação.

Grosso modo, como tratamos anteriormente, há quatro correntes distintas que relacionam o direito e a moral. Os que defendem a completa fusão entre direito e moral; os que sustentam a completa cisão entre ambos; os que aceitam a moral corrigindo algum aspecto do direito; e, por fim, os que entendem que o direito e a moral são cooriginários, com certa separação funcional. Nesta última insere-se Dworkin, pois compreende a existência de uma interconexão entre o direito e a moral, sendo o primeiro uma ramificação desta última.³⁰⁰ Assim, para o autor, todas as

²⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 165.

³⁰⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 222.

proposições de direito envolvem necessariamente um juízo moral, uma vez que sua teoria holística identifica o direito e lhe confere uma justificação de cunho moral.³⁰¹ A incorporação de questões morais por meio daquilo que Dworkin chama de “princípios” é apresentada como um elemento de correção do direito, ou, como afirma, constituem “razões para decidir”, sobretudo como argumento para resolver os casos difíceis, eliminando a discricionariedade.

Interpretar uma norma pressupõe antes identificá-la como uma parte singular que compõe o gênero direito, sendo o papel do intérprete fazer da coisa interpretada o melhor exemplar de seu gênero, mostrando a coisa interpretada sob sua melhor luz. Realizar tal tarefa, no entanto, requer do intérprete um juízo de valor sobre qual sentido interpretado é o melhor dentre outros semanticamente possíveis (não desconhece da indeterminação que decorre da linguagem normativa), o que só pode ser plenamente alcançado se antes há clareza do intérprete de qual é o papel do direito e quais objetivos ele visa atingir, isto é, qual a concepção do direito que deve fundamentar o empreendimento interpretativo com o intuito de obter a melhor e única resposta possível no ato de aplicação do direito no caso a ser decidido (tese da única resposta correta). Nesse aspecto, tornam-se elucidativas as assertivas que seguem:

É importante considerar que, em toda obra de Dworkin, o argumento jurídico aparece como um tipo específico de argumento moral. Nesse sentido, Stephen Guest afirma que a justificação moral é um ingrediente essencial para o argumento jurídico e que, no contexto da obra dworkiniana, a “existência do direito é uma justificação moral para a coerção do Estado, afirmando que o conceito de direito que compartilhamos é um conceito por meio do qual entendemos que o sentido do direito é limitar e autorizar a coerção governamental”.³⁰²

Por essa razão, portanto, conhecer os pressupostos e empreendimentos teóricos do direito como integridade em que a visão interpretativista do direito de Dworkin pressupõe requer um breve esclarecimento de sua concepção política e moral que orienta a compreensão do fenômeno jurídico que defende. Em *Levando os direitos a sério*, obra publicada em 1977,³⁰³ Dworkin enuncia como ponto de partida a necessidade de reformar as duas concepções tradicionais do liberalismo que fundamentam a visão dominante do direito até ele: 1) o positivismo jurídico apresenta-se como uma teoria conceitual sobre o que o direito é, buscando estabelecer as

³⁰¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 348.

³⁰² ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 305.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit.

condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica; 2) o utilitarismo, por sua vez, coloca-se como uma teoria normativa acerca do que o direito deve ser e como as instituições políticas e jurídicas devem agir (análise econômica que fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos de uma comunidade). Refuta o autor as duas teorias, oferecendo como principais representantes de cada uma delas o positivismo de Herbert Hart e o utilitarismo de Jeremy Bentham.³⁰⁴

Para Dworkin, tanto o positivismo como o utilitarismo apresentam premissas problemáticas e comprometem o liberalismo em sua versão original, pois negligenciam a tese dos direitos, representada pelo reconhecimento dos direitos individuais como trunfos dos indivíduos contra o arbítrio estatal e a vontade da maioria, em que os indivíduos possuem direitos naturais que existem independentemente do fato de estarem explicitados em normas formais, constituindo-se em direitos pré-positivos, que condicionam o agir estatal e a democracia majoritária e que possuem validade pelo seu conteúdo moral, e não pelo fato de terem sido originadas em fontes sociais legítimas, sendo, portanto, inegociáveis e inafastáveis. Em suas palavras aduz:

O positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a ideia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a ideia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral.³⁰⁵

A tese dos direitos é o fundamento pelo qual Dworkin busca reformar o liberalismo dominante, reconectando o liberalismo com o ideal de igualdade, para quem o valor essencial do liberalismo não é a liberdade, e sim a igualdade (compreendida em dupla perspectiva: igual respeito e igual consideração), dimensão que surge no século XVIII contra as assimetrias da sociedade estamental das formas estatais absolutistas do Estado moderno, acrescentando ao liberalismo uma concepção substantiva da igualdade, daí por que defender uma visão política que melhor atenda aos anseios do chamado liberalismo igualitário.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. VII-VIII (introdução).

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. XIV (introdução).

Nessa concepção política, portanto, a igualdade como valor estrutural da sociedade deve ser compreendida como tratamento isonômico (igual respeito), que se traduz na dimensão formal da fórmula de que “todos são iguais perante a lei”, aplicando-se a direitos e obrigações que devem ser reconhecidos a todos, sem discriminação ou tratamento desigual injustificável, bem como no sentido de atribuir igual consideração (igualdade substantiva), oferecendo os meios pelos quais todos possam acessar os recursos disponíveis com iguais oportunidades. Isso pressupõe necessariamente corrigir as assimetrias reais por meio de mecanismos compensatórios de distribuição dos recursos, em que os indivíduos se mantêm livres para fazer suas escolhas individuais, assumindo, assim, a responsabilidade pelas decisões tomadas.

Nessa acepção política, o liberalismo igualitário não se identifica com o libertarianismo (proteção da igualdade exclusivamente como igual respeito) nem com o socialismo (proteção da igualdade exclusivamente como igual consideração). Assim, ao mostrar as deficiências das críticas do liberalismo dominante proferidas tanto por grupos ligados ao espectro político ideológico de esquerda quanto de direita, Dworkin faz uma afirmação contundente que não pode ser menosprezada:

Nenhuma delas argumenta que a teoria dominante é falha porque rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita. Ao contrário, tanto a oposição de esquerda como a de direita são unânimes em condenar a teoria dominante pelo que consideram ser sua preocupação excessiva com o destino dos indivíduos enquanto indivíduos. A ideia de direitos individuais, no sentido forte em que tal ideia é defendida neste livro, não passa para eles de um caso grave de doença da qual a teoria dominante já sofre.³⁰⁶

Há, em Dworkin, uma tentativa de demonstrar a relação ambígua que existe entre liberalismo, capitalismo e democracia, em que a necessidade de equilíbrio entre oferta e demanda dos bens disponíveis para serem consumidos, por um lado, realiza o ideal da igualdade como igual consideração, sua lógica competitiva, majoritarista e seletivista, por outro, provoca distorções que exigem que os desfavorecidos sejam protegidos e recompensados, por meio de intervenções estatais compensatórias, concretizando adicionalmente a igualdade como igual consideração.

No tocante à democracia, é preciso compreendê-la não apenas como soberania popular aferida tão somente por meio de um processo formal que

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. XIII-XIV (introdução).

contabilize a vontade da maioria, mas também como meio de distribuição do poder político que permita maior equidade entre os indivíduos, com especial atenção aos historicamente subalternizados, levando-se em conta suas distorções e contradições, uma vez que na dimensão formalista da democracia a minoria pode não estar representada pela vontade majoritária. Por essa razão, é fundamental reconhecer seus limites expressos pelos direitos fundamentais que funcionam como proteções constitucionais das minorias vulneráveis, ampliando os mecanismos de fiscalização de suas garantias contra a vontade majoritária, por um órgão judicial contramajoritário.

É a partir da proposta de um liberalismo reformado, que implica necessariamente uma adesão limitada ao capitalismo e à democracia majoritária, que Dworkin desenvolve uma teoria normativa da decisão judicial, refutando um conceito de direito baseado apenas em regras, pois insuficiente para realizar o ideal de igualdade que defende. No modelo proposto, os princípios exercem papel fundamental, pois oferecem, por meio do processo interpretativo, os mecanismos compensatórios para corrigir as distorções do sistema de regras que adota a visão do positivismo jurídico.

No capítulo intitulado “Modelo de regras I”, da obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta as principais críticas ao positivismo jurídico em geral, direcionando seus ataques com base na versão que ele considera a mais sofisticada, a de seu professor e antecessor em Oxford, Herbert Hart, cujas proposições centrais se resumiriam, segundo ele, em três principais teses: 1) tese das regras – o direito é um conjunto de regras explícitas que definem direitos e obrigações; 2) tese do teste de *pedigree* – é possível identificar as regras válidas a partir de um teste formal de validade, por meio da identificação de suas fontes formais representadas nas fontes sociais autorizadas a produzirem o direito em cada comunidade jurídica; 3) tese da discricionariedade – nos casos difíceis em que as regras não levam a um resultado determinado, o juiz tem inevitavelmente discricionariedade, ou seja, autorização para criar direito novo, pois as regras ou são plenamente determinadas e, portanto, localizam-se na zona de foco da regra (casos fáceis), ou são indeterminadas, estando contidas na zona de penumbra (casos difíceis).³⁰⁷

Reconstruindo as refutações que Hart apresentou acerca do conceito de direito do positivista imperativista John Austin, com base no equívoco de explicá-lo com base

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 27-29.

em elementos puramente factuais (ordens, soberano, ameaça e hábito de obediência), bem como apresentando o conceito de direito de Hart como a união de regras primárias e secundárias, em que havia imaginado suprir com ela as deficiências do modelo simples de Austin, asseverou Dworkin:

Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo “uma textura aberta”) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação.³⁰⁸

Todo o esforço no referido capítulo segue na tentativa de demonstrar os equívocos das premissas em que se assenta o positivismo jurídico. Para compor sua argumentação em favor dos princípios, como padrões jurídicos que devem ser observados por se constituírem exigência de justiça ou equidade em razão da dimensão moral que possuem, Dworkin refere-se a dois exemplos que foram decididos adotando não regras, mas máximas de justiça, para provar seu argumento contra as teses positivistas: o caso *Riggs contra Palmer* (1889, Tribunal de Nova York), e o caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.* (1969, Tribunal de Nova Jersey). Segundo afirma, o resultado dos dois julgamentos prova que os juízes utilizaram na solução dos casos padrões muito distintos das proposições que se encontram nas regras jurídicas: no primeiro caso, a máxima de que ninguém pode se beneficiar dos próprios atos ilícitos para impedir que o neto, assassino de seu avô, herdasse, a despeito de uma regra jurídica que assim o autorizava; no outro, a máxima de que fabricantes de produtos perigosos têm um tipo de responsabilidade especial que não pode ser limitada pelo contrato, permitindo, assim, que o consumidor do veículo fosse plenamente indenizado pelos danos causados pela colisão que sofreu em razão do defeito apresentado no veículo. Com esses argumentos, Dworkin introduziu em sua teoria outro padrão normativo e obrigatório que não são regras, mas princípios jurídicos.³⁰⁹

Regras e princípios formam o direito e se diferem entre si, tanto pela forma de sua aplicação quanto pelo modo como se resolvem os conflitos entre si. As regras aplicam-se seguindo um modelo de “tudo ou nada”, ou seja, para solucionar um caso

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 35.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 37-39.

concreto, ou a regra incidirá ou não incidirá, e, observando-se esse raciocínio, cada caso teria apenas uma regra correta a ser aplicada. Os princípios, por sua vez, são padrões com dimensão de peso tal que, para decidirem em um caso, devem não apenas recair sobre ele, mas ter mais peso que as considerações contrárias. Do mesmo modo, na hipótese de conflito entre regras, ambas não podem ser válidas ao mesmo tempo; ou uma delas se torna a exceção da outra, ou uma leva à exclusão da que lhe é incompatível. No caso dos princípios, porém, se dois princípios entram em conflito, o que tem maior peso tem prevalência sobre o que tem menor peso, permanecendo ambas válidas e capazes de incidir sobre novos casos, produzindo, inclusive, inversão de precedência quando as particularidades do caso assim o exigirem. Enquanto as regras são respeitadas pela sua fonte, os princípios o são pelo conteúdo moral que carrega.³¹⁰

Nesse sentido, no que diz respeito aos princípios, estes são identificados não apenas como parte de uma teoria de direito, mas, além disso, são vistos como parte implícita do próprio direito e são tidos como elementos fundamentais para o raciocínio jurídico, especialmente para o julgamento. Assim, nas palavras de Lenio Luiz Streck, os princípios seriam “elementos argumentativos-interpretativos que permitem o controle dos sentidos que as decisões judiciais articulam. Princípios são os critérios a partir dos quais uma decisão será correta ou incorreta”.³¹¹

Dworkin rejeita completamente o pressuposto de que o direito seria sempre indeterminado ou incompleto e aponta que a discricionariedade (forte) de Hart é totalmente equivocada e prejudicaria não somente o processo judicial e a atuação dos tribunais, mas, sobretudo, a garantia e a proteção dos direitos. Na visão de Dworkin, a indeterminabilidade linguística inerente ao direito não pode ser vista como subterfúgio para se legitimar o agir discricionário dos juízes, sob pena de não realizarmos com seriedade os valores políticos e as pretensões do liberalismo igualitário.

Dado que os princípios existem e compõem, ao lado das regras, padrões normativos que devem ser seguidos orientando a atividade interpretativa dos juízes, Dworkin aponta que eles não se enquadram nas três principais teses positivistas, daí a incompletude do conceito de direito que descrevem, pois, se existem princípios

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 39-43.

³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: hermenêutica*. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2019. p. 33.

implícitos que valem pela sua força moral/conteúdo, então o direito não é formado somente por regras explícitas (refutação da tese das regras); se os princípios não estão escritos em nenhuma fonte formal, não podem ser identificados por nenhum teste de *pedigree* (refutação da tese do teste de *pedigree*); e, se os princípios incidem sobre os casos difíceis, atribuindo mais peso a um lado ou a outro, o juiz jamais terá qualquer tipo de discricionariedade (refutação da tese da discricionariedade).

O ataque ao positivismo feito por Dworkin se volta, mais uma vez, à importância da incorporação dos princípios no sistema jurídico. Em sua visão, ao incorporar os princípios (*implícitos*) ao direito (*explícito*) nas situações de indeterminação ou imprecisão, buscar-se-á por meio dos princípios uma resposta correta ao caso concreto.³¹² Dessarte, defende que o direito jamais se tornará indeterminado e o julgador não fará uso de um poder discricionário, pois, em seu entendimento, adotar essa premissa tornaria o ato de decidir antidemocrático e injusto em razão de o direito novo não emanar de representantes eleitos pelo povo, mas, sim, dos órgãos julgadores carentes de legitimidade democrática para essa atuação criativa,³¹³ o que o leva a combater a discricionariedade sob a construção da tese da única resposta correta, mesmo nos casos difíceis.³¹⁴

Dworkin utiliza duas alegorias para explicar o método que leva à integridade do direito a afastar a discricionariedade: a analogia do “romance em cadeia” e o “método de Hércules”. Sobre o método da interpretação construtiva de Dworkin trataremos no próximo item, quando abordarmos as duas figuras imaginárias propostas tanto pela dogmática hermenêutica em torno da ficção do legislador racional quanto pela hermenêutica filosófica, com a figura do juiz Hércules, construções teóricas que pretendem racionalizar, a partir de um método a ser observado pelo intérprete aplicador, com o intuito de eliminar a indeterminação do direito.

Apesar de incluirmos tanto Alexy quanto Dworkin como teóricos do formalismo moderado, tendo em vista adotarem em alguma medida uma proposta de racionalização da decisão judicial contra a concepção voluntarista e decisionista deixada em aberto pela aceitação da discricionariedade judicial pelos positivistas, a convergência entre os autores se encerra nesse ponto, pois é inegável que possuem

³¹² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 352.

³¹³ VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192>. Acesso em: 16 mar. 2022.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: hermenêutica* cit., p. 32.

diferenças substanciais que não podem ser ignoradas. Como afirmam os autores Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira, não se deve equiparar acriticamente a técnica da ponderação de princípios de Alexy com o juiz Hércules de Dworkin, visto que apresentam concepções distintas acerca do que vêm a ser *procedimento* (na ponderação) e “método” (do juiz Hércules):

Dessa forma, a ponderação tem o caráter de *procedimento* na medida em que a justificação da fundamentação da decisão tomada pelo juiz é dada conforme o procedimento, sendo desonerado de uma justificação conteudística. Já o “método” de Hércules reivindica uma justificação de um contexto conteudístico no interior do qual forma e conteúdo se interpenetram. Ou seja, se exige que não apenas o procedimento seja equitativo, mas também que produza um resultado que justifique a coação do Estado.³¹⁵

Diferente de uma versão teórica ainda presa ao paradigma positivista em Alexy (teoria semântica), Dworkin desenvolve uma teoria pragmática, pois parte do pressuposto de que o direito como integridade seja compreendido como uma prática interpretativa, não conduzido por procedimentos matemáticos construídos por generalização ou abstração, mas por procedimentos metodológicos cujas controvérsias buscam não apenas justificar a decisão correta pelo respeito à equidade dos procedimentos, mas pelo respeito à coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade.³¹⁶

Assim, diante da pergunta “juízes e tribunais criam normas jurídicas?”, podemos afirmar que as teorias aqui reunidas como formalistas moderados responderiam negativamente, sendo a interpretação guiada por princípios a forma pela qual se afasta a discricionariedade, reconhecendo a partir deles a moralidade interna do direito que condiciona e limita a atividade do intérprete na solução dos casos difíceis, legitimando o uso da coerção exercida pelo Estado sob o signo do direito.

2.2.2 *Entre a dogmática hermenêutica do legislador racional e a interpretação construtiva de Dworkin do juiz Hércules*

³¹⁵ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 594.

³¹⁶ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 601.

Inúmeros são os esforços teóricos na tentativa de construir modelos hermenêuticos que ofereçam maior certeza e segurança jurídica ao intérprete diante da incômoda constatação descritiva das teorias antiformalistas moderadas quanto à irreducibilidade científica do ato de aplicação do direito aos critérios de racionalidade objetiva que informam o projeto teórico descritivo das teorias positivistas a partir de Kelsen que, inexoravelmente, são levadas a reconhecer a discricionariedade judicial do decisor jurídico. Nesse sentido, buscamos reconstruir neste tópico duas importantes contribuições teóricas que visam suprir as deficiências e a inutilidade funcional do positivismo jurídico como teoria da decisão judicial, por meio de duas abstrações teóricas, a saber: a construção da dogmática hermenêutica em torno de um fictício legislador racional e a construção interpretativista de Dworkin acerca da interpretação construtiva do direito por um também fictício juiz Hércules.

Apesar de direcionadas a sistemas jurídicos distintos entre si, sendo o primeiro próprio da dimensão continental, de um sistema formado majoritariamente por um conjunto de normas legisladas, e o outro constituído por um sistema anglo-saxão, cuja fonte primária do direito são a jurisprudência e os precedentes judiciais, que se fundam, em geral, pela tradição, buscaremos demonstrar a incapacidade operativa de tais propostas teóricas visando à superação das discriminações do intérprete aplicador que se revelam por meio do discurso jurídico pretensamente neutro e imparcial, escondendo as vicissitudes de preferências subjetivas e morais que, a pretexto de aplicarem o direito, incorrem em decisões fraudulentas, performadas e encobertas pelo discurso e fundamentação jurídica, como legítimas e autorizadas na lei.

Em face do que demonstramos no item anterior, o desafio kelseniano presente na interpretação como ato de vontade do intérprete autêntico coloca-se como uma tensão entre a necessidade de definir objetivamente os pontos de partida para que ocorra uma decisão jurídica (dogma) e a liberdade de escolha entre múltiplas interpretações possíveis em que se vê o aplicador no momento de concretização e aplicação da norma, dada sua plurissignificação. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “Eis aí o problema hermenêutico da decidibilidade, isto é, da criação das condições para a decisão com um mínimo de perturbação social possível”.³¹⁷

³¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 265.

O pensar dogmático não pode deixar em aberto a questão das diversas interpretações possíveis, atribuindo ao intérprete o papel legítimo de escolher a melhor interpretação a ser aplicada ao caso, sob pena de admitirmos um poder arbitrário e contrário ao Estado de Direito. Como não podemos aceitar questões indecidíveis no direito, é função da dogmática criar as condições para que a melhor decisão seja tomada no caso *sub examine*, a despeito de outras possíveis e igualmente válidas (e, às vezes, quiçá, contraditórias entre si).

A questão não é atual. Muito antes da teoria positivista kelseniana, tem se procurado compreender a interpretação como objeto do saber científico, exigindo mais do que meras técnicas, a construção de cânones intersubjetivos que possam definir a racionalidade e a objetividade que devem guiar o intérprete e aplicador da norma jurídica. É exatamente com esse objetivo de compreensão do saber dogmático interpretativo que foi se consolidando entre a doutrina duas grandes correntes teóricas que buscaram o sentido das normas ora na vontade do legislador (também denominada doutrina subjetivista), ora na vontade da lei (doutrina objetivista).

Com Savigny, no início do século XIX, começou a esboçar uma verdadeira teoria da interpretação, um saber científico do direito como saber hermenêutico. O desenvolvimento de sua teoria inicialmente se dá com a elaboração de quatro técnicas para determinar o sentido expresso nas normas: a interpretação gramatical, que buscava o sentido vocabular da lei; a interpretação lógica, que visava seu sentido proposicional; a sistemática, que objetivava o sentido global ou estrutural; e, a histórica, que tentava atingir o sentido genético.

Com o desenvolvimento de sua teoria hermenêutica, para além de enumeração de técnicas interpretativas, procurava-se determinar o fator responsável pelo sentido de unidade último e determinante do sistema. Essa busca oscilou entre uma concepção subjetivista, de que o texto da lei era expressão da *mens legislatoris* e que a interpretação pressupõe a compreensão do pensamento do legislador manifestado no texto da lei, e uma concepção objetivista, em que o “espírito do povo” deveria ser o paradigma interpretativo dominante.

Essa visão dicotômica sobre a interpretação fez surgir, no século XIX, na França e Alemanha uma polêmica. De um lado, uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, em que, com auxílio de análises linguísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei (na França representada pela “Escola da Exegese” e na Alemanha pela

“Jurisprudência dos Conceitos”). De outro lado, aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade (representados pela “Jurisprudência dos Interesses” na Alemanha), tendo sido posteriormente aperfeiçoada por movimentos contra o conceitualismo e formalismo (teorias antiformalistas), tais como: movimento do direito livre, livre pesquisa científica etc.

É nesse momento (fim do século XIX e início do século XX) que se aperfeiçoam os métodos interpretativos, tais como: método teleológico (busca do fim imanente do direito), método axiológico (busca de seus valores fundantes), método sociológico (busca de suas condicionantes sociais), método axiológico-evolutivo (busca de seu processo de transformação) e método histórico (busca da gênese do direito).³¹⁸

A polêmica entre correntes subjetivistas e objetivistas, ou seja, entre a sede do sentido das normas na vontade do legislador ou na vontade da lei, traz diversos argumentos em favor de um ou outro, conforme didaticamente resume Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

a) Os objetivistas contestam os subjetivistas:

1. Pelo argumento da vontade, afirmando que uma “vontade” do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;
2. Pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo em consequência, aquilo que se chama de legislador, no fundo, apenas uma competência legal;
3. Pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio, ser inteligível, por si;
4. Pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;
2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas “mais sábio” que o legislador, mas também “mais sábio” que a própria norma legislada;

³¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 267.

3. seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete.³¹⁹

Em geral, para os subjetivistas, a ciência do direito como saber dogmático nada mais é do que a compreensão da vontade do legislador, sendo a interpretação necessariamente *ex tunc*, ou seja, desde a posituação da norma pela vontade legislativa, acentuando-se as técnicas de investigação genética, como o método histórico. Por outro lado, os objetivistas ignoram o sentido querido pelo legislador, levando em conta os fatores sociais objetivos do momento atual de vigência da norma, daí por que a interpretação é *ex nunc*, ressaltando-se os aspectos estruturais em que a norma ocorre e adotando-se as técnicas que levam em conta sua captação, como o método sociológico.³²⁰

Enquanto podemos dizer que o subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista ao privilegiar a figura do legislador, o objetivismo, se levado ao extremo, beneficia certo anarquismo e predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes, como chegaram a afirmar certos realistas norte-americanos que o direito “é o que decidem os tribunais”. Assim, entre o formalismo dos subjetivistas e o ceticismo dos objetivistas, ocorrem, de um lado, o arbítrio do legislador e, do outro, o arbítrio social, e o empasse não se resolve argumentativamente.

Diante da insuficiência entre as duas correntes para resolver a questão de uma ciência do direito dogmática da interpretação que corresponda à função estabilizadora e ofereça respostas mais consensuais em matéria de decidibilidade dos conflitos, levando em conta os dois princípios dogmáticos inafastáveis, inegabilidade dos pontos de partidas e da proibição do *non liquet* (compulsoriedade do ato decisório), Tercio Sampaio Ferraz Jr., utilizando-se como analogia a tradução de textos, rechaça ambas as correntes por uma constatação prática em duplo sentido: primeiro, interpreta-se (procura-se o sentido da norma) para depois alcançar a *mens legislatoris* e, da mesma forma, antes busca-se o sentido normativo da norma para depois atingirem-se (normativamente) os relevantes fatores reais, a *voluntas* ou *mens legis*.

O impasse do conflito gerado entre as duas correntes é resolvido por Tercio Sampaio Ferraz Jr. por meio de um fator normativo de poder, reconhecido por ele

³¹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 265.

³²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 268.

como “o poder de violência simbólica”, em referência a Bourdieu e Passeron, a quem compete a uniformização do sentido da norma, a partir da qual privilegia-se um enfoque de sentido dentro de uma estrutura de competência: o arbitrário socialmente relevante:

O que chamamos, então, de uso competente depende de uma relação ideológica de poder, o poder de violência simbólica que se manifesta como autoridade, liderança e reputação. Por aí passa a formação do uso competente enquanto manifestação de um arbitrário social.³²¹

Para melhor compreender como a dogmática hermenêutica catapulta esses conceitos anteriormente exarados, constituindo-se em verdadeira ciência do direito, passamos a abordar a questão do legislador racional, pressuposto fundamental teórico da interpretação.

A figura do legislador racional é um modelo fictício da dogmática que não se confunde com os legisladores reais ou empíricos. É um terceiro metalinguístico que se coloca entre o mundo das prescrições jurídicas (dever-ser) e o mundo da mera descrição dos fatos jurídicos (ser). Trata-se da língua técnica da hermenêutica dogmática (dever-ser descritivo) em que se atribuem ao legislador certas propriedades de racionalidade a fim de permitir que o direito seja interpretado de modo a adequá-lo a certos *standards* axiológicos vigentes, para que as lacunas sejam preenchidas, as contradições sejam eliminadas, os termos deixem de ser indeterminados e se tornem precisos, para afastar normas supérfluas, entre outras funções imprescindíveis e reconhecidas pela tradição dogmática.

Nesse sentido, reconhece Carlos Santiago Nino:

Essa técnica, sem dúvida, não é empregada de forma cínica ou especulativa pelos juristas, mas sim, na maioria dos casos, com honestidade científica, obedecendo a hábitos teóricos herdados por tradição e cujos resultados soam como satisfatórios ao permitir compatibilizar o desejo de segurança jurídica com o de adequação da ordem jurídica a padrões de racionalidade e de justiça.³²²

O legislador racional é uma técnica de interpretação de otimização da lei, no exercício da função reconstrutora do direito pela dogmática, a partir da formulação de certas regras, tornando-o um todo sistêmico, coerente e completo, compatível com as exigências da doutrina moral e política dominante. Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Por meio da língua hermenêutica constrói-se o discurso do

³²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 279.

