



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eliane Ferreira de Sousa

O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA COMO GARANTIA DA
IGUALDADE PARA AFIRMAÇÃO DO DIREITO E DA IDENTIDADE
DA MULHER

Brasília – DF
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eliane Ferreira de Sousa

O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA COMO GARANTIA DA
IGUALDADE PARA AFIRMAÇÃO DO DIREITO E DA IDENTIDADE
DA MULHER

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Brasília – DF
2016

O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA COMO GARANTIA DA IGUALDADE
PARA AFIRMAÇÃO DO DIREITO E DA IDENTIDADE DA MULHER

Eliane Ferreira de Sousa

BANCA EXAMINADORA

Dr. Menelick de Carvalho Netto (UnB)
Orientador

Dr.^a Josenia Antunes Vieira (UnB)
Membro

Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (UnB)
Membro

Dr. Moaci Alves Carneiro (UFPB)
Membro

Dr. Remilson Soares Candeia (ISC/TCU)
Membro

Dr. Guilherme Scotti (UnB)
Membro (Suplente)

A todos aqueles que, como eu, sonham com um mundo
mais justo e que contemplem as razões de sua própria
existência, que não é outra senão o amor.

*É muito mais difícil destruir
o impalpável do que o real.*

-Virgínia Woolf

AGRADECIMENTOS

A Deus, sobretudo, pela graça imerecida.

Aos fantasmas da própria existência, com os quais lutei todo o tempo.

Ao professor Menelick de Carvalho Netto, pelo pensamento expansivo e pela tempestade de ideias.

A todas as demais pessoas que, direta ou indiretamente, participaram desse processo.

RESUMO

Esta tese busca investigar os mecanismos de poder que colocam a igualdade como a antítese da diferença, bem como reconhecer que o contrário da igualdade não é a diferença, mas a desigualdade, que afirma direitos iguais. Parte-se do pressuposto de que o direito à diferença é o verdadeiro sentido da igualdade. Para tanto, reflete-se sobre o processo de auto aprendizado das mulheres ao longo da luta feminista em que historicamente se engajaram pela afirmação de direitos, o qual passa a ser visto como passível de uma abordagem recorrentemente mais complexa, crítica e plural com vistas à construção identitária pelo reconhecimento das diferenças. Nesse sentido, é de todo pertinente pensar como uma perspectiva crítica contribui para o delineamento das bases atuais de discussão acerca da identidade feminina e para a transformação de possíveis enganos de agenda em conquistas evolutivas ou aquisições cognitivas, bem como pensar uma teoria política e crítica que promova o engajamento e o fortalecimento das mulheres. Indaga-se sobre as supostas conquistas institucionais das mulheres na luta por direitos nos paradigmas jurídicos (liberal, social e democrático), no sentido de compreender a dicotomia igualdade / diferença. Como consequência, levanta-se uma discussão em torno de como o reconhecimento do direito à igualdade como diferença abre um caminho para se pensar a igualdade voltada para o direito das minorias e para o tipo de reconhecimento que lhe é próprio, ou seja, da sua diferença, do seu modo de ser, da sua identidade. O tema aqui investigado leva à análise de propostas interpretativas e de racionalidades comunicativas que discutem, em uma perspectiva jurídico-discursiva atrelada ao contexto da pós-modernidade e da sociedade em rede, os mecanismos institucionais de avanço da igualdade de direitos para as mulheres, como no caso de julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, e o que se aprende racional e cognitivamente, a partir dos seus construtos teórico-metodológicos, sobre a identidade da mulher na relação igualdade / diferença.

Palavras-chave: paradigmas jurídicos; feminismo; igualdade; diferença; identidade; gênero; discurso.

ABSTRACT

This thesis seeks to investigate the mechanisms of power that place equality as the antithesis of difference, and to recognize that the opposite of equality is not difference but inequality, which affirms equal rights. The thesis assumes that the right to being different is the true meaning of equality. Therefore, it reflects on the process of women's learning of oneself throughout the feminist struggle in which, historically, women have engaged in affirming their rights, which is seen now as an amenable approach recurrently more complex, critical and plural in relation to the construction of identity through the recognition of differences. In this sense, it is more than pertinent to consider how a critical perspective contributed to forming the current bases of discussion regarding women's identity and to transforming possible misconceptions in evolutionary achievements or cognitive acquisitions, as well as to consider a political and critical theory that promotes the engagement and strengthening of women. It questions the supposed institutional achievements of women in this struggle for rights in legal paradigms (liberal, social and democratic) to understand the dichotomy equality/difference. Consequently, it raises discussion on how the recognition of the right to equality as difference opens a way to thinking about equality geared toward minority rights and to the type of recognition it deserves, that is, of one's difference, way of being, or identity. The theme investigated leads to the analysis of interpretive proposals and communicative rationalities that argue, from a legal-discursive perspective, connected to the context of post-modernity and the networked society, the institutional mechanisms of the advancement of the equality of rights for women, as in the cases tried by the Brazilian Supreme Court, and what we learn rationally and cognitively from their theoretical-methodological constructs regarding the identity of women in relation to equality/difference.

Key Words: legal paradigms; feminism; equality; difference; identity; gender; discourse.

LISTA DE IMAGENS

Imagem 1 – Demonstração de ódio contra adolescente negra nos EUA	29
Imagem 2 – A conquista do voto feminino no Brasil em 1932	31
Imagem 3 – Estampa do Jornal <i>La Femme Libre</i> de 1832.....	69
Imagem 4 – Rosie e o rebitador..	76
Imagem 5 – O caso Cocalzinho – Trecho da carta	89
Imagem 6 – Supremo Tribunal Federal – Sessão de julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132.....	153

TABELA

Quantidade e porcentagem de homens e mulheres candidatos aos cargos representativos das eleições 2014 – Brasil.....	110
---	-----

GRÁFICO

Quantidade e porcentagem de mulheres eleitas para o cargo de deputada federal – Brasil – 1975-2014	111
--	-----

QUADRO

Tipos de agir.....	124
--------------------	-----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 – OS PERCURSOS E OS PERCALÇOS DO DIREITO DA MULHER NOS PARADIGMAS JURÍDICOS	19
1.1 O formalismo do Estado liberal	22
1.1.1 Os primórdios da evolução do direito da mulher	25
1.2 O Estado social e a construção da igualdade fática	31
1.2.1 O direito da mulher no constitucionalismo do Estado social e o modelo de reprodução social	37
1.3 A ruptura paradigmática a partir do Estado democrático de direito: construindo racionalidades interpretativas.....	45
1.3.1 O juízo moral como critério racional na construção da igualdade.....	52
1.3.2 A racionalidade prático-argumentativa no contexto principiológico do Estado democrático de direito	56
CAPÍTULO 2 – REFLEXÕES E PARADOXOS DA LUTA FEMINISTA PELA IGUALDADE: O TRAJETO DE UMA LONGA CAMINHADA	67
2.1 Um pouco da história da luta feminista no mundo e no Brasil.....	68
2.1.2 O que é ser feminista e os tipos de feminismo.....	74
2.2 Os padrões institucional, social e cultural e os reflexos sobre a crise identitária da mulher.....	81
2.2.1 A pedagogia escravizante.....	84
2.2.2 O esvaziamento da legislação.....	86
2.2.3 A influência religiosa.....	90
2.3 O gênero como o divisor de águas.....	91
2.3.1 O direito da mulher e a sua ruptura a partir da noção de gênero.....	95
2.3.2 A formação de uma consciência linguística crítica acerca do direito da mulher e a desmistificação das relações de poder.....	99
2.4 A luta feminista na construção de uma teoria política	102
2.4.1 O papel das esferas pública e privada	105
2.4.2 Aprendendo com a experiência.....	107

2.5 Gênero e sub-representação: menos mulheres no poder, menos direitos.....	109
--	-----

CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DA IDENTIDADE DA MULHER E OS DESAFIOS PARA A AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE NA DIFERENÇA: UMA ABORDAGEM CRÍTICO-DISCURSIVA..... 115

3.1 O rompimento paradigmático pós-giro linguístico	119
3.1.1 O que muda com a sociedade da informação	120
3.2 A racionalidade construída no discurso	122
3.2.1 A teoria discursiva do direito	122
3.2.2 A teoria social do discurso	129
3.3 Identidade e representação da mulher na pós-modernidade	133
3.3.1 Entendendo a identidade na diferença	135
3.3.2 A diferença como vetor para a construção da igualdade	139
3.3.3 A política pós-identitária à luz da categoria de gênero: identidades em aberto....	145

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À DIFERENÇA PARA AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE NO JULGAMENTO DA ADI N. 4.277 E DE OUTROS CASOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM DE APLICAÇÃO AO DIREITO DA MULHER..... 149

4.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277	151
4.1.1 Como votaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da união homoafetiva.....	155
4.1.2 O caráter contramajoritário da decisão do STF no julgamento da união homoafetiva.....	167
4.2 O significado da ADI n. 4.277 para o reconhecimento da diferença para a construção da igualdade no contexto da pós-modernidade	171
4.3 Como pensar o direito da mulher pelo reconhecimento da diferença para a igualdade a partir de um critério de justiça à luz da ADI n. 4.277.....	177

CONCLUSÃO 190

REFERÊNCIAS 196

ANEXOS..... 208

INTRODUÇÃO

Foi com a Constituição de 1988 que se afirmou expressamente, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Em seu artigo 5º, destaca que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Sem dúvida, a inserção desse princípio na Constituição representa um marco, uma vez que, desde a sua gênese, tem como objetivo orientar o ordenamento jurídico no sentido de minimizar os efeitos clássicos da desigualdade entre homens e mulheres.

A igualdade, que então se afirma, era meramente formal no Estado liberal, o que já não acontecia no constitucionalismo do Estado social, pautado na igualdade material, muito menos ainda no Estado democrático de direito, cujos pressupostos de dimensão principiológica exigem, para a compreensão adequada do princípio da igualdade, a sua articulação com o texto constitucional como um todo¹.

Os resquícios das visões paradigmáticas anteriores ao Estado democrático de direito, quer no que se refere à prevalência da igualdade formal sobre a material (Estado liberal), quer no que toca à busca da afirmação da igualdade material desconhecendo-se a formal (Estado social), precisam ser enfrentadas hoje considerando não mais a igualdade como antítese da diferença, mas igualdade na diferença, não mais pura tutela, mas para e somente para a recomposição de condições equânimes.

Com isso, faz-se necessária a recuperação do aspecto formal da igualdade sobre bases mais complexas, dadas pelo Estado democrático de direito, visto que do formal decorrem consequências materiais, em uma constante tensão principiológica, mas articulada, entre esses dois eixos. A igualdade efetiva, todavia, não se constrói a partir da promoção de medidas igualitárias para todos indistintamente, pois estas são o reflexo de uma igualdade meramente formal. Daí porque até mesmo ações afirmativas podem se fazer necessárias para a promoção da igualdade em processo, e essas ações não mais podem significar a desqualificação que visam enfrentar.

A referenciada tensão provém da complexidade da relação de opostos reciprocamente constitutivos entre forma e matéria e é inerente ao próprio Estado democrático de direito, como resultado do processo de aprendizagem decorrente da

¹ Veja-se o caso do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal:
Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

vivência nos paradigmas constitucionais anteriores. Assim, quando esses dois eixos são vistos como opostos complementares, e não simplesmente como antagônicos entre si, instaura-se uma tensão constitutiva entre ambos que, reciprocamente, os enriquece e complexifica os sistemas (econômico, jurídico, social) e os interliga.

Esse panorama de ruptura leva a crer que, para a instituição do Estado democrático de direito, foi “preciso construir e desconstruir discursos em prol da consolidação global do sistema” (SOUSA, 2008, p. 48). Contudo, mesmo com esse rompimento, a ideia de democracia, como uma das formas de expressão do constitucionalismo², a qual exige o respeito às minorias, isto é, à diferença, foi suplantada em muitos momentos pelos interesses privados, o que deu margem a abusos de toda ordem.

Assim, o problema da igualdade é bem mais complexo do que se imagina, tem a ver diretamente com a relação complementar e reciprocamente constitutiva da tensão entre os opostos (igualdade formal e igualdade material). O tema desta tese levanta essa questão quando discute o papel da luta feminista pela igualdade, pois, aparentemente, parece que a conquista de direitos pelas mulheres não ultrapassou os limites da igualdade formal. E isso tem uma relação imediata com a sustentação de práticas discursivas e a continuidade de práticas sociais de dominação, as quais se naturalizam – e há sempre esse risco –, subvertendo por completo a norma quando de sua imposição coercitiva pelo aparato estatal.

As complexidades provenientes dessas tensões levam a outro objetivo que se visa alcançar ao longo desta pesquisa, qual seja, o de que o direito precisa, a um só tempo, reinventar-se e ser pensado à luz de uma perspectiva transdisciplinar no tratamento das questões relacionadas ao direito das minorias. E isso, não só pelo reconhecimento do movimento dual entre o formal e o material, como também sob a perspectiva de que a sua legitimidade tem necessariamente de ser construída a partir de uma racionalidade argumentativa que enseje o debate entre os sujeitos e contemple a pluralidade e a diversidade.

Essa perspectiva aberta é um princípio, inclusive, inscrito na Carta da Transdisciplinaridade, redigida em 1994, por Lima de Freitas, Edgar Morin e Basarab

² É a partir do constitucionalismo que se consolida a ideia de democracia, o que historicamente remonta ao pensamento grego, ao cristianismo e ao iluminismo. Esses todos formam os pressupostos históricos da modernidade. Do ponto de vista da religião (cristianismo), as Cruzadas representam a identidade militar europeia. O protestantismo, segundo Weber (2004), estabelece proximidade entre religião e economia, o que dá início ao que se chama hoje “globalização”.

Nicolescu, cujo artigo 2 assim dispõe: “ O reconhecimento de diversos níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes, é inerente à atitude transdisciplinar (...)”.

Com isso, entende-se porque, historicamente, a dominação masculina subordinou e subjogou as mulheres sem que, sob os aspectos legal e jurídico, as leis e o direito dessem respostas que contemplassem a diferença para a promoção da igualdade e para a afirmação de direitos. Sob o aspecto político, até agora como minoria congressual, destaca-se a importância de se recuperarem os movimentos de luta por direitos levados a efeito pelas mulheres, em torno de uma teoria política capaz de pensar uma agenda que contemple escolhas que reflitam a real necessidade das mulheres na atualidade.