³²² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito* cit., p. 377-378.

ordenamento, como se o intérprete ‘fizesse de conta que’ suas normas constituam um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade”.³²³

Comentando a obra teórica do Professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., em artigo escrito numa obra coletiva em homenagem a seu pensamento, sobretudo quanto à função social da dogmática jurídica, Carlos Batalha aduz:

Como glosadores modernos, os juristas buscam a reconstituição harmônica do *corpus* jurídico por meio da construção de uma espécie de autoridade fora do tempo. Eles reconstróem o discurso do ordenamento por meio da construção da figura do “legislador racional”.³²⁴

Juliano Maranhão, na mesma obra coletiva antes mencionada, ressalta a função mais do que reformuladora da lei pela dogmática ao se constituir como uma terceira língua entre as prescrições e a linguagem da realidade, mas, sobretudo, de uma “paráfrase reformadora”, conforme segue:

Mas a tradução dogmática não se limita, como sugere Vernengo, à simples reformulação da lei. É antes, para o professor uma “paráfrase reformadora” que, ao adequar seu discurso a critérios internos de consistência e completude, mas também a critérios externos de moralidade, justiça e efetividade, tudo em nome de um fictício “legislador racional”, cria um discurso mais persuasivo, mais apto a propiciar a decisão dos conflitos com maior grau de legitimidade.³²⁵

Para que se constitua na dogmática hermenêutica a figura de um legislador racional a fim de garantir a satisfação (obediência) do ordenamento (conjunto de normas jurídicas vigentes), numa espécie de representação ou refinamento (qualificação das condições de aplicação previstas entre interpretações semanticamente possíveis) do comando presente nas normas jurídicas, alguns postulados de competência da vontade racional foram desenvolvidos pela dogmática alemã, no século XIX, e tornam-se corolários para compreender o fenômeno aqui estudado:

(a) o legislador não cria normas impossíveis de serem executadas, daí por que não se pode desejar que alguém realize e deixe de realizar o mesmo ato; (b) o legislador não cria normas sem algum propósito, do que decorre a razoabilidade de seus comandos; (c) as condutas

³²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 282.

³²⁴ SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da. A filosofia jurídica como saber metaideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: RODRIGUES, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203-205. E-book Kindle.

³²⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. In: RODRIGUES, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112. E-book Kindle.

exigidas ou permitidas nas normas são aptas a levar os sujeitos normativos à consecução dos propósitos da regulação (coerência entre meios e fins); (d) a vontade do legislador é unitária, de forma que as regras estão sistematicamente relacionadas; (e) a vontade do legislador é completa, no sentido de que soluciona todos os casos por ele reputados como relevantes; (f) o legislador é rigorosamente preciso e não cria normas inócuas ou redundantes.³²⁶

Tais regras apresentam-se como um guia interpretativo e elas seriam inferidas das propriedades que deveriam contar de um direito originado de um legislador racional e que confirmam as duas propriedades da hermenêutica dogmática: o da inegabilidade dos pontos de partida (deve haver um sentido comum) e o da proibição do *non liquet* (não deve haver conflito sem decisão).

Para além do embate entre as correntes que buscam o sentido normativo na vontade do legislador (subjettivistas) ou na vontade da lei (objetivistas), a concepção dogmática de um legislador racional baseia-se no princípio kantiano de sistema, pelo qual compete ao cientista transformar o caos em cosmos, realidade ordenada que pode ser entendida e aplicada, sem contradições e incoerências. A ordem não está na realidade, que se apresenta como um todo caótico e contínuo, mas tão somente na cabeça do cientista, que abstratamente faz um corte na realidade (corte epistemológico) a fim de ordená-lo e sistematizá-lo e, assim, compreendê-lo. Em matéria de interpretação, essa ficção teórica permite o compartilhamento de padrões mínimos de racionalidade e viabiliza a interpretação, no âmbito dogmático.

Como corretamente afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr.,

[...] a atividade de interpretação, desenvolvida pela dogmática jurídica, envolve uma conceptualização ideal do legislador, cuja figura na forma do “legislador racional”, muito mais do que uma imagem retórica, empregada na argumentação jurídica, constitui a base (racional) para a fundamentação metodológica da atividade de interpretação jurídica.³²⁷

Na esteira das doutrinas de Carlos Santiago Nino e Tercio Sampaio Ferraz Jr., as propriedades caracterizam o legislador racional e balizam uma construção da dogmática hermenêutica que supere o conflito entre as correntes subjettivistas e objetivistas da interpretação, ou, ainda, a dicotomia entre a *voluntas* ou *mens*

³²⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 283.

³²⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 283.

legislatoris e *voluntas* ou *mens legis*, na função reconstrutora do direito pela dogmática por meio da linguagem hermenêutica (dever-ser descritivo e ideal).

Esse legislador racional fictício apresenta ao menos treze características: a) singular (legislador); b) permanente (não desaparece com o tempo); c) único (para todas as normas do ordenamento); d) consciente (conhece todas as normas); e) finalista (sempre tem uma intenção ao editar uma norma); f) onisciente (conhece todos os fatos e condutas); g) onipotente (as normas vigem até serem substituídas pela sua vontade); h) justo (jamais deseja a injustiça); i) coerente (quando aparentemente se contradiz, há critérios de solução objetivos); j) omnicomprensivo (o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente); k) econômico (não é redundante, cada norma cumpre uma função própria); l) operativo (todas as normas têm aplicabilidade); m) preciso (apesar do uso da língua natural, as normas contêm um sentido rigorosamente técnico, dissipando a vagueza e a ambiguidade).³²⁸

Como pressuposto da vontade do legislador racional, exige-se do hermeneuta que utilize não apenas um método interpretativo, mas, na medida do possível, todos eles, quais sejam: o método lógico-sistemático, o método histórico-sociológico e o método teleológico e axiológico e suas variantes combinadas, alcançando-se o que Tercio Sampaio Ferraz Jr. denomina de “paráfrase interpretativa”: produzir não um novo texto normativo, mas mantê-lo mais conveniente e permitir a decidibilidade dos conflitos com o mínimo de perturbação social, realizando um ato de violência simbólica (para-poder da dogmática jurídica):

A questão, para a dogmática jurídica, não é propriamente a possibilidade de uma interpretação correta ou objetivamente verdadeira, mas sim qual aquela que está melhor ou suficientemente justificada, diante das evidências dadas pelos textos normativos cujos sentidos estão inter-relacionados.³²⁹

Ressalte-se, ainda, que a dogmática da interpretação, como ciência, não pode ser aferida pelo critério do verdadeiro/falso, nem por correspondência à vontade do legislador ou da lei, mas “à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica”, pelo qual, na perspectiva da ideologia política que confere ao poder legislativo, e não ao juiz ou ao teórico, dizer o direito, cabe à dogmática jurídica controlar e uniformizar o ordenamento visando sua aplicação

³²⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 281-282.

³²⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 298.

prática, numa espécie de para-poder de que se serve o juiz, por exemplo, ao motivar sua sentença:

Vale dizer, a interpretação dogmática reduz a indeterminação inerente do sistema normativo, por meio de valorações próprias, mas como se essas decorressem de um esforço “científico” de identificação do seu sentido “real” e, dessa forma, cumpre a sua função de “domesticar” o sentido das normas.³³⁰

Essa tomada de posição ideológica da hipótese do legislador racional, implícita na atividade hermenêutica, pode ser estática ou dinâmica. Estática quando favorece valores como a certeza, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade do conjunto normativo. Ela é dinâmica quando viabiliza a adaptação das normas e a operacionalidade das prescrições normativas.³³¹ Daí por que Tercio Sampaio Ferraz Jr. empreende um esforço teórico-pragmático na compreensão de uma teoria dogmática da interpretação, superando a velha polêmica entre interpretação como vontade do legislador ou da lei, ambas insuficientes para dar conta do complexo fenômeno comunicativo normativo.

Refutamos a ideia mesma que subjaz a compreensão de uma dogmática da interpretação e, portanto, de um legislador racional, pois na perspectiva de uma teoria crítica problematizar as normas jurídicas criadas é papel indispensável do intérprete, incompatível com o princípio da inegabilidade dos pontos de partida que trata as normas a serem interpretadas como dogmas, que se aceitam e não se negam.

Como demonstraremos no próximo item, uma hermenêutica jurídica feminista tem o propósito justamente de romper com os padrões da hermenêutica tradicional e com a tentativa de racionalizar a decisão judicial a partir de um método que adota como pressuposto a unidade do sistema jurídico, sem levar em conta os elementos externos que interferem no ato de criação do direito sob uma perspectiva liberal e de um sistema colonial e patriarcal que apenas retroalimenta o *status quo* e perpetua as contradições, assimetrias e discriminações, dando-lhes contorno e verniz de legitimidade democrática por meio das decisões judiciais.

No mesmo sentido é nossa crítica ao papel desempenhado pela figura imaginária do juiz Hércules, na interpretação construtiva de que trata Ronald Dworkin. Apesar de adotar uma perspectiva pragmática da teoria do direito, não semântica ou

³³⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito cit.*, p. 300.

³³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito cit.*, p. 299.

dogmática, essa figura não consegue dar conta das questões que emergem de uma forma de pensar o direito amparada nos mitos do liberalismo, quais sejam: o Estado de Direito, em que há o governo das leis, e não dos homens; da separação dos poderes em que o Judiciário aplica a lei criada pelo Legislativo (superioridade do legislador); e o da aplicação do direito como técnica jurídica neutra, como se a imparcialidade do julgador fosse sempre possível, e não problemática para a teoria da decisão judicial. Acrescentamos, ainda, uma dimensão universalizante da concepção de democracia, pois aceita o consenso racional e o sujeito de direito como premissas inquestionáveis que fundamentam certa compreensão do direito.

Para Dworkin, o direito é uma prática argumentativa,³³² sendo sua teoria interpretativista, pois busca compreender o direito que é à luz do que ele deveria ser, sendo o raciocínio jurídico um exercício de interpretação construtiva em que o direito se apresenta como a melhor justificativa de nossas práticas jurídicas, cuja narrativa visa torná-las a melhor possível, em que o processo judicial deve lidar ao menos com três questões persistentes: questões de fato, questões de direito e questões interligadas de moralidade política e fidelidade. Os problemas que decorrem da dificuldade presente no ato de aplicação de um direito preexistente pressupõem antes um acordo sobre os verdadeiros fundamentos do direito, ou seja, se juízes apenas “descobrem” ou se “inventam” o direito na solução de um caso, é a preocupação preliminar que Dworkin enfrenta em seu *O império do direito* (1986), acerca das divergências ou desacordos teóricos no direito.

Segundo Dworkin, em geral, os teóricos adotam em sua maior parte a premissa de que os desacordos em direito se resumem ao ponto de vista de simples questão de fato dos fundamentos do direito, em que a divergência reside em descobrir a verdade daquilo que os legisladores e os tribunais já decidiram no passado. Essa visão sobre os desacordos é equivocada, visto que esconde a real divergência que possuem, como as questões de moralidade política e fidelidade, pois, como afirma Dworkin:

Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo

³³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 17.

sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito.³³³

Apesar de reconhecer diversas perspectivas sobre o direito na análise da controvérsia sobre o direito, interessa-lhe diretamente na teoria que desenvolve o ponto de vista interno, do participante expresso pela figura do juiz, pois, segundo afirma, “o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”.³³⁴ O famoso caso *Riggs contra Palmer* é mais uma vez suscitado como argumentação para demonstrar que a divergência acerca da possibilidade de se cumprir ou não o testamento do avô assassinado pelo neto legatário não era uma simples divergência quanto ao direito de herdar (que na lei de sucessões de Nova York era indubitoso, admitindo a sucessão, sem quaisquer reservas). O problema, contudo, era de outra ordem, sobre a verdadeira natureza do direito e como a legislação deve ser corretamente interpretada nas circunstâncias especiais daquele caso, pois, ainda que não apresentasse qualquer defeito de indeterminação (não eram vagos nem ambíguos), não havia consenso dos juízes em como decidir o caso facilmente.

Adicionalmente a esse caso já tratado em sua obra anterior, *Levando os direitos a sério* (1977), Dworkin analisa em “*O império do direito* (1986) ainda três outros casos: o caso do *snail darter* (sobre se a lei de proteção das espécies ameaçadas seria ou não suficiente para interromper a construção de uma barragem quase concluída no Estado do Tennessee, com o dispêndio já realizado de mais de cem milhões de dólares), bem como o caso *McLoughlin* (sobre se os precedentes a respeito de indenização por danos indiretos causados em razão de acidentes se aplicava ou não à pleiteante, tendo em vista que o colapso nervoso que lhe abateu com a notícia do acidente envolvendo o marido e os dois filhos ocorreu fora da cena do acidente, várias horas depois); e, por último, o caso *Brown* (com base na 14.^a Emenda que pôs fim à escravidão, discutiam a legalidade das legislações do sul estadunidense que estabeleciam a segregação racial, com base na fórmula “separados, mas iguais”).

Para Dworkin, as teorias semânticas do direito (tanto na versão do positivismo de Austin como na versão mais sofisticada de Hart) tratam das divergências entre os argumentos lançados nas contendas judiciais como problemas de critérios linguísticos

³³³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 18.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 19.

para avaliar as proposições jurídicas, com o intuito de descobrir a verdade das proposições, sendo os desacordos entre os critérios para chegar à verdade do direito simples questão de fato, e o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico. Os exemplos adotados, segundo Dworkin, mostram que o dissenso acerca de como as decisões deveriam ser tomadas, longe de se apresentar como casos limítrofes, em que, distanciando-se dos casos não problemáticos centrais, pedia uma demarcação mais ou menos arbitrária de uma linha divisória, informa com clareza o problema dos desacordos quanto ao fundamento do direito, sobre o que se espera do direito na interpretação das leis e dos precedentes. Quando divergem, não estão se comunicando sobre um sentido que possa ser mutuamente compreendido, “como em uma discussão sobre bancos na qual uma pessoa tem em mente os bancos de investimento e a outra, os bancos de uma praça”.³³⁵ O problema exposto refere-se ao agulhão semântico, divergências empíricas, não teóricas.

A interpretação do direito como prática social deve ser compreendida em analogia com as interpretações artísticas, e não com a interpretação realizada como mero fato de uma conversa (conversacional) ou ainda sobre objetos que não são criações humanas, como a interpretação científica. Na interpretação conversacional buscam-se a intenção de seu criador, seus motivos, inquietações e preocupações, a fim de substituir definitivamente a proposição X pela proposição interpretada Y, sendo esta a única possível diante do fato de que a intenção tenha sido definitivamente descoberta. Na interpretação científica, não há uma intenção, mas a descrição de um sentido preciso revelado pela análise dos dados que estuda a relação causal que expressa. Na interpretação construtiva ou criativa, que se aplica às criações humanas, tanto às artes como às práticas sociais em geral, da qual o direito é um exemplar, a interpretação desvincula-se de seu criador (a norma é um comando despsicologizado), uma questão de valor, não de fato:³³⁶

Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas *construtiva*. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou

³³⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 53.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 60-65.

prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.³³⁷

Não se trata, no entanto, de reconhecer que a interpretação construtiva possa ser qualquer interpretação que o intérprete queira que ela seja, mas um caso de interação entre propósito e objeto, tornando-o o melhor possível. Assim como a interpretação artística deve levar em conta os propósitos sobre dada concepção estética sobre o que é arte para a tradição desse gênero, a interpretação construtiva do direito, de igual sorte, deve relacionar-se aos propósitos e objetivos que informam a prática social (não do ponto de vista dos membros que compõem a comunidade, pois não são sempre convergentes), os quais podem ser obtidos somente se forem respeitadas as três etapas da interpretação construtiva, como instrumento apropriado ao estudo do direito como prática social: 1) etapa “pré-interpretativa” – consiste na identificação das regras e dos padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática (pressupõe certo consenso sobre quais são as regras sociais em jogo); 2) etapa interpretativa – formulação de uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa (pressupõe argumento de conveniência sobre a prática com essa forma geral); e 3) etapa pós-interpretativa ou reformuladora – ajuste da ideia do intérprete sobre aquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (pressupõe uma aplicação coerente da melhor justificativa que essa prática exige).³³⁸

Dworkin reconhece que possa haver divergências entre os intérpretes de uma interpretação construtiva, mas essa divergência não se confunde com a posição dos positivistas, pois amparadas pela ideia simplista do agulhão semântico. Para afastar essa concepção, com base nas etapas anteriormente expostas, o autor esclarece:

O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário. Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho. Quando divergem sobre aquilo que chamei de modalidade teórica, suas divergências são interpretativas.³³⁹

³³⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 62-64.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 81-82.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 109.

A interpretação construtiva pressupõe, portanto, não uma postura ingênua que desconhece as possíveis divergências dos juízes no exercício da jurisdição, mas um comprometimento como atitude interpretativa que presume que o papel da teoria é o de fornecer um equilíbrio entre a mera descrição do que os juízes efetivamente fazem (o direito que é) e o que eles deveriam realmente fazer no sentido de encontrar a melhor justificativa dessa prática (o que o direito deve ser), com o objetivo de propiciar a interpretação em sua melhor luz, por uma perspectiva holística e não atomística, que requer como condição necessária um consenso inicial sobre quais os propósitos que a prática social possui que autorizam o uso da coerção estatal, a fim de permitir que o intérprete faça da coisa interpretada o melhor exemplar do gênero ao qual pertence.

Na perspectiva interpretativa, a defesa de Dworkin sobre o direito como integridade afirma-se em oposição a duas outras concepções teóricas: o convencionalismo (positivismo) e o pragmatismo jurídico (realismo). Como teoria interpretativa de certa concepção semântica identificada com o positivismo jurídico, cujos ideais jurídicos valorizam a estabilidade, a uniformização, a previsibilidade e a segurança, em que só constam como decisões do passado as fontes sociais formais, ou o direito fornece uma solução determinada com base nas normas socialmente autorizadas, ou, na falta de uma previsão clara, a decisão se torna discricionária (entendida como arbítrio, sendo esse o paradoxo com os ideais jurídicos que defende).

Na concepção interpretativa identificada com o pragmatismo, por sua vez, os ideais jurídicos que valoriza identificam-se com a flexibilidade e o progresso, em que as decisões do passado são apenas fachadas de legitimação das decisões presentes, sendo os juízes orientados em sua atividade judicante ao que é melhor para a sociedade, segundo sua concepção do que é o justo, de acordo com certas concepções de política e justiça. O problema do pragmatismo é justamente o fato de que não há segurança alguma de que as preferências e as concepções de certo juiz sejam evitadas, estando ele autorizado para promovê-las contra os demais interesses da sociedade.

Para corrigir as deficiências dessas concepções teóricas interpretativas, concebe sua versão do direito como integridade, segundo a qual, no direito, todas as decisões devem ser fundadas em um mesmo conjunto de princípios, de modo que, em todos os casos, decididos e por decidir, a comunidade fale com uma única voz, o

que só pode ser expressado em uma comunidade de princípios, cujas decisões do presente devem ser coerentes com as do passado, sem que seja necessário manter os mesmos resultados das decisões do passado ou nem sequer as mesmas interpretações dos princípios, que podem ser reinterpretados à luz dos valores do presente.

Para cumprir os pressupostos de uma comunidade de princípios na concepção do direito como integridade, Dworkin recorre a duas analogias: o romance em cadeia e a figura imaginária de um juiz Hércules. Como a interpretação construtiva é constituída a partir da hipótese estética, em todas as formas de interpretação criativa (literária, artística, religiosa, jurídica etc.), interpretar é determinar qual de todos os sentidos possíveis de alguma coisa torna essa coisa o melhor exemplar possível do gênero a que ela pertence, ou seja, mostrar essa coisa a sua melhor luz. A analogia do romance em cadeia que utiliza para demonstrar como a prática interpretativa deve ser guiada no direito exemplifica a partir do caso de uma obra escrita por vários autores, em que cada um recebe a tarefa de compor um capítulo até sua conclusão, a fim de provar que é possível conceber a interpretação como uma atividade que não é somente reprodução (o escritor que recebe a obra para ser continuada tem espaço para criar o romance a partir dali), tampouco só criação (pois, para continuar a história, precisa observar as premissas já estabelecidas nos capítulos antecedentes, dando-lhe coerência na continuidade do romance), sendo, portanto, um pouco dos dois.

A hipótese imaginária do juiz Hércules representa, na teoria do Dworkin, a figura de um juiz que aplica o direito como integridade, dotado de tempo e conhecimento infinitos, cujo método busca identificar os princípios capazes de melhor explicar (ajuste institucional) e justificar (apelo moral) as decisões do passado visando a aplicação de uma decisão presente sobre o mesmo problema, tornando-a coerente e íntegra do ponto de vista institucional e concretizando os ideais de justiça e equidade. A ideia de um “método”, que melhor se traduz não como um procedimento rígido e matemático capaz de sempre levar ao resultado correto, mas como “um constante caminhar que procura, na medida do possível, mostrar aquilo que persegue”.³⁴⁰

³⁴⁰ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito* cit., p. 593.

A tese da única resposta correta que Dworkin adota leva em consideração a melhor compatibilidade da interpretação com a tese dos direitos, sendo esse o critério de verdade que permite o autor afirmar que, diante dos casos difíceis, há sempre uma resposta mais correta que concretiza os ideais e os valores jurídicos da comunidade de princípios. Trata-se de uma versão fraca ou subjetiva da única resposta correta que deve ser mais bem compreendida como a presunção inafastável que deve guiar a interpretação do juiz e sua fundamentação na interpretação construtiva guiada por princípios, em refutação às posições cética e pluralista que afirmam a impossibilidade de reconhecer uma única resposta correta no direito.

Como demonstraremos no próximo capítulo, a pretensão de uma epistemologia acerca do direito que forneça paradigmas hermenêuticos para decisões judiciais com recorte de gênero, atendendo as reivindicações dos movimentos feministas ao longo do tempo, muitas delas, inclusive, já concretizadas em normas jurídicas internacionais e internas no ordenamento jurídico brasileiro que lhes reconheceram juridicidade e validade jurídica, manifestadas tanto em regras expressas como alçadas a princípios constitucionais como direitos fundamentais, não pode ser assimilada como eficiente do ponto de vista da interpretação e aplicação desses direitos em nenhum dos propósitos teóricos com os quais trabalham as diversas versões das teorias formalistas e antiformalistas apresentadas.

Necessário, portanto, adotarmos uma concepção sobre o direito que nos forneça não apenas descrições de como os juízes decidem ou critérios normativos de como devem decidir, mas que consigam antes problematizar as categorias tradicionais com as quais o direito se relaciona, na intrincada relação entre direito e política. Na prática jurídica brasileira tais categorias servem, muitas vezes, não para promover a emancipação de todos os indivíduos, mas como instrumento de perpetuação de uma sociedade que não superou os efeitos deletérios do colonialismo, marcado por interpretações jurídicas racistas, sexistas, misóginas, aporofóbicas, homofóbicas, elitistas etc., ocultas em fundamentações e argumentos jurídicos que escondem preconceitos e preferências pessoais, sob a capa da aplicação técnica e racional de normas juridicamente neutras por um juiz imparcial.

Toda tentativa de racionalização da decisão judicial que as teorias formalistas moderadas adotam, seja na dimensão procedimentalista alexyana, seja na versão substancialista dworkiana, não dá conta de explicar satisfatoriamente os desacordos teóricos envolvendo o direito acerca das disputas políticas que concorrem entre si

sobre qual é o papel do direito e os critérios de verdade a serem aplicados a ele como fundamentos do direito. A adoção dos princípios jurídicos como padrões morais que carregam em si mesmo os valores consensados em uma sociedade democrática não consegue explicar como a indeterminação de tais normas em face de seu alto grau de generalidade e abstração é, em verdade, o veículo pelo qual as ideologias políticas se manifestam em disputas políticas dentro do direito, por meio de discursos jurídicos.

É preciso reconhecer que as conquistas feministas no direito não se deram pela lógica interna de certa concepção política e jurídica que lhes garantiu com tranquilidade as decisões políticas que lhes favoreceram, mas sim por intensos movimentos de luta sociais e de reivindicações pela implementação de uma agenda por direitos iguais e reconhecimento das diferenças identitárias, constituídas como forças políticas contra-hegemônicas que encontraram, em verdade, forte resistência, violência e opressão por parte das instituições públicas e de parte da sociedade civil contra grupos de minorias subalternizadas, até que finalmente suas demandas fossem incorporadas ao sistema jurídico.

A questão da indeterminação do direito nas teorias formalistas moderadas tratada simplesmente como desacordos teóricos, sendo estes entendidos como as disputas entre critérios de verdade sobre os fundamentos do direito, conforme vimos em Dworkin, apesar de um ganho de dimensão político-filosófica, invisibiliza o papel central das lutas sociais organizadas que ocorrem fora do direito no terreno das disputas políticas, em que o direito apenas se apresenta como uma das dimensões possíveis dentro de um amplo debate na sociedade.

Antes, contudo, de expormos no último capítulo nossa abordagem acerca de uma teoria feminista como paradigma hermenêutico-emancipatório e igualitário de gênero pela perspectiva de um antiformalismo crítico, em alternativa às teorias jurídicas tradicionais da interpretação, trataremos dos instrumentos de degeneração do direito e das medidas de autoritarismo líquido que são adotados pelo sistema de justiça para impedir os avanços legislativos conquistados nas últimas décadas em prol da concretização e das lutas das mulheres, em questões que envolvem a perspectiva de gênero. O intuito é revelar a permanência das opressões e exclusões femininas, como não sujeitos jurídicos, cujos corpos são abandonados a toda sorte de violência e marginalização, em diversas áreas de sua existência plural, constituindo-se em vida nua, o *homo sacer*, de que nos fala Giorgio Agambem.

CAPÍTULO 3 – DOMINAÇÃO MASCULINA NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E A PROPOSTA DO PARADIGMA HERMENÊUTICO ANTIDISCRIMINATÓRIO DE GÊNERO NO DIREITO

3.1 Autoritarismo líquido e feminicídio de Estado

Com o fim da 2.^a Guerra Mundial e o surgimento das legislações e organismos internacionais de proteção aos direitos humanos que se universalizaram e adentraram nos ordenamentos jurídicos internos por meio de constituições rígidas, consubstanciando-se em verdadeiras “sementes antifascistas”, expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, não há mais como sustentar juridicamente os mecanismos clássicos de combate ao inimigo nacional, seja ele o comunista, os judeus, os negros, as mulheres ou qualquer tipo de existência real que impeça a concretização do discurso hegemônico da ordem, do nacionalismo e da pureza racial.

Com a impossibilidade de sustentar juridicamente as atrocidades perpetradas pelos Estados de exceção clássicos presentes no século XX, a exemplo do nazismo alemão, fascismo italiano e das ditaduras militares instauradas na América Latina, entre outros modelos autoritários que existiram no período histórico referido, os campos de concentração e extermínio de corpos físicos indesejáveis passaram a ser substituídos no século XXI por uma construção que se opera no âmbito discursivo, muito mais sofisticada e de difícil constatação, mas que assume uma potência altamente lesiva para quem a arma da manipulação legal é apontada: um tiro de arbitrariedades certo que destrói, se não fisicamente, simbolicamente a existência do outro, o inimigo declarado, a quem são negados a condição de pessoa e os direitos a ela inerentes pela simples condição de sê-lo.

O mecanismo supradescrito tem sido adotado no Brasil na contemporaneidade pelo sistema de justiça com amplo apoio midiático, cuja função precípua e indispensável é a de disseminar essa forma especial de construção discursiva de falseamento da realidade que não apenas legitima as práticas adotadas, como também acirra as disputas ideológicas na construção do ódio como política no seio social, resgatando a lógica binária do amigo/inimigo e da supressão ou morte simbólica dos indesejáveis.

O jurista Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, em obra publicada em 2016,³⁴¹ denuncia a ocorrência de “medidas de exceção no interior das sociedades democráticas” ou a presença de uma “governabilidade de exceção permanente”, cujas práticas sucedem na atualidade sem a adoção da suspensão da ordem jurídica vigente, mas como técnica ocasional de governo em que há dois modelos de Estado convivendo simultânea e paralelamente: um Estado de Direito formalmente democrático previsto na Constituição Federal e acessível apenas aos economicamente incluídos e politicamente convenientes, e um Estado de exceção real presente nas práticas político-jurídicas adotadas contra os inimigos declarados pelos detentores do poder, que são escolhidos ao sabor das necessidades do momento para a manutenção do *establishment*.

Na perspectiva lógica da imposição de uma política neoliberal que se impõe no atual cenário político brasileiro, o poder político passa necessariamente a ser subjugado ao poder econômico, cujo sistema capitaneado pelo capital financeiro clama pelo autoritarismo e punitivismo estatal como instrumento de garantia das grandes operações do mercado e para conter a violência gerada pelo aumento da desigualdade social que resulta inexoravelmente desse modelo econômico excludente.³⁴²

Tal desigualdade, aliás, agiganta-se como consequência intrínseca ao atual estágio do capitalismo que não mais depende da força de trabalho operária, indispensável na fase do capitalismo eminentemente industrial, mas do fetiche mercadológico e fantasmagórico que produz riqueza a partir da retroalimentação do próprio capital financeiro e da acumulação de bens concentrada nas mãos de meia dúzia de oligarquias familiares que detêm o controle desses novos mecanismos especulativos, sejam em mesas de negociações virtuais ou na imprensa, por exemplo, e do lócus político para manter as engrenagens da estrutura de poder funcionando perfeitamente para o atendimento de seus próprios interesses, gerando, nesse

³⁴¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

³⁴² Sobre o tema ver artigo que publicamos em conjunto com o Professor Pedro Estevam Serrano, intitulado A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.

sentido, um contingente de pessoas descartáveis e marginalizadas, suscetíveis a toda sorte de violência e negação de sua condição de cidadania.

Isso ocorre porque o capitalismo financeiro não precisa mais de um exército de mão de obra, e um grande contingente de pessoas é destinado a uma não vida social, a uma condição não humana, frise-se, dentro da lógica do capital. Nessa perspectiva, Achille Mbembe aponta o neoliberalismo como o catalisador desse processo:

O neoliberalismo é a época ao longo da qual o tempo (curto) se presta a ser convertido em força reprodutiva da forma-dinheiro. Tendo o capital atingido o seu ponto de fuga máximo, desencadeou-se um movimento de escalada. O neoliberalismo baseia-se na visão segundo a qual “todos os acontecimentos e todas as situações de mundo vivo (podem) deter um valor no mercado”.³⁴³

Se, por um lado, esse sistema de mercado demanda a presença de um Estado forte e dilatado, por outro, exige a redução e até mesmo a suspensão dos direitos dos indivíduos, apresentando-se, portanto, autoritário por excelência, desmistificando-se a ideia de um Estado mínimo associado ao modelo do capitalismo pós-industrial, pois, paradoxalmente, o mercado de capital de cariz eminentemente financeiro exige um Estado autoritário, máximo, a seu serviço.

Não à toa que países que adotaram o modelo neoliberal (a exemplo da Inglaterra de Margareth Thatcher e países latino-americanos que, a partir da década de 1990, adotaram a cartilha impositiva do Consenso de Washington, como Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Chile, Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia), aumentaram os custos estatais com o aparelho repressivo, superando os investimentos sociais do Estado de Bem-Estar Social, caindo por terra a falaciosa promessa de redução de gastos públicos e maior eficiência estatal.

Sob esse aspecto, Rafael Valim, em trabalho fundamental intitulado *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*,³⁴⁴ afirma que “à impotência da política perante a economia deve corresponder um aumento de sua potência em relação à sociedade”, e rememora ainda as palavras de Leymert Garcia para quem o mercado “precisa, evidentemente, de um Estado fraco como instância de decisão e formulação

³⁴³ MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014. p. 13.

³⁴⁴ VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

de política, mas forte como organismo gestor de população e dispositivo de controle social”.³⁴⁵

Essa tendência à unificação dos poderes como mecanismo de manutenção dos privilégios do mercado de capital é, sem sombra de dúvida, a principal causa da ruptura democrática percebida nos últimos anos e que tem provocado o desmonte das conquistas sociais alcançadas nas últimas décadas, recolocando milhões de pessoas novamente na condição de pobreza extrema. Conforme dados levantados pelo Sistema de Indicadores Sociais (SIS) e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), são 13,5 milhões de pessoas com renda mensal *per capita* inferior a 145 reais, subindo para 6,5% da população brasileira em 2018,³⁴⁶ e uma em cada três mulheres pardas ou pretas vive em situação de pobreza no Brasil.³⁴⁷

Embora muito se fale das consequências do neoliberalismo no plano econômico – o qual, nos países anglo-saxões, significou a desregulamentação das atividades de interesse público, as *public utilities*, e, na Europa, a transformação de serviços públicos antes sob a responsabilidade do Estado em atividades privadas, porém regulamentadas –, há outra dimensão do Estado neoliberal que precisa ser observada, sobretudo nas Américas: a construção de um Estado autoritário e punitivista, produtor do autoritarismo líquido,³⁴⁸ a que se refere Pedro Serrano.

A ampliação do direito penal como instrumento de controle social e repressão, flexibilizando ou mesmo subtraindo os direitos do acusado – ou daquele que é perseguido pela justiça penal –, ocorre em várias partes do mundo por diferentes razões. Aqui, no continente americano, tal fenômeno está intrinsecamente ligado à adoção do modelo neoliberal. O endurecimento das leis penais e a consequente superlotação das prisões são uma das engrenagens de um sistema que aprofunda a injustiça e a desigualdade e que, a fim de proteger os interesses das classes

³⁴⁵ VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo* cit., p. 31.

³⁴⁶ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁴⁷ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/32418-sintese-de-indicadores-sociais-em-2020-sem-programas-sociais-32-1-da-populacao-do-pais-estariam-em-situacao-de-pobreza>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁴⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. *Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020. Disponível em: <file:///E:/renat/Downloads/admin,+Gerente+da+revista,+8.+Autoritarismo+I%C3%ADquido.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

economicamente incluídas, segrega o pobre, então tipificado como bandido. Rubens Casara assim nos adverte:

O poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico. O poder penal, que antes relacionava-se com o mercado de trabalho, em uma quadra histórica na qual a relação entre o cárcere e a fábrica era inegável, uma vez que a pena era vista como uma medida correccional que visava preparar pessoas para a cultura do trabalho, hoje tem a finalidade política de neutralizar os inimigos e atender à razão neoliberal. O neoliberalismo, aliás, percebido como um modo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista.³⁴⁹

Entretanto, importante anotar que a política de encarceramento em massa adotada no âmbito do neoliberalismo a partir do início da década de 1990 no Brasil, com as políticas de guerra às drogas, e que propiciou esse aumento desenfreado da população carcerária, não foi acompanhada da diminuição dos crimes considerados violentos, tampouco da diminuição da sensação de insegurança. Com população superior a 900 mil presos (desse total 37.828 são mulheres),³⁵⁰ e a terceira maior do mundo,³⁵¹ atrás apenas dos Estados Unidos e China, não vimos o índice de violência regredir, o que contraria o discurso do encarceramento e punitivismo como política de segurança pública eficaz contra o aumento da criminalidade.

Importante salientar que esses mecanismos descritos como medidas de exceção adotadas concomitantemente na rotina democrática, sem suspensão da ordem jurídica vigente, operam-se de formas distintas nos contextos de países mais desenvolvidos, a exemplo da Europa e Estados Unidos, onde se tem, *grosso modo*, a edição de atos do Legislativo – por meio de normas gerais e abstratas – que fortalecem o Executivo, a exemplo das leis antiterroristas, como o *patriot act* e a admissão de um direito penal especial direcionado aos estrangeiros suspeitos de cometimento de supostos crimes de terrorismo atentatórios à segurança nacional (direito penal do inimigo).

³⁴⁹ CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 93.

³⁵⁰ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁵¹ Segundo dados extraídos do INFOPEN (Relatório de Informações Penitenciárias), disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 11 nov. 2022.

Nos países de capitalismo periférico e desiguais da América Latina, as medidas do autoritarismo líquido são direcionadas ao inimigo interno, que pode ser tanto o bandido (parcela pobre, majoritariamente negra e marginalizada da sociedade) quanto o corrupto. Nesse último caso, por exemplo, por meio do sistema de justiça que atua a serviço dos interesses do mercado e opera para criminalizar lideranças de esquerda, a exemplo dos processos penais e prisões adotadas no contexto da Operação Lava Jato. Nesse sentido, com relação à parcela da população incluída, surgem essas medidas de exceção com finalidade política em duas modalidades: a) *impeachment* e golpes de Estado de Presidentes democraticamente eleitos; b) processos penais de exceção e perseguição de líderes políticos, em geral de esquerda.

Na América Latina, golpes militares clássicos, como os ocorridos no Brasil, na Argentina e no Chile, são um fenômeno do século XX que ficaram para trás. No século XXI, estabeleceu-se no mundo ocidental um forte consenso democrático, ou seja, consolidou-se um discurso de legitimação da democracia como valor universal. Entretanto, isso não significa que o autoritarismo deixou de existir no interior dos Estados democráticos. As medidas autoritárias apenas passaram a ser revestidas de uma aparência de legitimidade democrática, sem interdição declarada da ordem jurídica.

Ao lado dos mecanismos de interrupção dos ciclos democráticos por meio de *impeachments* inconstitucionais e golpes perpetrados contra governos, principalmente de esquerda, vem ocorrendo também na contemporaneidade a criminalização dos agentes políticos seletivamente selecionados por não representarem os interesses e privilégios do mercado, por meio de um verdadeiro *processo penal de exceção*, expressão cunhada com acerto por Fernando Hideo:

O processo penal de exceção é um antiproceto. É a forma jurídica da perseguição política e econômica na era da pós-verdade. É a violação dos direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população (e de seus representantes simbólicos) com verniz hipócrita de licitude. É fruto da manipulação do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Mídia) para atender aos interesses do mercado contra seus verdadeiros inimigos: o pobre, marginalizado e oprimido.³⁵²

³⁵² LACERDA, Fernando Hideo I. A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da pós-verdade. In: PROSNER, Carol *et al.* (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017. p. 164.

Nesse sentido, o sistema de justiça criminal, composto por vários agentes estatais (Poder Judiciário, Ministério Público, Delegados, Polícia etc.), com o apoio fundamental da mídia,³⁵³ torna-se o autor soberano das medidas do autoritarismo líquido, instaurando-se indubitavelmente uma guerra legal contra os indesejáveis, realidade que tem atingido os setores mais resistentes aos desmandos que já se observam no atual governo Bolsonaro, como os movimentos sociais, as universidades públicas e as minorias organizadas, tais como LGBTQia+, feministas, negros, indígenas, entre outros.

Isso implica trazer o regime jurídico próprio da guerra para o plano interno, tomando parcela da sociedade como inimiga e retirando daqueles que fazem parte desse grupo a condição humana que lhes confere proteção política e jurídica, por meio da desconstrução midiática de sua imagem e de sua dignidade. Embora muitas vezes a exceção se empregue a partir de mecanismos jurídicos, a motivação é sempre política e sua adoção justificada pela emergência, no aspecto temporal, e insegurança no campo social e axiológico. O conceito de exceção pressupõe ainda que os direitos próprios da democracia liberal são adequados para reger a normalidade cotidiana.

É na excepcionalidade, ou seja, em uma situação em que o Estado se vê ameaçado pelo inimigo, que esses direitos podem ser suspensos – semelhante ao que ocorre com relação ao *estado de sítio* no Brasil e ao *estado de guerra* na Inglaterra. No entanto, a suspensão não ocorre mais de forma declarada ou autorizada pela ordem constitucional (legalidade extraordinária), mas por meio de interpretações legais inconstitucionais por autoridades que têm na população em geral uma credibilidade a partir da crença generalizada da neutralidade e distanciamento dos interesses político-partidários, substituindo-se as botas do militar pela toga do magistrado e a arma pela lei como instrumento do verdadeiro *lawfare*³⁵⁴ contemporâneo brasileiro.

³⁵³ “Hoje é impossível pensar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal sem analisar o funcionamento dos meios de comunicação de massa, que produzem hipóteses acusatórias, selecionam ‘provas’, julgam (sem os limites impostos pelas constituições democráticas) e executam pessoas diante de seus leitores, ouvintes e espectadores. Não raro, os julgamentos e execuções midiáticas são mais céleres e festejados do que aqueles realizados pelo Poder Judiciário. Não raro, os julgamentos midiáticos influenciam os julgamentos do Poder Judiciário, isso porque muitos juízes também querem ser festejados pelos meios de comunicação de massas” (CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis* cit., p. 99-100).

³⁵⁴ O termo *lawfare*, formado pela junção das palavras *law*, “lei”, e *warfare*, “guerra”, foi empregado pela primeira vez em 1970 e disseminado pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap, em 2001, utilizado para expressar o fenômeno da guerra jurídica adotado em substituição à guerra armada em

O tema comporta também interesse para nossa pesquisa, na medida em que as mulheres e toda a dimensão constitutiva do feminino são comumente objeto de medidas próprias do autoritarismo líquido. Nesse sentido, recorreremos ao importante estudo sobre as políticas de Estado contra mulheres realizado pela jurista Soraia da Rosa Mendes, intitulado *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19*.³⁵⁵ Com atuação notável na advocacia militante feminista, a autora teve papel importante no julgamento do Supremo Tribunal Federal na declaração de inconstitucionalidade do argumento jurídico da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio,³⁵⁶ cujo resultado foi a unanimidade pela procedência da ação, ocasião em que a Corte referendou a parcial procedência da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, decidindo por:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5.º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator.³⁵⁷

A expressão “feminicídio de Estado” é utilizada pela autora como ferramenta analítica da epistemologia feminista no direito penal como conceito-chave na reinterpretação de conceitos jurídicos dogmáticos tradicionais a fim de identificar, a partir da realidade brasileira,

[...] todas as condutas dolosas, comissivas ou omissivas, de agentes estatais que deem causa à morte de mulheres em razão da

que a lei era manipulada como arma de guerra com a intenção de controlar, perseguir e exterminar os opositores políticos, por meio de manobras jurídicas ilegítimas, mas com aparência e verniz de legitimidade e legalidade.

³⁵⁵ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19*. São Paulo: Blimunda, 2021. E-book Kindle.

³⁵⁶ Sobre o tema ver também: ABOUD, Georges, SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; KROSHINSKY, Matthäus. Entre a coisa e o *homo sacer* – a legítima defesa da honra e a condição feminina. *Revista dos Tribunais*, v. 1.032, p. 205-223, out. 2021.

³⁵⁷ Julgado disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em: 11 nov. 2022.

desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação ao gênero feminino.³⁵⁸

O objetivo de uma gramática específica na teoria jurídico-feminista, segundo a autora, é a:

[...] responsabilização penal de agentes de Estado, todas as mortes de mulheres por atos deliberados ou decorrentes de omissão estatal em casos de misoginia interseccionadas com raça/etnia, orientação sexual, identidade de gênero, ideologia política, crença religiosa ou em situações de abortamentos clandestinos ou conduzidos em situações precárias, falta de atenção à saúde de gestantes e puérperas e de ações de grupos ou facções criminosas, bem como para os fins especiais desse artigo, as mortes de mulheres ocorridas no período e no contexto declarado pela Organização Mundial de Saúde como Pandemia da Covid-19.³⁵⁹

Uma melhor compreensão da questão busca, portanto, compatibilizar a realidade que mortifica corpos femininos como expressão da política de ódio contra mulheres com a legislação brasileira, a fim de implementar a atuação prática, política e jurídica na tentativa de responsabilização dos agentes estatais produtores de medidas caracterizadas como autoritarismo líquido, que também recai sobre as mulheres. Acrescenta-se, assim, mais um expediente teórico aos mecanismos de exceção há muito denunciado pelo Professor Pedro Serrano, conciliando-os com uma visão feminista do fenômeno.

Dessarte, para esse fim, podem ser considerados feminicídios de Estado todas as mortes de mulheres que compreendam:

Um, mulheres transexuais e travestis às quais é dificultado ou negado o acesso às políticas emergenciais do Estado e que, devido à precarização das condições de trabalho nas ruas, foram expostas ao vírus em todas as fases da pandemia, consoante pesquisas e dados organizados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA);

Dois, mulheres grávidas e puérperas durante o período pandêmico no Brasil, entendendo-se como gestante (qualquer trimestre gestacional ou idade gestacional ignorada) ou puérpera entre 10 e 55 anos, conforme definido pelo Observatório Obstétrico Brasileiro Covid-19 (OOBr Covid-19);

Três, mulheres negras quilombolas, monitoramento da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Quilombolas Rurais Negras (CONAQ); e

³⁵⁸ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 21.

³⁵⁹ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 21.

Quatro, mulheres indígenas, consoante dados referendados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).³⁶⁰

Ainda que o recorte da autora sejam os assassinatos de mulheres transexuais, travestis, indígenas, quilombolas, gestantes e puérperas cometidos pelo Governo Bolsonaro durante a pandemia da Covid-19, em descumprimento ao dever estatal de proteção ao direito à vida, diante de situações concretas que ameaçaram a saúde e a integridade de mulheres, e que eram previsivelmente conhecidas e evitáveis durante a emergência sanitária, tendo a atuação estatal, inclusive, concorrido intencionalmente para o resultado morte de muitas mulheres, podemos, a partir deles, compreender os mecanismos de gestão de indesejáveis da *necropolítica* como biopoder no neoliberalismo, estendido também às mulheres, no sentido mais amplo da expressão, na acepção de gênero adotada por Judith Butler, ou seja, conjunto de atos e atitudes que performam o gênero feminino, como os corpos feminizados de mulheres trans e travestis, que se impôs como verdadeira “necropolítica de gênero”, entendida como “a coisificação dos corpos femininos mediante um regime de terror capaz de decretar a pena de morte para algumas mulheres. Trata-se da expressão última da masculinidade utilizada como poder, domínio e controle sobre as nossas vidas”.³⁶¹ Conforme justifica Soraia Mendes, as vítimas mais afetadas pela necropolítica de gênero são as mulheres pertencentes a grupos vulnerados:³⁶²

[...] não tomo aqui as mulheres transexuais, as travestis, as quilombolas, as indígenas, as gestantes e as puérperas por suas vulnerabilidades; mas, sim, como coletividades de mulheres historicamente vulneradas pela estrutura patriarcal, racista, LGBTI+fóbica e neoliberal que as submete às mais diversas formas de violência, dentre as quais está o atentado às suas vidas durante o período pandêmico.³⁶³

³⁶⁰ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 22-23.

³⁶¹ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 49.

³⁶² A autora explica a importância de substituímos o termo “vulnerável” por “vulnerados”, nas seguintes situações: “Essas concepções de ‘vulnerável’ e ‘vulnerabilidade’ são muito atraentes e convenientes em um mundo que separa perdedores e vencedores pela métrica de êxito do sujeito neoliberal, pois têm o condão de obscurecer as causas das vulnerabilidades que afetam as pessoas denominadas vulneráveis. Escondem, em verdade, que, econômica, social, cultural e politicamente, não existem, ontologicamente, vulnerabilidades, mas vulnerações; as pessoas não são vulneráveis, mas, sim, vulneradas” (MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 52-53).

³⁶³ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 52.

Assim como no feminicídio comum, o feminicídio de Estado volta-se para o assassinato de mulheres, constituindo-se por meio de políticas estatais e atos de governo que se legitimam a partir da estrutura de uma sociedade patriarcal e colonial, cujas violências perpetradas ocorrem por indiscutível discriminação de gênero (ódio ao feminino, que inclui não só corpos biologicamente femininos, mas performados como tal). A dimensão da discriminação de gênero intersecciona-se, assim, com outros marcadores de opressão, como classe, raça, etnia e orientação sexual etc. Propiciar um novo termo para explicar uma realidade particular garante às lutas feministas maior visibilidade para o fenômeno que visa identificar, denunciar e combater, pois, como afirma Dora Munevar, “com a denominação feminicídio, as mortes violentas de mulheres começaram a ter um nome próprio e a ser visíveis nos debates jurídico-sociais”.³⁶⁴ Nesse sentido, assim assevera Soraia Mendes:

[...] o feminicídio carrega em si a compreensão de que a morte de mulheres em dadas circunstâncias é um fenômeno que está intrinsecamente relacionado aos papéis socioculturais a elas designados ao longo do tempo, e que pode ocorrer de diversas formas, incluindo assassinatos perpetrados por parceiros íntimos ou não, com ou sem violência sexual, por complicações decorrentes de intervenções desassistidas para a interrupção da gravidez, de violência obstétrica ou mesmo de extermínio político.³⁶⁵

Conforme levantamento do Dossiê dos Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020, desenvolvido pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) e pelo Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), em 2020, a cada 48 horas uma pessoa trans foi assassinada no Brasil, totalizando 175 vítimas e mantendo a infeliz marca de país número 1 em assassinatos de pessoas trans no mundo por 12 anos, sendo a totalidade dessas mortes contra pessoas que expressavam o gênero feminino. Segundo aponta Soraia Mendes, referindo-se ao Dossiê, esse grupo, já historicamente vulnerado, encontrou na pandemia da Covid-19 e no descaso do poder público a face mais cruel do abandono e da violência a que normalmente é exposto, pois:

Nossas pesquisas estimam que cerca de 70% da população de travestis e mulheres transexuais não conseguiram acesso às políticas emergenciais do Estado, devido à precarização histórica de suas vidas, chegando a terem perda significativa em suas rendas. Assim,

³⁶⁴ MUNEVAR, Dora Inés. Delito de feminicídio: muerte violenta de mujeres por razones de género. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 14, n. 1, p.135-175, 2012 *apud* MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19 cit.*, p. 37.

³⁶⁵ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19 cit.*, p. 50.

não resta outra opção a não ser continuar o trabalho nas ruas, impondo que tal grupo se exponha ao vírus em todas as fases da pandemia.³⁶⁶

A despeito das corretas conclusões de Soraia Mendes no referido estudo, nossa pesquisa direciona-se a compreender como ocorrem os mecanismos de degeneração do direito pela interpretação e aplicação da norma jurídica pelos órgãos judiciais incumbidos de salvaguardar as garantias constitucionais e de proteger os direitos das mulheres, bem como de reforçar a importância da adoção de um paradigma hermenêutico feminista crítico que elimine a convergência fenomenológica cunhada por vieses discriminatórios que sustentam o *status quo* de legitimação da exploração e da marginalização de grupos oprimidos, reforçando estereótipos de gênero e raça, obscurecidos na prática jurídica brasileira por um conservadorismo técnico que pensa resolver a indeterminação das normas jurídicas de forma neutra e a partir de métodos racionais da teoria tradicional e hegemônica, acreditando não serem assim permeados pela dimensão política ou ideológica do agente jurídico.

Como paradigma da degeneração do direito, Georges Abboud intenta uma reconstrução da ordem jurídica nazista durante o Terceiro Reich alemão a fim de demonstrar como o direito pode ser manipulado para atender interesses e valores contrários à ordem democrática, esvaziando de sentido o conteúdo das leis quando de sua interpretação e aplicação, com finalidades não previstas na ordem jurídica. O sistema jurídico nazista foi constituído não por um direito novo criado pelo Estado de Exceção alemão para impor seu projeto ideológico, mas pela manipulação da interpretação dessas mesmas normas, cuja legalidade fundamentava o funcionamento do totalitarismo, com a preservação da ordem jurídica vigente anterior,

[...] degenerada por uma interpretação sem limites, discricionária, e, acima de tudo, política das leis e do direito alemães. Um método superior e eficaz, que dispensava, até o limite do necessário, a edição desenfreada de leis racistas e totalitárias, sequestrando o direito desde dentro.³⁶⁷

Para o autor, “toda degeneração da democracia é uma degeneração do direito e vice-versa”,³⁶⁸ razão pela qual preservar a autonomia do direito é o único caminho possível para garantir a higidez da democracia e de seus valores fundantes. Nessa

³⁶⁶ MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19* cit., p. 60.

³⁶⁷ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 35.

³⁶⁸ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 36.

concepção sobre o direito, ancorada no paradigma pós-positivista, a discricionariedade e a aplicação da lei, para além daquilo que ela determina, pressupõem romper com a ordem jurídica democrática, performando, por discursos fraudulentos e escamoteados com aparência de legitimidade, a moralidade do projeto político totalitário, reforçando contra a degeneração do direito pela interpretação a jurisdição constitucional como o “*locus* criado para entrincheirar o direito de ataques externos”.³⁶⁹

A fuga do direito em direção à moral no Estado nazista foi a forma implementada pelos funcionários cooptados pela ideologia totalitária de assegurar e legitimar a aplicação das normas jurídicas, segundo a consciência do povo alemão e em nome dele, combatendo as concepções teóricas do formalismo, racionalismo e legalismo que impediam a adoção da moral nacional-socialista como critério metafísico que pudesse ser submetido a testes de racionalidade e validade, tal qual exigia aquela concepção teórica do direito, pois, como valores, não poderiam ser demonstráveis no plano empírico ou normativo e não estariam aptos a fundamentar a aplicação do direito no sentido desejado. Como assinala Abboud:

O modelo do “direito vivo”, proposto pelos nazistas, possibilitou uma transformação sub-reptícia da ordem jurídica, para que, aos poucos, todos os que antes estavam empenhados na sua defesa se opusessem, frontalmente, contra o positivismo e a tradição romana. A sistematicidade e o direito positivo perdiam prestígio e força na medida em que seus fundamentos eram trocados por entes metafísicos e não jurídicos, tais como ordem concreta, unidade do povo, dentre outros.³⁷⁰

Nesse sentido, a ordem jurídica anterior à ascensão de Hitler manteve-se incólume, sem a revogação de uma única lei, tendo a aplicação do direito ocorrido pela reinterpretação das normas vigentes pelos juízes, segundo a moralidade totalitária, corrompendo e subvertendo a ordem jurídica constituída anteriormente em conformidade com a Constituição de Weimar, no fenômeno que se traduz em inegável degeneração do direito, em que o nazismo apresentou-se como *antiparadigma* por excelência da democracia e da Constituição, o não direito.

Com base nas obras do jurista Bernd Rüthers, do historiador Michael Stolleis e do cientista político Jens Meierhenrich, Abboud apresenta um panorama bastante detalhado de como ocorreu a degeneração do direito alemão a partir do qual as leis eram interpretadas traduzindo-se seus comandos em verdadeiras “ferramentas de

³⁶⁹ ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 38.

³⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 48.

destruição”³⁷¹ a serviço do totalitarismo nazista. Aponta, em síntese, que o método que fundamentou a prática que denuncia ocorreu de três formas distintas: 1) *degeneração epistêmica*, operada no nível teórico-ideológico, introduzindo preconceitos morais no discurso jurídico do direito interpretado, por meio de três vias discursivas apoiadas no antiliberalismo, antiformalismo e antisemitismo; 2) *degeneração institucional*, com a oposição de todas as manifestações concretas que fundamentam o Estado de Direito; e 3) *degeneração instrumentalizante*, que permitiu a adoção dos mecanismos genocidas.³⁷²

Como afirmamos em diversas oportunidades neste trabalho, não descuidamos dos acertos da proposta do paradigma pós-positivista naquilo em que ela corretamente denuncia e visa combater: a discricionariedade judicial e a imposição de uma visão moralista e subjetivista do intérprete contrária aos valores constitucionais, com interpretações distorcidas e degeneradas contra a concretização das conquistas que a civilização herdou desde o constitucionalismo liberal do século XIX. Contudo, deslocamos o problema para uma dimensão crítica que leve em conta a permanência de estruturas políticas e jurídicas que são incapazes de alcançar os corolários de uma visão mais inclusiva e integradora dos problemas que os mais oprimidos enfrentam na realidade jurídica brasileira, pela invisibilização da dimensão política como espaço permanente de tensões que impedem tratamento igualitário aos mais vulnerados.

Para melhor esclarecermos nosso empreendimento teórico-crítico, passaremos a tratar do problema que antecipamos sob a ótica do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais nas tipologias do Estado de Direito que se traduziram em dimensões/gerações dos direitos humanos, recorrendo-nos a uma reconstrução e reinterpretação crítica da tradicional linearidade evolucionista da qual se serve grande parte das teorias para abordar a temática, demonstrando as constantes tensões do projeto liberal contra as profundas transformações estruturais visando a emancipação dos sujeitos subalternizados, para, enfim, no último tópico, apresentar como paradigma hermenêutico feminista antidiscriminatório a necessidade de superação dos mitos do liberalismo.

3.2 O direito internacional de proteção das mulheres no discurso jurídico universalista: direitos humanos para todos?

³⁷¹ ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 72.

³⁷² ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 72-73.