Sobre os pressupostos teórico-metodológicos da presente pesquisa tomam-se como base a teoria crítica do discurso de Habermas, a teoria da integridade do direito de Ronald Dworkin, a teoria social do discurso de Norman Fairclough, a proposta transdisciplinar, entre outros. Todas essas teorias utilizam a linguagem como fundamento para a construção de racionalidades, com o fim de perscrutar tanto os aspectos emancipatórios quanto os aspectos ideológicos e de dominação por trás dos discursos.

A tese divide-se primordialmente em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se recuperar a base da racionalidade para o desenvolvimento da igualdade, tendo como pano de fundo o direito da mulher. O termo “paradigma”, herdado de Thomas Kuhn, segue o modo aplicado por Habermas à história do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, o que permite que se recupere a complexidade crescente de que passam a se revestir os direitos fundamentais (bem assim tanto o direito da mulher quanto a luta feminista), bem como os possíveis caminhos e as posições interpretativas dadas pelo Estado democrático de direito. Discute-se, também, como processos discursivos e debates públicos permitem a construção de direitos, os quais envolvem, permanentemente e de forma sempre parasitária, o risco de abusos mediante estratégias discursivas voltadas a assegurar um discurso que culmina na continuidade de modelos que não mais condizem com a ordem democrática. Investiga-se a seguinte hipótese: *Se os paradigmas jurídicos, ao afirmar o direito da mulher, tomou a experiência, a luta, para a construção evolutivo-racional de uma dimensão interpretativa e decisional para o direito das minorias e se a experiência produzida pelos paradigmas contribuiu para traçar parâmetros para o avanço da luta feminista pela afirmação de direitos.*

O segundo capítulo discute, reflete e aponta os paradoxos da luta feminista pela conquista de direitos e o campo teórico-prático do desenvolvimento histórico das teorias

feministas. O sentido do capítulo reside em mostrar como os movimentos feministas expandiram o seu campo de atuação e a relação disso com o desenvolvimento do direito nos paradigmas jurídicos. Daí a proposta de se pensar em termos de uma teoria política que abrace a causa feminista e a traga para o centro do debate público. Por consequência, adentra-se no conceito de gênero com o intuito de mostrar o seu conteúdo político e o quanto ele é pertinente para se repensar a identidade da mulher na diferença para a construção da igualdade. Investiga-se a seguinte hipótese: *Se a luta feminista respondeu à experiência construtiva de direitos nos paradigmas jurídicos e se a experiência resultante da luta tornou possível a construção de um caminho para a igualdade a partir da diferença.*

No terceiro capítulo, trazem-se à baila as crenças (ideologias) e as práticas jurídico-discursivas de dominação a partir do confronto entre as experiências extraídas dos paradigmas jurídicos e da luta feminista. Discutem-se racionalidades comunicativas (construtivas e desconstrutivas) por meio das quais as vivências e experiências podem sinalizar o quanto, positiva ou negativamente, a luta foi (ou tem sido) produtiva na construção da identidade da mulher na pós-modernidade. Investiga-se a seguinte hipótese: *Se a condição pós-moderna, ao impor o redimensionamento do sistema comunicativo em todas as esferas das sociedades, contribuiu para a afirmação de direitos, tendo em vista o pluralismo e a complexidade identitária, a luta pelo reconhecimento da diferença e a reconfiguração do conceito de gênero.*

Por fim, no quarto capítulo, analisa-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, julgada, em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, e outros julgados, com o intuito de mostrar a evolução do pensamento jurídico na perspectiva do Estado democrático de direito, de modo a discutir os argumentos e a sua relação com os conceitos trabalhados ao longo da tese. É um capítulo que aponta o arranjo pelo qual o paradigma do Estado democrático de direito deve se pautar atualmente para minimizar os efeitos resultantes da desigualdade. Volta-se novamente para as possibilidades advindas da tensão entre o formal e o material, mas aqui caminhando para o reconhecimento da luta feminista e do seu discurso emancipatório como vetores de superação de dicotomias e disparidades dentro do sistema. Investiga-se a seguinte hipótese: *Se a experiência da luta feminista e a experiência do direito nos paradigmas jurídicos construíram experiências cognitivas e práticas e o quanto esse conhecimento resultante tem influenciado as decisões jurídicas do*

Supremo Tribunal Federal, na observância dos novos conceitos introduzidos no espaço da pós-modernidade, do mundo globalizado, da sociedade em rede e da complexidade social.

Sobre o estado da arte, discutem-se as ideias de autores do porte de Habermas (teoria discursiva do direito; teoria da ação comunicativa), Dworkin (constitucionalismo; comunidade de princípios), Fairclough (teoria social do discurso; identidade), Diniz, Rubin, Scott, Butler, Perrot, Louro, Wolf, Beauvoir (teorias feministas; gênero), Hall, Bourdieu, Bauman (identidade) e tantos outros autores de suma importância para o escopo da pesquisa.

Optou-se por não criar um capítulo específico para a metodologia, visto que esta se encontra na relação de comparação entre os capítulos, por meio do uso dos paradigmas jurídicos, das teorias feministas, das teorias discursivas e dos julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como por meio da revisão e da aplicação dos pressupostos teórico-metodológicos das teorias exploradas nos eixos condutores da tese.

CAPÍTULO 1

OS PERCURSOS E OS PERCALÇOS DO DIREITO DA MULHER NOS PARADIGMAS JURÍDICOS

Este capítulo traz uma visão geral do direito da mulher nos três paradigmas jurídicos: Estado liberal, Estado social e Estado democrático de direito. Tratar a questão de maneira paradigmática é trazer à discussão a dimensão política intrínseca às escolhas feitas em relação à perspectiva “evolutiva” do direito da mulher, mostrar que na experiência, na luta, há a construção de uma racionalidade.

Aqui a noção de paradigma está vinculada ao conceito desenvolvido por Khun (2003, p. 221), para o qual “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. Portanto, quando se trata de paradigma, há um compartilhamento das ideias acerca de uma determinada racionalidade científica, universalmente aceita, que fornece elementos (positivos ou negativos) para os participantes de uma determinada comunidade científica.

Nesse sentido, o paradigma é um construtor de racionalidade, visto que emerge “das ‘decisões exemplares’ que são compartilhadas por um significativo número de agentes por várias gerações” (MARTINS, p. 33). Assim, cada novo paradigma contrapõe-se ao anterior, havendo, portanto, sempre a possibilidade de um marco zero.

Habermas, ao pensar a noção de paradigma jurídico, aplica o conceito de paradigma, originário de Kuhn, para descrever como as grandes mudanças no campo das crenças profundas na vivência constitucional das comunidades jurídico-políticas ocorrem não em uma linha de continuidade direta, mas mediante rupturas. Em sua análise, o paradigma se aplica à sociedade, e não propriamente à ciência. Por essa razão, a interpretação do direito configura-se como resposta “aos desafios de uma situação social percebida de uma determinada maneira” (1997a, p. 123).

Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 7), ao discutirem a noção de paradigma em autores como Khun e Gadamer, assim destacam:

O conhecimento produzido também produz, em igual medida, desconhecimento. Neste passo o conceito de paradigma científico em Thomas Kuhn pode muito nos esclarecer. *Paradigma* é um conceito da filosofia da ciência de Thomas Kuhn que, por sua vez, afirma ter sido por influência de Gadamer, o autor de “*Verdade e Método*” - um autor

vinculado à hermenêutica filosófica, à reflexão do *status* do conhecimento no terreno das chamadas ciências do espírito, das ciências humanas, das ciências que têm por objeto precisamente a interpretação de textos ou de equivalentes a textos - que pensou em trabalhar este conceito. Kuhn, em “*A Estrutura das Revoluções Científicas*”, avança a tese de que o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente, mas, ao contrário, o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas.

Também aqui a concepção dos direitos resulta das crenças que alicerçam as práticas de uma comunidade jurídico-política. E isso é visível por meio dos paradigmas, que, por estarem vinculados à prática linguística, contêm os discursos ideológicos e de dominação, os quais fornecem o substrato para uma interpretação mais concreta do direito. Habermas (2000, p. 39) afirma: “a ‘verdade’ se torna um conceito de validade triplamente localizado. A validade de proposições que são, em princípio, falíveis é mostrada como sendo uma validade que é justificada para um público”. É o caso, por exemplo, de conceitos jurídicos como verdade, justiça, liberdade, igualdade, que são totalmente dependentes da perspectiva paradigmática em voga, visto que as escolhas conceituais são feitas à luz do próprio sistema.

Com o intuito de traçar os tipos de direitos predominantes nos paradigmas constitucionais, é que se toma a teoria da geração dos direitos como parâmetro. Assim, os direitos de primeira geração, vinculados ao Estado liberal, resumem-se aos direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas (negativas ou formais), com destaque para o princípio da igualdade formal, destruindo as hierarquias fundadas no nascimento, as quais estruturavam a sociedade antiga e a medieval, e o da liberdade, que Hegel qualifica como a “liberdade de ter, de possuir”, a liberdade dos burgueses.

Já os chamados direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais), revelam, na verdade, toda uma mudança paradigmática, pois, inclusive, os direitos de primeira geração passam a ser vistos agora sob a ótica do novo paradigma, o do Estado social, que ao anterior se opõe. Identificam-se, portanto, com as liberdades positivas, com destaque para o princípio da igualdade, agora, substantivamente materializado.

Por fim, os direitos de terceira geração, resultantes da ruptura paradigmática da qual emerge o Estado democrático de direito, os quais não somente consagram o princípio da solidariedade e materializam-se como direitos de titularidade difusa, como também renovam o sentido dos direitos de primeira e de segunda geração sob essa nova ótica bem

mais complexa. Devido ao seu caráter difuso, esse modelo volta-se mais para as escolhas políticas que determinarão o seu campo de abrangência, a sua estrutura, a formalidade e a materialidade dos direitos, sem perder o foco daquilo que o paradigma em si espelha em termos das escolhas sistêmicas.

Por essa razão, a de constante ruptura pela perspectiva paradigmática, tecem-se críticas à teoria da geração dos direitos. E isso, como já dito, deve-se ao fato de que há uma mudança paradigmática a cada novo modelo que se estabelece, o qual rompe as barreiras de um pensamento estanque e limitado, de modo a mostrar não só o que muda ao se estabelecer uma nova ordem de discurso, como também a motivação (crise) para a mudança.

Nos paradigmas jurídicos, tem-se uma dimensão política que não pode ser desconsiderada, o que para o direito é de suma relevância. Mesmo que o direito tenha como característica a contrafactualidade (exigências que não se verificam), não se diz que lutas sociais (dimensão política) não se imponham, pelo contrário. A luta é, sobretudo, pelo cumprimento do direito.

O objeto desta tese caminha exatamente nessa direção, visto que discute o comportamento dos paradigmas em face do direito da mulher. Questiona-se, como exemplo, o problema da identidade da mulher em que, pela difusidade decorrente do viés paradigmático do Estado democrático de direito, há certa dificuldade em se discutirem papéis que, por força dos paradigmas anteriores – o Estado social é o contraposto –, tendem a sustentar identidades ultrapassadas.

Logo, estudar os modelos jurídicos paradigmáticos passa pela discussão do feminismo, na tentativa de mostrar, e isso será feito no curso de toda a tese, que não é possível pensar a sociedade sem levar em conta a desigualdade de gênero. Toda e qualquer reflexão feminista que aqui se fizer tem como base as experiências de luta, não só para aprofundar a compreensão das questões de gênero, mas também trazer uma luz sobre outros tipos de opressão social.

A luta feminina, para fugir do silêncio e do obscurantismo em que os sistemas subjugarão as mulheres ao longo do tempo, tem sido árdua, mas, ao mesmo tempo, sujeitou-a aos novos impulsos teóricos dados ao longo das mudanças paradigmáticas. E isso se deve ao fato de que as rupturas paradigmáticas são a possibilidade de se pensar diferentemente, bem como de construir estratégias de racionalidade para a formação de consciência crítica e abertura para novos conceitos, novos espaços cognitivos.

Então, fica a grande missão por trás desta investigação: O que se aprende com esses modelos paradigmáticos? A experiência institucional, positiva ou negativamente, traz elementos que traçam o campo de atuação da luta pela conquista de direitos nas esferas material e formal.

Por força disso, investiga-se a seguinte hipótese: *Se os paradigmas jurídicos, ao afirmar o direito da mulher, tomou a experiência, a luta, para a construção evolutivo-racional de uma dimensão interpretativa e decisional para o direito das minorias e se a experiência produzida pelos paradigmas contribuiu para traçar parâmetros para o avanço da luta feminista pela afirmação de direitos.*

Resta saber em que medida o aprendizado resultante dessa experiência paradigmática provoca o sistema a ponto de ser receptivo e responsivo aos anseios da sociedade, que é onde de fato as relações se constroem. E fica a seguinte pergunta: Como a tensão decorrente da luta pela igualdade pode ser socialmente produtiva do ponto de vista do direito da mulher? A resposta a essa questão leva necessariamente ao levantamento de aspectos acerca do problema da identidade da mulher na atualidade.

Toda essa reflexão sobre a exclusão histórica das mulheres em relação a direitos e garantias gozados pelos homens leva a repensar os meandros da democracia moderna e a sua evolução, pois não tem conseguido resolver ou superar a desigualdade de gênero, o que requer a revisão dos paradigmas democráticos clássicos que ainda influenciam e reforçam determinadas práticas e discursos em um contexto de diversidade de conflitos e demandas.

1.1 O FORMALISMO DO ESTADO LIBERAL

O nascedouro do Estado liberal deu-se com o surgimento do constitucionalismo e das teorias contratualistas em que ficava bem marcada a separação entre Estado e sociedade. A construção desse modelo de Estado foi uma forma de conter o avanço do Estado absolutista, cujo poder estava concentrado nas mãos do soberano.

Dizem alguns que o Estado liberal foi um projeto da modernidade³. A passagem histórica pela sua criação mostra-o circundado por metanarrativas⁴. Um exemplo típico

³ “Esse projeto equivalia a um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas ‘para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e leis universais e arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas’. A idéia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária” (HARVEY, 2009, p. 23).