Para que possamos aprofundar o tema, necessário enfrentarmos a questão dos direitos das mulheres como expressão dos direitos humanos e da concretização dos compromissos assumidos perante um conjunto de legislações internacionais, das quais o Brasil é signatário, e dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, é preciso esclarecer o que são os direitos humanos e qual a diferença conceitual e normativa entre estes e os direitos fundamentais, a fim de apresentarmos nossa defesa dos direitos das mulheres como objetivo central a ser perseguido e efetivado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de políticas públicas de erradicação de todas as formas de discriminação de gênero, bem como da adoção de novas legislações que estabeleçam igualdade de gênero e concretização dos direitos das mulheres, cuja historicidade normativa brasileira, a partir de uma abordagem dialético-materialista, confirma o tratamento desigualador de gênero em diversas áreas, como se extrai do direito do trabalho, das relações civis e penais, bem como da ausência de representatividade política, seja pelo exercício ao voto ou pela possibilidade concreta de elegibilidade, entre outras.

Frise-se, pois, que não há consenso na doutrina dos direitos humanos e do direito constitucional brasileiro no que tange à terminologia das expressões, sendo muitas vezes utilizadas indistintamente ou como sinônimas e, ainda, adotando outras possibilidades semânticas, tais como “liberdades públicas”. O próprio texto constitucional vigente adota expressões semanticamente diversas para aludir a tais direitos: direitos humanos (art. 4.º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5.º, § 1.º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5.º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, § 4.º, IV), demonstrando a dificuldade de tratamento conceitual da expressão.

O termo “direito fundamental” surge na França, no século XVIII, consagrando-se no ambiente revolucionário com o movimento político e cultural, que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e que marcou o fim dos principais modelos estatais absolutistas do mundo ocidental, representativos da máxima opressão dos indivíduos perante o poder público. Registrou-se, por conseguinte, uma nova era dos direitos e do aperfeiçoamento do Estado constitucional iniciado por países como Inglaterra, França e Estados Unidos, e foi neste último, após

um processo de independência, que surgiu a primeira constituição escrita da história e paradigma do constitucionalismo moderno até os dias de hoje.

Por essa razão, muitos autores entendem que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Com a entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, no processo que ficou conhecido como “internacionalização e universalização dos direitos humanos”, após a criação da ONU em 1945, o termo “direitos humanos” é reservado para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, além de valores básicos relacionados à dignidade, à liberdade e à igualdade que não alcançaram um estatuto jurídico positivo específico.

Entretanto, vale ressaltar que várias perspectivas de abordagem são possíveis para estudar os direitos humanos: filosófica, histórica, constitucional, internacional, entre outras. Na perspectiva constitucional, no entanto, os direitos humanos são tratados comumente na doutrina no âmbito de dimensões/gerações de “direitos fundamentais”, ou seja, aqueles direitos positivados nas constituições e que orientaram as tipologias do Estado de Direito, em suas vertentes liberal, de bem-estar social e democrática.

Nesse sentido, portanto, podemos apontar como direitos de primeira dimensão os direitos denominados de cunho negativo, que impõem ao Estado um agir de salvaguarda de tais direitos apenas e que não exigem a promoção direta do Estado a fim de concretizá-los, ou seja, os direitos de liberdade, consubstanciados como direitos civis e políticos (direito à vida, liberdade, propriedade e os relacionados ao voto e elegibilidade).

Importante neste ponto esclarecermos que, no estágio do Estado de Direito que se inicia com as revoluções liberais burguesas no final do século XVIII e se estende até as duas primeiras décadas do século XX, notadamente com o fim da Primeira Guerra Mundial, as conquistas individuais contra o modelo de Estado absolutista e de sua forma estamental de organização social, cujos privilégios eram reservados aos membros da coroa, nobres e alto clero exclusivamente, não representaram avanços verdadeiramente democráticos, pois não foram acompanhadas do sufrágio universal (o direito ao voto era masculino e censitário), da igualdade material (o Estado liberal aprofundou as desigualdades e o empobrecimento da maior parte das pessoas), bem como não impuseram a erradicação do modelo escravagista, o qual fora extinto na

maior parte dos países somente na segunda metade do século XIX, com a pressão dos movimentos sociais que lutavam por igualdade real.

Nessa primeira fase do Estado liberal, há inegável tensão constante entre os valores do liberalismo político e econômico e os valores democráticos, pois a ideia de escolhas majoritárias por um processo de aferição da vontade popular era vista como temerária, porquanto a vontade da maioria poderia representar claro risco à manutenção dos privilégios da elite burguesa, detentora do capital e do poder econômico. A constituição surge como instrumento de garantia da segurança jurídica das relações privadas estabelecidas por meio de institutos jurídicos como a propriedade e os contratos, garantindo, além da previsibilidade do agir estatal, a permanência e a estabilidade de seus interesses.

A alegoria ao “Estado vigia noturno” nessa concepção liberal representa a imagem do poder como garantidor e fiscalizador, pelos instrumentos da coerção estatal, da hegemonia burguesa contra a democracia e o medo da homogeneização do pensamento político (conhecida na teoria de Alexy de Tocqueville como a “tirania da maioria”) que poderia gerar a imposição pela pretensa democracia de uma forma única de pensamento e das regras de convivência em sociedade.

Nessa concepção liberal, a lei e a coerção estatal são os instrumentos para a preservação do *status quo* burguês, da liberdade individual e, sobretudo, da liberdade de mercado. A constituição surge, assim, como projeto antidemocrático e mecanismo de autocontenção e estabilização contra as decisões majoritárias.

Assim, podemos afirmar que o Estado de direito nasce numa vertente liberal, uma vez que surge como uma reação ao absolutismo que imperava desde a Idade Média, caracterizando-se, pois, por um não intervencionismo estatal na esfera dos cidadãos. Dessarte, o abstencionismo marcava a atuação do Estado no sentido da não interferência na esfera política (consagração dos direitos de liberdade e propriedade), jurídica (prestígio aos princípios da legalidade e igualdade) e econômica (consagração da livre-iniciativa e da livre concorrência) dos indivíduos.

Nesse sentido, apesar das conquistas civilizatórias ocidentais, estas não foram acompanhadas de um projeto verdadeiramente igualitário, não alcançando as mulheres, que continuaram alijadas tanto do cenário político quanto da concretização de seus direitos, aprofundando as desigualdades de gênero e demais formas de opressão que conduziram à pauperização das massas e a constantes disputas entre atores sociais e o poder constituído.

No campo teórico-jurídico e em sua confluência e relação isomórfica com o Estado liberal, surgem nesse contexto histórico as primeiras teorias positivistas do exegetismo francês e do pandectismo alemão e sua máxima garantia de preservação da lei como forma de contenção da interpretação da lei pelos intérpretes autênticos do ordenamento jurídico, representados pelos órgãos estatais responsáveis pela aplicação da norma e das desconfianças que o resquício da nobreza togada de outrora pudesse representar aos interesses liberais e aos direitos conquistados em matéria, sobretudo, de garantia da propriedade privada e da liberdade, valores burgueses por excelência. Nessa abordagem positivista identificada com o alto grau de formalismo e literalismo, buscava-se aprisionar qualquer vontade autônoma do julgador e encapsulá-lo a concretizar a *mens legis* ou *legislatoris* de modo a resguardar a superioridade da lei e a *rule of law*.

Com o aprofundamento das desigualdades materiais e políticas aliadas à destruição das condições mínimas de sociabilidade engendradas com os desgastes gerados com a Primeira Guerra Mundial nas duas primeiras décadas do século XX, surge a necessidade pujante de se promoverem medidas legislativas a fim de conter as permanentes insatisfações sociais e acomodar os interesses dos que se mantinham no poder, na perpetuação de seus privilégios e da garantia das liberdades individuais conquistadas. As ameaças representadas pelo avanço das teorias socialistas e de seus valores de superação do livre mercado em direção à estatização e planificação da economia foram as molas propulsoras para uma revisitação ao sistema constitucional vigente e da acomodação de instrumentos garantidores da lógica burguesa.

Nesse diapasão, surgem as primeiras constituições ditas sociais, acrescentando ao rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão um conjunto de direitos sociais que, mais do que normas meramente programáticas, impunham a obrigação estatal de promovê-los, garantindo sua concretização a seus destinatários. A tais normas constitucionais dessa segunda fase do Estado de direito, o chamado Estado de Bem-Estar Social, concebeu-se a expressão “direitos de segunda dimensão/geração”, constituindo-se, especialmente, em direitos de concretização da igualdade material, como os direitos sociais, econômicos e culturais.

Note-se, ainda, que essa fase do constitucionalismo moderno coincide também com as lutas dos movimentos do feminismo negro e do feminismo socialista, que propugnavam, em termos gerais, pelo alcance da igualdade racial e melhoria das

condições econômico-sociais das mulheres em situação de vulnerabilidade social. A luta por direitos políticos não se mostrava até então uma pauta de preocupação de todas as vertentes das teorias feministas, mas ainda restrita (e não de menor importância, diga-se) ao feminismo liberal, constituído essencialmente por mulheres brancas e em posições econômicas privilegiadas. Isso explica o fato de a maior parte das mulheres continuar alijada do processo político, pois, apesar da conquista do voto feminino em diversos países durante esse período, ela não contemplava um projeto universalizante.

No Brasil, por exemplo, como expusemos anteriormente, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a instituir o voto secreto e a garantir constitucionalmente o voto feminino.³⁷³ Todavia, com a facultatividade do voto feminino e a proibição do voto dos analfabetos, esse direito não fora garantido para a grande maioria das mulheres negras, por exemplo. Em um país de assimetrias sociais, a maior parte das mulheres, sobretudo negras, não tinha até então acesso à educação formal e, portanto, constituía-se no núcleo de indivíduos que não estavam constitucionalmente autorizados ao exercício do voto, pela sua condição de analfabetismo.

É preciso contextualizar os fatos e compreender que a inclusão dos direitos sociais nas constituições do início do século XX se deu em grande parte como concessões estratégicas dos que detinham controle sobre a máquina estatal a fim de manter inabaláveis os interesses da minoria economicamente favorecida e detentora do capital, que se via nessa quadra da história ameaçada pelas constantes tensões sociais e movimentos operários que lutavam pela erradicação do modelo capitalista e de sua lógica de perversão que expunha a maioria da população à imposição de formas degradantes da existência (más condições de trabalho, exploração industrial, fome, violência etc.), que continuava marginalizada e exposta à realidade degradante e opressora, sem acesso às promessas que levaram a cabo o apoio do campesinato e dos *sans-culottes* à burguesia nos processos revolucionários do fim do século XVIII e das garantias dos direitos que lhes sucederam com o fim do absolutismo.

³⁷³ Apesar de o voto secreto e o direito ao voto feminino ter sido reconhecido com a entrada em vigor do Código Eleitoral Provisório, Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, fruto de uma conquista do movimento sufragista, após intensa luta e reivindicações no cenário nacional e internacional, somente em 1934 esse direito se constitucionaliza. Contudo, o exercício do direito ao voto das mulheres ainda era facultativo para a maioria delas, salvo para aquelas que exerciam função pública remunerada.

Embora não se possa cogitar de rupturas estanques entre um modelo estatal e outro, é bem verdade que a concepção liberal sofreu ao longo do século XIX profundas alterações, ocasionadas principalmente pela percepção de que sem o Estado não se poderiam alcançar melhorias importantes e necessárias no âmbito social, bem como pela “desmistificação da igualdade formal preconizada pelo liberalismo clássico, que cerrava as portas à liberdade concreta de todo o corpo social”.³⁷⁴

Dessarte, “a valorização do indivíduo chegou ao *ultraindividualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos”,³⁷⁵ gerando desigualdades de toda sorte e propiciando uma crescente injustiça social.

Em virtude dessa realidade, ocorreu paulatinamente uma evolução da concepção do Estado liberal de direito que culminou no chamado Estado social de direito, cujos marcos pontuais podem ser atribuídos à Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, destinando-se com primazia à afirmação dos direitos sociais e à aplicação dos objetivos da justiça social.

Nesse momento histórico, a transição do Estado liberal para o Estado social foi imprescindível não apenas para superar as profundas marcas deixadas pelo individualismo e pelo abstencionismo estatal, mas também para recuperar a destruição a que se encontravam submetidos os países europeus, aliada à crise econômica e social, perpetrada por anos de conflitos, vide Primeira Guerra Mundial (1914-1918), como afirmamos anteriormente.

No paradigma do Estado social, *a contrario sensu*, os direitos fundamentais são vistos como um *status positivus*, em que se vislumbra uma prestação positiva do Estado, como meio de garantir o bem-estar dos cidadãos. Esse modelo, por sua vez, proclamou um crescimento da administração pública e a concentração do espaço público no Estado.

³⁷⁴ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

³⁷⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 278.

O Estado de Bem-Estar Social (também conhecido como *Welfare State*) surge como vertente mais intervencionista do Estado social, objetivando assegurar, com maior comprometimento público, condições mínimas consideradas vitais, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, renda, entre outros.

Desse modo, o Estado de Bem-Estar Social surge com o propósito de assegurar os direitos sociais, reduzindo as desigualdades evidenciadas com a política não intervencionista do modelo liberal, propugnando, portanto, por uma maior ingerência estatal na esfera econômica e social dos cidadãos.

Entretanto, conforme lições de Augustín Gordillo, o Estado de Bem-Estar surge como um processo de revitalização do Estado de Direito, cujos preceitos de legalidade e igualdade, tão caros à Revolução Francesa, são aperfeiçoados. Assim são suas palavras:

Na realidade, se tomarmos a noção tradicional de Estado de Direito pareceria talvez que esta tivesse sido substituída pela de Estado de Bem-Estar, porém isso não seria verdadeiramente exato. Em nossa opinião a noção de Estado de Bem-Estar veio para operar uma correção na noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, mas de modo algum a suprimindo ou substituindo-a.³⁷⁶

O acréscimo dos direitos fundamentais de segunda dimensão nas constituições dos Estados sociais, sem o correspondente aprimoramento dos mecanismos para garantir efetividade e estabilização ao texto constitucional, aliado a uma versão democrática meramente procedimentalista, não foi suficiente para evitar a degeneração democrática e a erupção dos valores até então perseguidos. Os Estados totalitários que o século XX conheceu e sua política de perpetração de genocídios e autoritarismos exigiram que novos paradigmas constitucionais fossem observados, o que se seguiu após o fim desses regimes de exceção com a construção de um sistema internacional de direitos humanos, a partir da criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

³⁷⁶ Texto no original: “En realidad, si tomamos lá noción tradicional de Estado de Derecho pareceria tal vez que há sido sustituida por la de Estado de bienestar; pero ello no sería verdaderamente exacto. A nuestro juicio la noción de Estado de bienestar ha venido a operar como um correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola e actualizándola, pero em modo alguno suprimiéndola o sustituyéndola” (GORDILLO, Augustín A. *Introducción al derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 54).

As constituições do pós-Segunda Guerra Mundial passaram então a adotar modelos rígidos de alteração das normas constitucionais, os quais dificultaram as rupturas democráticas, constituindo-se, assim, em geral, como instrumentos de afirmação dos direitos humanos e de positivação de direitos fundamentais de terceira dimensão, como direitos de solidariedade e fraternidade, bem como de concretização de uma visão mais substantiva de democracia, vinculando a atuação do poder estatal e das relações individuais à persecução desses objetivos fundamentais, também denominados de princípios estruturantes da ordem constitucional e do ordenamento jurídico como um todo, a partir do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

Em que pese a realização de uma descrição histórica do constitucionalismo e de sua interface com a Teoria do Estado e dos direitos fundamentais, é importante que adotemos uma perspectiva crítica de abordagem a fim de observarmos que a compreensão dos direitos fundamentais em suas dimensões/gerações possui caráter eminentemente didático (aspecto positivo), mas aponta uma linearidade histórica que esconde a circularidade dos fenômenos históricos que ora se apresentam como conquistas, ora como involuções e retrocessos (aspecto negativo).

Dessa feita, ponderamos neste texto que uma leitura crítica necessária se constrói com o reconhecimento e a superação da lógica binária da subalternidade (eu x eles) e do eurocentrismo que marca a leitura colonialista dos direitos humanos. Isso porque, por detrás dessas conquistas civilizatórias, as quais não temos a pretensão de omitir ou negar, a observação da realidade impõe-nos a constatação incômoda e constrangedora de que ainda vivemos nos dias atuais as marcas de uma sociedade desigual e que mantém grande parte dos indivíduos marginalizados e distantes do acesso aos direitos fundamentais, expostos à condição de subalternidade, invisibilização e excluídos do acesso à riqueza simbólica e material, ainda privilégios de poucos.

Apesar de reconhecermos diversas desigualdades e exclusões a serem tratadas no plano jurídico, nosso recorte propõe uma abordagem da concretização dos direitos das mulheres e a consequente erradicação das desigualdades de gênero como consentâneo da efetivação dos direitos humanos, a partir da positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional de 1988. Nesse sentido, é preciso responder à questão: por que falar em direitos das mulheres como direitos humanos?

Há, tanto do ponto de vista do direito internacional como do interno, o reconhecimento da necessidade de criação de um sistema de proteção e garantia dos direitos das mulheres, o que compreende um conjunto de legislações e órgãos comprometidos com essa pauta.

No plano internacional, inúmeras legislações tratam da temática, das quais aqui enumeramos as seguintes: Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); Convenção da OIT 100 (1951); Convenção da OIT 103 (1952); Convenção da OIT 111 (1958); Convenção da OIT 156 (1981); I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975); Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (1979); II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague, 1980); III Conferência Mundial sobre a Mulher (Nairóbi, 1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994); IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, China, 1995); Princípios de Yogyakarta, que trata sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos com relação à orientação sexual e identidade de gênero (Yogyakarta, Indonésia, 2007); Convenção e Recomendação da OIT sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos 189 (Genebra, 2011).

Ademais, no plano interno, alguns avanços também são evidentes, pois a discriminação contra as mulheres é proibida pela Constituição Federal de 1988, dado que em seu ar. 3.º define como objetivos da República Federativa brasileira promover o bem de todos/as, sem preconceito de sexo, raça, cor e idade (entre outros), e o art. 5.º prevê que homens e mulheres são iguais em seus direitos e obrigações.

Entre as principais legislações nacionais, ressaltamos:

1) Convenção de Belém do Pará, adotada na cidade em 1994, ratifica as disposições da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Trata-se de um importante marco na legislação brasileira no que tange aos direitos das mulheres, porque conceitua o que seria a violência contra as mulheres, embora somente tenha sido promulgada em 1996 pelo Decreto 1.973/1996, servindo, assim, de base para legislações posteriores, como a emblemática Lei Maria da Penha;

2) Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha): conforme preceitua no preâmbulo:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências;

3) Lei 13.104/2015: depois de nove anos da Lei Maria da Penha, entrou em vigor a chamada “Lei do Feminicídio”, alterando, enfim, o Código Penal para incluir a modalidade de feminicídio na categoria de homicídio qualificado;

4) Lei 9.504/1997: estabelece normas para as eleições;

5) Lei 10.778/2003: conhecida como a “Lei da Notificação Compulsória” dos casos de violência contra a mulher que forem atendidos em serviço de saúde pública ou privada;

6) Lei 12.015/2009: dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual;

7) Lei 12.034/2009: altera a Lei 9.504/1997 e inclui como objetivo promover e difundir a participação política feminina (entre outros);

8) Decreto 7.393/2010: dispõe sobre o funcionamento do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher;

9) Decreto 7.958/2013: estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde;

10) Lei 12.845/2013: dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual;

11) Decreto 8.727/2016: dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

12) Emenda Constitucional 72/2013: estabelece a igualdade de direitos trabalhistas entre os/as trabalhadores/as domésticos/as e os/as demais trabalhadores/as urbanos e rurais;

13) Lei Complementar 150/2015: dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico;

14) Lei 13.718/2018: tipifica o crime de importunação sexual, caracterizado pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de “satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”;

15) Lei 14.188/2021: cria o programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica e Familiar. O texto também inclui no Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher.

Como podemos notar, a pauta de inclusão dos direitos das mulheres na legislação internacional e nacional não vem sendo totalmente ignorada. Contudo, apesar das conquistas legislativas referidas, os avanços são ainda muito tímidos quando confrontados com a realidade das mulheres no País, seja com o aumento pouco significativo da representação política feminina nos cargos eletivos do Legislativo e Executivo, seja com os índices recentes apontando o aumento da violência doméstica contra a mulher nos últimos anos, com a desigualdade salarial entre homens e mulheres ocupantes dos mesmos cargos, bem como a sistemática invisibilização do trabalho reprodutivo não remunerado, que continua sendo excluído do debate público e que dificulta a inserção das mulheres no mercado de trabalho, com um futuro desolador em matéria de proteções previdenciárias, deixando essas mulheres abandonadas à própria sorte.

Diante desse cenário, devemos nos questionar: como superar as dificuldades na implementação normativa e que garanta a eficácia dessas legislações? Um passo importante nesse sentido é abandonarmos uma perspectiva sistêmica do direito, que acredita cegamente que apenas pela dimensão principiológica e sua aplicação por órgãos institucionais seremos salvos das contradições que a lógica estrutural capitalista nos impõe cotidianamente.

É preciso que caminhemos na direção de revisitar o direito, reestruturar nossos desenhos institucionais, fortalecer um modelo federalista de cooperação, ampliar o espaço público para incluir visões contra-hegemônicas, incorporando, assim, propostas criativas construídas a partir do pluralismo divergente (agonístico de Chantal Mouffe) e crítico que reflitam nossa própria cultura e necessidades específicas (uma sociedade jamais liberta da colonização), sem importações de estrangeirismos

teóricos que repristinam experiências fracassadas dos países ricos do Atlântico Norte como promessas inovadoras de solução de problemas que nos são particulares. O vasto campo dos Estudos Jurídicos Críticos nos fornece uma receita acabada de como repactuar nossos compromissos visando verdadeira emancipação humana, uma abertura de possibilidades e caminhos que não podem ser ignorados. Nesse sentido, Mangabeira Unger é certo:

O cosmopolitismo liberal propõe como solução suprimir ou atenuar as diferenças, uma convergência universal para as mesmas práticas e as mesmas instituições, mas a verdadeira solução é empoderar as diferenças; as diferenças não são o problema, as diferenças são a solução. Para isso, é preciso construir arranjos institucionais diferentes, senão as diferenças de cultura ficam como um folclore que flutua no espaço sem encarnação nas estruturas – essa é outra maneira de compreender o papel dos juristas brasileiros, é esta a imaginação das nossas diferenças, de quem queremos ser em forma das instituições, das estruturas, afirmando a identidade brasileira de forma vigorosa, mas para isto o jurista não pode ser um sacerdote acabrunhado e impiedoso que mistifica o direito como um sistema de políticas públicas e princípios. Os juristas brasileiros têm que ser contrários a essa suposta onda de futuro cosmopolita e apontar outros destinos possíveis, mas para isso nós teríamos que nos imaginar como vanguarda – esses são os verdadeiros estudos pós-coloniais, não falam em pós-colonialismo, só praticam.³⁷⁷

3.3 Hermenêutica jurídica feminista e antiformalismo crítico: propostas de um paradigma hermenêutico emancipatório e igualitário de gênero

Os pilares mestres dos conceitos jurídicos tradicionais e do constitucionalismo moderno herdados do liberalismo a partir do século XIX podem ser compreendidos a partir de três noções fundamentais que se inter-relacionam: a consolidação do governo das leis, e não dos homens, traduzida pela forma jurídica e política do Estado de Direito; a organização do poder estatal em funções estatais distintas, representada pela fórmula da separação dos poderes, em que o Judiciário está subordinado à superioridade da lei, cabendo-lhe tão somente aplicá-la; e, por fim, pela crença na racionalidade do direito e universalidade do sujeito de direito, sendo a lei manifestada por comandos prescritivos neutros, cuja aplicação ocorre dentro de parâmetros

³⁷⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. Imagem institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro. Entrevistadores: Victoria Nicolielo Reginatto, João Pedro Braga de Carvalho, Mariana Grilli Belinotte, Carlos Sávio Gomes Teixeira e Philippe Oliveira de Almeida. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1-17, 2021.

técnicos e objetivos, por juízes imparciais, cujas assepsias são estruturadas a partir de um pensamento jurídico com forte idealização sistêmica.

A modernidade traduziu-se assim em certo fetichismo da lei e o pensamento jurídico até então consolidou-se no Ocidente pelo desejo do domínio racional do mundo, sujeitando-o à ordem jurídica nascente e às instituições políticas liberais recém-criadas pós-revoluções burguesas. As crises permanentes do capitalismo, que não devem ser lidas como acidentes ocasionais, mas como projeto permanente como condição de possibilidade de manutenção de sua lógica de exploração e opressão, encontraram no direito os mecanismos para perpetuação das assimetrias e hierarquias sociais e econômicas do sistema produtivo, com a finalidade de manter incólume o *status quo* que privilegia e atende aos interesses de poucos (elite econômica) e marginaliza e sacrifica (inclusive com a vida de alguns pela *necropolítica*)³⁷⁸ os anseios da maioria: mulheres, negros, pobres, *gays*, indígenas, quilombolas etc. Como afirmam Nathaly Campitelli Roque e lane Naia Del Bel, em artigo sobre “O juiz e a emoção na era da inteligência artificial”, denunciando o formalismo jurídico e o racionalismo excessivo na formação de magistrados:

Um formalismo e racionalismo excessivos construídos dentro de uma matriz iluminista e de um dinamismo patriarcal rígido criaram um direito burocraticamente racional, que fomenta a resignação, o imobilismo, o conservadorismo, sem espaço para a inovação, a criatividade e a empatia. Esse padrão resulta decisões com pouca contextualização e atendimento às especificidades dos casos e baixa análise das consequências da vida dos litigantes, o que limita a realização da justiça no caso concreto.³⁷⁹

Contra toda a pretensão revolucionária para desmontar e desarticular a estrutura liberal e os complexos sistemas de uma engrenagem política e econômica que lhes garanta sem perturbações seu funcionamento, propostas reformistas se acumularam ao longo dos dois últimos séculos, introduzindo nos sistemas jurídicos remédios que não buscaram efetivamente curar a doença causada pela forma do Estado capitalista, constituindo-se antes em meros “placebos”, cujos efeitos colaterais de um sintoma não tratado são cada vez mais perceptíveis nessa quadra da história.

O neoconstitucionalismo como movimento político-jurídico que introduziu a cartilha dos princípios como mecanismo para fortalecer a jurisdição constitucional no

³⁷⁸ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

³⁷⁹ ROQUE, Nathaly Campitelli; DEL BEL, lane Naia de Oliveira Ruggiero. O juiz e a emoção na era da inteligência artificial. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 379-405, jun. 2019.

final do século XX, contra as experiências espúrias do fascismo europeu, vem representando, na prática jurídica brasileira, a gramática do neoliberalismo na dimensão mais sórdida do capitalismo financeiro atual, experienciada pelo aumento das desigualdades sociais, pelo contínuo retrocesso dos direitos, pela ascensão de governos populistas de extrema-direita, criminalização dos movimentos sociais, destruição da biodiversidade e do ecossistema, desprezo pela democracia, avanço do autoritarismo e do reacionarismo, construção de discursos fraudulentos contra a agenda progressista com a disseminação de *fake news* (era da pós-verdade), adoção da política de ódio e acirramento da polarização, “enfraquecimento” das instituições políticas e da coesão social, crescimento da violência urbana e rural, acumulação sem precedentes do capital financeiro, aumento do desemprego, do encarceramento, do punitivismo estatal, do nacionalismo excludente, do crescente desejo de pulsão de morte e do sentimento de medo a ele inerente etc.