⁴ Metanarrativa é aqui usada em contraposição à *grand narrative* – o “enredo” dominante por meio do qual os indivíduos são inseridos na história como seres que têm um passado definitivo e um futuro predizível

desse construto ideológico deu-se com a própria filosofia iluminista, que espalhou a ideia de que a razão e seus corolários (o progresso científico e a tecnologia) trariam felicidade ao homem, emancipando-o dos dogmas, mitos e superstições das eras anteriores, ao mesmo tempo em que produziam um sentimento de unidade e de pertencimento.

E com o direito estatal também não poderia ser diferente, a própria modernidade requeria tal intento. Por essa razão, predominou no campo do direito uma espécie de racionalismo jurídico carregado de exigências morais e universais, de base ideológica, que sustentavam as metanarrativas, quando por si próprio já não se constituía em uma metanarrativa⁵.

Hegel, como um dos grandes críticos do projeto moderno – por considerá-lo externo –, invoca o resgate do projeto interno (controle das paixões). Se isso tivesse sido possível, a proposta seria a do escravo mais livre que o seu senhor. De acordo com ele, “uma grande obstinação, mas que dá honra ao homem, a de recusar reconhecer o que quer que seja dos nossos sentimentos que não esteja justificado pelo pensamento, obstinação característica dos tempos modernos” (HEGEL, 1997, XXXVIII).

Em continuidade ao pensamento hegeliano, destaca-se:

O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio (HEGEL, 1997, p. 226).

Assim, para Hegel, na modernidade, o Estado, a sociedade, a ciência, a moral, a arte são alterados à luz do princípio da subjetividade. É uma época marcada pela razão. Desse modo, a subjetividade torna-se o princípio e a autoconsciência, o ponto de vista da modernidade, a qual gera, por meio do antagonismo dialético entre ser e pensar, um constate conflito entre o finito e o infinito.

No ponto central da filosofia hegeliana do Estado está o conceito de liberdade, que não deve ser entendida como arbitrariedade, uma vez que arbitrariedade não é liberdade. A vontade individual torna-se ainda mais livre ao concordar com a vontade racional e geral. O bem consiste na livre submissão do individual ao geral. No sentido completo, o homem

(GIDDENS, 1991). Ou “interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal” (HARVEY, 2009, p. 19).

⁵ Thompson (1995, p. 83), ao descrever o *modus operandi* da ideologia, critica a narrativização, cujas exigências estão inseridas em histórias que contam o passado e tratam o presente como parte de uma tradição eterna e aceitável. “Essas ‘nacionalidades fabricadas’, por sua vez, são o sustentáculo ideológico de estados inteiros e, em consequência, de toda a máquina administrativa por eles sustentada” (TEIXEIRA; BISERRA, 2012, p. 38).

se torna primeiramente livre no Estado em que o espírito é realizado⁶. Segundo Hegel apenas a vontade que obedece à lei é livre. Assim considera o sistema jurídico como um “império da liberdade realizada” e o direito é a “existência da vontade livre” (HEGEL apud RÖD, 2008, p. 377-378).

Foi exatamente no contexto dessa modernidade “conflitiva” que surgiu o primeiro paradigma constitucional. Martins (2015, p. 34) destaca alguns elementos que contribuíram para consolidação desse modelo estatal:

Surgiu, um tipo de Estado organizado segundo os termos de uma Constituição escrita que, de um lado, assegurava os direitos individuais burgueses e, de outro, estabelecia a tripartição dos poderes. Nesse contexto, a Constituição e a legislação surgiam, automaticamente, como expressão da vontade geral do povo ou nação, no seio de parlamentos cujos representantes eram eleitos pelo voto censitário.

Nesse modelo de Estado, sustentado no argumento liberal, cujo núcleo era a propriedade privada, predominava o individualismo, cujo campo de atuação era o do direito privado. Por esse motivo, era natural que as sociedades liberais do século XIX, principalmente os detentores do poder e da propriedade privada, procurassem restringir o poder de atuação do Estado, de modo a que ficassem asseguradas as liberdades individuais, o que era feito por meio de leis específicas e era facilitado pela atuação e maior centralidade atribuída ao Poder Legislativo em face dos demais.

Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 479) assim resume o primeiro paradigma constitucional:

O paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da ‘melhor sociedade’ autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras anteriormente referidas e, assim, garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos do homem de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, uma ordem jurídica liberal clássica. É claro que sob esse primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de

⁶ É clara, portanto, a contradição entre a filosofia hegeliana do Estado e o liberalismo político e econômico. No lugar do individualismo iluminista, em Hegel entra o pensamento de que somente como membros da comunidade estatal os indivíduos têm verdade e eticidade. No Estado ético, eles se relacionam entre si não como parceiros contratuais, mas sim como partes de um organismo. O Estado não existe para os cidadãos e tampouco existem os cidadãos para o Estado. Este é uma totalidade na qual os indivíduos estão integrados de maneira que, para desenvolver eticamente suas personalidades, eles dependem do Estado, assim o Estado depende deles (apud RÖD, 2008, p. 380-381).

uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “bouche de la loi”.

Destaca-se, ainda, que, nessa fase inaugural do constitucionalismo, conceitos como liberdade e igualdade formal serviram de mecanismo para a exploração e o acúmulo de renda. E o Estado moderno soube explorar isso muito bem – visto ser a liberdade a característica humana central (direito individual “natural”) –, em termos de uma racionalidade que, ao contrário do que se acreditava, é, como toda racionalidade humana, um produto social e temporalmente limitado, que se assenta em pressupostos linguísticos socialmente compartilhados e nunca verificados, o pano de fundo da linguagem. Pensar assim – metanarrativamente –, contribuiu para a crise do modelo liberal de Estado.

Um ponto que merece destaque diz respeito à identidade dos indivíduos nesse período. Como já dito, era um sujeito focado na razão – influência do iluminismo⁷ e produto da modernidade –, centrado, unificado, essencialmente descrito como masculino, “cujo ‘centro’ consistia num núcleo interior, que emergia pela primeira vez quando o sujeito nascia e com ele se desenvolvia, ainda que permanecendo essencialmente o mesmo (...) ao longo da existência do indivíduo” (HALL, 2006, p. 10-11). Esse “centro” a que aduz Hall era a identidade da pessoa.

Todavia, esse sujeito “todo-poderoso”, criado para dominar a natureza, entrou em crise. A fé na onipotência da razão calculista abalou-se, o que implicou a transmutação inevitável de valores. Assim, a aspiração por universalidade, por luz, por ordem, foi posta em juízo, sendo então introduzidos novos valores em prol de uma “nova” razão, esta agora vinculada à obscuridade, à alteração, à diversidade. Essa alternativa abriu espaço para o pensamento e para as concepções feministas que se seguiriam a partir de meados do século XX, com a introdução de correntes pós-modernistas.

1.1.1 Os primórdios da evolução do direito da mulher

O marco inicial da luta feminista deu-se com a Revolução Francesa, quando, em 1789, as mulheres dos mercados de Paris marcharam até Versalhes e tomaram o palácio

⁷ “O pensamento iluminista abraçou a ideia de progresso e buscou ativamente a ruptura com a história e a tradição esposada pela modernidade. Foi, sobretudo, um movimento secular que procurou desmistificar e dessacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos dos seus grilhões” (HARVEY, 2009, p. 23).

real. Armadas com foices, mosquetes e até com um canhão sem munição, elas protestavam contra o alto preço e a escassez do pão.

Saffioti (2013, p. 160-161) destaca que “na França, embora a revolução burguesa suprimisse o privilégio da masculinidade (1790), tornando a mulher igual ao homem no direito sucessório, o casamento subordinava a esposa e, conseqüentemente, seus bens, ao marido”. Mesmo com a expansão das liberdades humanas, esse processo não atingia a mulher, independentemente da classe a que pertencia. Pelo contrário, a sua condição de mulher (ideia de sexo inferior) impôs-lhe viver sua condição de classe de forma diversa da do homem.

Foi nesse momento da história que as mulheres identificaram que a construção de sua cidadania dependia de dois caminhos aparentemente opostos: igualdade e diferença⁸. Essa dualidade opositiva foi, inclusive, a marca dos movimentos feministas subsequentes aos primórdios. De acordo com as precursoras, Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft, o direito à diferença não deveria ser incompatível com o direito à igualdade – direitos civis, como o voto; direitos trabalhistas, como salários iguais para funções equivalentes.

Internamente, no Estado liberal, os sistemas jurídicos que prescreviam direitos baseavam-se nos ideais do liberalismo clássico, cujos dogmas tinham força no discurso (burguês e masculino) e na prática. A igualdade, por exemplo, era discurso que se apregoava, contudo, uma igualdade ainda de tipo formal, que se, por um lado, possibilitou o fim dos privilégios de nascimento, da sociedade de castas, por outro, deu lugar a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. Era um modelo de igualdade altamente abstrato e baseado na generalidade da legislação, que, em muitos casos, limitava as próprias liberdades do indivíduo devido à desigualdade entre os detentores da propriedade privada (burguesia) e o restante da sociedade (trabalhadores).

Assim, o modelo de igualdade prescrito à época, de base franco-americana, era altamente excludente, pois sedimentou mais ainda a separação entre ricos e pobres (em terras francesas) e a segregação entre brancos e negros (em terras americanas). Como já dito, era uma igualdade de tipo formal, por trás de um sistema repressor e opressor, que

⁸ Olympe de Gouges morreu na guilhotina por escrever a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, análoga à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789. Olympe percebeu que, além de garantir a igualdade de direitos entre homens e mulheres, fazia-se necessário o reconhecimento das diferenças para o atendimento de demandas específicas. Frustram-se os seus esforços e ela encontra a morte no cadafalso. Na Inglaterra, concomitantemente, Mary Wollstonecraft defendia que as mulheres têm capacidades, talentos, necessidades e preocupações específicas, que devem ser levados em conta na sua cidadania. Em 1792, publicou o livro *Vindication of the rights of women* (“Uma reivindicação pelos direitos das mulheres”), que foi considerada obra precursora do pensamento feminista. Apesar da notoriedade que a autora alcançou, a obra não desencadeou nenhum movimento organizado, visando elevar a posição da mulher na família e na sociedade.

pouco se importava com as injustiças sociais. As riquezas circulavam, mas apenas entre os detentores da propriedade privada, o que culminava em grande desigualdade social e profunda assimetria de classes, pura decorrência de um sistema capitalista pautado no liberalismo econômico.

É possível pensar, então, que um marco histórico que tenha contribuído para o delineamento inicial acerca do direito da mulher esteja vinculado ao surgimento dos movimentos feministas a partir da Revolução Industrial. Um fato se deve a que esses movimentos resultaram de um momento na história em que as mulheres iniciaram trabalho maciço nas fábricas, por força da escassez de mão-de-obra masculina, pois, à época, os homens morriam nos conflitos e guerras.

Contudo, ressalta-se que a inserção das mulheres no trabalho fabril, por exemplo, não significou liberdade ou independência. Pelo contrário, “Marx refere-se antes ao modo de produção familiar, no qual o trabalho das mulheres e de seus filhos mantinha-se sob a supervisão da autoridade do pai” (CHABAUD-RYCHTER *et al.*, 2014, p. 16). Por sua incapacidade civil, as mulheres levavam uma existência na total dependência de seus maridos. Portanto, a referência marxista ao trabalho das mulheres assemelha-se à questão da dominação das mulheres pelos homens a um “resíduo pré-capitalista”. Marx (1946, p. 323) notou que “o trabalho da mulher e da criança foi o primeiro brado da aplicação capitalista da maquinaria”.

Ainda sobre o trabalho feminino na fase pré-capitalista, assim se posiciona Saffioti (2013, p. 61-62):

Nas economias pré-capitalistas, especificamente no estágio imediatamente anterior à revolução agrícola e industrial, a mulher das camadas trabalhadoras era ativa: trabalhava nos campos e nas manufaturas, nas minas e nas lojas; nos mercados e nas oficinas, tecia e fiava, fermentava cerveja e realizava outras tarefas domésticas. Enquanto a família existiu como unidade de produção, as mulheres e as crianças desempenharam um papel econômico fundamental.

Sobre os primórdios do movimento feminista no mundo, é pertinente lembrar aqui o papel das mulheres norte-americanas na luta pela abolição da escravidão e do direito ao voto nos Estados Unidos da América no século XIX. Destaca-se o papel de duas mulheres advogadas da abolição da escravatura: Susan Brownell Anthony (1820-1906) e Elizabeth Cady Stanton (1815-1902). Em 1851, em *Seneca Falls Convention*⁹, Estado de Nova

⁹ Foi um evento histórico considerado o berço do movimento feminista, organizado por Lucretia Mott e Elizabeth Cady Stanton. Do encontro, resultou a famosa “Declaração de *Seneca Falls*” ou a “Declaração

Iorque, elas deram início à luta pelo fim da escravidão e pelo direito ao voto. Safiotti (2013, p. 177) explica esse contexto:

O individualismo que marca esta época de proclamação de direitos explica-se em função dos novos rumos impressos à economia americana. Com os avanços do capitalismo industrial, a propriedade da terra cede lugar à empresa industrial, e a família perde suas funções de unidade produtora. A mulher é alijada do mundo da propriedade, o laço de união que a prendia ao marido se transforma numa justaposição, criando a necessidade de uma afirmação pessoal. Sendo a propriedade uma via possível de afirmação na sociedade capitalista, é o acesso a ela que as mulheres reclamam em sua declaração de direitos.

Contudo, o fim da escravidão nos Estados Unidos, após a Guerra de Secessão, não foi garantia de liberdade propriamente dita. Isso porque, no lugar da escravidão, entra a discriminação, o que resultou em uma total desigualdade entre negros e brancos. Pacheco (1983, p. 43) descreve a condição dos negros no pós-guerra:

Os habitantes do Norte jamais simpatizaram com os negros, muito pelo contrário. A abolição da escravidão naquela região acarretou a adoção de leis cada vez mais estritas sobre as ações dos negros libertos [...]. Há considerável evidência no sentido de que os norte-americanos receavam os negros e não queriam relacionar-se com eles, sempre que fosse possível.