O neoconstitucionalismo é apontado por Georges Abboud como as teorias contemporâneas, sub-reptícias do paradigma positivista, que repetem equívocos do direito degenerado, legitimando o ativismo judicial e a discricionariedade judicial na concretização de valores por juízos subjetivos do intérprete:

Esse é o risco de não se compreender adequadamente um paradigma teórico. Assim, o “neoconstitucionalismo” é sobretudo conceito sem sentido que tem servido de base para duas práticas patológicas em nosso sistema jurídico: 1) tem servido para legitimar um sem-número de ativismos judiciais e julgamentos discricionários ao argumento de que o juiz já não é mais aquele boca fria da lei, logo, está livre para fazer justiça, inclusive corrigindo o direito vigente e democraticamente estatuído; e 2) a ideologia neoconstitucionalista ao se espalhar nas áreas específicas do direito (e.g., direito civil, processo civil) tem disseminado completa insegurança jurídica por meio de extermínio da própria dogmática.³⁸⁰

Enquanto vamos sobrevivendo e muitos morrendo (literalmente!) nesse estado de caos generalizado, não podemos ignorar o quanto dessas mazelas é propiciado pela insistência, ingênua ou não, da reprodução acrítica de teorias jurídicas da decisão judicial que não apenas invisibilizam nossas contradições internas, mas insistem em formas racionalizadoras cuja ineficiência não é percebida como fruto dessas mesmas contradições, mas, sim, como incompreensões teóricas de um projeto que já triunfou nos lugares de onde elas provêm, normalmente nos espaços territoriais dos países da metrópole colonial (Europa e Estados Unidos, principalmente).

³⁸⁰ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* cit., p. 136.

Desse ponto de vista, os padrões de racionalidade parecem não ser suficientemente atendidos nos países do Sul Global, como o Brasil, por carecerem de instituições jurídicas e sujeitos dotados de capacidade para aplicá-los corretamente, nos termos em que foram originalmente idealizados. Identificar, denunciar e resistir ao modelo colonialista (patriarcal, racista e capitalista) que subjaz às teorias tradicionais hegemônicas do direito com seu verniz de racionalidade, manifestação de um “colonialismo mental na cultura jurídica”, como afirma Mangabeira Unger,³⁸¹ ocultando e encobrindo práticas profundamente irracionais, é o papel que anima as teorias críticas do direito e que podemos classificar, para melhor compreendê-las, como *antiformalistas críticas*.

Para entender em que sentido devemos nos referir ao conjunto de teorias críticas que se opõem ao formalismo tradicional (radical e moderado), sob o signo de antiformalistas críticos, André Coelho nos fornece o seguinte conceito:

Os antiformalistas críticos veem o direito como um amálgama de contradições, que representa o resultado de conflitos históricos entre forças de opressão e de luta contra a opressão e reproduz diariamente uma arena aberta de disputa entre forças. Nesta arena de disputa, é impossível interpretar tanto as normas quanto os casos concretos sem tomar posição política em favor de ideologias e visões de mundo que já estão comprometidas quer com os opressores, quer com os oprimidos.³⁸²

Segundo Mangabeira Unger, nas democracias frágeis e de “baixa energia”, o pensamento jurídico consolidado, ancorado nas velhas tradições liberais, das quais insistem em preservar, representa três custos para o direito no presente:

O primeiro custo é que é uma mistificação de direito, o direito nunca foi esse sistema, ele está cheio de variações, de contradições e anomalias, em cada campo do direito há soluções predominantes e desvios, essa é a realidade do direito, que essa idealização sistêmica tenta menosprezar ou suprimir. Segundo, a idealização sistêmica do direito serve como instrumento para os juristas usurparem o poder, em nome da interpretação do direito: são eles que comandam, eles mudam o direito sob o pretexto de interpretá-lo. O terceiro, e mais grave, é que, com essa abordagem do direito, nós perdemos o que há de mais importante no direito, que é a possibilidade de reimaginar, de reconstruir, pouco a pouco, passo a passo, a partir dessas contradições e anomalias que existem nele, e começar a gerar as

³⁸¹ UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro cit., p. 1-17.

³⁸² Definição apresentada no curso sobre Estudos Jurídicos Críticos, organizado pelo Grupo de Pesquisa Pura Teoria do Direito, intitulada “Crítica da Adjudicação e Uso engajado do Direito. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7VdRuRPUQm8&t=6851s>, curso realizado em 22 jul. 2020.

soluções estruturais negadas por aquele compromisso social-liberal ou social-democrata dentro do pensamento jurídico.³⁸³

Os Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*) constituem-se, assim, em um movimento intelectual de esquerda, com orientação progressista, com pontos comuns de convergência e também de divergência entre os autores, que começou a ser desenvolvido a partir dos anos 70 do século passado, entre diferentes gerações de autores que produziram reflexões e concepções teóricas que não podem ser expostas de forma linear, mas, tão somente, dialeticamente. A concepção histórico-cronológica do pensamento teórico jurídico é, inclusive, um dos mitos retrospectivos (o que Unger chama de certo “hegelianismo de direita”) que as gerações do movimento crítico buscaram não apenas afastar, mas também denunciar. Como nos ensina esse autor brasileiro, professor em Harvard, precisamos nos livrar das tendências dominantes da racionalização, humanização e escapismo dos estudos sociais e históricos contemporâneos:

Nas ciências sociais positivas, a orientação dominante é a racionalização do existente, uma racionalização retrospectiva, é aquilo que na história da filosofia chamamos de hegelianismo de direita – o real é racional. Nas disciplinas normativas da filosofia política e da teoria jurídica, o que prevalece é a humanização, conceitos pseudofilosóficos que justificam as práticas que humanizam a ordem existente sem reconstruí-la, então, as teorias de justiça que predominam, sobretudo, na cultura anglo-americana hoje, são a contraparte filosófica daquele compromisso social-democrata, para justificar e orientar a redistribuição compensatória e a tributação progressiva; e no direito, essa idealização sistêmica do direito, imaginando o direito como um corpo de princípios e políticas públicas, que os juristas desenvolvem sob o pretexto de interpretar o direito positivo. E nas humanidades o aventureirismo subjetivista desconectado da reimaginação e reconstrução da realidade social.³⁸⁴

Os Estudos Jurídicos Críticos originam-se, assim, como possibilidade teórica subversiva que surge dentro das universidades estadunidenses de questionar e desconstruir a cultura jurídica dominante,³⁸⁵ alimentados pelo sentimento comum de

³⁸³ UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro cit., p. 1-17.

³⁸⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro cit., p. 1-17.

³⁸⁵ O movimento começou nos Estados Unidos, a partir de um Congresso, em 1977, organizado com o objetivo de reunir professores e estudantes para juntos pensarem abordagens críticas do estudo do direito e da sociedade, denunciando o caráter ideológico da doutrina jurídica e das instituições jurídicas. Sobre um breve histórico do movimento nos Estados Unidos, ver: TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: an introduction to its origins and underpinnings*. *Journal of Legal Education*, v. 36, n. 4, p. 505-517, 1986. JSTOR. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/42898048>. Acesso em: 9 nov. 2022;

professores e intelectuais do direito da necessidade de reformar a teoria jurídica para que dialogasse com outras disciplinas das ciências sociais, afastando certa concepção do direito e seus fundamentos, compreendidos no âmbito de uma ciência pura e autônoma em que se pode aplicá-lo a partir de uma razão abstrata e objetiva do ordenamento jurídico organizado logicamente como um sistema unitário, completo e racional, constituído por um conjunto coerente de regras e princípios capazes de legitimar do uso da coerção estatal para realizar os fins sociais, cujas pretensões seriam supostamente universalizantes.

Com bem resumiu Wayne Morrison, os Estudos Jurídicos Críticos consistem em um projeto pós-positivista, cujos pressupostos podem ser assim descritos:

(i) uma crítica do método científico “objetivo” tido como base do conhecimento tradicional, com a reivindicação de que o “entendimento interpretativo”, ou a *hermenêutica*, deve substituir o positivismo; nosso modo de entender a ciência é visto como uma escolha política. A abordagem hermenêutica está ligada a uma abordagem radical, e às vezes de viés expressamente esquerdista, dos fenômenos jurídicos; (ii) uma mudança no modo de ver o direito. Considera-se que o conhecimento jurídico tradicional tenta desesperadamente dar sentido ao mundo, defender a ideia de que o direito é um corpo coerente e racional de regras e princípios, e que o objetivo do conhecimento jurídico dominante consiste em reconstruir decisões jurídicas racionalmente específicas para mostrar que elas se ajustam, ou não, ao desenvolvimento apropriado e racional do “direito”. Ao contrário disso, os CLS usam uma série de técnicas que trazem à tona falhas, contradições e tensões. Por um lado, se o conhecimento tradicional – pelo menos como o afirmam os CLS – separa o estudo do direito do estudo da sociedade e encontra o motor do desenvolvimento jurídico na orientação fornecida por regras e princípios, assim como pelo poder discricionário, por outro lado os CLS nos falam da natureza inevitavelmente política da vida. Os motivos da desconfiança e do ceticismo diante de qualquer afirmação da pureza do direito estão profundamente impregnados nos Estudos Jurídicos Críticos; para esse movimento, devemos investigar como o direito, enquanto campo de ação, mantém seu domínio sobre nós e contribui para se manter a legitimidade do sistema.³⁸⁶

A matriz teórica que influenciou o movimento que ficou conhecido como *Critical Legal Studies* pode ser encontrada no realismo jurídico como uma visão antiformalista do direito que surgiu em meados de 1930, com a necessidade de pensar o direito a

TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies: a political history. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 5, p. 1515-1544, 1991. JSTOR. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796697>. Acesso em: 9 nov. 2022.

³⁸⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 540.

partir da prática jurídica, adicionando esta à radicalidade de uma proposta de compreender o direito para além do texto da norma, conectado com a prática política, para que assim pudesse realizar mudanças sociais possibilitadas pela flexibilização da interpretação do direito (visão pragmatista da decisão judicial), cujo modelo atendesse as consequências socialmente desejáveis da sociedade, vista sob a ótica do consenso liberal.

Apesar da aproximação com o realismo jurídico, os Estudos Jurídicos Críticos com ele não se confundem, pois a maioria dos realistas, contrários ao formalismo jurídico do positivismo legalista do século XIX, era constituída por moderados politicamente, identificados com a democracia liberal (liberalismo igualitário). Os Estudos Jurídicos Críticos, por sua vez, eram profundamente céticos e contrários ao liberalismo, sendo essa ideologia inclusive responsável pelas formas de dominação política e pelo sistema de injustiça e desigualdade, cujas práticas jurídicas ajudavam a implementar por meio da justificação racional das decisões jurídicas que invisibilizavam a influência dos interesses ideológicos que as sustentavam. Wayne Morrison, citando Alan Hunt,³⁸⁷ traz importante afirmação nesse mesmo sentido, esclarecendo a diferença dos Estudos Jurídicos Críticos com os realistas:

O desencanto realista com o formalismo jurídico era pragmático; a ortodoxia não oferecia respostas satisfatórias ao grupo social que os realistas procuravam representar. O formalismo não oferecia um rumo satisfatório aos profissionais do direito preocupados com o aumento de sua capacidade de prever o resultado dos litígios, nem uma estrutura que atendesse às preocupações políticas dos legisladores. Os acadêmicos ligados aos CLS não têm essas preocupações pragmáticas; não procuram articular as preocupações dos profissionais praticantes ou dos legisladores, ou, em termos gerais, dos que estão “inseridos” no processo legal. Esses acadêmicos são motivados por um objetivo político muito mais amplo, dentro do qual “o problema” propriamente dito é “o direito”; não se considera que o direito seja capaz de resolver os problemas dos quais parece tratar. Ao contrário, veem-no como uma parte importante do complexo conjunto de processos que reproduz a experiência e a realidade da subordinação e da dominação humanas; portanto, a preocupação mais ampla com as condições e possibilidades da emancipação humana constitui a perspectiva política dominante do movimento.³⁸⁸

Outra influência importante no desenvolvimento de Teorias Críticas do Direito, a partir de 1960, pode ser relacionada à formação da Nova Esquerda ocidental dos

³⁸⁷ HUNT, Alan. The critique of law: what is “critical” about critical legal theory? *Journal of Law and Society*, v. 14, n. 1, p. 5-19, 1987. JSTOR. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1410293>. Acesso em: 9 nov. 2022.

³⁸⁸ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo cit.*, p. 541.

movimentos contraculturais forjados dentro das universidades, sobretudo norte-americanas, cuja atmosfera cultural fora propiciada pelos movimentos de liberação sexual, pelos crescentes movimentos feministas e antirracistas, bem como pelas manifestações em prol dos direitos civis e contra a Guerra do Vietnã. Roberto Mangabeira Unger, em sua obra *Conhecimento e política*,³⁸⁹ demonstra como as grandes categorias do pensamento ocidental foram historicamente construídas em matéria de dualismos e pressupostos epistemológicos que estão atravessados por interesses políticos neoliberais, mas que são abordados em uma perspectiva essencialista a fim de naturalizá-los como algo dado e captado racionalmente, neutralizando qualquer influência política.

Conforme exposição feita pelo Professor André Coelho, no *Curso de introdução aos estudos jurídicos críticos*, organizado pelo Grupo de Pesquisa Pura Teoria do Direito, em 2020,³⁹⁰ os focos de crítica do movimento direcionam-se, em geral, a quatro principais temas do direito, a saber: as normas jurídicas vigentes; o modelo tradicional de interpretação e decisão jurídica; a dogmática jurídica tradicional; e o ensino jurídico tradicional. Todas as críticas apontam para uma espécie de “liberalismo jurídico”, responsável pela manutenção do *status quo* das estruturas sociais e políticas que reproduzem desigualdades sociais e econômicas.

Quanto ao primeiro foco, segundo afirma o Professor André Coelho, as normas jurídicas vigentes padecem, segundo os Estudos Jurídicos Críticos, dos seguintes problemas principais: a) refletem os vieses conservadores e opressores da tradição política e jurídica do liberalismo; b) tendem à reprodução do *status quo* e dificultam seu questionamento e transformação; e c) escondem sob a linguagem neutra formas diversas de reprodução de opressão a grupos marginalizados. Isso ocorre porque a tradição jurídica do liberalismo é fundada na visão individualista de mundo e defende que os bens que devem ser tutelados pelo Estado são os direitos individuais, como direitos subjetivos contra o arbítrio estatal que lhes garantam segurança jurídica e previsibilidade da conduta estatal.

³⁸⁹ UNGER, *Conhecimento e política*. Tradução Edyla Mangabeira Unger. 2. ed. São Paulo: LeYa Brasil, 2022.

³⁹⁰ Aula disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qGVHrjz-UyI>. Curso realizado em 9 jul. 2020.

Nesse sentido, o alvo central de ataque dos Estudos Jurídicos Críticos, assim como ocorre nas teorias marxistas,³⁹¹ é o liberalismo e, conseqüentemente, as teorias do direito que lhe são correlatas. O ataque às normas jurídicas como produto e instrumento posto a serviço do liberalismo pode ser compreendido, segundo Wayne Morrison, em complemento ao que antes expusemos, a partir dos seguintes equívocos:

(i) O pressuposto da neutralidade do direito. Para o movimento CLS, porém, essa separação entre direito e política é teoricamente falsa e desorientadora para o povo. O liberalismo é tido como mistificador no sentido de presumir que o direito pode, de alguma forma, ser normalmente invocado pelos indivíduos contra o Estado, ainda que seja criação deste; (ii) O pressuposto de que a razão jurídica é, de alguma forma, uma questão não problemática. Os Estudos Jurídicos Críticos tomam o lugar da crítica da ideia de uma “lógica jurídica” politicamente neutra, isto é, da ideia de que pode haver uma análise jurídica que não seja, em algum sentido, politicamente orientada ou ligada a agendas políticas; (iii) O pressuposto de que as leis são dados positivos da vida social, isto é, que têm significados objetivamente determinados que não se pode, na verdade, contestar; que sua validade e importância são determinadas por métodos objetivamente inquestionáveis. As leis e o sistema jurídico têm alguma forma de relação natural ou funcional com as condições subjacentes, objetivamente reconhecíveis, da existência social (cf. o funcionalismo implícito de Austin e Hart, para não mencionar as condições mínimas do direito natural para Hart). Por sua vez, os autores CLS usam uma forma mais pós-moderna de escrita que tenta libertar a análise jurídica da ideia de tecnicidade neutra e mostra que é um instrumento político. Portanto, os juristas precisam fazer escolhas relativas ao modo como vão usar esse instrumento: a que políticas e políticos irão servir? Além disso, os autores CLS, Unger em particular, têm uma visão radicalmente condicional dos fundamentos da vida social. A sociedade contemporânea não é nenhuma formação naturalmente evolutiva; trata-se, antes, de uma “política congelada”.³⁹²

³⁹¹ Vale ressaltar que o movimento identificado como Estudos Jurídicos Críticos é bastante plural, razão pela qual, entre eles, há aqueles que problematizam o liberalismo a partir de visões marxistas (tanto autores da crítica racial como da crítica feminista), apontando que todas as opressões são extensões decorrentes do problema central do modo produtivo do sistema capitalista; por outro lado, um número significativo de autores é antimarxista, pois defendem que nem todas as hierarquias de dominação são resultado do sistema de opressão capitalista, como algumas feministas que apontam que a teoria marxista desconsiderou por completo os problemas de gênero, não tratando, por exemplo, da exploração do trabalho doméstico, considerado como reprodutivo não remunerado. Sobre as divergências entre as autoras de diversos ramos do feminismo, remetemos o leitor ao primeiro capítulo desta pesquisa. Autoras jurídicas como a feminista radical Catharine A. Mackinnon (também conhecida como Elizabeth A. Long), dissocia o método do marxismo desenvolvido pelo feminismo, pois, segundo ela, “a sexualidade é para o feminismo o que o trabalho é para o marxismo: aquilo que é mais próprio de alguém, porém, aquilo que mais lhe é retirado”. Sobre o pensamento de Mackinnon ver: *Feminismo, marxismo, método e o estado. Revista Direito & Práxis*. Dossiê Direito e Gênero, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 798-837, 2016.

³⁹² MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo* cit., p. 549.

O segundo foco de críticas refere-se à interpretação e decisão judicial, apontando, em síntese, que o modelo tradicional de interpretação e decisão jurídica padece dos seguintes problemas: a) parte do pressuposto de unidade e consenso valorativo do sistema jurídico, escondendo os conflitos e os potenciais de luta e resistência existentes no próprio direito; b) parte do pressuposto de separação entre direito e política, criando a falsa impressão de que são possíveis decisões técnicas e neutras, que na verdade possuem claro e indiscutível viés conservador. O modelo tradicional de interpretação jurídica baseia-se na compreensão objetivista e formalista do direito, como um conjunto de normas e valores que são sempre previsíveis e coerentes, que podem ser determinados por um ato de cognição voluntário, tornando-se sempre claro e apreensível sem divergência entre os intérpretes e aplicadores de forma racional e neutra.

O terceiro foco de críticas dos Estudos Jurídicos Críticos, por sua vez, direciona-se à dogmática jurídica tradicional, apontando, em geral, os seguintes problemas: a) funda-se em uma tentativa deliberada de interpretar o sistema jurídico como unitário, consensual e racional, produzindo a partir da doutrina um cosmos normativo objetivo, perpetuando as visões conservadoras como respostas técnicas fechadas; b) pauta-se por um modelo de abstração, que deixa de fora conflitos e sofrimentos e reinterpreta problemas políticos complexos como quebra-cabeças conceituais possíveis de solução procedimental e unívoca.

Quanto ao quarto foco, por fim, o ensino jurídico é responsável por estimular uma visão que, do ponto de vista explícito, é despolitizada e pseudotécnica, enquanto, do ponto de vista implícito, é liberal e conservador, bem como é excessivamente professoral, vertical, conteudista, abstrato, reproduzindo a ideologia dominante e formador de técnicos burocratas, impedindo que os conflitos sejam percebidos e que os juristas sejam atores emancipatórios dentro de uma sociedade permeada por marcadores de desigualdade e opressão. Nesse sentido, favorece um comportamento hierárquico, de subserviência à autoridade dos que têm poder, reproduzindo no exercício da profissão a lógica da perpetuação da mentalidade arrogante e de superioridade que privilegia uma pequena parte dos abastados em suas respectivas áreas de atuação.³⁹³

³⁹³ Sobre as críticas de Duncan Kennedy à educação jurídica realizada nas Faculdades de Direito norte-americanas, ver seu artigo intitulado: KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education*, v. 32, n. 4, p. 591-615, dez. 1982. O texto original foi

A teoria crítica tem um papel emancipatório não apenas de denunciar as formas de opressões e exclusões a grupos minorizados, mas, sobretudo, de evidenciar o uso estratégico do direito que impossibilita superar os paradigmas universalistas e pretensamente neutros da linguagem que condiciona a interpretação e a aplicação do direito em desfavor dos sujeitos marginalizados, ocultando as assimetrias. Não à toa, grande parte dos textos críticos revela o papel da subjetividade dos sujeitos na produção de decisões judiciais com tomada de posição fortemente ideológica, cuja fundamentação emula um discurso jurídico performado como técnico e neutro, escondendo a intrínseca relação entre direito e política e a tensão que existe entre o significado das afirmações e os efeitos ideológicos do direito.³⁹⁴

Adotaremos como proposta epistemológica para o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica crítica feminista os pressupostos da teoria jurídica crítica desenvolvidos por Duncan Kennedy, sobre *filtro fenomenológico* para identificar discriminações de gênero nas decisões judiciais, propondo como paradigma hermenêutico a substituição por um filtro fenomenológico antidiscriminatório de gênero, bem como o *uso estratégico do direito* como “método” de trabalho jurídico e interpretação das normas jurídicas com recorte de gênero pelo sistema de justiça brasileiro, conciliando-os, naquilo que for possível, com a proposta do feminismo radical da jurista Catherine A. MacKinnon, para quem o conceito analítico para compreensão das opressões de gênero é a sexualidade (distanciando-se assim do feminismo marxista):

A sexualidade é o processo social que cria, organiza, expressa e direciona o desejo, criando os seres sociais que conhecemos como mulheres e homens, à medida que suas relações criam a sociedade. Da mesma maneira que o trabalho o é para o marxismo, a sexualidade é, para o feminismo, socialmente construída e ao mesmo tempo capaz de construir; universal como atividade, mas, ainda assim, historicamente específica; composta, conjuntamente, de matéria e mente. Assim como a expropriação organizada do trabalho de uns para o benefício de outros define uma classe – os trabalhadores – a expropriação organizada da sexualidade de uns para o benefício de outros define o sexo, mulher. A heterossexualidade é a sua estrutura, o gênero e a família suas formas concretas, os papéis sexuais suas

recentemente traduzido para o português: KENNEDY, Duncan. Ensino jurídico e reprodução da hierarquia. *Revista Direito & Práxis*. Dossiê “Estudos Jurídicos Críticos”, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1419-1453, 2021.

³⁹⁴ Sobre o comportamento estratégico dos juízes na interpretação judicial e as preferências ideológicas dos três tipos de juízes (ativista, mediador e bipolar), ver: KENNEDY, Duncan. *Izquierda e derecho: ensayos de teoría jurídica crítica* cit.

qualidades generalizadas para a persona social, a reprodução uma consequência, e o controle a sua questão.³⁹⁵

Consideramos que os principais aportes teóricos que oferecem tanto Duncan Kennedy quanto Catherine Mackinnon são perfeitamente conciliáveis com duas perspectivas feministas que também adotamos como paradigma hermenêutico: o feminismo interseccional e decolonial. Compreender a realidade brasileira no que tange às discriminações de gênero é tarefa que nos impõe um esforço de, a partir dela e pelo direito, contribuir para o desenvolvimento da teoria crítica feminista que garanta condições de implementação, inclusive com apoio do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, cartilha recém-lançada pelo Conselho Nacional de Justiça como guia interpretativo para o Judiciário brasileiro.

Reconhecemos as críticas que a aproximação entre autores com divergências significativas acerca do papel do direito na manutenção do *status quo* pode render ao trabalho, sobretudo no que tange à abordagem epistêmica decolonial, que pressupõe que a luta contra o patriarcado em contextos periféricos do Sul Global torna irreconciliáveis o direito vigente e a luta anticolonialista que lhe é intrínseca. No entanto, nossas pretensões não são, por ora, tão audaciosas, e nos consideraremos suficientemente satisfeitos se alguma mudança na mentalidade ou ao menos a produção de algum incômodo conseguirmos gerar no leitor, a fim de fazê-lo refletir sobre nosso estado de coisas profundamente discriminatório, propiciando o avanço dessas questões no debate jurídico contemporâneo.

O campo da interpretação das normas jurídicas se apresenta para os Estudos Jurídicos Críticos em geral, e em Duncan Kennedy, em particular, como um espaço de disputas políticas, não sendo possível falar em aplicação neutra e racional do direito. O discurso tomado como neutro por um pretenso juiz imparcial esconde, em verdade, certa posição ideológica,³⁹⁶ normalmente identificada na prática jurídica brasileira com o liberalismo político, alicerçando a sociedade burguesa e a economia de mercado capitalista, perpetuador de desigualdades. No artigo intitulado “Uma alternativa fenomenológica de esquerda à teoria da interpretação de Hart e Kelsen”,³⁹⁷

³⁹⁵ MACKINONN, Catharine A. Feminismo, marxismo, método e o estado cit., p. 798-837.

³⁹⁶ O autor entende como ideologia o projeto de universalização como o conjunto de crenças e valores de um grupo, cujos interesses estão em conflito com os de outros grupos, como a disputa entre liberais e conservadores, nos Estados Unidos, por exemplo.

³⁹⁷ KENNEDY, Duncan. *Izquierda e derecho: ensayos de teoría jurídica crítica* cit.

o conceito de *Trabalho Jurídico* é utilizado por Duncan Kennedy para substituir a compreensão tradicional sobre interpretação e aplicação do direito nas teorias tradicionais, sendo esta a forma que melhor explica as estratégias pelas quais os intérpretes “produzem” o sentido da norma a ser aplicado ao caso, conforme suas preferências e valorações (conduta estratégica da interpretação):

Trabalho jurídico, como eu estou usando o termo, seja dirigido a núcleos ou a molduras, ou a penumbras ou conflitos ou lacunas, é utilizado “estrategicamente”. O trabalhador pretende transformar uma apreensão inicial do que o sistema de normas requer, dados os fatos, de modo que uma nova apreensão do sistema, como ela se aplica ao caso, corresponderá às preferências extrajurídicas do trabalhador interpretativo.³⁹⁸

Segundo o autor, tanto na zona de penumbra da textura aberta de regras de Hart como na moldura semântica de Kelsen, há múltiplas possibilidades de interpretações, dentre as quais o juiz deve, discricionariamente, escolher uma delas para sua aplicação ao caso concreto, dada a inevitável indeterminação da norma, apresentando-se, nesses casos, como antiformalistas. Na zona de foco da regra e fora da moldura, os autores positivistas pensam que as normas são determinadas, aproximando-se, nesse sentido, aos formalistas, porquanto acreditam que em tais hipóteses ou há certeza sobre o que a norma determina ou é possível cognitivamente identificar a única verdade que pode ser extraída sem dificuldade da prescrição normativa. Não são formalistas no sentido radical, mas, dada a possibilidade de reconhecer casos em que é permitido ao juiz criar direito novo, são antiformalistas moderados, como tratamos antes.