Logo após a guerra, das três emendas à Constituição americana adotadas, a Emenda n. 14¹⁰ é considerada a mais importante por assegurar “liberdade” aos negros. Diga-se de passagem, liberdade no sentido formal. Assim destacou Cooley (2002, p. 223): “Essa emenda primeiramente teve por fim proteger os escravos que se emancipavam, nos seus direitos, como homens livres e impedir que contra eles, em razão da cor, houvesse distinções”.

A doutrina do “separados, mas iguais” teve grande penetração nos tribunais americanos. Essa doutrina proveio de uma série de fatores. Entre eles estão as leis que promoveram a discriminação dos negros, conhecidas como leis Jim Crow, bem como das decisões da Suprema Corte, que manteve decisões discriminatórias por meio do precedente no caso *Plessy versus Ferguson*, julgado no ano de 1896. Nesse caso, a decisão foi prolatada em um caso envolvendo segregação no transporte ferroviário, mas que,

de sentimentos”, documento este baseado na Declaração de Independência dos Estados Unidos e no qual foram denunciadas as restrições, sobretudo no campo da política, às quais estavam submetidas as mulheres.

¹⁰ A Emenda n. 14 é de 1868 e determina a garantia de direitos civis e o implemento do *due process of law*. Com base nessa emenda, o Estado não poderia privar o indivíduo da liberdade e da propriedade sem que se promovesse o devido processo legal.

posteriormente, passou a ser aplicada nas escolas e outros locais. Assim, pontua Kaufmann (2007, p. 143):

A importância da conclusão da Suprema Corte neste caso pode ser mensurada pela amplitude que conferiu ao sistema Jim Crow. Assim, observa-se que, apesar de a doutrina de “iguais, mas separados” ter sido apreciada no caso *Plessy*, apenas no que tange a acomodações em transportes públicos, posteriormente sustentou e abalizou o alastramento da segregação em escolas públicas e demais setores sociais, possibilitando, ainda, que os proprietários de negócios privados estabelecessem novas exigências relativas à segregação.

A mudança do precedente *Plessy versus Ferguson* só veio tempos depois (1954) com o novo precedente do caso *Brown versus Board of Education of Topeka*¹¹, em que o ativismo judicial exercido pela Corte Warren foi de fundamental importância para o rompimento do precedente anterior e consequente banimento da segregação racial nos Estados Unidos, com a superação da doutrina do “separados, mas iguais”.



Imagem 1 – Demonstração de ódio contra a adolescente negra nos EUA¹²

¹¹ Resumidamente, o caso consistiu no auxílio procurado pelos representantes legais aos Tribunais Federais, a fim de que seus filhos / representados, alunos menores da raça negra, pudessem ser admitidos em escolas públicas de sua comunidade, na base de não segregação. A eles era negada a admissão em escolas frequentadas por crianças brancas por causa das leis segregadoras então vigentes. A importância desse caso reside no fato de que houve pela Suprema Corte o reconhecimento da exigência de que a desigualdade formal produz consequências imateriais (psicológicas) extremamente danosas para a própria autoestima das pessoas discriminadas, com profundas consequências sociais que repercutem materialmente, o que mostra que forma e matéria se relacionam como opostos que se constituem, como será visto mais adiante quando se tratar do paradigma do Estado Democrático de Direito.

¹² Foto ilustrativa do ódio contra a adolescente negra que fazia parte do grupo de 9 adolescentes negros, selecionados para cumprir a ordem judicial de integração racial no país, no dia 4 de setembro de 1957, na escola

Para Guimarães, há semelhanças entre o modelo norte-americano e o brasileiro com relação a questões raciais, mas estas só começaram a aparecer com o Movimento dos Direitos Civis, que desmantelou a segregação racial nos Estados Unidos, como bem descreve:

(...) foi aí que as desigualdades raciais passaram a ser claramente atribuídas à operação de mecanismos sociais mais sutis – a educação escolar, a seletividade do mercado de trabalho, a pobreza, a organização familiar, etc. (...) Desde então, a denúncia das desigualdades raciais, mascaradas em termos de classe social ou de *status*, passou a ser um item importante na pauta anti-racista. Os racismos brasileiro e norte-americano tornaram-se, portanto, muito mais parecidos entre si. (GUIMARÃES, 1999, p. 43).

Em suma, no que concerne ao direito da mulher no Estado liberal, vinculava-se basicamente à igualdade formal e ao direito de voto. Para as sufragistas norte-americanas do século XIX, a conquista do voto representaria o “Milênio para as mulheres”. Mas não foi isso o que de fato aconteceu, com bem destacam Miguel e Biroli (2014, p. 8):

A pífia presença feminina nos espaços de poder após a obtenção desse direito indicou a necessidade de identificar os mecanismos de exclusão mais profundos, além da restrição consignada em lei. O mesmo se pode dizer das reformas dos códigos civis ou do acesso à educação. Cada vez mais, em vez da incorporação das mulheres à ordem existente, tornava-se clara a necessidade de uma transformação profunda dessa ordem.

No Brasil também não foi diferente. Em termos de direitos, a maior conquista foi, sem dúvida, o direito de voto, com a instituição do Código Eleitoral por meio do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Em geral, as mulheres conquistaram esse direito nas primeiras décadas do século passado, embora em alguns países, como Suíça e Luxemburgo, só tenha ocorrido na década de 70. Apesar da conquista do direito de voto, desigualdades em outros planos da vida social ainda persistiram. Trata-se do tema nos tópicos seguintes, bem como da legislação que se desenvolveu paralelamente.

média de Little Rock, em Arkansas, Estados Unidos, está estampada na cara da adolescente branca, na fotografia publicada em muitos jornais do país na época. Retirado do Google imagens. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=04+de+setembro+de+1957+na+escola+m%C3%A9dia+de+Little+Rock,+em+Arkansas,+Estados+Unidos,+est%C3%A1+estampada+na+cara+da+adolescente+branca,+na+fotografia+publicada&biw=1920&bih=971&source=Inms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjN5rTEuOvKAhUEEJAKHUiYBL8Q_AUICcgD#imgrc=uZm6P4-zRSvIPM%3A>.



Imagem 2 - A conquista do voto feminino no Brasil em 1932¹³

1.2 O ESTADO SOCIAL E A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA

O Estado social representa o desencanto em relação ao paradigma anterior. O contexto de seu surgimento deu-se, em relação ao direito, com a edição das Constituições de Weimar (1919) e do México (1917), que foram garantidoras de novos direitos, agora vinculados às relações de mercado e ao trabalho, o que alterou paradigmaticamente a estrutura estatal. Se antes o Poder Legislativo assumia papel relevante nas relações entre o Estado e o indivíduo, aqui, o Poder Executivo passou a legitimar-se legislativamente.

No período Entreguerras e na Segunda Guerra Mundial, desenvolveram-se crenças e práticas eugênicas que romperam com o respeito à dignidade humana. Por isso mesmo, a concepção do direito e de suas bases sofreu drásticas modificações no Pós-Guerra, período que significou a sua reconstrução, por meio da deflagração do movimento de internacionalização dos direitos humanos, como resposta às atrocidades cometidas mundo afora. Esse cenário, então, foi propício à continuidade da luta pelos direitos sociais, iniciada por volta do final da Primeira Guerra Mundial.

Historicamente, a ideia dos direitos naturais passou a ser reocupada pela ideia de exigências morais que eram vistas como uma invenção de burgueses ocidentais, as quais continham um conteúdo universal – direitos naturais, evidências lógicas. Hoje, os direitos humanos não mais podem ser vistos como direitos naturais. A razão disso é a natureza

¹³ Google imagens. Disponível em:

<https://www.google.com.br/search?q=foto+voto+no+brasil&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwiZia_GgbTLAhVIIJAKHYPCsUQ_AUIBygB&biw=1280&bih=953#tbm=isch&q=mulheres+votando+em+1932&imgcr=nrmhRMIkFN4M%3A>. Acesso em: 2 jan. 2016.

convencional (consuetudinária) dos direitos humanos, contudo, nem por isso, menos exigentes. Tanto é assim, que há a previsão de um órgão de monitoramento desses direitos, que acompanha o modo pelo qual os Estados cumprem e observam as obrigações assumidas nos pactos internacionais.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) foi um marco definitivo para a implementação dos direitos humanos. Lafer (1995, p. 174-175) destaca o papel da ONU após a eclosão da Segunda Guerra Mundial:

Foi necessária a catástrofe da Segunda Guerra Mundial para que os direitos humanos passassem a receber, no sistema internacional, no *direito novo* criado pela Carta da ONU, uma abordagem distinta daquela com a qual vinham sendo habitualmente tratados. Os desmandos dos totalitarismos que terrorizavam vários países da Europa e que levaram ao megaconflito haviam consolidado a percepção kantiana de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais propícios à manutenção da paz e da segurança internacionais. Daí a necessidade de apoiar em normas internacionais o ideal dos direitos humanos. Sobretudo, insinua-se, entre os líderes democráticos, a percepção de que os direitos humanos não podem mais constituir matéria do domínio exclusivo dos Estados e que algum tipo de controle internacional faz-se necessário para conter o mal ativo e passivo prevaletentes no mundo. Trata-se, à luz do que tinha sido o horror da guerra e o horror do holocausto, da incorporação da idéia kantiana do direito à hospitalidade universal, sem o qual nenhum ser humano pode, diante da soberania estatal, sentir-se à vontade e em casa no mundo.

Não resta dúvida de que, por trás da Carta da ONU, há uma série de postulados éticos, que se originam do “reconhecimento da legitimidade do patrimônio das idéias éticas da humanidade” (LAFER, 1995, p. 185). Os valores lá postos têm a dimensão da inexaurabilidade.

Sobre a Declaração de 1948, assim se declara Marramao (2007, p. 6):

A Declaração de 1948, mesmo representando exclusivamente um ideal comum a ser alcançado por todas as nações, como um acordo juridicamente vinculante, não se limitou a universalizar a idéia dos direitos humanos e a promover a sua adoção pelos Estados, mas também atribuiu um valor transterritorial tanto aos direitos civis e políticos, quanto àqueles econômicos e sociais (reunidos pelo historiador do direito Pietro Costa (1999-2004) na fórmula da “liberdade do medo e da necessidade”) e sancionou os direitos das minorias e dos povos, reconhecendo a esses últimos o fundamental direito à autodeterminação.

A evolução histórica dos direitos humanos no Brasil foi bastante conturbada. Primeiramente, era um Estado absolutista e não havia sequer conceito acerca desses direitos. Tempos depois, com D. Pedro I, houve uma formalização, ainda incipiente, dos direitos de cidadania, mas restrito a certas classes. Havia, nessa época, uma forte influência

das revoluções francesa e norte-americana. Nos períodos seguintes, pouco se evoluiu em termos da concretização desses direitos. E, com a ascensão dos militares (1964), a causa dos direitos humanos foi praticamente abandonada.

Os movimentos sociais eclodiram contra o sistema militar e encabeçaram a luta pelos direitos humanos na perspectiva filosófico-jusnaturalista. Só a partir da redemocratização é que o tema dos direitos humanos passou a ter relevância no cenário político do Brasil devido à abertura. Com isso, vê-se o fosso histórico entre o reconhecimento legal dos direitos humanos no Brasil e a sua efetivação, o que levanta indiretamente (ou diretamente) o problema da igualdade, situação que é agravada atualmente com a globalização em suas bases capitalistas¹⁴.

Esse é, portanto, o contexto de desenvolvimento do *Welfare State* (Estado de bem-estar social), que se deu de forma mais intensa nos países capitalistas desenvolvidos, que conhecerem, nas três décadas que se sucederam à Segunda Guerra Mundial, forte crescimento econômico. Os Estados de bem-estar social, para o exercício do controle, “implementaram várias formas de dirigismo, incluindo investimento infra-estrutural, política industrial, tributação redistributiva, provisão social, regulamento empresarial, nacionalização de algumas indústrias-chave e desmercantilização de bens públicos” (FRASER, 2009, p. 15).

Com o Estado social, houve a “queda” da autonomia privada, com maior intervenção da esfera pública nas decisões institucionais. Nesse paradigma constitucional, aliás, “todo indivíduo teria o direito, desde o seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ser fornecidos diretamente por meio do Estado ou, indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil” (SOUSA, 2010, p. 24). Foi o cenário propício para o “renascimento” dos direitos humanos, como já ressaltado alhures e conforme dispõe Corrêa (2013, p. 27):

¹⁴ A Constituição de 1988 foi um avanço, pois inseriu o Brasil na arena internacional de discussão dos direitos humanos e, conseqüentemente, houve a inserção no ordenamento jurídico interno dos tratados internacionais sobre direitos humanos, o que contribuiu para o fortalecimento da democracia. Mesmo com a edição dos tratados, os direitos das minorias (mulheres, LGBT, crianças e adolescentes, entre outros) continuam sendo desrespeitados. Frisa-se que os pactos / tratados, dos quais o Brasil é signatário, deram margem a se pensarem os direitos humanos como uma política interna de Estado, daí a criação de leis (Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, entre outros) e de planos / programas (Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH, Plano Nacional de Ações Afirmativas, entre outros). Sobre o PNDH (nas suas duas versões – 1996 e 2010), destaca-se que é fruto da luta pelos direitos humanos nas últimas décadas do século XX (SANTOS *et al.*, 2014, p. 33-48).

(...) deu-se no contexto da segunda onda de descolonização política, coincidindo também com as incertezas e tensões da Guerra Fria. O desenvolvimento do debate sobre direitos humanos desenrolou-se, portanto, no interior de uma forte tensão ideológica entre direitos econômicos e direitos políticos, que implicou, entre outras distorções, a utilização instrumental dos direitos políticos como produto não apenas da ideologia da predestinação ou excepcionalismo norte-americano, mas também da opção preferencial do campo da esquerda pelos direitos econômicos e suspeita em relação ao caráter “individualista dos direitos civis e políticos”, uma fratura que não foi de todo superada.

No discurso habermasiano, essa transformação social do direito foi inicialmente concebida como um processo no qual uma nova compreensão instrumental do direito, relacionada com as concepções de justiça de bem-estar social, sobrepôs-se ao modelo liberal do direito, que foi suprimido, para depois, finalmente, ser suplantado. E isso se deveu em grande medida ao fato de que o Poder Executivo passou a ter força, substituindo em tese o Poder Legislativo, que foi sobressalente no paradigma anterior.

Por essas e por outras razões, o Estado social provocou uma releitura do princípio da igualdade. De acordo com Cruz (2005, p. 8), o constitucionalismo social surgiu como reação às injustiças sociais: elevadas jornadas de trabalho, remuneração indigna, miséria generalizada, repressão contra qualquer forma de protesto. A igualdade, a partir desse paradigma, sustenta-se na garantia dos direitos econômicos e sociais, deixando de ser apenas formal, mas assumindo um viés material, de modo a possibilitar “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade” (CRUZ, 2005, p. 10).

Ao tratar a questão da igualdade fática (material) na perspectiva do Estado social, assim ilustra Bonavides (2014, p. 386):

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direito. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas.

Assim, os direitos individuais burgueses do Estado liberal sofreram limitações em relação aos princípios que passaram a contemplar a igualdade material, para além da igualdade formal. A autonomia da vontade das partes e a propriedade, a título de exemplo, cederam espaço a princípios outros, como o da função social da propriedade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Toda essa mudança paradigmática mudou a forma como o direito passou a ser interpretado. Carvalho Netto (1999, p. 481), ao discorrer sobre o tema, assim se posiciona:

O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.

Apesar das profundas mudanças ocorridas, o Estado social sucumbiu, está “morto”, pois não “cumpriu” as promessas que havia prometido. Era caro demais manter o aparato estatal devido às tarefas e aos encargos sociais. Ademais, o modelo clientelista e a burocracia estatal contribuíram para o seu “fracasso”. Os cidadãos passaram a ser vistos como “clientes”, sujeitos de direitos sociais prestacionais, portando o Estado como um provedor de bens, ou seja, direitos tratados como se fossem bens, o que em nada diferenciava do paradigma anterior.

De acordo com Anderson (1995), tudo se transformou com a chegada, em 1973, da crise do modelo econômico do pós-guerra, período em que o mundo capitalista desenvolvido passou por um período longo e de profunda recessão, com baixas taxas de crescimento e altas taxas de inflação. Foi a partir desse período turbulento que as ideias neoliberais passaram a ganhar espaço na seara mundial. Ainda de acordo com esse autor, há uma explicação para a crise do Estado social:

As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. (ANDERSON, 1995).

O que se viu aos poucos foi a desestruturação do Estado social, principalmente, no que concerne às suas funções de regulação econômica e de integração material dos indivíduos atingidos pelo modelo capitalista, o que contribuiu, sobremaneira, para o enfraquecimento dos direitos sociais de cidadania, direitos estes que teriam possibilitado uma relativa independência dos trabalhadores e dos desempregados em relação ao próprio mercado de trabalho.

Todas essas questões voltam-se, portanto, ao problema da igualdade, que é, no fundo, o gargalo existente entre esse modelo de paradigma (assistencialista) e o anterior

(individualista liberal). Se de um lado, no Estado liberal, a autonomia privada era insuficiente para garantir a igualdade entre as pessoas devido aos desmandos estatais, uma vez que ambos estavam subordinados às mesmas regras de mercado, por outro lado, no Estado social, buscou-se igualá-los materialmente (igualdade social e política).

O problema é que, em ambas as situações, a relação entre a esfera pública e a esfera privada sofreu forte desequilíbrio. Assim, de acordo com Habermas (1997a, p. 159), os paradigmas do direito liberal e do Estado social foram incapazes de perceber as relações jurídicas como exercício de direitos subjetivos legitimamente reconhecidos por todos os cidadãos, o que ocorrerá a partir da instituição do paradigma do Estado democrático de direito. Para ele, ambos os paradigmas cometeram o mesmo erro, pois entenderam a constituição jurídica da liberdade como distribuição.

Sobre a questão da igualdade, mais detidamente com relação ao direito da mulher, assim se posiciona Rodrigues (2014, p. 241):

A exclusão das mulheres de certos direitos e garantias tranquilamente gozados pelos homens impõe a conclusão de que a democracia moderna não tem sido capaz de resolver ou superar tais desafios, e isso implica que certos paradigmas democráticos clássicos sejam repensados com o fim de aperfeiçoar sua capacidade de absorver a diversidade de conflitos e de demandas existentes.

Do ponto de vista da racionalidade, a burocracia¹⁵ racionalizada do Estado social foi um dos entraves para o desenvolvimento desse paradigma, visto que passou a controlar a vida e o trabalho por meio da disciplina e da especialização. Assim, a noção clássica de que o Estado procura o bem comum é rechaçada por Bourdieu (2012) quando afirma que a ideologia de bem público comum faz parte do discurso que os agentes do Estado produzem a respeito do Estado. Além disso, a noção de Weber (1978)¹⁶, de que o Estado tem o

¹⁵ Burocracia aqui entendida como sinônimo de excesso de normas e de regulamentos, de limitação da iniciativa, de desperdício de recursos e de ineficiência (de gestão) generalizada dos organismos públicos e privados.

¹⁶ Max Weber diz que, para que o poder se mantenha (quer dizer, para que o Estado se mantenha) é preciso haver a dominação legítima, que, no caso das democracias modernas, é alcançada por meio de bases racionais, por meio de um dos três tipos puros de dominação. Weber afirma: “Há três tipos puros de dominação legítima. A validade das reivindicações de legitimidade pode estar baseada em: 1. bases racionais – repousa em uma crença na legalidade de normas editadas e no direito daqueles elevados à autoridade sob essas regras para expedir comandos; 2. bases da tradição – repousa sobre uma crença estabelecida na santidade de tradições imemoriais e na legitimidade daqueles que exercem autoridade sob essa tradição (autoridade tradicional); ou, finalmente, 3. bases carismáticas – repousa na devoção a uma santidade excepcional, a um excepcional heroísmo ou a um caráter exemplar de uma pessoa individual e de padrões normativos ou ordem revelada ou ordenada por ela (autoridade carismática)” (WEBER, 1978, p. 215).

monopólio da violência, mostra que o Estado possui o oligopólio do uso dos recursos para produção de discursos ideológicos.

Cabe ainda argumentar sobre a concepção da identidade no Estado social. Hall (2006, p. 11) fala do “sujeito sociológico”, cuja “identidade, nessa concepção sociológica, preenche o espaço entre o ‘interior’ e ‘exterior’ – entre o mundo pessoal e o mundo público”. Segundo ele, a identidade serve de ponte entre o sujeito e a estrutura, “estabiliza tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam, tornando ambos reciprocamente mais unificados e predizíveis” (p. 12). Esse sentido atribuído por Hall à identidade dos indivíduos nesse paradigma explica muito acerca da naturalização das construções sociais para a reprodução social, que é tema de discussão no tópico seguinte.

1.2.1 O direito da mulher no constitucionalismo do Estado social e o modelo de reprodução social

As leis criadas para a proteção das mulheres, sob a égide do Estado social, acabaram por impor mais encargos à mulher. Mesmo com o “aprimoramento” do sistema legal, responsável pela criação de leis que, em um primeiro olhar, pareciam assegurar direitos para mulheres com o intuito de diminuir as desigualdades, perdeu força para os movimentos feministas que explodiam mundo afora e exigiam melhores condições para as mulheres, os quais questionavam as leis criadas para a regulação do direito da mulher, pois contrárias, em alguns casos, às conquistas históricas da luta feminista.

Sobre esse aspecto, Habermas (2002, p. 236) destaca:

Inicialmente, a política liberal tencionou desacoplar conquista de *status* e identidade de gênero, bem como garantir às mulheres uma igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, nível de educação formal, poder político etc. A igualdade formal parcialmente alcançada, no entanto, só fez evidenciar a desigualdade de tratamento factual a que as mulheres estavam submetidas. A política *socioestatal*, sobretudo no âmbito do direito social, trabalhista e de família, reagiu a isso com regulamentações especiais relativas à gravidez ou maternidade, ou então a encargos sociais em casos de divórcio.

O redimensionamento do princípio da igualdade e a ascensão dos movimentos feministas não foram suficientes para equilibrar o direito da mulher (como minoria¹⁷) em face do próprio direito (que protege o direito do homem). Consequentemente, o Estado

¹⁷ Mulher tratada aqui como minoria no sentido de uma minoria que não tem voz (representatividade).

social trouxe encargos para as mulheres, que, ao adentrarem o mercado de trabalho, se depararam com a fixação de um modelo capitalista ainda altamente excludente.

Desse modo, o aprisionamento da mulher no modelo capitalista do trabalho, como um dos mecanismos de dominação, reforçou o papel tradicional exercido pela mulher a partir da fixação da dupla jornada de trabalho¹⁸, a qual passou a assumir mais papéis, desdobrando-se no trabalho (esfera pública) e no lar (esfera privada)¹⁹. Como consequência, a divisão desigual de trabalho implicou injustiça distributiva, o que interferiu diretamente no tempo, por exemplo, em que elas poderiam ter se dedicado à política contra a sub-representação²⁰.

Na prática, à medida que a igualdade formal das mulheres foi implementada em esferas sociais relevantes, a dialética da igualdade efetiva (ou fática) com a formal foi também sentida, o que levou a leis especiais, sobretudo, no direito social ou previdenciário, do trabalho e de família – normas de proteção à gravidez e à maternidade, direitos de custódia nos casos de divórcio, entre outras –, as quais se agrupam em torno das claras diferenças biológicas vinculadas à reprodução, o mesmo valendo para a legislação especial de direito penal sexual. Portanto, nas áreas citadas, a legislação feminista seguiu o programa de bem-estar social na “promoção da igualdade”, mas por via compensatória, devido à condição jurídica da mulher, seja por fatores naturais, seja por fatores sociais.

Desse modo, segundo Habermas (2002, p. 235), o feminismo, sob forte oposição, precisou empreender vários assaltos até fazer valer seus objetivos legais e políticos:

Assim como o desenvolvimento do direito nas sociedades ocidentais em geral, as políticas feministas pela igualdade de direitos também têm

¹⁸ “De acordo com o Instituto Humphrey de Questões Públicas, ‘enquanto as mulheres representam 50% da população mundial, elas cumprem quase dois terços do total das horas de trabalho, recebem apenas um décimo da renda mundial e possuem menos de 1% das propriedades’. O ‘Relatório da Conferência Internacional das Nações Unidas para a Década das Mulheres’ corrobora o fato. Quando são consideradas as tarefas domésticas, ‘as mulheres de todo o mundo acabam trabalhando o dobro de horas dos homens’” (WOLF, 1992, p. 29).

¹⁹ A desigualdade de gênero se reproduz de diferentes formas, indica relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT): *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um Olhar sobre as Unidades da Federação*. Anualmente, no Brasil, as mulheres trabalham dez dias a mais do que os homens, somando o tempo trabalhado dentro e fora de casa. A jornada semanal das mulheres costuma ser de 58 horas, enquanto a dos homens de 52,9 horas. Isso equivale a 20 horas a mais por mês. A dupla jornada das mulheres foi comprovada através de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Eles apontam que 90,7% das mulheres que estão no mercado de trabalho também realizam atividades domésticas. Já os homens representam 49,7% do total. Outra informação do relatório indica que entre a população jovem do país, mais de 18% não estuda ou não trabalha, cerca de 6,2 milhões de pessoas. Para as mulheres, a taxa é de 23%. Entre as mulheres jovens e negras, o índice é ainda maior, superior a 25%. A OIT indica que esse “afastamento” das jovens tem ligação com as demandas de “afazeres domésticos e as responsabilidades relacionadas à maternidade” (Vivian Fernandes, Radioagência NP, São Paulo, 19/7/2012).

²⁰ No Brasil, “o percentual de cadeiras ocupadas por mulheres na Câmara dos Deputados permanece inferior a 10%. Na política local, a situação não é melhor – as mulheres ocupam cerca de 12% das cadeiras nas Câmaras de Vereadores e não ultrapassam 10% no cargo de prefeitas” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 12).

seguido um modelo, nestes últimos cem anos, que se pode descrever como o de uma dialética entre as igualdades jurídica e factual. Competências jurídicas iguais criam espaço para liberdades de ação que se podem utilizar diferenciadamente e que, portanto, não fomentam a igualdade factual das situações de vida ou das posições de poder.

O paternalismo do Estado social assumiu muitas vezes um sentido literal, mas trouxe consequências perversas para a mulher: na medida em que os dispositivos legais sobre a gravidez e a maternidade só aumentaram o risco de desemprego para as mulheres; na medida em que as leis trabalhistas genericamente protetoras apenas reforçaram a segregação das mulheres no mercado de trabalho nos grupos de mais baixa renda ou em sua sub-representação no mercado; na medida em que o direito ao divórcio liberalizado só fez com que as mulheres se defrontassem com os efeitos onerosos do próprio divórcio; na medida em que as interdependências ignoradas entre as regulamentações de previdência social, do trabalho e da família apenas conduziram a um maior acúmulo das desvantagens específicas de gênero mediante picos de retorno negativos.

Habermas (2002, p. 236), ao tratar do direito feminista, destaca que “o paternalismo socioestatal assume um sentido literal, já que o poder legislativo e a jurisdição se orientam conforme modelos tradicionais de interpretação, o que só corrobora estereótipos sobre a identidade de gênero ora vigentes”. Portanto, a materialização do direito, voltada para minimizar os efeitos da discriminação real contra as mulheres, terminou por produzir os efeitos opostos.

E isso teve uma razão de ser. O desenvolvimento do Estado social deu lugar a maiores problemas para a garantia dos projetos ou planos de vida autônomo-privados. Habermas (1997a, p. 163) cita o caso das políticas feministas: mesmo com a necessidade de proteção legal da maternidade no âmbito das relações trabalhistas, os encargos trazidos para a mulher foram inevitáveis, como a possibilidade de agravamento do índice de desemprego das mulheres, uma vez que as normas protetivas reforçavam a sua segregação pelo próprio mercado de trabalho. Saffioti (2013, p. 86) discute:

A licença remunerada antes e depois do parto apresenta esse sentido positivo (da lei); entretanto, não é mais do que uma solução parcial, embora necessária. A descontinuidade do trabalho feminino fornece aos empregadores alguns dos argumentos que justificam a subalternidade das mulheres na hierarquia de posições das empresas, assim como a preferência destas pelo trabalho masculino para os postos de responsabilidade de que depende o progresso do próprio empreendimento econômico.