O problema dessa abordagem para Kennedy reside no fato de que a eleição dos casos determinados/indeterminados não pode ser compreendida como mera aplicação objetiva e racional, visto que esconde o papel da ideologia no processo em que os intérpretes constituem as situações jurídicas de uma forma ou outra, pois segundo afirma:

Essa é a atividade do “trabalho” jurídico entendida como a transformação de uma apreensão inicial (Husserl) do que os ingredientes jurídicos que compõem o sistema requerem, por um ator

³⁹⁸ KENNEDY, Duncan. Uma alternativa da esquerda fenomenológica à teoria da interpretação jurídica de Hart e Kelsen. In: PINHEIRO FARO, Julio; BUSSINGER, Elda de Azevedo Coelho (coord.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

que persegue um objetivo ou uma visão do que elas deveriam requerer.³⁹⁹

O referido autor sustenta, portanto, que, em todas as hipóteses de interpretação (sejam nos casos fáceis ou difíceis), há sempre um trabalho jurídico que envolve uma conduta estratégica do intérprete (trabalhador), que, a partir dos ingredientes disponíveis (fatos, normas, depoimentos, provas etc.), transforma a apreensão inicial do que uma norma determina a fim de corresponder às preferências extrajurídicas do trabalhador interpretativo, por meio de infinitas possibilidades de ação, movendo a interpretação da zona de foco para a penumbra ou para dentro da moldura, permitindo assim a discricionariedade. Para os Estudos Jurídico Críticos, portanto:

Dizer que a interpretação da regra era determinada é apenas dizer que ao final do processo de trabalho o intérprete foi incapaz de alcançar a reinterpretação estratégica desejada a partir do significado inicialmente autoevidente da norma como aplicável aos fatos. Em outras palavras, a escola dos estudos críticos jurídicos, como eu a entendo, aceita por completo a ideia positivista de que o direito é algumas vezes determinado e outras indeterminado. O CLS rejeita tanto a ideia de indeterminação global como a ideia de que sempre há uma interpretação correta, não importa quão obscura ou difícil de alcançar. Porém, também rejeita a ideia de que a determinação e a indeterminação são “qualidades” ou “atributos” inerentes à norma, independentemente do trabalho do intérprete.⁴⁰⁰

Não há, portanto, uma ontologia ou essência da norma que o intérprete apenas descobre e revela como determinada/indeterminada para identificar casos fáceis/casos difíceis, mas são os interesses do intérprete que estabelecem as estratégias utilizadas no trabalho jurídico, algo não problematizado nas teorias positivistas de Hart e Kelsen que compreendem a interpretação e a aplicação do direito em matéria de cognição ou discricionariedade. Para Duncan Kennedy e para os Estudos Jurídicos Críticos não há qualquer ilegitimidade no uso estratégico do direito, sendo, inclusive, essa condição inevitável, pois não reconhecem que há espaço de aplicação neutra e objetiva do direito, ou seja, não existem casos fáceis cognitivamente apreensíveis pela razão “pura”, mas antes estratégias de determinação, a partir da ideologia do intérprete.

³⁹⁹ KENNEDY, Duncan. Uma alternativa da esquerda fenomenológica à teoria da interpretação jurídica de Hart e Kelsen cit.

⁴⁰⁰ KENNEDY, Duncan. Uma alternativa da esquerda fenomenológica à teoria da interpretação jurídica de Hart e Kelsen cit.

Denunciam os teóricos críticos que a pretensão de uma aplicação neutra e racional esconde, ainda que de forma inconsciente pelo intérprete, certa visão liberal jurídica, fundamentando-se em um dos mitos do liberalismo em torno da separação dos poderes de que juízes apenas “aplicam a lei”, sendo a ideologia o campo reservado ao legislador democraticamente eleito, a quem compete criar o direito, escolhendo, segundo orientações políticas, como o direito deve ser.

Para Kennedy, as divergências de interpretação comumente encontradas entre juízes, tribunais e instâncias distintas sobre um mesmo caso, na aplicação da mesma regra, demonstram que o espaço de interpretação e aplicação do direito é atravessado por intensas disputas políticas e, portanto, ideológicas, sobre qual o melhor sentido deve ser extraído da norma. Como negação de que fazem trabalho jurídico ideologicamente orientado, os juízes normalmente utilizam comportamentos e atitudes estratégicas com o objetivo de esconder (conscientes ou não) suas motivações e preferências ideológicas, por meios de discursos jurídicos e argumentos que lhes garantam certa posição de neutralidade perante a aplicação do direito. É o que ocorre, por exemplo, quando juízes alternam imprevisivelmente entre as opções definidas pelas ideologias em conflito (bipolar) ou quando elaboram soluções mediadoras, impedindo o conflito, atendendo ambas as ideologias, com soluções “centristas” que garantam um pouco para cada lado, sendo, ambas, segundo Kennedy, posturas de má-fé que devem ser evitadas.

Nessa perspectiva, portanto, segundo defende Kennedy:

Assim, o trabalho faz mais do que preencher dinamicamente a moldura ou a penumbra com escolhas estrategicamente determinadas de normas. A ideologia influencia o trabalho, que influencia as molduras e núcleos, os quais, por sua vez, proporcionam, de uma visão coerente, meios para futuras destabilizações de outros núcleos e molduras.⁴⁰¹

Em defesa das críticas de que os Estudos Jurídicos Críticos adotam uma visão radical da indeterminação, deixando de reconhecer que na maioria dos casos os juízes agem de certo modo convergente, inexistindo conflito de razões entre eles e o que a norma determina (a maioria dos casos, segundo Hart), Kennedy afirma que o fato disso acontecer não está no elemento cognoscível, cuja essência torna a

⁴⁰¹ KENNEDY, Duncan. Uma alternativa da esquerda fenomenológica à teoria da interpretação jurídica de Hart e Kelsen cit.

determinação não problemática, mas porque, nessas hipóteses, é possível antecipar que nenhum trabalho será feito para desestabilizar a apreensão inicial, pois, em geral, o Judiciário é ideologicamente orientado pela mesma ideologia dominante na qual as normas são criadas, sendo despicando trabalhá-las para alterá-las o sentido, numa direção oposta. Mesmo os juízes ativistas, que concebem a necessidade de problematizar as normas, exercendo um papel ideologicamente orientado contra a ideologia dominante, pode fracassar em seu projeto, porque se antecipa que o trabalho realizado para desestabilizar a apreensão inicial fracassará (por exemplo, porque o juiz sabe que seu esforço será em vão, pois está certo de que sua decisão será reformada pelos tribunais superiores).

Em geral, como afirma Kennedy, a interpretação das normas ocorre a partir do filtro fenomenológico, sendo esse o

[...] modo como interpretamos um caso ou uma norma depende de uma série de convicções e valorações que carregamos conosco sobre os indivíduos, a sociedade, o Estado e o papel do Direito e da coerção. Sem este filtro, nenhum caso ou norma pareceria suficientemente determinado para ser compreendido.⁴⁰²

Essa afirmação significa que, em geral, juízes aplicam normas orientados para cumprir a agenda política que normalmente se espera que eles o façam. Os Estudos Jurídicos Críticos desafiam o liberalismo jurídico, denunciando as práticas jurídicas perpetuadoras do *status quo* e das desigualdades sociais e econômicas. A maior parte das teorias jurídicas contemporâneas não buscam desafiar a estrutura política constituída, a exemplo da versão do liberalismo igualitário de Dworkin, pois, em verdade, “são criadores de mitos no sentido de que criam narrativas de coerência e razão quando, na verdade, o direito é político e contraditório”.⁴⁰³

No campo da epistemologia feminista há quem compreenda que o termo “feminismo” pode ser abordado no singular, seja por pretender identificar o comum que reside em todos os problemas ligados ao gênero feminino, seja por acreditar que há uma vertente do feminismo que seja mais bem explicada sob uma lógica político-econômica, como se a opressão de gênero estivesse exclusivamente ligada a uma

⁴⁰² Definição apresentada no curso sobre Estudos Jurídicos Críticos, organizado pelo Grupo de Pesquisa Pura Teoria do Direito, intitulada “Crítica da Adjudicação e Uso engajado do Direito”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7VdRuRPUQm8&t=6851s>. Curso realizado em 22 jul. 2020.

⁴⁰³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo* cit., p. 551.

dada forma específica de ideologia política mais ou menos opressora (feminismo liberal, feminismo socialista, feminismo marxista, feminismo anarquista etc.), ou a algum aspecto subjetivo relacionado à raça, orientações sexuais ou classe social (feminismo negro, feminismo lésbico, feminismo decolonial, feminismo periférico etc.), ou, ainda, há quem a adote no plural, numa perspectiva que reconhece que diferentes fontes estruturais de desigualdade implicam-se mutuamente, produzindo demandas específicas para cada grupo de mulheres.

Há quem defenda, por exemplo, que o feminismo como epistemologia deve necessariamente adotar como premissa que a opressão primária é sempre sexual e atinge toda e qualquer mulher pelo simples fato de sê-lo, isto é, que reconhece “justamente a centralização do fator sexual enquanto definidor da experiência feminina no mundo”, cuja causa principal repousa na estrutura e cultura do patriarcado que acompanha em grande parte a história da humanidade e que não tem origem apenas nas relações econômicas surgidas pelas pretensões exploratórias capitalistas, como fazem crer algumas vertentes (feminismo marxista, por exemplo):

O que realmente diferencia o feminismo enquanto teoria e enquanto postura política é a identificação da raiz da opressão feminina aliada à luta contra a supremacia masculina. A teoria feminista é a única que parte da premissa de que a opressão primária da mulher é sexual (portanto, todas as mulheres do mundo compartilham, no mínimo, a opressão com base no sexo), e que essa opressão sexual inclusive gera, historicamente, outras opressões. Essa premissa aponta, simultaneamente, para a raiz do problema e para sua solução, ao mesmo tempo em que traça os limites do que é e do que não é de fato feminismo.⁴⁰⁴

Essa linhagem não desconhece que há pautas distintas dentro do movimento da luta feminista, mas compreende que existe uma causa primária que antecede todas as outras distinções possíveis entre o gênero feminino, e que é essa a leitura que deve fundamentar todas as abordagens possíveis, pois comum e central a quaisquer uma delas: o aspecto que reside no fator sexual e que promove por si só a supremacia masculina e a subalternidade de todas mulheres, independentemente de sua raça, classe social, ideologia política, identidade de gênero, preferências religiosas etc., todas elas secundárias ao problema primário contra o qual devemos nos voltar com

⁴⁰⁴ QG FEMINISTA. Existem “vertentes” no feminismo? 5 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/quais-s%C3%A3o-as-principais-vertentes-do-feminismo-ae26b3bb6907>. Acesso em: 6 jul. 2022.

primazia: a destruição do patriarcado que estrutura todas as demais discriminações de gênero (feminismo radical).

Com primazia na questão sexual, compreendemos a necessidade de reconhecer a existência de diferentes pautas no movimento feminista que tratam as especificidades e peculiaridades de grupos de mulheres que se distinguem entre si tanto pelo fenômeno de raça, etnia, classe, identidade de gênero, ideologia política, entre tantos outros fatores e reivindicações existentes e que se percebe a urgência de uma epistemologia que dê conta dessas diferenças, individualizando-as, mas a partir de uma compreensão que as inter-relacionam, como é a corrente denominada “feminismo interseccional”, para a qual o mais correto é o termo “feminismos”, no plural, portanto.

A interseccionalidade não se coloca apenas como uma corrente que reconhece as multiplicidades de pautas do movimento feminista, mas assimila e propõe a conscientização acerca da coexistência de discriminações simultâneas em que, *ultima ratio*, todas confirmam a existência de uma estrutura social que perpetua a relação de poder constitutiva da subalternidade do outro, da garantia de manutenção do privilégio de alguns e a marginalização e a precarização de muitos. Nesse sentido, o feminismo negro foi fundamental na evolução de um pensamento crítico e interseccional, como afirmam corretamente, a nosso ver, Luciana Melo e Ana Carolina Pontes:

Respeitadas as contribuições válidas e os muitos braços que impulsionaram as águas deste barco, as respostas contemporaneamente ofertadas pelo feminismo interseccional, em especial em ligação com os inestimáveis contributos prévios do feminismo negro, percebem o fundamental: qualquer contextualização ou conceituação do problema é carregada de ideologias. Estas precisam ser desconstruídas e ser estabelecidos os necessários recortes para que uma nova construção possa ser feita nos debates de gênero. Destaca-se a prévia – não no sentido histórico, mas no de precursor teórico da necessidade de recorte – contribuição do feminismo negro, pois este levantou a bandeira fundamental que permitiu ao feminismo interseccional avançar na compreensão dos mecanismos de reprodução das desigualdades.⁴⁰⁵

Há que observar, sem sombra de dúvidas, que a estrutura do patriarcado é assimilada de forma instrumental pelo avanço do sistema capitalista e forjado pelo

⁴⁰⁵ MELO, Luciana Grassano de Gouvêa; PONTES, Ana Carolina Amaral de. A hermenêutica jurídica e o feminismo: interpretação normativa e desconstrução do patriarcado. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 92.

discurso igualitário que marca o surgimento do Estado liberal, no fim do século XVIII, pois, a despeito do nascimento do constitucionalismo moderno com as revoluções liberais burguesas terminativas do absolutismo monárquico e o aparecimento das primeiras constituições escritas que “garantiram” os direitos individuais, também denominados direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, as mulheres continuaram alijadas do processo político, visto que em alguns países o voto feminino só foi alcançado no século XX. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a instituir o voto secreto e a garantir constitucionalmente o voto feminino,⁴⁰⁶ mas com a facultatividade do voto feminino e a proibição do voto dos analfabetos, esse direito não fora assegurado à grande maioria das mulheres negras na época.

O problema da representatividade feminina na política não foi solucionado com o sufrágio universal e os dados revelam que as mulheres continuam sendo minoria no Poder Legislativo e nas demais instâncias públicas de decisões políticas. Na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a título de exemplo, o percentual de ocupação das mulheres nas cadeiras legislativas federais é atualmente de 15% (com a eleição deste ano, passará a ser de 17,7% a partir de 2023) e 14,8% (passará a 17% em 2023),⁴⁰⁷ respectivamente. A luta feminista por igualdade política, preocupação principal do feminismo denominado de primeira onda, teve importância incontestável, mas não encerraram em si as questões estruturais que marginalizam as mulheres tanto como sujeito ativo, ocupando cargos políticos e assumindo o papel de lideranças políticas, como passivo, tendo em vista que as legislações e políticas públicas adotadas pelo Estado não têm se voltado com primazia para as demandas de gênero ou para a realidade que aflige o gênero feminino.

Como bem observa Gisele Mascarelli Salgado, o ambiente do direito é o lócus por excelência de um processo de apagamento dos sujeitos de direito, revelados tanto

⁴⁰⁶ Apesar de o voto secreto e o direito ao voto feminino terem sido reconhecidos com a entrada em vigor do Código Eleitoral Provisório, Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, fruto de uma conquista do movimento sufragista, após intensa luta e reivindicações no cenário nacional e internacional, somente em 1934 esse direito se constitucionaliza. Contudo, o exercício do direito ao voto das mulheres ainda era facultativo para a maioria delas, salvo para aquelas que exerciam função pública remunerada

⁴⁰⁷ Dados disponíveis em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/31/bancada-feminina-no-senado-diminui-em-2019>; <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/noticias/bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas>. Acesso em: 7 jul. 2022 (com dados atualizados com o pleito de 2022).

na legislação quanto na ciência do direito, produzidos por e para homens, brancos, proprietários e heterossexuais, excludentes de grupos historicamente oprimidos (negros, pobres, indígenas, mulheres, homossexuais etc.), protagonismo esse também presente nas instituições incumbidas de ensinar, interpretar e aplicar o direito e que têm o poder de interferir na realidade concreta. É nessa perspectiva que a autora nos convida a desenvolver uma epistemologia feminista no direito, ou seja, a depuração de um olhar crítico a tudo o que é produzido no ambiente jurídico.⁴⁰⁸

Nosso processo de constituição como seres sociais está intimamente relacionado com as experiências que nos chegam pela consciência, mas, sobretudo, por aquilo que não está expressamente revelado pelos sentidos, algo que se armazena no inconsciente e certamente constitui nossos atos, omissões e intenções. O direito como produto cultural, que depende da razão humana e da vontade daqueles sujeitos investidos de autoridade para criação, interpretação e aplicação da norma jurídica, não está infenso às influências subjetivas daqueles que personificam a função pública de construção de prescrições normativas, do nível mais geral e abstrato até os comandos concretos e individuais.

Nesse sentido, a obra do juiz federal, George Marmelstein, denominada *Discriminação por preconceito implícito*,⁴⁰⁹ mostra-nos como, do ponto de vista cognitivo, os fatores inconscientes interferem em nossas escolhas e comportamentos, porém nem sempre a crença genuína na igualdade como valor jurídico é suficiente para afastar a discriminação. Vimos no primeiro capítulo que nem todas as formas de dominação masculina estão no nível individual-comportamental consubstanciada na vontade deliberada de discriminar mulheres, como no caso do machismo e da misoginia. No entanto, esquemas mentais implícitos constituídos nos níveis social-estrutural (patriarcado) e social-cultural (masculinismo), respectivamente, são o bastante para atitudes e ações preconceituosas, que no Judiciário pode levar a decisões jurídicas que perpetuem a discriminação sexista.

Ainda que muito incipiente no Brasil, o debate sobre a urgência de incorporação nas disciplinas jurídicas do “direito antidiscriminatório brasileiro” vem ganhando contornos significativos, especialmente com o importantíssimo trabalho

⁴⁰⁸ SALGADO, Gisele Mascarelli. Epistemologia feminista no direito. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 67-68.

⁴⁰⁹ MARMELESTEIN, George. *Discriminação por preconceito implícito*. Salvador: JusPodvim, 2021.

desempenhado por juristas negros brasileiros, como o Professor Adilson José Moreira, Phillipe Oliveira de Almeida, Silvio Almeida e Wallace Corbo, que têm, a partir de suas experiências como professores universitários, proposto uma pedagogia jurídica politicamente engajada pautada pelo debate sobre (in)justiça racial, com o objetivo de alterar a forma de pensar e ensinar o direito no Brasil. Eles afirmam:

[...] os raciocínios jurídicos, ainda estruturados por premissas do liberalismo individualista, precisam ser reelaborados à luz de novas teorias, as quais permitam o entendimento “de que muitas categorias jurídicas refletem consensos sociais de grupos majoritários” e de que “os princípios da neutralidade e da objetividade devem ser abandonados, pois os sujeitos sociais são efeitos dos sistemas de significação social nos quais estão inseridos”.⁴¹⁰

Toda construção de uma hermenêutica feminista precisa necessariamente se voltar para o sujeito, pois o direito como objeto científico só pode ser compreendido em sua inteireza a partir das subjetividades que conformam o material jurídico disposto no sistema. Pela clara e perceptível perpetuação da estrutura patriarcal no ambiente jurídico, precisamos de uma teoria comprometida em exercer o papel crítico de denúncia radical do *status quo* e propositivo no sentido de apontar caminhos de ruptura com a hegemonia do patriarcado presente na *práxis* jurídica.

Uma epistemologia feminista também não pode ignorar o material jurídico produzido e que se traduz em normas jurídicas que adentram no ordenamento jurídico e determinam os comportamentos humanos, obrigando, proibindo e permitindo suas condutas, ou seja, seu objeto. É nesse sentido o alerta de Gisele Salgado ao afirmar que “para uma epistemologia feminista existir é necessário também pensar no objeto a ser estudado, no sujeito que estuda esse objeto e também nos métodos próprios, ou seja, naqueles que são os requisitos centrais de uma ciência”.⁴¹¹

Nessa perspectiva, portanto, partimos do pressuposto de que há duas dimensões que não podem ser ignoradas e que precisam estar mutuamente implicadas para uma depuração das razões que nos colocam como mulheres sujeitas às mais diversas práticas sociais discriminatórias e sistematicamente ignoradas na

⁴¹⁰ MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Phillipe Oliveira de; CORBO, Wallace. *Manual de educação jurídica antirracista*. São Paulo: Contracorrente, 2022. Ver também: MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2022. v. 1; MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2022; e ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural* cit.

⁴¹¹ SALGADO, Gisele Mascarelli. Epistemologia feminista no direito cit., p. 71.

interpretação do direito por quem o aplica, cuja função poderia promover uma racionalidade mais integradora e corretiva dessas desigualdades: o feminismo interseccional e a adoção de uma epistemologia decolonial.

A partir dessa dupla dimensão epistemológica, podemos compreender para além dos paradigmas filosóficos que fundamentam as teorias jurídicas que aqui denominamos de “hegemônicas”, mas a completa ausência de preocupação da maior parte delas com a racionalidade colonialista e etnocentrista que subjaz e perfaz toda uma institucionalização opressiva e perpetuadora das práticas jurídicas na concretização dos direitos das mulheres. Nesse sentido, elucidativas as palavras de Manuel Tavares em sua resenha apresentada à *Revista Lusófona de Educação* a respeito da obra de Boaventura de Sousa Santos intitulada “Epistemologias do Sul”:⁴¹²

O mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, que descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outros, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presentes na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas. Trata-se, pois, de propor, a partir da diversidade do mundo, um pluralismo epistemológico que reconheça a existência de múltiplas visões que contribuam para o alargamento dos horizontes da mundanidade, de experiências e práticas sociais e políticas alternativas. Não se questiona a importância e o valor da intervenção científica ao longo dos dois últimos séculos, sobretudo através da produtividade tecnológica, mesmo tendo em consideração os problemas criados para os quais a ciência moderna não tem solução. No entanto, este monopólio da ciência não pode ocultar e impedir-nos de reconhecer que há outras formas de conhecimento e outros modos de intervenção no real para os quais a ciência em nada contribuiu.

Se, por um lado, é verdade que a modernidade produziu no campo científico inegáveis avanços, não menos verdade, sob o manto da neutralidade e universalidade das proposições científicas objetivas pretendidas, que houve um completo encobrimento da realidade e dos contextos políticos e culturais que inexoravelmente lhes deram contornos sob a crença de que o saber racional pode ser puro e produzido a partir de um marco zero de sentido, como se o conhecimento estivesse distanciado

⁴¹² TAVARES, Manuel Epistemologias do Sul. *Revista Lusófona de Educação*, Lisboa, n. 13, 2009. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502009000100012. Acesso em: 8 jul. 2022.

das influências do sujeito e de tudo o que o constitui como ser pensante e produtor de ideias inserido no mundo. Conforme nos adverte Boaventura de Sousa Santos:⁴¹³ “[...] a ciência moderna consagrou o homem como sujeito epistêmico, mas expulsou-o enquanto sujeito empírico”.

Mesmo nas tradições filosóficas que se seguiram suplantando o binômio objetivismo/subjetivismo, produzindo teorias jurídicas sofisticadas e mais elucidativas no campo hermenêutico, rompendo com o paradigma que reconhece o sujeito como um ser isolado construindo saberes racionais à prova de verificabilidade, anunciando, assim, o nascimento da intersubjetividade e do papel da linguagem como constituidora do mundo e das pré-compreensões do sujeito no discurso científico, entendemos que lhe faltam um comprometimento mais acurado com os fatores estruturais que fragilizam e obscurecem a busca pela emancipação das minorias.

Para além de teorias que garantam a higidez das decisões judiciais em uma perspectiva substancialista, precisamos pensar criticamente as razões de fundo que impedem a universalização dos valores e princípios traduzidos após a Segunda Guerra Mundial em um grande pacto humanístico, ao menos pelo prisma ocidental, que permitiram não apenas a criação de um amplo sistema de proteção e legislações internacionais de direitos humanos, mas também sua internalização por meio da positivação de direitos fundamentais nas constituições extensas e rígidas utilizadas por países que adotaram o constitucionalismo democrático, mas que, na prática, ainda são carentes de instrumentos que efetivamente garantam sua concretização na realidade brasileira.

O papel da teoria crítica e, nessa perspectiva, o desenvolvimento de uma teoria hermenêutica jurídica feminista devem ser capazes de fornecer coordenadas mais precisas e respostas mais satisfatórias em matéria de concretização para uma interpretação e aplicação das normas jurídicas que sejam suficientemente qualificadas para promover a equidade e romper o ciclo perverso de opressão e violência contra uma parte significativa da sociedade, como ocorre com o gênero feminino.

Não devemos nos furtar de pensar e oferecer uma teoria da interpretação que permita enxergar nosso contexto político, econômico e social, conformador de uma

⁴¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 81.

lógica institucional colonialista, patriarcal e marginalizante. Em nome da autonomia do objeto científico, as teorias jurídicas parecem comumente procurar fundamentos autorreferenciais para o direito, descolando-o da realidade em que é ao mesmo tempo produto e produtor de fatos sociais. Há uma ambiguidade em buscar a saída para nossos problemas jurídicos concretos tão somente no direito, pois as razões das deficiências muitas vezes são externas a ele e devem ser explicadas a partir de um conhecimento mais abrangente da realidade que o constitui e conforma.

É preciso abandonar um lugar-comum da hermenêutica constitucional de que a coerência na aplicação das normas constitucionais decorre de uma cognição sistemática, alcançada por fórmulas argumentativas e ponderações de valores colidentes, como pretende, por exemplo, a teoria da argumentação jurídica, como se o texto normativo fosse capaz de, por si só, revelar seu melhor sentido ou propiciar a interpretação que satisfaz sua melhor luz, em face dos valores que encampa a partir dos fatos apresentados.

E pior, há teorias que continuam apostando na capacidade de agentes políticos estarem verdadeiramente comprometidos com a melhor interpretação do direito a cada caso apresentado e que suas decisões serão adotadas levando em conta seu dever de coerência e responsabilidade democrática, em face da comunidade de princípios em que tais normas se inserem. Nada mais utópico em uma realidade em que não há sequer consenso com pressupostos mínimos de uma existência compartilhada que constitua uma intersubjetividade democrática.⁴¹⁴

Uma abordagem hermenêutica decolonial do direito deve se preocupar, sobretudo, com a revelação do sentido oculto nas interpretações ou narrativas do sujeito emissor das prescrições normativas a partir de sua inserção no contexto em que está projetado como ser social, da realidade que constitui sua visão de mundo, numa espécie de revelação da narrativa autobiográfica e de sua dimensão teleológica: “a interpretação que se alicerça no presente, busca raízes e motivações no passado que se tornam úteis para reinventá-lo, adequando-o a um projeto de vida futuro”.⁴¹⁵

⁴¹⁴ A utopia aqui referida não é uma crítica acerca da teoria de Dworkin, mas da impossibilidade de aplicá-la no Brasil. A perda de *common ground* nas sociedades democráticas a partir do final do século XX foi preocupação que o próprio autor denunciou, como podemos ler em sua obra *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

⁴¹⁵ PASSEGGI, Maria da Conceição. A pesquisa (auto)biográfica: por uma hermenêutica descolonizadora. Coisas de gênero. *Revista de Estudos Feministas em Teologia e Religião*, São

3.3.1 O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero e o uso estratégico do direito antidiscriminatório

Diante da insuficiência das teorias jurídicas tradicionais hegemônicas para melhor compreensão das questões políticas que influenciam o processo de cognição humana e a formação de vieses de discriminação no processo de tomada de decisões jurídicas, alicerçadas ainda na crença de que a imparcialidade e a neutralidade são garantias processuais inafastáveis da atuação judicante, em que medida uma perspectiva crítica do fenômeno hermenêutico pode de fato propiciar um paradigma antidiscriminatório de gênero para evitar a perpetuação da desigualdade entre grupos oprimidos historicamente?

As principais teorias hermenêuticas que tentaram superar a discricionariedade judicial, os decisionismos e subjetivismos morais dos intérpretes autênticos, não aprofundaram com a atenção necessária o papel desempenhado pelo comportamento dos aplicadores da norma jurídica, diante da compreensão de que tais temas seriam extrajurídicos e afetos à sociologia jurídica e áreas afins e, portanto, estranhos ao verdadeiro conhecimento do cientista dogmático do direito ou da filosofia do direito. Nossa pretensão é propiciar ao menos uma reflexão mais pujante do quanto a impermeabilidade da ciência do direito com outras áreas do conhecimento obscurece uma leitura mais realista e pragmática dos discursos jurídicos na prestação jurisdicional que envolvem, especialmente, grupos minoritários.

Assim, demonstraremos nossa visão hermenêutica para além dos modelos tradicionais, acrescentando, na perspectiva da nova epistemologia empreendida por autores dos Estudos Jurídicos Críticos, uma dimensão que denominamos “hermenêutica fenomenológica de gênero”, no sentido de contribuir para a superação das metodologias fundamentadas no sujeito-objeto e, com certa dose de imaginação criativa e desapego à tradição jurídica, propiciar o avanço de metodologias que busquem a tônica de suas investigações na relação sujeito-sujeito, com recorte na dimensão da igualdade de gênero à luz dos vieses cognitivos e dos sentidos que reproduzem preconceitos e discriminações historicamente construídos na sociedade brasileira e que interferem na tomada de decisões e nos argumentos de justificação

pelos órgãos jurisdicionais na contramão da concretização e efetivação dos direitos das mulheres.