Esse tipo de mentalidade e de “integração periférica” da mão-de-obra feminina representou (e ainda representa) um freio na luta pela conquista de liberdade pelas mulheres no sistema de produção de bens e serviços. Deu-se a elas o direito de participarem das relações de trabalho no mundo capitalista, mas o preço pago foi (e continua sendo) muito alto.

Assim, o tipo de garantia de direitos dada às mulheres pelo Estado social manteve a tradição mais do que os redefiniu. Hoje, ainda se tem, com relação ao trabalho da mulher, resquícios de leis trabalhistas que, à guisa de fomentar a igualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho, mais ônus trazem às mulheres.

Portanto, a naturalização da dupla jornada de trabalho contribuiu para tratar a mulher como a responsável pela criação dos filhos, pelos cuidados com o marido, entre outros – e a condição de ser mulher forçou mais ainda essa visão –, sustentando práticas discursivas de reprodução social, até mesmo porque o grande conflito das mulheres é no lar, onde geralmente o Estado não intervém. Todavia, mesmo sobrecarregadas com a “dupla jornada” do trabalho doméstico²¹, as mulheres ainda conseguiram abrir brechas na estrutura do poder, o que para muitos representava (e representa) uma ameaça.

Apesar das críticas tecidas ao modelo capitalista como propulsor do modelo de reprodução social, é bom que fique claro que o feminismo também questionou o socialismo no sentido de como o “trabalhador” do movimento socialista, que sempre foi o homem – por força do padrão universal –, repetia o modelo capitalista, ao permitir a presença de uma mulher, em casa, cumprindo funções tanto imprescindíveis quanto invisíveis.

Com isso, o feminismo lançou ao socialismo desafios que não foram completamente respondidos até os dias atuais. Isso mostra a invisibilidade dessa reprodução social, que é cultural, e que se antepõe socialmente, independente do modelo político-econômico dos Estados. Esse, aliás, é um ponto de discussão do capítulo seguinte.

Não à toa, o movimento feminista rejeita o paradigma jurídico do bem-estar social. Habermas (1997a) discute isso ao mencionar que os problemas atinentes ao tratamento igualitário a homens e mulheres reforça a consciência de que a luta por direitos não pode

²¹ “Dados do IBGE de 2009 indicam que as mulheres gastam 25 horas por semana em atividades de cuidado com a casa (limpeza, cozinhar, lavar, passar roupa), cuidado com as crianças, atenção aos idosos ou doentes (em 2002 eram 27 horas; ganhamos duas horas, portanto), enquanto os homens despendem 10 horas, o mesmo tempo que gastavam anteriormente” (FUNCK, 2014, p. 27).

ser compreendida simplesmente como uma luta por benefícios sociais no sentido de uma justa partilha social.

O mesmo autor sustenta que os direitos só têm o condão de capacitar as mulheres a conformarem suas vidas autonomamente, ou para planos de vida autônomo-privados, na medida em que também tornem possível uma participação igualitária no exercício de sua autodeterminação cívica, porque apenas as próprias partes afetadas podem esclarecer os “aspectos relevantes” de igualdade e desigualdade em uma dada questão – a legitimidade da escolha a partir das diferenças individuais.

Dworkin, por sua vez, acentua que a igualdade distributiva propriamente entendida não implica, ao contrário do que muitos entendem, conflito entre os ideais da igualdade e da liberdade (apud FERRAZ, 2007, p. 246). Ao discutir as teorias da igualdade de bem-estar, o autor assim pontua:

O apelo natural das teorias da igualdade de bem-estar se encontra no fato de que o nível de bem-estar que cada pessoa alcança com a mesma quantidade de recursos pode variar significativamente em virtude das capacidades distintas que possui para “converter recursos e bem-estar” – o que Amartya Sen chamou de *capabilities*. Essa capacidade pode variar por uma série de motivos, dentre os quais os mais óbvios são as *enfermidades* e *deficiências físicas* que afetam certas pessoas de forma temporária ou permanente. Tais pessoas alcançarão um nível de bem-estar inferior às pessoas saudáveis, mesmo que possuam a mesma quantidade de recursos materiais. A teoria da igualdade de bem-estar parece captar a intuição de que a sociedade deve conferir recursos adicionais a essas pessoas para compensar as deficiências (FERRAZ, 2007, p. 246-247).

Nesse propósito, as ações afirmativas são, por exemplo, uma tentativa de combate a determinadas injustiças sociais, de modo a atacar o problema social da exclusão por discriminação, no que atende a um objetivo social de discriminação reversa com vistas a promover a inclusão²². Ademais, são, por definição, temporárias e requerem acompanhamento constante.

A prática remete a uma análise mais profunda acerca do problema da igualdade, pois o que se vê é a promoção de um tratamento desigual, no sentido de Dworkin²³, ao

²² Sobre as ações afirmativas para negros como instrumento da justiça social, Silva (2009, p. 182) destaca: “(...) não se combate as desigualdades sociais, sejam elas de classes sociais, de gênero, de raças ou etnias apenas com a retórica e as leis que, embora imprescindíveis, não são suficientes. Daí a necessidade de políticas públicas não apenas macro-sociais ou universalistas, mas também específicas ou focadas. Nestas últimas se enquadram as políticas de ações afirmativas cujas polêmicas dividem a sociedade brasileira”.

²³ Dworkin, conhecido como um expoente da corrente denominada “igualitarismo liberal”, expõe argumentos utilitaristas ao analisar a constitucionalidade das ações afirmativas e da discriminação reversa em decisões da

tratar da discriminação reversa (ou positiva) no caso das ações afirmativas motivadas por fatores raciais²⁴. Afirma o eminente jurista (2005a, p. 574) que

(...) é possível distinguir a ação afirmativa do uso maligno da raça, pelo menos em princípio, de duas maneiras. Em primeiro lugar, podemos definir um direito individual que as formas malignas de discriminação violam, mas em programas bem elaborados de ação afirmativa não o fazem: esse é o direito fundamental que cada cidadão tem de ser tratado pelo governo, como igualmente dignos de consideração e respeito. Nega-se esse direito ao cidadão negro quando as escolas justificam a discriminação contra ele recorrendo ao fato de que outras pessoas têm preconceito contra membros de sua raça.

Desse modo, qualquer declaração de igualdade pode ser insuficiente, se os preconceitos e as barreiras sociais, econômicas, culturais, ainda forem fortes e persistentes nas sociedades democráticas, o que, na prática, com o intuito de vencê-las, podem se recomendar discriminações reversas. Essas, contudo, visam precisamente enfrentar os efeitos difusos da desqualificação formal histórica ocorrida até então, e, assim, nunca devem ser entendidas como um simples paternalismo tutelar do Estado social, “produtor” de igualdade fática, o qual produziu clientes no lugar de cidadãos. Ao contrário, visam apenas e tão somente sanar, em caráter urgente e excepcional, os efeitos perversos ainda persistentes no presente das discriminações do passado.

Portanto, pensar atualmente a existência de um Estado social, eminentemente público, que é forçado a promover a distribuição de riquezas, é um delírio marxista²⁵, uma

Suprema Corte norte-americana, como no caso *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978).

²⁴ “O caso teve início quando Allan Bakke, um homem branco de aproximadamente 35 (trinta e cinco) anos de idade tentou, por 02 (duas) vezes, a admissão na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em *Davis*. Ele foi reprovado em ambas as oportunidades, tendo em vista que a escola reservava 16 (dezesseis) vagas em cada classe de 100 (cem) alunos para “minorias qualificadas”, como parte do programa de ação afirmativa da Universidade. As notas obtidas por Bakke superavam a nota dos alunos beneficiados pela ação afirmativa nos 02 (dois) anos em que Bakke tentou a vaga na Universidade, sem obter êxito. Bakke, inconformado com a existência de reserva de vagas para minorias, questionou perante a Suprema Corte dos Estados Unidos se a Universidade da Califórnia violava a Emenda XIV da Constituição norte-americana, que estabelece o direito da igualdade de todos perante a lei, ao praticar uma ação afirmativa com base em critério racial. Por fim, Bakke alegou a violação da Lei dos Direitos Civis de 1964, que vedava a discriminação praticada contra grupos raciais. A Suprema Corte norte-americana, ao analisar a questão, firmou o posicionamento de que o sistema de cota racial, por si só considerado, não violava a Lei dos Direitos Civis de 1964. No entanto, a Corte asseverou que o uso rígido de quotas raciais, como foi empregado pela Universidade da Califórnia, violava a Emenda XIV da Constituição norte-americana”. In: CABRAL, Bruno Fontenele. Precedentes sobre a prática de políticas públicas de ação afirmativa no direito norte-americano. *Jus Navigandi*, jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16975/precedentes-sobre-a-pratica-de-politicas-publicas-de-acao-afirmativa-no-direito-norte-americano>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

²⁵ O marxismo em si é considerado uma das metanarrativas criadas pela modernidade. A ideologia marxista, que pregava o comunismo, impulsionada pela dualidade de classes antagônicas, burguesia e proletariado, defendia a luta de classes, que culminaria na revolução do proletariado, para a construção de uma sociedade sem classes, com liberdade e igualdade.

pretensão. O próprio feminismo insiste no sentido emancipador do tratamento jurídico igualitário porque a crítica feminista objetiva as estruturas de dependência veladas pelo “paradigma distributivo” do bem-estar social, que procura compensar as desigualdades sociais, mas retira dos cidadãos o poder decisório, condenando-os “à adaptação e à obediência passiva” (HABERMAS, 1997a, p. 173-174).

Acresce-se, ademais, que ter o mesmo tipo de direito dos homens não foi garantia suficiente para atender as demandas específicas da mulher, pois a busca desenfreada pela igualdade anulava a diferença, porque era com base nesta que se almejava aquela. E isso se transpôs para os dias atuais como uma forma de mostrar que só a igualdade em si ou só a diferença em si são insuficientes.

Um bom exemplo é a licença-maternidade, que passou a ser concedida às mulheres em nome da diferença e hoje inspira, inclusive, a reivindicação masculina de direito à parentalidade²⁶. Inicialmente, no escopo da família tradicional, o pai era o mero provedor e cabia à mãe cuidar da prole. Contudo, esse formato de família tradicional vem aos poucos sendo substituído, e o pai tem reivindicado o seu direito-dever de cuidar também da prole. Isso implica a escolha de qual dos dois cuidará da criança, o que passa a ser uma escolha do casal, e não uma determinação da norma.

No caso do Brasil, essa mudança significativa no direito de família só foi possível com o advento da Constituição de 1988, em que há a previsão expressa de igualdade entre homens e mulheres, não só como cidadãos, mas especialmente dentro do casamento, § 5º do art. 226 (“os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”), o que afasta, ainda que em tese, a influência da cultura patriarcal. Esses direitos foram estendidos à união estável (art. 226, § 3º) entre homens e mulheres, já discutido o reconhecimento igualitário para os casais homossexuais (cf. análise da ADI n. 4.277 no Capítulo 4), e ainda à família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (família monoparental).

Alinhado ao modelo liberal, no Brasil, o Código de 1916 (revogado pelo Código Civil de 2002), nos termos da redação original do art. 6º, em troca da proteção do casamento, estabeleceu o homem como o chefe da família, atestando ser a mulher incapaz. Cabia ao homem determinar o lugar de residência da esposa e dos filhos, administrar o

²⁶ “A proteção social na parentalidade consiste na atribuição de subsídios nas situações de risco clínico durante a gravidez, de interrupção da gravidez, de risco específico, de nascimento de filhos, de adoção e de assistência a filhos e a netos. No caso dos trabalhadores, os subsídios substituem os rendimentos de trabalho perdidos durante os períodos de impedimento para a atividade profissional”. (Disponível em: <<http://www.seg-social.pt/documents/10152/13199/Parentalidade>>. Acesso em: 3 jan. 2016.)

patrimônio e autorizar sua esposa a exercer uma atividade profissional fora de casa. Até 1962, por exemplo, as mulheres casadas só podiam trabalhar fora de casa se o marido permitisse.

Não demorou muito para que as mulheres se mobilizassem contra as arbitrariedades da lei e propusessem mudanças. E foi o que as feministas fizeram, foram à luta. Década após década apresentaram propostas para mudar o quadro legal, mas, somente com a volta da democracia, em 1945, foi possível fazer os projetos de mudança chegarem ao Parlamento Nacional. Muitos parlamentares alinharam-se às demandas feministas²⁷.

O projeto entrou no Congresso Nacional em 1951, mas só foi aprovado em 1962, com sanção pelo Presidente João Goulart. Tornou-se a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que ficou conhecida como o Estatuto da Mulher Casada. Dessa forma, o Código Civil brasileiro foi modificado, dando amplitude aos direitos da mulher casada. Entre as principais alterações advindas com a edição da lei, destacam-se: o reconhecimento de que o marido não é o chefe da família; o direito ao trabalho fora de casa sem o consentimento do marido, podendo tornar-se economicamente ativa; o direito sobre os filhos (o que se chama atualmente de poder familiar), incluindo a guarda no caso de separação.

Outra lei que tentou acompanhar as mudanças sociais, mas com certo atraso, foi em relação ao divórcio, que só passou a ser permitido a partir de 1977. Antes da edição da Lei n. 6.515/1977, os casais não podiam se divorciar, o que impedia novo casamento. Havia a possibilidade do desquite, mas que não rompia com vínculo matrimonial, apenas com o vínculo patrimonial.

Aos poucos, novos direitos foram introduzidos, passando a afirmar igualdade de direitos entre os cônjuges, o que despertou questões sobre sexualidade, reprodução e outros temas. Todavia, mesmo com o “avanço” na legislação, as barreiras continuaram (e ainda continuam). De uma maneira geral, traçar um fio condutor sobre a condição feminina no Brasil do ponto de vista legal não é tarefa difícil.

Cronologicamente, cinco momentos podem ser considerados emblemáticos quando se trata do direito da mulher no Brasil: 1932 – direito ao voto (Decreto n. 21.076/1932); 1962 – Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962); 1977 – Lei do Divórcio (Lei n.

²⁷ A bandeira era levantada, sobretudo, pelas advogadas Romi Medeiros da Fonseca (1921-2013) e Orminda Ribeiro Bastos (1899-1971), autoras do texto preliminar da lei do senador Mozart Lago, apresentado em 1952, e relativo à incapacidade jurídica das mulheres casadas.

6.515/1977); 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil; e, mais recentemente, Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006).

1.3 A RUPTURA PARADIGMÁTICA A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONSTRUINDO RACIONALIDADES INTERPRETATIVAS

Com o fracasso do modelo positivista, com o advento do constitucionalismo contemporâneo e o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, iniciou-se a árdua missão de assegurar a concretização da igualdade material prometida pelo Estado constitucional democrático²⁸. Ele se distingue dos modelos anteriores exatamente por elevar a liberdade e a igualdade²⁹ ao status de princípios elementares, mas não necessariamente se opõe aos modelos anteriores.

Nesse modelo, é o Poder Judiciário que assume a definição das questões jurídicas, até mesmo porque cabe a ele aferir a possibilidade da restrição ou não de direitos fundamentais. Há quem sustente o surgimento da figura do “Juiz Social”, aquele conhecedor da teoria material da Constituição e da legitimidade dos direitos sociais, bem como seus postulados de justiça, universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos fundamentais (BONAVIDES, 2014, p. 618).

De acordo com Habermas (1997a, p. 189), esse paradigma visa superar seus precedentes:

O paradigma procedimentalista distingue-se dos concorrentes (...) pois, a sociedade civil e a esfera pública constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das **práticas de autodeterminação comunicativa**. (Grifo nosso).

²⁸ No caso brasileiro, as mudanças começaram a aflorar com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Textualmente, a Carta Magna é clara ao expor que a sua destinação é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem-estar, a segurança, o desenvolvimento, a justiça e tantos outros valores, em prol da construção de uma sociedade fraterna, justa, igualitária, cujo fundamento é a dignidade da pessoa. Ela retrata um sistema protetivo, de acordo com o qual qualquer lei, regramento, regulamento, ou qualquer outra forma de controle devem, necessariamente, servir de instrumento para o alcance dos objetivos constitucionalmente traçados pelo Estado brasileiro.

²⁹ Os conceitos de liberdade e de igualdade partem de princípios opostos, mas que se complementam. O primeiro deles diz respeito à faculdade de o indivíduo decidir ou agir segundo a própria determinação; o segundo, no sentido formal, diz respeito à relação de igualdade entre indivíduos e/ou grupos sociais, que se estabelece por meio de categorias abstratas – humanidade, dignidade, cidadania, entre outros –, e que geralmente se define por leis que prescrevem direitos e deveres (SOUSA, 2010, p. 20).

No paradigma procedimentalista (e constitutivo) de Habermas³⁰, o direito de participar das decisões políticas de cunho legislativo (criação do direito) ou administrativo-judicial (aplicação do direito) alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado democrático de direito, pois houve a desconstrução da dicotomia forma versus matéria para afirmação do próprio direito. Assim pontua Souza Neto (2009, p. 96) sobre a relação entre igualdade material e formal do ponto de vista do paradigma procedimental:

A defesa de um conceito mais substantivo de igualdade material não exclui, todavia, a necessidade de se refletir sobre a igualdade também em termos procedimentais. A igualdade de acesso à arena pública é requisito indispensável, sem o qual de nada adianta a “igualdade de capacidades” para exercer “real influência”. (...) a perspectiva procedimental, em cujo cerne está a igualdade de possibilidades de participar da deliberação, evidencia, de forma mais imediata, a relação entre desigualdade social e desigualdade política.

Acerca então do Estado democrático de direito, destaca-se que nele forma e matéria se imbricam, pois o objetivo é que a igualdade possa se concretizar por meio do direito, que é o que de fato faz a diferença social, minimiza os efeitos de um sistema altamente excludente e protege mais o indivíduo em relação a eventuais riscos. Isso se dá exatamente pelo caráter de difusidade do direito que, no Estado democrático de direito, rompe com paradigmas (KHUN, 2003). Assim, “quando o modelo procedimental não pode resolver a questão, ganha maior importância o democrático-cooperativo” (SOUZA NETO, 2009, p. 96).

É bom ressaltar que o que o modelo cooperativo enfatiza é que a “instauração de um contexto em que todos sejam tratados com igual respeito e consideração cria as condições necessárias para a cooperação social, estimulando os potenciais de solidariedade que (...) se encontram latentes no meio social” (SOUZA NETO, 2009, p. 95).

E é por esse caminho difuso, encontrado pelo Estado democrático de direito, que é possível mostrar o quanto forma e conteúdo se imbricam, como se não fosse mais possível ver um sem que se veja o outro, a forma como sendo o sistema jurídico e constitucional, e o material, como sendo o sistema que aplica a justiça prevista na ordem positiva. Nesse

³⁰ Na obra *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*, Habermas, ao desenvolver o novo paradigma (o procedimental), pretende dar uma melhor abordagem às instituições legais em relação ao oferecido pelo liberalismo e pelo Estado de bem-estar social, passando-se de um modelo centrado no trabalho para um modelo centrado na comunicação.

sentido, o material pressupõe o formal, contudo, movimenta-se no sentido de buscar os padrões racionais mínimos exigidos de democracia.

Sobre o papel das constituições modernas, assim pontua Habermas (2002, p. 229):

As constituições modernas devem-se a uma idéia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo.

E é também nesse “novo” paradigma que a tensão entre o público e o privado se torna mais acentuada, uma vez que não se tem mais o público sem o privado³¹. Com o advento do constitucionalismo, foi mais fácil esse entrelaçamento entre público e privado. Destaca-se que essa tensão é altamente produtiva, o que se deve à própria complexidade social, a qual exige maior afinidade entre essas antigas dicotomias, no sentido de como equacioná-las. Ademais, “surgiram outras categorias de interesses, decorrentes da multiplicidade e da complexidade de relações entre os indivíduos na sociedade, o que leva, hoje, a múltiplas interpretações” (SOUSA, 2008, p. 47).

Arendt (1997, p. 7) percebeu com clareza a conexão entre esses dois universos:

A profunda conexão entre o privado e o público, evidente em seu nível mais elementar na questão da propriedade privada, corre hoje o risco de ser mal interpretado em razão do moderno equacionamento entre a propriedade e a riqueza, de um lado e a inexistência de propriedade e a pobreza de outro.

Assim, público e privado são opostos que se complementam, e isso se deve em parte ao fato de que os cidadãos atualmente participam do processo democrático de elaboração e aplicação das leis, as quais regulam suas próprias interações sociais. Trata-se de uma relação de complementariedade, em que “os cidadãos, ao darem-se conta de sua autonomia pública, têm que estabelecer os limites da autonomia privada, a qual qualifica as pessoas privadas para o seu papel de cidadão” (HABERMAS, 1997a, p. 157).

Por força disso, abre-se o sistema para novas leituras e releituras, dando margem ao surgimento de outras categorias de interesses, o que amplia a possibilidade de

³¹ Thompson (1995) sustenta que “o domínio privado inclui organizações econômicas particulares operando em uma economia de mercado, orientadas primariamente em direção ao lucro, bem como um conjunto de relações pessoais e familiares. O domínio público, por sua vez, inclui as organizações estatais e paraestatais, incluindo as organizações de bem-estar que se expandiram rapidamente na maioria das sociedades ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial. Paralelamente a esses dois domínios, surge um amplo conjunto de organizações intermediárias, como as entidades assistenciais, os partidos políticos, os grupos de pressão, as empresas corporativas entre outros” (SOUSA, 2008, p. 46-47 apud THOMPSON, 2005, p. 312-313).

interpretação dos fatos e das relações deles decorrentes. O próprio sistema constitucional, ao estar mais aberto a escolhas, funciona como uma espécie de filtro (em nível pessoal), impondo limites, inclusive, para o próprio Estado. Sousa (2008, p. 47-48), ao tratar das mudanças trazidas pela esfera pública, assim destaca:

Essa ampliação da esfera pública trouxe no seu bojo mudanças fundamentais na forma de pensar e na maneira de viver, de produzir, de consumir, entre outros. Além de questões ambientais, tecnológicas e econômicas, que vieram à tona com a mudança do modelo estatal, passou-se ao reconhecimento das dimensões cultural e política, exigindo a participação democrática na tomada de decisões. Em consequência, tentou-se formar na sociedade uma consciência crítica acerca de todos esses valores.

E é por meio da ampliação da esfera pública que o direito público à diferença tem maiores chances de se fazer construir, pois aos indivíduos é dada a oportunidade de fazerem as suas próprias escolhas. É dentro dessa complexidade que não se tem mais uma identidade coletiva, mas identidades individuais. O sujeito pós-moderno “assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um ‘eu’ coerente” (HALL, 2006, p. 13).

Quando se pensa em uma comunidade constitucional (comunidade de princípios no sentido de Dworkin), depara-se com uma lógica interna mais favorável ao exercício do respeito pelo outro (reconhecimento à diferença). Habermas (2003) fala da esfera pública como uma comunidade de indivíduos que, unidos em prol da maior participação no debate racionalmente crítico, podem interferir nas decisões políticas. Nesse modelo, portanto, para construir direitos é preciso desconstruir direitos. Assim, por mais que se discuta no paradigma democrático o coletivo, há um retorno à questão individual, visto que “o Estado Democrático de Direito constrói-se sob o manto principiológico de sustentabilidade dos direitos fundamentais” (SOUSA, 2010, p. 19).

E o mecanismo utilizado para tanto é o uso da linguagem no sentido da interpretação do direito em favor da coletividade (comunidade constitucional), mas sem esquecer as individualidades. E isso se deve ao fato de que a comunidade constitucional é o resultado do uso da linguagem no processo de interpretação do direito. Por essa razão, os discursos nesse modelo paradigmático trazem o papel da democracia para o centro do debate público.

Assim, as escolhas devem ser subtraídas do tecido social, o que se torna um desafio para o direito. Por isso, o paradigma do Estado democrático de direito complementa as brechas deixadas pelas escolhas arbitrárias ao próprio paradigma. Habermas (1997a,

p. 129) discute muito bem isso ao destacar que, por trás das escolhas jurídicas, por exemplo, há um contexto social que precisa ser considerado:

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após este lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”.

Essa forma habermasiana de ver a ação prática do direito tem a ver com o fato de que as relações sociais são pautadas em valores sublimes como a confiança, a solidariedade e a dignidade humana. A dignidade é fundamentada pelo princípio da autonomia, e a este pertence a possibilidade de converter decisões livres em atos. Tendo em vista que esse direito pertence a todos, surge a necessidade de se coordenar, por meio do direito, as esferas de liberdade das pessoas. No conceito de dignidade da pessoa humana, direito e liberdade aparecem juntos.

Nesse sentido, a noção de igualdade deixa de centrar-se no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais, os quais devem ser cumpridos no discurso de produção do direito. Para Habermas, a igualdade não está no conteúdo da norma – que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente –, mas nos pressupostos que devem ser verificados no discurso que produz a norma (viés ideológico). Ou seja, os cidadãos não devem necessariamente ser iguais na forma em que são tratados pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma.

Portanto, “o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer poderes constituídos” (CRUZ, 2005, p. 11). Desse modo, os cidadãos passam a ser participantes da construção do direito por intermédio da sociedade civil (tecido social) no contexto de uma esfera pública altamente desenvolvida. Participam não apenas como formadores de opinião pública influenciadora dos órgãos decisórios, mas como atores sociais que, por meio dos processos judiciais, fazem valer suas reivindicações ou interesses.

Essa simbiose entre autonomia pública e privada não pode efetivar-se sem o *medium* do direito, mais precisamente sem a garantia de direitos fundamentais constitucionais (HABERMAS, 2002, p. 293-295). Na perspectiva habermasiana, portanto,

a igualdade procedimental é inclusiva e viabiliza que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. Garantir a igualdade, inclusive na participação política, é garantir a uma sociedade pluralista compreender-se como uma sociedade democrática. E é nesse sentido que o direito provém da experiência, pois está à mercê de uma comunidade política. É o que também dispõe Pogrebinschi (2009, p. 628):

Conceber a democracia como experiência humana, identificá-la nas atividades singulares e ordinárias do homem comum, significa localizar o político em práticas e não em instituições. O direito é uma dessas práticas, na medida em que ele existe apenas como uma prática resultante da atividade constitutiva dos homens que é também uma atividade constitutiva da comunidade em que eles vivem. É assim que a idéia de um “direito do gênero” encontra ressonância aqui: essa prática que se chama direito se expressa na atividade de cada homem singular em relação direta com a atividade de todos os homens da comunidade, ou melhor, com todo o gênero.

A proposta da teoria procedimental do direito é fortemente embasada em uma noção ampliada de igualdade: todos os membros de uma comunidade jurídica devem ter a oportunidade de participar do seu processo democrático de formação. O resultado será a legitimidade do direito, e também implica sua própria racionalidade, na medida em que os destinatários das normas são tratados como sujeitos de direito capazes de elaborar a legislação (HABERMAS, 1997a, p. 153).

A sua teoria retoma a relação entre teoria e prática, o que implica trazer para o centro de discussão as limitações impostas pelo desenvolvimento do conhecimento atrelado aos interesses particulares de grupos políticos e econômicos dominantes e, ao mesmo tempo, explicitar como o conhecimento também se vincula aos interesses humanos e ao desejo de emancipação.

Em síntese, a práxis atual exige tanto o desenvolvimento da crítica ao reducionismo produzido pela visão positivista de racionalidade, como a reconstrução de uma visão ampliada de racionalidade que pode ser ofertada pela teoria da interação comunicativa. Sobre esse ponto, há uma discussão sobre a tensão produtiva entre a racionalidade sistêmica (instrumental) e a racionalidade comunicativa no Capítulo 3.

Para Habermas, não é suficiente apenas denunciar o caráter reducionista da abordagem positivista, mas mostrar o caráter unidimensional dado à relação entre teoria e prática. Faz-se necessário o caminho da mediação entre ambas, o que, segundo ele, dá-se por meio da filosofia crítica e do método hermenêutico (reconstrutivo), que coloca em

xeque a visão monológica do pensar e do agir científicos, de modo a compreendê-los dentro de uma perspectiva em que todo o conhecimento submete-se, continuamente, à reavaliação, tendo por base não somente o terreno da justificação lógica e da eficiência técnica, mas os possíveis efeitos de seu agir sobre a vida prática dos homens.

Destaca-se que, após a promulgação da Constituição de 1998, houve uma série de mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais resgatam a base principiológica do Estado democrático de direito por meio da positivação de normas que alteraram (e continuam alterando) substancialmente o direito da mulher em vários contextos (direito penal, direito de família, direito trabalhista, entre outros).