A evolução da psicologia comportamental e os resultados obtidos nas pesquisas que envolvem o conhecimento cognitivo, isto é, como nosso cérebro recebe e processa as informações que nos chegam, oferecem respostas interessantes acerca de como pensamos e tomamos decisões, desde as mais simples e cotidianas até as mais complexas e que exigem um pensamento mais demorado, cuidadoso e refletido. Nosso intento principal é investigar como o campo do saber desenvolvido pela psicologia e neurociência pode nos ajudar a compreender as decisões jurídicas que envolvem o recorte de gênero, sob o influxo dos vieses e distorções cognitivas que perpetuam a existência de assimetrias e hierarquias sociais naturalizadas com base nas diferenças atribuídas aos gêneros masculino e feminino, histórica e socialmente construídos pelo patriarcado e masculinismo e que conformam e estruturam as subjetividades individuais.

É, portanto, nessa perspectiva crítica tão necessária à compreensão da hermenêutica jurídica que situamos nossa opção fenomenológica de gênero nesta investigação externa ao direito, buscando elementos da psicologia comportamental e da neurociência na tentativa de contribuir para a teoria jurídica comportamental, que leva em conta não apenas a técnica do direito, mas também os ruídos e as distorções cognitivas que interferem na interação dos subsistemas comunicativos,⁴¹⁶ gerando decisões enviesadas, preconceituosas e que perpetuam a dominação masculina nas relações sociais que produzem sistematicamente violações de toda sorte aos direitos das mulheres e da igualdade de gênero.

Apesar da superação dos modelos semânticos de interpretação por paradigmas hermenêuticos pragmáticos nas últimas décadas, influenciados pelo giro ontológico-linguístico, a exemplo das contribuições de Heidegger e Gadamer, que introduziram o elemento prático no fenômeno de construção da verdade (momento hermenêutico), cujas estruturas condicionam e precedem o conhecimento, por meio da linguagem em que habita o comum partilhável em cada comunidade e que antecipa

⁴¹⁶ Niklas Luhmann, em sua *Teoria dos sistemas*, identifica uma pluralidade de subsistemas comunicativos no interior do grande sistema social, cada qual operando por uma racionalidade binária própria e autônoma. Subsistemas fechados sintaticamente, o que lhes prove autonomia, mas abertos semântica e pragmaticamente, o que faz surgir a ocorrência de uma racionalidade transversal, no sentido de Wolfgang Iser, pela influência de sentido intersistêmica. Luhmann trata essa conexão semântica concentrada e duradoura entre subsistemas pelo conceito de acoplamento estrutural.

qualquer constituição do sujeito no processo interpretativo, tais teorias, a nosso ver, não oferecem uma metodologia fenomenológica que nos permitam enxergar os desafios contemporâneos sob a ótica dos problemas particulares que enfrentam os países que não superaram os efeitos perversos do capitalismo, do colonialismo e do patriarcado.

O pressuposto dessa nova abordagem hermenêutico-filosófica reconhece que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas a condição de possibilidade de existência do sujeito e sua compreensão do objeto, o qual não pode mais ser entendido a partir da consciência individual do sujeito pensante, mas da existência de algo que o precede e o constitui: a comunidade e a interação intersubjetiva que ocorre na dimensão da linguagem.⁴¹⁷

Ao paradigma ontológico-linguístico acrescentamos como pressuposto metodológico a necessidade de descortinar as estruturas sociais, econômicas e políticas que condicionam a compreensão que se realiza pela linguagem e que influenciam os atores institucionais nos discursos de justificação nas decisões jurídicas, constituindo-se a partir de pré-compreensões marcadas pela opressão monolítica do patriarcado e que se revelam por meio de vieses e distorções cognitivas que perpetuam desigualdades.

A construção de uma hermenêutica fenomenológica, com olhar para as desigualdades de gênero, precisa necessariamente se voltar para o sujeito, pois o direito como objeto científico só pode ser compreendido em sua inteireza a partir das subjetividades que conformam o material jurídico disposto no sistema, descortinando os mitos que envolvem a crença das normas jurídicas como prescrições neutras, os destinatários normativos como sujeitos universais e os intérpretes autênticos como sujeitos imparciais e desinteressados.

O sujeito da fenomenologia anticolonialista rompe com o paradigma do sujeito universal do consenso racional das vertentes liberais da filosofia política. Trata-se, contudo, do sujeito invisibilizado e oprimido, o que Boaventura de Sousa Santos denomina de “sociologia das ausências”,⁴¹⁸ rompendo, assim, com o cientificismo eurocêntrico que marca as teorias tradicionais hermenêuticas.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* cit., p. 14-17.

⁴¹⁸ Segundo Boaventura de Sousa Santos, “a sociologia das ausências é a pesquisa sobre os modos como o colonialismo, sob a forma de colonialismo de poder, de conhecimento e de ser, funciona em conjunto com o capitalismo e o patriarcado a fim de produzir exclusões abissais, ou seja, a fim de tornar certos grupos de pessoas e formas de vida social não existentes, invisíveis, radicalmente inferiores ou

Pela clara e perceptível perpetuação da estrutura patriarcal no ambiente jurídico, precisamos de uma teoria comprometida em exercer o papel crítico de denúncia radical do *status quo* e propositivo no sentido de apontar caminhos de ruptura contra a hegemonia do patriarcado presente na práxis jurídica, o que só pode ser empreendido, em nosso entendimento, a partir de uma visão de mundo que reconheça a dicotomia entre a sociabilidade metropolitana e a sociabilidade colonial, identificando as exclusões abissais que perpetuam múltiplas desigualdades e opressões e que não foram superadas com o fim do colonialismo territorial.⁴¹⁹

No mesmo sentido, em obra recente, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Guilherme Roman Borges preceituam a necessidade de superação do direito como norma a partir de uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira que supere o direito eurocêntrico, propondo uma guinada teórica em direção ao direito como instrução e a um direito e ciência do direito descolonizados. À guisa de conclusão, preceituam os referidos autores:

Vivemos num país latino-americano, que começa a refletir o processo de “descolonização” no direito, e, portanto, precisa passar institutos técnicos e racionalidade jurídica (normativa, ordenamental e decisória) pelo “filtro descolonial”, mas que é acanhado ideológica e formalmente por novos transplantes irresponsáveis (porque irrefletidos) vindos do exterior, e ao mesmo tempo precisa lidar com a superação ontológica do *direito como norma* por um *direito como instrução* num plano mais abstrato e com a luta por direitos de excluídos e invisibilizados ainda numa matriz tradicional que até hoje não foram reconhecidos pelo *direito oficial*.⁴²⁰

Pensar em um novo projeto de pragmática jurídica que supere o ideal de racionalidade e universalidade legados da modernidade e da fugaz idealização da legitimidade democrática pelo procedimento é o objetivo que nos anima neste texto, a partir do que Tercio Sampaio Ferraz Jr. denomina de “filtragem descolonial”,⁴²¹ e que, portanto, se apresenta na hermenêutica jurídica feminista como “filtragem antissexista”.

radicalmente perigosos, em suma, descartáveis ou ameaçadores” (*O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do sul*. Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 49-50).

⁴¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do sul* cit.

⁴²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. posição 388. E-book Kindle.

⁴²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro* cit., posição 3916.

Demonstraremos como a construção da subjetividade colonialista, patriarcal e racista marca os juízos intuitivos e os comportamentos decisoriais a partir de mecanismos cognitivos que influenciam os modelos de justificação dos discursos jurídicos, perpetuando a lógica de tratamento desigual que estrutura a sociabilidade jurídica brasileira, por meio dos vieses cognitivos e das heurísticas.

Os vieses cognitivos funcionam em nosso cérebro como atalhos mentais (heurísticas) ou regras práticas que simplificam o processamento de informações e nos capacitam a tomar decisões rapidamente. Apesar de muitas vezes nos levarem a pensamentos distorcidos, os vieses cognitivos não são necessariamente ruins, pois, ao nos fazerem decidir rapidamente, podemos nos livrar de situações perigosas ou ameaçadoras ou ainda nos permitem uma decisão imediata mesmo sem que tenhamos clareza de todas as informações acerca da situação e suas prováveis consequências.

Apesar dessa importância prática em algumas situações de aparente perigo e emergência em que somos impulsionados a decidir sem evidências claras, mas tão somente diante de meras suposições, muitas delas armazenadas em nosso cérebro (memórias) como mecanismo adaptativo eficaz da espécie humana, são os vieses cognitivos os grandes responsáveis pelas nossas falhas de julgamento, pois são capazes de nos induzir a convicções e crenças enganosas sobre muitas informações e situações em que somos compelidos a tomar decisões. O conceito de viés cognitivo foi introduzido pela primeira vez pelos pesquisadores Amos Tversky e Daniel Kahneman, em 1972. Desde então, os pesquisadores descreveram vários tipos diferentes de vieses que afetam a tomada de decisões em uma ampla gama de áreas, incluindo comportamento social, cognição, economia comportamental, educação, gerenciamento, saúde, negócios e finanças, entre outros.

Apesar da importância de apreender todos os vieses cognitivos identificados e descritos por especialistas na área do conhecimento humano, alguns deles são tão recorrentes que é preciso aprofundá-los com mais atenção, pois comumente nos permitem pensamentos falhos e julgamentos imprecisos em temas de grande relevância e repercussão em nossa vida. É o que ocorre, por exemplo, com o “viés de confirmação”, que está presente não apenas em análises e julgamentos feitos por pessoas leigas, mas também por autoridades no campo do desenvolvimento científico. Muitas pesquisas são orientadas e “comprovadas” por meio de distorções desse viés cognitivo. O viés de confirmação é a tendência das pessoas a se

concentrarem apenas nas evidências que confirmem suas crenças e opiniões, ignorando ou minimizando os indícios que as infirmem ou as refutem, sem que com isso possam desafiar e aprimorar seus pontos de vista.

Para que possamos evitar o viés de confirmação ao analisarmos e avaliarmos determinada informação ou situação antes de julgá-la, é preciso antes de tudo estarmos muito atentos e dispostos a reconhecer com honestidade nossas próprias crenças, preconceitos e limitações. A partir daí, precisamos nos abrir à possibilidade de estarmos errados ou tendenciosos em nossos julgamentos. Uma boa forma de reconhecer um viés de confirmação seria começar se perguntando: “essa informação confirma uma crença minha?”. Se a resposta for sim, existe uma maior chance de acreditarmos em seu conteúdo sem questionar e, portanto, sem pensamento crítico. Reconhecer a influência de vieses cognitivos sobre julgamentos e decisões pressupõe ir além da consciência de que eles existem; significa também se manter em constante estado de vigilância sobre os próprios pensamentos e emoções, agindo sempre com prudência e domínio dos impulsos a fim de que se possa viver com responsabilidade, coerência e integridade. Nesse sentido, assertivas as afirmações de Nathaly Campitelli Roque e lane Naia Del Bel, em artigo sobre o “O juiz e a emoção na era da inteligência artificial”:

O Magistrado não está imune às influências do inconsciente [...]. Portanto, sua neutralidade não é possível. Paradoxalmente, essa constatação tem o potencial de tornar as decisões mais imparciais. Enquanto negados e reprimidos, os sentimentos mantidos inconscientes dominam as decisões de forma muito mais poderosa e incontrolável. O esforço de tornar conscientes os elementos emocionais que influem nas decisões, de um lado, representa o reconhecimento da ausência do controle da razão, mas, de outro, torna as influências pessoais mais controláveis. Isso porque o Magistrado, consciente de seus sentimentos, do que o afeta em cada caso, das relações que faz com suas experiências pessoais, não formará sua convicção de forma inconsciente com base em preconceitos. Ele poderá sentir, reconhecer que o caso o afeta de modo particular e separar o que é sua experiência de vida, seus valores pessoais, do que é específico do caso em questão, usando suas afetações para produzir conexão e empatia ao invés de projeções.⁴²²

No ato de aplicação do direito por um órgão julgador são comuns afirmações que denunciam a prática de que os julgadores primeiro decidem, de forma intuitiva e subjetiva, a partir de suas convicções individuais e preferências morais sobre o fato

⁴²² ROQUE, Nathaly Campitelli; DEL BEL, lane Naia de Oliveira Ruggiero. O juiz e a emoção na era da inteligência artificial cit., p. 379-405.

levado à jurisdição, para somente depois buscarem argumentos normativos que confirmem as premissas de sua decisão, dada a obrigação inafastável da externalização da motivação da decisão pelo decididor. Na maioria das vezes, esse caminho entre descoberta e justificação do raciocínio jurídico é inconsciente e esconde uma série de fatores extrajurídicos, psicológicos, emocionais e afetivos, que perfazem a convicção do julgador.

Além do viés de confirmação exposto anteriormente, o fenômeno denominado “dissonância cognitiva” é outro efeito comum constatado pela psicologia cognitiva. Ele consiste em comprovar que, em geral, buscamos certo conforto cognitivo e reagimos mal quando recebemos informações que contradizem nossas crenças e intuições morais, criando mecanismos cognitivos para rejeitá-las, reduzindo, assim, a inconsistência percebida pela mente e restabelecendo o conforto mental.

O viés de disponibilidade, por sua vez, impede a correta racionalização do julgamento, pois leva em consideração apenas informações disponíveis e amplamente conhecidas sobre uma realidade particular. Essa distorção cognitiva é muito comum nos julgamentos que envolvem grupos oprimidos e reforça estigmas de classe, raça e gênero, influenciando os resultados das decisões, constituindo-se em óbices para a superação do pensamento tendencioso e preconceituoso sobre certos indivíduos, condutas e contextos. Ancorado nesse viés, é muito comum que o julgador valore de forma desigual as provas apresentadas pelas partes no processo, dando maior relevo e credibilidade àquelas que confirmem suas crenças e intuições e que se tornarão aptas a sustentar a motivação de sua decisão.

No campo das pesquisas em torno de decisões criminais, são corriqueiras as afirmações que denunciam o comportamento desviante do julgador que recorrentemente emite juízos condenatórios sob a influência da heurística e dos vieses cognitivos.⁴²³ Os indivíduos pertencentes aos estratos mais marginalizados da sociedade, e que são estigmatizados como potenciais bandidos, são amplamente culpabilizados por condutas ilícitas mesmo diante da escassez de provas ou com base em elementos probatórios frágeis, como o testemunho da autoridade policial que realizou a prisão em flagrante por porte de drogas ou reconhecimento fotográfico pela vítima, nos casos de acusações de crimes de roubo.

⁴²³ Nesse sentido, o artigo do Juiz Federal Flávio da Silva Andrade, intitulado: A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019.

Ademais, a partir do viés da ancoragem, que influencia nossos julgamentos por determinar uma decisão com base apenas em uma primeira informação sobre determinado assunto, permite-se que muitas decisões sejam falhas e enviesadas por desconsiderar elementos importantes que poderiam contrapor-se à ideia primeira. Sobre esse aspecto afirma Flávio da Silva Andrade: “[...] o conhecimento dos autos do inquérito policial pelo juiz sentenciante não pode levá-lo a edificar um provimento condenatório, a partir do viés da ancoragem, se provas incriminadoras não foram colhidas na esfera judicial, mediante o contraditório”.⁴²⁴

Ciente desses fatores psicológicos e comportamentais que influenciam a tomada de decisões jurídicas em questões que envolvem a perspectiva de gênero, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Portaria 27, de 2 de fevereiro de 2021, um Grupo de Trabalho com a finalidade de produzir um guia interpretativo voltado aos magistrados e magistradas, para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, resultando na publicação do “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021”.⁴²⁵

Conforme nota introdutória dos autores do referido Protocolo, o trabalho produzido pode ser assim justificado:

Este instrumento traz considerações teóricas sobre a questão da igualdade e também um guia para que os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos.⁴²⁶

A necessidade de se instituírem parâmetros de julgamentos com perspectiva de gênero foi percebida diante da constatação de que, apesar de existirem legislações avançadas no que tange à tentativa de implementar a igualdade de gênero na realidade brasileira, a aplicação desses diplomas normativos comumente não atingia

⁴²⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos cit., p. 507-540.

⁴²⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022.

⁴²⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 7.

o escopo para o qual foram criados em razão da perpetuação de preconceitos e discriminações que fundam a sociabilidade brasileira e que estão inconscientemente arraigados na mentalidade patriarcal de muitos julgadores, revelados por decisões que confirmam os estereótipos de gênero, a divisão sexual do trabalho, a violência de gênero e a permanência de outros marcadores sociais como elementos que impedem a efetiva realização da igualdade material e substantiva entre grupos historicamente oprimidos, tal como o racismo, o patriarcalismo e a opressão de classe.

Como exemplo de operação de estereótipos de gênero no direito e na atividade jurisdicional como fator de influência na apreciação da relevância de determinados fatos nos julgamentos, o Protocolo traz alguns exemplos de como magistrados e magistradas podem incorrer em estereótipos de gênero em suas decisões:

Confere ou minimiza relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero. São exemplos dessas atitudes quando a magistrada ou o magistrado, em casos de violência sexual, ao mesmo tempo em que coloca em dúvida os relatos das vítimas (minimiza relevância), passa a supervalorizar o comportamento delas antes do momento da violência, ou a roupa que elas usavam (maximiza relevância), influenciado pela ideia preconcebida de que cabe às mulheres recato e decência;

Considera apenas as evidências que confirmam uma ideia estereotipada, ignorando aquelas que a contradizem. Por exemplo, quando se atribui maior peso ao testemunho de pessoas em posição de poder, desconsiderando o testemunho de mulheres e meninas em casos de violência doméstica ou em disputas de guarda envolvendo acusações de alienação parental, a partir da ideia preconceituosa de que as mulheres são destemperadas, vingativas, volúveis e menos racionais do que os homens. Da mesma forma, estereótipos operam no descrédito atribuído a relatos de trabalhadoras quanto às más condições de trabalho ou a situações de assédio;

Utiliza ideias preconcebidas sobre gênero como uma máxima de experiência para tomar um fato como certo. Exemplo desse tipo de julgamento é a negativa do direito à adoção por casais homossexuais, sob o prejulgamento de que a ausência de pai/mãe do sexo masculino/feminino possa resultar em um risco para o desenvolvimento integral das crianças. Outro exemplo, é presumir a negligência com filhos da mãe acusada de tráfico, como fundamento para negar a prisão domiciliar. Para evitar esses prejuízos, universalizações de experiência devem ceder lugar ao escrutínio probatório idôneo e livre de vieses, atento ao caso concreto.⁴²⁷

No que concerne à violência de gênero, a desigualdade estrutural de gênero e o intercruzamento desta com demais marcadores sociais de opressão produzem efeitos perversos que replicam assimetrias em razão do poder estrutural que funda as

⁴²⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 29-30.

subjetividades e racionalidades limitadas, influenciados por fatores como: a) materiais – como a dependência financeira das mulheres, algo bastante comum em casos de violência doméstica, além da subordinação no trabalho, que se encontram por detrás do assédio sexual; b) culturais – como a existência da “cultura do estupro” que autoriza e naturaliza a violência sexual e atribui à vítima a culpa pela prática do ato. Nesse sentido, a ideia de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” revela-se como grande facilitadora da violência doméstica, assim como o silêncio com relação ao abuso sexual de crianças, que, ao tornar o assunto um tabu, não permite o enfrentamento do tema e contribui para sua perpetuação; c) ideológicos – como a erotização das mulheres, que se encontra, muitas vezes, por detrás de crimes de abuso sexual, e a misoginia e a cis/heteronormatividade, que encorajam feminicídios e atos de LGBTfobia; d) poder – como de dominação e de controle, que permeiam, por exemplo, os chamados estupros “corretivos” de mulheres lésbicas e de pessoas trans em geral, a pornografia de vingança e a esterilização forçada.⁴²⁸

A divisão sexual do trabalho, por sua vez, compreende a naturalização de crenças fundadas em diferenças sexistas no que tange à construção histórica e social que podem ser assim resumidas:

(i) a partir da construção histórica, social e cultural do gênero com base na ideia essencialista de que existiram alguns tipos de trabalho “naturalmente” masculinos e trabalhos “naturalmente” femininos; e (ii) da construção de uma hierarquia ao valorizar o trabalho masculino em comparação ao feminino, ou seja, há uma diferenciação, mas também uma hierarquização.⁴²⁹

Essa mentalidade sexista opera-se na lógica da divisão entre trabalho produtivo e reprodutivo, conforme segue:

Um desses padrões é a divisão entre trabalho produtivo e trabalho reprodutivo. Historicamente, na sociedade capitalista, atribuiu-se aos homens o trabalho produtivo, que se dá na esfera pública, é remunerado, tem reconhecido valor social e por meio do qual se obtém renda suficiente para corresponder ao papel do gênero masculino de provedor. Paralelamente, atribuiu-se e naturalizou-se o ideário patriarcal de ser a mulher a responsável, única ou prioritariamente, pelo trabalho reprodutivo, ou de cuidado (remunerado e não remunerado), isto é, o trabalho de manutenção da vida e de reprodução da sociedade. O trabalho de cuidado tem dupla dimensão. Na esfera do espaço privado doméstico, pode ser realizado de forma

⁴²⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 31.

⁴²⁹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 25.

gratuita ou remunerada, neste último caso, por profissionais como empregadas domésticas, babás, cuidadoras e diaristas. Também o trabalho de cuidado se realiza na esfera externa ao ambiente privado, por meio de profissionais de saúde, limpeza, assistência social, educação e alimentação. Encontra-se aqui uma marcada diferença entre mulheres de diferentes raças e classes no Brasil: muitas vezes mulheres brancas, de classes mais altas, têm a possibilidade de transferir o trabalho doméstico para outras mulheres – que muitas vezes atuam na informalidade ou recebendo salários baixos.⁴³⁰

Diante do quadro apresentado *supra*, é fundamental a construção de uma abordagem interpretativa que considere esses marcadores de forte discriminação, desigualdade e violência que subjazem a forma como grupos oprimidos são tratados na sociedade a fim de que se promovam, pela via interpretativa, julgamentos imparciais que superem os estereótipos de gênero, a divisão sexual do trabalho, a violência de gênero e os demais marcadores sociais de dominação, como o patriarcado, o racismo e as diferenças de classe social.

Nesse sentido, o Protocolo se apresenta como importante instrumento da hermenêutica jurídica feminista como filtro interpretativo antidiscriminatório de gênero, sendo o fortalecimento para sua observação pelos juízes uma agenda com que os teóricos críticos do direito podem agora contar. Dessarte, afirmam os autores do Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero:

Um julgamento imparcial pressupõe, assim, uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.⁴³¹

O referido Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero é um passo essencial na construção de uma hermenêutica fenomenológica de gênero como guia eficaz interpretativo e filtro fenomenológico antidiscriminatório, pois orienta a atuação judicante de magistrados e magistradas, em distintos ramos da Justiça (Federal, Estadual, Trabalho, Eleitoral e Militar), no reconhecimento de vieses cognitivos que interferem nas decisões jurídicas em temas cujas discriminações por preconceitos implícitos se revelam comumente presentes em seus discursos de justificações na aplicação do direito, sobretudo das legislações protetivas da igualdade de gênero.

⁴³⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 25.

⁴³¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 1.º jun. 2022, p. 36.

Não temos a ingenuidade de afirmar que, com isso, nossas contradições e desigualdades serão resolvidas, pois, como demonstramos, elas são constitutivas de nossa estrutura social e política. Entretanto, acreditamos que as lutas políticas feministas deram mais um importante passo para que as opressões que denunciam encontrem no material jurídico paradigmas que reforcem o uso estratégico do direito e uma posição engajada que permitam avançar na luta social contra as opressões de que são vítimas muitas mulheres, sobretudo aquelas atravessadas por diversos marcadores que se interseccionam.

Se com a evolução do paradigma hermenêutico filosófico pudemos conhecer a primazia do elemento linguístico na forma de produzir, interpretar e aplicar as normas jurídicas, precisamos de teorias que revelem como a linguagem é operada e manipulada para atender interesses essencialmente excludentes e opressores na realidade brasileira, ainda que essa expectativa não se revele de forma consciente e intencional, mas, antes de tudo, resultado de uma afetividade política herdeira do colonialismo e patriarcado que fundam nossa sociabilidade e subjetividades individuais.

CONCLUSÕES

A hermenêutica jurídica é o campo do estudo do direito que tem propiciado maior divergência teórica entre os juristas. De uma visão mais formalista até as antiformalistas, em suas mais variadas abordagens desde o século XIX, o problema da indeterminação das normas jurídicas tem encontrado respostas distintas em permanente disputa nas teorias da decisão judicial, colocando a questão dos fundamentos do direito como critérios com os quais deve ocorrer a descoberta da única resposta correta como central no debate, em face da multiplicidade de sentidos que a linguagem normativa encerra, apresentando-se, assim, como o desafio insuperável dos desacordos teóricos em direito.

O incômodo gerado pelo positivismo jurídico quanto à insuperável discricionariedade judicial e à impossibilidade de fixar limites científicos à atividade jurisdicional em todos os casos em que os órgãos judiciais são instados a decidir produziu na teoria jurídica diferentes versões de modelos decisórios com pretensões de racionalização, cujos paradigmas da decisão correspondem aos valores da democracia constitucional, assegurando a interpretação como locus privilegiado da defesa dos direitos fundamentais, apresentando-se como trunfos dos indivíduos contra o autoritarismo estatal e os sistemas mais perversos de opressão e, assim, traduzindo-se como herança histórica do processo civilizacional dos povos que conformam a ideia mesma do Estado de Direito.

De uma dimensão procedimental de democracia caminhamos no pós-Segunda Guerra, a partir da experiência de regimes fascistas, para uma versão substantiva, sendo os valores expressos como direitos fundamentais e normatizados como princípios jurídicos na ordem interna dos Estados constitucionais democráticos o limite intransponível para o exercício da coerção estatal, reformulando o conceito clássico de soberania e impondo uma nova concepção do exercício da jurisdição constitucional, como um poder contramajoritário que garanta a efetividade dos direitos contra maiorias ocasionais e o exercício arbitrário do Estado, cuja engenharia institucional assegure a autonomia do direito e a legitimidade democrática, contra voluntarismos e subjetivismos que atentem contra a legalidade constitucional.

Do ponto de vista epistemológico, a superação do paradigma da subsunção como método de aplicação do direito na solução de litígios impôs-se como necessidade diante da complexidade social e dos problemas da linguagem que

impediam uma concepção legalista e formalista radical da interpretação de resolver, pois a norma não encerra em si todas as dimensões que emergem da realidade social, desmistificando as crenças e os mitos constitutivos do positivismo legalista. O paradigma da subsunção operado pelo objetivismo na metafísica e na metaética caminhou assim nas teorias jurídicas para o subjetivismo da filosofia da consciência. Apesar de constituir-se como espantalho teórico a difundida visão do formalismo acerca da aplicação mecanicista do estigmatizado juiz “boca fria da lei”, o silogismo se apresentou como método demasiado simplista para resolver problemas concretos complexos, que demandavam abertura para outras considerações na concretização dos fins próprios da noção mesma de constitucionalismo e Estado de Direito.

Nessa dimensão, o giro linguístico operado na filosofia da linguagem no início do século XX coloca o problema da linguagem como central nas abordagens da filosofia do direito, cujas correntes foram identificadas como analíticas, tanto nas versões do neopositivismo lógico (teorias semânticas) quanto nas abordagens pragmáticas empreendidas pela filosofia da linguagem ordinária, cujo pressuposto inexorável de ambas compreende o papel da linguagem como instância na qual se produzem os significados e o sentido da norma jurídica, indispensável para a correta compreensão do fenômeno jurídico. Pela não superação do esquema sujeito-objeto nas teorias do conhecimento, em geral, e do direito, em particular, que transferiram o acesso à verdade como constructo subjetivo do sujeito cognoscente, o giro ontológico linguístico desloca a questão do fundamento para a estrutura constituidora de mundo: a linguagem. Compreendida esta não como mera ferramenta, mas como condição de possibilidade de acesso ao conhecimento que se opera intersubjetivamente, uma espécie de ontologia fundamental em que linguagem e compreensão são fatores mutuamente implicados de forma circular (círculo hermenêutico).

Com essas novas descobertas, o giro ontológico-linguístico torna-se assim fundamental como condição de possibilidade para o acesso hermenêutico ao direito, em que a interpretação deixa de ser meramente conceitual e compreendida de forma analítica e passa a ser experiência, em que a compreensão do texto normativo é condicionada pela historicidade, na qual a interpretação apresenta-se imprescindível na atualização contínua do sentido da regra jurídica, cuja aplicação opera-se a partir da concretização de valores e circunstâncias que só podem ser aferidos individualmente a cada caso novo. As teorias pós-positivistas, sobretudo a partir de Dworkin, incorporam o paradigma subjetivista do acesso hermenêutico ao direito,

superando os equívocos das teorias tradicionais da interpretação, tais como: a) equiparação entre texto e norma; b) interpretação do direito como revelação da vontade do legislador (*mens legislatoris*) ou da própria lei (*mens legis*); c) decisão judicial como produto da subsunção, deduzido de um silogismo puro entre fato e regra. Tal postura teórica tem como preocupação pensar o direito a partir de bases hermenêutico-estruturantes, distintas das visões neoconstitucionalistas, como um modelo de pensar o direito que supere as deficiências do positivismo jurídico, principalmente quanto ao problema da discricionariedade e do voluntarismo subjetivista, cuja perda de autonomia do direito pode ensejar a degeneração do direito pela substituição da moral política condicionada pela própria constituição aos casuísmos oportunistas de moralismos ideológicos contrários ao direito.

Como teorias normativas da decisão judicial, as teorias formalistas moderadas esforçam-se para racionalizar o processo de interpretação e aplicação do direito, afirmando a inexistência de discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas, alicerçadas de um ponto de vista metaético no cognitivismo-moral (não no sentido metafísico das teorias jusnaturalistas, mas cuja objetividade valorativa é condicionada pela tradição e historicidade que antecipa o sentido da compreensão do intérprete). É, portanto, nesse aspecto que o antiformalismo crítico se contrapõe às conclusões das teorias pós-positivistas constituídas a partir do giro hermenêutico-ontológico, herdeiras de autores como Heidegger e Gadamer, que têm no interpretativismo de Ronald Dworkin, na Teoria Metódica Estruturante de Friedrich Muller e na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck seus principais exemplos.

Em que pese concordarmos com grande parte das conclusões que o paradigma pós-positivista acrescentou ao debate da decisão judicial, sobretudo quanto aos riscos de aceitar acriticamente a existência da discricionariedade judicial e a superação dos velhos esquemas tradicionais do positivismo jurídico sobre a infungibilidade entre texto e norma e aplicação por subsunção, acreditamos que a defesa contundente acerca da autonomia do direito e da legalidade constitucional invisibiliza nossas contradições e permanências histórico-contextuais que os mitos do liberalismo e do constitucionalismo democrático não dão conta de explicar corretamente. É, portanto, na dimensão política que reside nossa mentalidade jurídica brasileira, aprisionada a esquemas de interpretação que não problematizam conceitos, normas e instituições jurídicas que se apresentam como legitimadoras do *status quo* permanente de

exclusões e marginalizações que se traduzem pela crença liberal nos princípios da neutralidade do direito, da imparcialidade do julgador e do consenso racional democrático.

A importância de uma epistemologia feminista para a hermenêutica jurídica justifica-se, portanto, pela constatação incômoda das assimetrias reais de gênero, classe e raça que se apresentam ora como realidade intangível pelo direito (em nome de sua autonomia), ora como produção deste, por interpretações jurídicas que reproduzem os preconceitos e as discriminações constitutivas das subjetividades estruturadas na dimensão social, cultural, política e econômica de uma sociedade patriarcal, racista, capitalista e colonial e que nos impõe um papel teórico-crítico comprometido com a superação da naturalização dessas distorções que o direito fechado em si mesmo não consegue resolver.

Nesse sentido, entendemos que o papel da teoria crítica não deve ser o de eliminar os desacordos teóricos em direito, mas de provocar e problematizar os acordos consensuais constitutivos da própria lógica do liberalismo (contra racionalismos e universalismos oportunistas) que historicamente privilegiam certos grupos em detrimento de grupos precarizados, perpetuando, no caso do recorte de gênero, a dominação masculina e as formas que reproduzem a marginalização de corpos femininos, excludentes, assim, da possibilidade concreta da emancipação feminina.

O problema da indecidibilidade em face dos desacordos teóricos no direito não pode ser resolvido sacrificando-se a disputa adversarial e agonística das contendas políticas, mas antes absorvê-las, dando-lhes contornos jurídicos que concretizam as lutas sociais constitutivas do próprio direito, na dimensão da democracia radical de que nos fala Chantal Mouffe. O direito e a decisão judicial, como dimensão inafastável da política, não devem ignorar nossas particularidades históricas que colocam certos grupos em posição de subordinação e marginalização, excluídos das preocupações centrais do debate jurídico, como se o estágio de consolidação democrática em matéria de conquistas civilizatórias, traduzidas em direitos fundamentais e garantidos normativamente, encerrasse por si mesmo as soluções pelas quais o direito resolveria nossas contradições sociais, razão pela qual consideramos que a gramática jurídica não pode ser impermeável à gramática política, sob pena de ignorarmos as tensões e as forças políticas que interferem no processo de constituição do próprio direito,

explicando a presença inafastável da dialeticidade e circularidade histórica que se apresenta ora como avanço, ora como retrocessos.

Nossos desacordos teóricos são, antes de mais nada, desacordos políticos, muitas vezes não confessados pelos atores institucionais responsáveis pela aplicação do direito. Descortinar os preconceitos de classe, gênero e raça que constituem nossas subjetividades como sujeitos históricos, assumindo nossa falha condição humana e as distorções cognitivas que impedem uma racionalidade pura, desprovida de afetos e desejos, deve ser uma preocupação relevante dos teóricos jurídicos que levem a sério a tese dos direitos. Teoria jurídica e teoria política são, por assim dizer, fenômenos isomórficos, constroem-se a partir de forças que se tensionam mutuamente, não podendo ser compreendidas corretamente com cortes epistemológicos que produzam invisibilizações e manutenção do *status quo* político e jurídico, impeditivos da emancipação humana.

As contribuições que buscamos empreender nesta pesquisa para o desenvolvimento de uma hermenêutica crítica feminista não pretendem violar a autonomia do direito, não rompem, assim, com o constitucionalismo democrático, mas visam, antes, produzir um diálogo honesto com as falhas sistêmicas, econômicas, sociais e políticas que são absorvidas na dimensão das subjetividades individuais dos intérpretes, cuja parcialidade é constitutiva da existência humana. O exercício de despossessão e alteridade permitirá um constante exercício de sair de si para voltar-se a si mais humano, sensível e intelectualmente mais honesto, sendo este o desafio com o qual a pesquisa está comprometida: oferecer um paradigma hermenêutico para as decisões judiciais com recorte de gênero que alcance uma sociedade verdadeiramente igualitária na aplicação do direito e que garanta efetivamente as conquistas das lutas sociais do movimento feminista, cujas teoria e militância são as protagonistas das conquistas em matéria de direitos e igualdade jurídica.

Nesse sentido, é preciso ir além das teorias jurídicas hermenêuticas hegemônicas, nunca contra elas, contribuindo, assim, para que as esferas jurídicas e políticas avancem nas pretensões e nos compromissos assumidos no passado pelas lutas e sacrifícios da vida de muitas mulheres a quem devemos o sangue derramado pelo reconhecimento dos direitos de igualdade e liberdade, sendo nosso dever protegê-los, entregando-os ainda mais ampliados para as gerações futuras, nossas filhas e netas que nasceram e ainda hão de nascer.

Produzimos nossa pesquisa com a esperança de que o ambiente jurídico seja permeado pelo resgate de nossa cultura e tradição espoliadas pela constante exploração, apagamento e silenciamento em prol da construção e afirmação do projeto político e jurídico liberal de manutenção da colonização, enfrentando os desafios de uma sociedade ainda não liberta da herança colonial, atendendo, assim, ao chamado de Mangabeira Unger aos novos juristas brasileiros:

[...] o que recomendo à nova geração de juristas brasileiros é que se revoltem, se rebelem contra essa manifestação do colonialismo mental na cultura jurídica, repudiem essa orientação, neguem que essa seja a onda do futuro e passem a iniciar no Brasil uma nova forma de vanguardismo em matéria de pensamento jurídico.⁴³²

Como profunda admiradora da cultura afro-brasileira, destaco como encerramento desta seção de conclusão a transcrição integral do samba-enredo de 2019 da Escola de Samba Mangueira, do Rio de Janeiro, com o título *História para ninar gente grande*, cuja obra de arte ecoa as dores de corpos precarizados:

*Mangueira, tira a poeira dos porões
Ô, abre alas pros teus heróis de barracões
Dos Brasis que se faz um país de Lecis, jamelões
São verde e rosa, as multidões*

*Mangueira, tira a poeira dos porões
Ô, abre alas pros teus heróis de barracões
Dos Brasis que se faz um país de Lecis, jamelões
São verde e rosa, as multidões*

*Brasil, meu nego
Deixa eu te contar
A história que a história não conta
O avesso do mesmo lugar
Na luta é que a gente se encontra*

*Brasil, meu denço
A Mangueira chegou
Com versos que o livro apagou
Desde 1500 tem mais invasão do que descobrimento
Tem sangue retinto pisado
Atrás do herói emoldurado
Mulheres, tamoios, mulatos
Eu quero um país que não está no retrato*

*Brasil, o teu nome é Dandara
E a tua cara é de cariri
Não veio do céu
Nem das mãos de Isabel*

⁴³² UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro cit., p. 1-17.

A liberdade é um dragão no mar de Aracati

*Salve os caboclos de julho
Quem foi de aço nos anos de chumbo
Brasil, chegou a vez
De ouvir as Marias, Mahins, Marielles, malês*

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges, SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; KROSCHINSKY, Matthäus. Entre a coisa e o *homo sacer* – a legítima defesa da honra e a condição feminina. *Revista dos Tribunais*, v. 1.032, p. 205-223, out. 2021.
- AKO AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. Coordenação de Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Coletânea Feminismos plurais.)
- ALCOFF, Linda. *The problem of speaking for others*. *Cultural Critique*, n. 20, p. 5-32, 1991-1992.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. Coordenação Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Coletânea Feminismos plurais.) E-book Kindle.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Posfácio Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1881.
- AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BARBOSA, Camila Palhares; MAIA, Tatiana Vargas. O pessoal é político: a crítica feminista de Nancy Fraser e Catherine Mackinnon a Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, v. 7, n. 1, 2016, p.113-125.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: 2. A experiência vivida*. Tradução Sergio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BERNSTS, Luísa Giuliani; DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dworkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/diario-classe-debate-hart-dworkin-critica-doutrina-discricionariedade-judicial>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos*. Tradução Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

- BUTLER, Judith. Atos performativos e a formação dos gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 213-230.
- CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.
- COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.
- CORREIA, Adriano *et al.* (org.). *Dicionário Hannah Arendt*. São Paulo: Edições 70, 2022. E-book Kindle.
- CRENSHAW, Kimberlé Willian. Mapping the margins: intersectionality, identity politic and violance against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-1299, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ENCICLOPÉDIA JURÍDICA PUC/SP. O conceito de direito em Hart. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 23 jun. 2022+
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book Kindle.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 25-46.
- GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 15, n. 1, p. 66-89, 2021.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Organização Flavia Rios e Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GORDILLO, Agustín A. *Introducción al derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Early Greek Thinking*. Translation D. F. Krell & F. A. Capuzzi. New York, 1974; San Francisco, Reimp. 1984.

HENNEMANN, Natasha; LESSA, Fabiana. *Filósofas: o legado das mulheres na história do pensamento mundial*. São Paulo: Maquinaria Sankto Editora, 2022. E-book Kindle.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

HUNT, Alan. The critique of law: what is “critical” about critical legal theory? *Journal of Law and Society*, v. 14, n. 1, p. 5-19, 1987. JSTOR. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1410293>. Acesso em: 9 nov. 2022.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education*, v. 32, n. 4, p. 591-615, dez. 1982.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda e derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KENNEDY, Duncan. Ensino jurídico e reprodução da hierarquia. *Revista Direito & Práxis*. Dossiê “Estudos Jurídicos Críticos”, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1419-1453, 2021.

KENNEDY, Duncan. Uma alternativa da esquerda fenomenológica à teoria da interpretação jurídica de Hart e Kelsen. In: PINHEIRO FARO, Julio; BUSSINGER, Elda de Azevedo Coelho (coord.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

KILOMBA, Grada. *Plantation memories: episodes of everyday racism*. Münster: Unrast Verlag, 2012.

LACERDA, Fernando Hideo I. A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da pós-verdade. In: PROSNER, Carol et al. (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. Introdução, tradução e notas de Alexandre Pires Vieira. São Paulo: Montecristo Editora, 2020.

LAURETIS, Teresa. A tecnologia de gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 121-155.

- LAURETIS, Teresa. Teoria *queer*, 20 anos depois: identidade, sexualidade e política. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 397-409.
- LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.
- LONG, A.A. O escopo da filosofia grega em seus primórdios. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.
- LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.
- LOUREIRO, Isabel Maria. *Rosa Luxemburg: os dilemas da ação revolucionária*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MACKINNON, Catharine A. Feminismo, marxismo, método e o estado. *Revista Direito & Práxis*. Dossiê Direito e Gênero, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 798-837, 2016.
- MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory, In: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 7, n. 3 (Primavera 1982): p.515-544.
- MAGANE, Renata Possi; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.
- MANSFELD, Jaap. Fontes. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. In: RODRIGUES, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book Kindle.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. E-book Kindle.
- MARMELSTEIN, George. *Discriminação por preconceito implícito*. Salvador: JusPodvim, 2021.
- MELO, Luciana Grassano de Gouvêa; PONTES, Ana Carolina Amaral de. A hermenêutica jurídica e o feminismo: interpretação normativa e desconstrução do patriarcado. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

- MENDES, Soraia. *Feminicídio de Estado: a misoginia bolsonarista e as mortes de mulheres por Covid-19*. São Paulo: Blimunda, 2021. E-book Kindle.
- MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2022. v. 1.
- MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Phillipe Oliveira de; CORBO, Wallace. *Manual de educação jurídica antirracista*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, jun. 2006.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução à ciência do direito privado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crítica moderna*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pré-socráticos.)
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crepúsculo dos ídolos*. Tradução, notas e posfácio de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A filosofia na era trágica dos gregos*. Tradução Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2010.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- OYĚWŪMÍ, Oyèrónké. *A invenção das mulheres: construindo um sentido africano para os discursos ocidentais de gênero*. Tradução Wanderson Flor do Nascimento. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.
- PASSEGGI, Maria da Conceição. A pesquisa (auto)biográfica: por uma hermenêutica descolonizadora. Coisas de gênero. *Revista de Estudos Feministas em Teologia e Religião*, São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 302-314, ago./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/genero/article/viewFile/2918/2718>. Acesso em: 8 jul. 2022.
- PIMENTEL, Silva; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)*. Coordenação Alvaro de Azevedo Gonzaga. São Paulo: Matrioska, 2021.
- POPPER, Karl. *The World of Parmenides*. Essays on the Presocratic Enlightenment. Edited by Arne F. Petersen with the assistance of Jørgen Mejer, 1998.
- POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, v. 8, n. 605, 1908.
- QG FEMINISTA. Existem “vertentes” no feminismo? 5 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/quais-s%C3%A3o-as-principais-vertentes-do-feminismo-ae26b3bb6907>. Acesso em: 6 jul. 2022.
- RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Edição Kindle.

ROQUE, Nathaly Campitelli; DEL BEL, Iane Naia de Oliveira Ruggiero. O juiz e a emoção na era da inteligência artificial. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 379-405, jun. 2019.

RUSSELL, Bertrand; tradução Hugo Langone. História da filosofia ocidental – Livro 1: a filosofia antiga. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

RUSSEY, Edward. Heráclito. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

SAFATLE, Wladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev. 7. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Epistemologia feminista no direito. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do sul*. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. *Educação e Realidade*, 1995. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/categoriautilanalisehistorica.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

SEDLEY, David. Parmênides e Melisso. In: LONG, A. A. (org.). *Primórdios da filosofia grega*. Tradução Paulo Ferreira. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. *Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020. Disponível em: <file:///E:/renat/Downloads/admin,+Gerente+da+revista,+8.+Autoritarismo+I%C3%ADquido.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da. A filosofia jurídica como saber metaideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: RODRIGUES, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book Kindle.

SILVA, Jacilene Maria. *Feminismo na atualidade: a formação da quarta onda*. Recife: Independently Published, 2019. E-book Kindle.

SPIVAK, Gayatri. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

STOPPINO, Mário. Totalitarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C., Varriale et al. 13. ed. 5. Reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. v. 2, p. 1247-1259.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. E-book Kindle.

TRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito*: hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2019.

TAVARES, Manuel Epistemologias do Sul. *Revista Lusófona de Educação*, Lisboa, n. 13, 2009. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502009000100012. Acesso em: 8 jul. 2022.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies: an introduction to its origins and underpinnings. *Journal of Legal Education*, v. 36, n. 4, p. 505-517, 1986. JSTOR. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/42898048>. Acesso em: 9 nov. 2022.

TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies: a political history. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 5, p. 1515-1544, 1991. JSTOR. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796697>. Acesso em: 9 nov. 2022.

UNGER, *Conhecimento e política*. Tradução Edyla Mangabeira Unger. 2. ed. São Paulo: LeYa Brasil, 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro. Entrevistadores: Victoria Nicolielo Reginatto, João Pedro Braga de Carvalho, Mariana Grilli Belinotte, Carlos Sávio Gomes Teixeira e Philippe Oliveira de Almeida. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1-17, 2021.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção*: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192>. Acesso em: 16 mar. 2022.

WITTIG, Monique. Não se nasce mulher. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista*: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p.83-92.

ZIRBEL, Ilze. Ondas do feminismo. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, p. 10-31, 2021.

Referências complementares

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

- AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. Tradução Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. *O reino e a glória: Homo sacer II*. Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011. v. 2.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ANDERSON, Elizabeth. *Epistemologia e Filosofia da Ciência Feminista*, 2020.
- ANDERSON, Elizabeth. 'Feminist Epistemology and philosophy of science'. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.). Spring 2017 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/feminismepistemology/>. Acesso em: 1.º ago. 2022.
- ARANTES, Paulo. 1964, o ano que não terminou. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARAÚJO, Daniele Patriota de. *Participação e contrato na teoria política de Carole Pateman*. 2018. Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCHLA, João Pessoa, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: 2. A experiência vivida*. Tradução Sergio Milliet. 5. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BILGE, Sirma. Intersectionality Undone. Saving Intersectionality from Feminist intersectionality Studies. *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, Cambridge, v. 10, n. 2, p. 405-424, 2013.
- BILGE, Sirma; COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality*. Cambridge: John Wiley & Sons, 2016.
- BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. Tradução Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRITO, Renata Romolo. Hannah Arendt. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 6, n. 11, p. 14-29, 2020.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 19, 2009.

CHAUÍ, Marilena. *A nervura do real: imanência e liberdade em Spinoza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 2.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Desejo, paixão e ação na ética de Spinoza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CHAUÍ, Marilena. *Estado de natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau* CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico". In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico". In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (org.). *Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, jan./abr. 2016.

COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality as critical social theory*. Durham and London: Duke University Press, 2019.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. O que é necessário para que a interseccionalidade possa vir a ser? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 29, n. 2, p. e76404.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. Tese (Doutorado) – PUC/SP, São Paulo, 2016.

COUTO, Felipe Fróes; FONSECA, Lorena; CARRIERI, Alexandre de Pádua. O contrato sexual e o debate sobre a negação da esfera pública à mulher no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, volumen ordinario, n. 9, p. 189-198, 2018.

DAMÁSIO, António Rosa. *Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos*. Original publicado em inglês em 2003. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

DAMÁSIO, António Rosa. *E o cérebro criou o homem*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAMÁSIO, António Rosa. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DAMÁSIO, António Rosa. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. Tradução Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do método & ensaios*. Organizado por Pablo Rubén Mariconda. Tradução César Augusto Battisti, Érico Andrade, Guilherme Rodrigues Neto, Marisa Carneiro de Oliveira Franco Donatelli, Pablo Rubén Mariconda, Paulo Tadeu da Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

DINIZ, Debora; GEBARA, Ivone. *Esperança feminista*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022. E-book Kindle.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Andrea. *Woman Hating*. USA: E. P. Dutton, 1974.

DWORKIN, Andrea. *Life and Death: unapologetic writings on the continuing war against women*. New York: The Free Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: . Elefante, 2019.

FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a "Teoria do autoritarismo"*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de direito e o Estado de exceção*. Tradução Gercelia Mendes. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

FRATESCHI, Yara. Seyla Benhabib com Hannah Arendt contra a filosofia do sujeito. *Caderno CRH*, Salvador, v. 33, p.1-17, 2020.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Ajuris*, v. 40, n. 130, p. 223-224, 2013.

FREITAS, Juarez. Interpretação judicial: exame crítico dos vieses. *Revista da AJUFERGS*, v. 10.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAWSKI, Martín Barcellos. *Ancoragem da tomada de decisão judicial: heurísticas, vieses e o processo decisório do juiz*. 2018. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2018.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GOLEMAN, Daniel. *O cérebro e a inteligência emocional: novas perspectivas*. Tradução Carlos Leite da Silva. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.

GONÇALVES, Raquel Cristina Possolo; SILVA, Bárbara Batalha. Gênero, poder e contrato social: um sinalagma até então extorquido. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, 2019.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: Unesp, 2014.

HAHN, Noli Bernardo; SENNA, Tassiara da Silva. Elementos que contribuíram para a consolidação do patriarcado: uma análise da obra “O contrato sexual” de Carole Pateman. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 23, p.2 59-270, jan./abr. 2020.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Núcleo de Estudos de Gênero. Pagu/Unicamp, v. 5, p. 7-42, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Parmênides*. Bragança Paulista/Petrópolis: Vozes, 2008.

HENRIQUES, Fernanda. Rousseau e a exclusão das mulheres de uma cidadania efectiva”. In: FERREIRA, Maria Luísa R. (org.). *O que os filósofos pensam sobre as mulheres*. Lisboa: CF-UL, 1998. p. 171-190.

HORTA, Ricardo de Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer*, v. VXIII, 2017.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Desafios da agenda de pesquisa empírica em psicologia da tomada de decisão jurídica no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 3, p. 76-110.

JAQUET, Chantal. *A unidade do corpo e da mente: afetos, ações e paixões em Espinosa*. Tradução Marcos Ferreira de Paula e Luís César Guimarães Oliva. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Tradução Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KETZER, Patrícia. Epistemologia feminista. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, p. 1-27, 2021.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 32, n. 93, fev. 2017.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 618-653, maio/ago. 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2017.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*. Por uma política democrática radical. São Paulo: Editora Intermeios, 2015.

MOUFFE, Chantal. *Por um populismo de esquerda*. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

NASCIF, Ana Helena Feres. *Conhecendo vieses: como a consciência dos vieses altera a sua influência na tomada de decisão jurídica*. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Direito FGV Direito Rio, 2021.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra*. Tradução, notas e posfácio de Paulo Cesar de Sou NOJIRI, Sergio (org.). *O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

OBSERVATÓRIO da Diversidade Cultural. *Epistemologias Feministas*, v. 87, n. 01.2020, jan./fev./mar. 2020.

OTA, Maria Eduarda. A dicotomia público/privado revisitada: uma crítica feminista às teorias morais. *Intuitio*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 145-160, nov. 2013.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragments finais*. Tradução e seleção de Flávio Kothe. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral*. Tradução, notas e posfácio de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

NOJIRI, Sergio (org.). *O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

OBSERVATÓRIO da Diversidade Cultural. *Epistemologias Feministas*, v. 87, n. 01.2020, jan./fev./mar. 2020.

OTA, Maria Eduarda. A dicotomia público/privado revisitada: uma crítica feminista às teorias morais. *Intuitio*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 145-160, nov. 2013.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: BIROLI, F.; MIGUEL, L. F. (org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Vinhedo: Horizonte, 2013.

PINHEIRO FARO, Julio; BUSSINGER, Elda de Azevedo Coelho (coord.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PINKER, Steven. *Do que é feito o pensamento?* São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PIRES, Luís Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de (coord.). *Autoritarismo líquido e crise constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

PLATÃO. *Parmênides*. Tradução, apresentação e notas de Maura Iglésias e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, São Paulo: Loyola, 2003.

PLATÃO. *Diálogos III*: Fedro, Eutífron, Apologia de Sócrates, Críton, Fédon. Tradução, textos complementares e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

PLATÃO. *Diálogos V*: O Banquete, Mênon, Timeu, Crítias. Tradução, textos complementares e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

PLATÃO. *Teeteto*. Tradução Adriana Manuela Nogueira e Marcelo Boeri. Prefácio José Trindade Santos. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

PONKZEC, Roberto Leon. *Deus ou seja a Natureza: Spinoza e os novos paradigmas da Física*. Salvador: EDUFBA, 2009. Livro eletrônico.

POPPER, Karl. *O mundo de Parmênides*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

PROTOCOLO de Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021. Conselho Nacional de Justiça: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>, acesso em 01 de junho de 2022.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAZ, Joseph; ALEX, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. Tradução Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica*. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

ROBLES, Martha. *Mulheres, mitos e deusas: o feminino através dos tempos*. Tradução Willian Lagos & Débora Dutra Vieira. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019. E-book Kindle.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado*. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016.

SAADI TOSI, Lamia Jorge. Banalização da violência e o pensamento de Hannah Arendt: um debate ou um combate? *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP*, Marília, Edição 19, p. 131-159, maio/2017.

SABINO, Paulo Cesar Jakimiu. Nietzsche e a formação do (vir-a) ser pela linguagem. *Guairacá – Revista de Filosofia*, v. 32, n. 2, p. 34-50, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho*. São Paulo: Polêmica, 1987.

SAFFIOTI, Heleieth. Quem tem medo dos esquemas patriarcais de pensamento? *Crítica Marxista*, n. 11, p. 71-75, 2000.

SAFFIOTI, Heleieth; BONGIOVANI, Iara. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAIDLER, Pierre Oliveira Batista. *O mito da racionalidade plena: um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial*. 2020. Dissertação (Mestrado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A difícil democracia*. São Paulo: Boitempo, 2016.

SCAVUZZI, Maira. *Juizes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução Francisco Ayala. Salamanca: Alianza, 2006.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.); NOWAK, Bruna (org.). *Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. 2. ed. Curitiba: Feminismo Literário, 2021. v. 1.

SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos. *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

SPINOSA, Benedictus de. *Ética/Spinoza*. Tradução Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

SPINOSA, Baruch de. Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem-estar. Tradução Emanuel Angelo da Rocha Fragoso & Luís César Guimarães Oliva. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A questão metafísica em Parmênides: o ser é, o não-ser não é. *Cadernos ASLEGIS*, v. 53, p. 25-37, ago./out. 2014.

STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. Original publicado em inglês em 1991. Tradução Plínio Dentzien. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 1, p. 219-254, jan./jun. 2009.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis no direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (org.). *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: POD/Editora PUC/Rio, 2014. Capítulo VII.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2008.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. 2. ed. rev., modif. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Coleção Teoria crítica do direito, v. 5.)

VIANA, Jessica Thainá Ribeiro. Hannah Arendt e o espaço público como possibilidade de se pensar a emancipação política das mulheres a partir da figura de Rosa Luxemburgo. *Investigação Filosófica*, Macapá, v. 11, n. 1, p. 57-67, 2020.

VIDAL, Fernando; ORTEGA Francisco. *Somos nosso cérebro? Neurociências, subjetividade, cultura*. Tradução Alexandre Martins. São Paulo: n-1 edições, 2019.

VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: É realizações, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALKER, Rebecca. Becoming The Third Wave. *MS Magazine*, 1992. Disponível em: https://pdf4pro.com/amp/download?data_id=3dd5c0&slug=becoming-the-third-wave-by-rebecca-walker-ms-magazine. Acesso em: 19 out.. 2022.

WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes. *Em busca da decisão judicial cível satisfatória: uma análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós-1988*. 2018. Dissertação (Mestrado) – UFRS, Porto Alegre, 2018.

WILLIAMS, Priscila. Epistemologia e feminismo. *Revista Três Pontos: Revista do Centro Acadêmico de Ciências Sociais da UFMG*, Belo Horizonte Dossiê Múltiplos Olhares sobre Gênero, ano 13, n. 1, jan./jun. 2016.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *A reivindicação dos direitos da mulher*. São Paulo: Boitempo, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.