Essas mudanças profundas e a forma como os direitos e garantias fundamentais têm sido evidenciados tomam força a partir de um “novo” paradigma (pós-positivista), cujo desenvolvimento foi possível a partir do pluralismo do qual se cerca o Estado democrático de direito. Tal paradigma, a que alguns denominam “neoconstitucionalismo”³², envolve alguns aspectos, conforme destaca Sarmiento (2009, p. 113):

(...) (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez mais da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O neoconstitucionalismo propõe um “aprofundamento do projeto político da modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional, sobretudo os direitos fundamentais” (SARMENTO, 2009, p. 123). Nesse aspecto, os neoconstitucionalistas afastam-se dos pós-modernos, tidos como descrentes em relação à razão.

Ademais, por força do conteúdo impulsionado pela perspectiva “neoconstitucional”, que reconhece a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica – dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, entre outros –, o

³² “Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Habérle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino (...)” (SARMENTO, 2009, p. 114-115).

neoconstitucionalismo abre espaço para o debate moral. E, acerca desse debate, discute-se no tópico seguinte a inserção da moral no conteúdo do direito, tomando como base as ideias de Lawrence Kohlberg.

1.3.1 O juízo moral como critério racional na construção da igualdade

O Estado democrático de direito, por representar a ruptura a partir de uma visão principiológica, traz o conteúdo da moral para a discussão do direito das minorias (no caso aqui o direito da mulher). Parte dessa ideia decorre do fato de que é preciso atingir certo nível de racionalidade para construir, a partir da evolução do juízo moral, um eixo condutor que assegure igualdade às minorias, sem que esses campos (moral e direito) percam a sua autonomia, o que se dá por meio dos princípios, que funcionam como balizadores na criação e interpretação de normas que assegurem direitos.

Na sua teoria da justiça, Rawls (2002) pressupõe a pessoa moral, aquela capaz de exercer o senso de justiça e uma concepção do bem: o senso de justiça como sendo a aplicação e a ação a partir da noção de consenso de justiça como caracterizador da equidade e da cooperação social; a concepção do bem como sendo a persecução racional do bem.

Sobre a importância da construção racional do conteúdo moral pelo indivíduo, Kohlberg (1981), ao desenvolver a sua teoria do desenvolvimento do juízo moral (evolução dos juízos morais)³³, levantou a pretensão (*claimed*) de que as pessoas no mais elevado estágio de desenvolvimento moral “respondessem (os dilemas morais) em termos morais como dever ou correção moral e os empregou de modo a implicar universalidade, ideais e impessoalidade (*and use them in a way implying universality, ideals and*

³³ Resumidamente, Kohlberg (1992) propõe a existência de seis estágios de raciocínio moral agrupados em três níveis. No primeiro nível, o pré-convencional, que contém os estágios 1 e 2, o indivíduo julga o certo e o errado apoiando-se nos seus próprios interesses. No estágio 1, por exemplo, o indivíduo obedece às normas sociais por medo da punição, o que o autor denomina de estágio da moralidade heterônoma. Já no estágio 2, o indivíduo apresenta um raciocínio moral egocêntrico, portanto, considerado o estágio do individualismo. No segundo nível, o convencional, que abarca os estágios 3 e 4, a ação moral correta é a baseada nas convenções e regras sociais provenientes de pessoas com autoridade ou instituições reconhecidas socialmente. O indivíduo formula juízos morais tendo como referência as regras do grupo social e as expectativas deste sobre aquele. No estágio 3, há uma consciência da supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais. Já no estágio 4, o viés moral é pela manutenção da ordem social, de modo que todos colaborem com as instituições para a organização social. Por fim, o último nível, o pós-convencional, o qual compreende os estágios 5 e 6. Nesse nível, o correto moralmente é agir guiado por princípios morais universais (reciprocidade e igualdade), e não por regras sociais, as quais só são aceitas se pautadas em princípios e valores gerais. No estágio 5, o raciocínio moral considera o contrato social e os direitos individuais (orientação moral de tipo contratual-legalista). Já o estágio 6, caracterizado pelos princípios éticos universais, é o mais evoluído. Nesse último estágio, Kohlberg propôs a avaliação de julgamento moral como uma atividade interpretativa (hermenêutica).

impersonality)” (1981, p. 22). Ele propôs que a virtude é uma forma e que “o nome dessa forma ideal é justiça” (1981, p. 30-31). Para Kohlberg a pessoa moralmente boa é aquela que raciocina e atua com base em princípios de justiça, como, por exemplo, a equidade (*fairness*).

Aqui se detém mais especificamente no nível pós-convencional, que engloba os estágios 5 e 6, por serem os mais evoluídos de acordo com a teoria de Kohlberg. No estágio 5, o raciocínio moral considera os direitos individuais com orientação moral do tipo legalista. O estágio 6, por sua vez, é caracterizado pelos princípios éticos universais e considerado o mais evoluído por Kohlberg, visto que o indivíduo mantém padrões nos quais uma sociedade boa ou justa deve basear-se.

O estágio 6 proposto por Kohlberg considera a questão do julgamento moral como uma atividade interpretativa (hermenêutica) em que se assenta o campo de análise do direito das minorias, visto que discute e analisa o problema da igualdade em uma perspectiva interpretativa, tendo a questão principiológica como pano de fundo. “O senso de justiça se desvincula da obediência diante da autoridade e orienta-se pelo princípio da igualdade” (GÜNTHER, 2004, p. 180).

De acordo com Günther (2004, p. 195), “no modelo de Kohlberg, as perspectivas sociomorais só são relevantes para a validade da norma”, pois não distingue entre questões de fundamentação / aplicação da norma. Contudo, segundo ele, a teoria dos estágios morais de Kohlberg forneceu “indicações mais precisas a respeito de desenvolvimentos na relação de perspectivas sociais, do conceito moral e da consideração de situações especiais – como os ‘casos de exceção’” (p. 196).

Cabe ainda destacar o quanto a teoria do direito de Dworkin se aproxima da teoria do desenvolvimento do juízo moral de Kohlberg. O desenvolvimento das etapas da moral em Dworkin está assim disposta: a) pré-convencional: bem / mal (dados objetivos externos); b) convencional (regras): pacto (limite ao expreso, texto); c) pós-convencional: lidar com princípios como se regras fossem.

Dworkin (2003, p. 37), então, consegue reestabelecer a conexão profunda entre o direito e a ética por meio da diferenciação do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas, sobretudo, por princípios estruturantes do direito como um todo, os quais incorporam ao direito um conteúdo moral que funciona como direito e que é central à solução dos casos concretos.

Para Dworkin, direito não é moral, mas tem um conteúdo moral, que transcende à modernidade e tem o seu fundamento na razão. Portanto, é um conteúdo que abre espaço para discussão, pois é social, não marcado. É o caso dos direitos fundamentais (*moral rights*), os quais se remetem ao campo da moral.

Os direitos fundamentais ou morais, explica Dworkin (2005, p. 218), indicam:

(...) simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam. Além do mais, essa maneira de encarar o direito evita alguns dos conhecidos paradoxos associados com esse conceito. Permite-nos afirmar, sem que soe estranho ou bizarro, que os direitos podem variar em força e característica de um caso para outro e de um momento a outro na história. Se pensarmos nos direitos como coisas, essas metamorfoses parecem estranhas, mas estamos acostumados à ideia de que juízos morais sobre o que é certo e errado são complexos e afetados com considerações relativas e mutáveis.

Dworkin também chama a atenção para a substância, mais do que para a forma. Para ele, não existem direitos implícitos porque não há expressos; é a distinção que não faz sentido. Logo, não há distinção entre direitos expressos e direitos implícitos. Toda interpretação está limitada a sua referência e não há um tipo neutro de descrição. Assim, para ele, portanto, existem várias moralidades, as quais estão centradas em princípios diversos, como pluralidade, legalidade, liberdade, entre outros.

Na visão dworkiana, a Constituição constitui uma comunidade de princípios (uma comunidade livre de pessoas e iguais entre si). Segundo ele, os princípios são o tempo todo recorrentes, e o direito é para todos indistintamente. Ademais, por força mesmo da abertura do direito para os valores morais, há valores integrados (políticos, vinculados ao outro) e valores autônomos (valores individuais do sujeito).

Ele defende uma concepção co-participativa de democracia, na qual “presume que os cidadãos devem ter um papel, como parceiros iguais em um empreendimento coletivo, tanto na formação quanto na constituição da opinião pública” (DWORKIN, 2005a, p. 503). Em suma, a ideia de autoridade só se justifica pelos valores morais que a perpassam.

Para Dworkin (2003), normas gerais e abstratas reduzem a complexidade social. E o trabalho começa a partir daí. Deve-se buscar a consistência das narrativas. Não existe um padrão, mas o que se tornou padrão será objeto de pretensões abusivas. A proposta de Dworkin, então, reflete uma mudança paradigmática: a de uma única decisão correta, nem que isso custe a perda do conteúdo principiológico da norma. Isso equivale ao estágio 6 de

Kohlberg (princípios éticos universais), que é diferente do que se faz hoje, em que se transforma princípio em regra.

As questões levantadas por esses autores só reforçam a tese de que, quando se discute o direito da mulher, pela desigualdade em relação ao do homem, parece que se vive paralelamente um dilema moral. Esse contexto de desigualdade balança a tese dos direitos fundamentais e traz incertezas do ponto de vista jurídico. É preciso então considerar a evolução moral do indivíduo e explorá-la, para abertura de um debate mais elevado sobre o tema da igualdade

A teoria de Kohlberg sofreu diversas críticas dos movimentos feministas. Gilligan³⁴ (1993 apud Pereira, 2013, p. 111) “identificou que a referência para a moralidade dos estudos tradicionais era sempre o padrão masculino, de forma que as mulheres eram apresentadas como desviantes”. Para a autora, Piaget e Kohlberg “concluíram suas pesquisas afirmando que as mulheres apresentam mais dificuldades que os homens no alcance do que consideravam os níveis mais desenvolvidos da moralidade humana” (GILLIGAN, 1993). Para ela, “o conceito moral do terceiro estágio³⁵, da reciprocidade concreta, da confiança mútua e dos cuidados de um pelo outro tem sido defendido sobretudo por mulheres” (GÜNTHER, 2004, p. 208).

De uma maneira geral, os homens raciocinam com foco no ideal de justiça, ao considerarem os direitos dos outros e os seus próprios como parâmetros fundamentais para os julgamentos morais e suas ações. As mulheres, por sua vez, fazem escolhas focadas no ideal de cuidado (ética do cuidado), ao considerarem como suas ações afetarão seus vínculos com os outros, bem como o impacto das suas decisões nos sentimentos e bem-estar das pessoas envolvidas (GILLIGAN, 1987; 1993).

Para essa corrente maternalista, centrada no cuidado, o desenvolvimento moral vincula-se à responsabilidade pelos outros e aos relacionamentos, diferentemente da moralidade centrada na justiça, cujo desenvolvimento moral se dá por meio de direitos e de regras impessoais. “A justiça – liberal, fundada no valor da imparcialidade e da universalidade – não seria capaz de assimilar valores e perspectivas morais que teriam como fundamento as relações e os conflitos familiares” (BIROLI, 2014, p. 30).

³⁴ Carol Gilligan escreveu a obra feminista *In a different voice* (1982), em que ataca o viés masculino no estabelecimento de estágios fixos de desenvolvimento moral da personalidade, o que reflete um processo de contra-ataque a essas presunções universalizantes.

³⁵ O autor refere-se ao nível pós-convencional (de Kohlberg).

Contudo, a tese de Gilligan, a de que homens e mulheres assumem racionalidades diferentes quanto à moralidade, não é unanimidade entre as feministas, apesar de a “ética do cuidado” passar a ser uma linha de debates teóricos e políticos. Segundo as feministas, a proposta de Gilligan reforça os estereótipos de gênero e representam um retrocesso na luta feminista por igualdade.

Com a exposição breve da teoria do juízo moral de Kohlberg, quis-se aqui apresentar uma possível proposta interpretativa para a discussão da tese da igualdade sob o manto do desenvolvimento da moral. Essa teoria, bem como as outras que se seguem ao longo da tese, sinalizam caminhos diferentes de interpretação voltados para o confronto com o direito, bem como trazem elementos para subsidiar o processo decisional, sempre tomando como base a ruptura decorrente da institucionalização do Estado democrático de direito, cuja abertura exige a construção de mecanismos para a redução de complexidades.

1.3.2 A racionalidade prático-argumentativa no contexto principiológico do Estado democrático de direito

Em algum momento da história, mais detidamente após a metade do século XX, com as bases neopositivistas pós-giro linguístico, as regras jurídicas davam conta das exigências racionais. Contudo, com a complexidade da sociedade, o sistema de regras dado pelo direito já não atendia ao modelo de racionalidade exigido até então pelo próprio sistema, menos ainda com o atual paradigma do Estado democrático de direito, em que o Poder Judiciário se agiganta na proteção dos direitos fundamentais.

Se havia um modelo anterior guiado por regras, passou-se, então, a ter um modelo também guiado por princípios, consequência do constitucionalismo atual. Por conseguinte, o modelo lógico-dedutivo (baseado em regras) perdeu força para um modelo de racionalidade mais voltado para critérios argumentativos (baseado em princípios). Assim, a argumentação³⁶, como escolha racional, traz os motivos pelos quais a decisão foi X (e não Y), bem como o percurso para concluir por ela foi Z (e não W).

Pode-se depreender tudo isso da própria experiência institucional, da forma como o direito é concebido, interpretado e posto em prática quando se trata do direito das minorias. A pergunta que fica dessa discussão é esta: Até que ponto o legislador regula a realidade (das minorias) quando cria leis sem a participação da sociedade?

³⁶ Para a teoria da argumentação, como razão prática, é melhor uma decisão judicial que decisão alguma.

E isso traz consequências de ordem prática. Como a discussão sobre o direito da mulher implica sempre questões interpretativas, quando as decisões não se perfazem por meio de mecanismos de racionalidade, construída conjuntamente e legitimada socialmente, tem-se o risco latente de decisões arbitrárias.

Em muitos momentos, o problema de regulação da realidade desemboca no Poder Judiciário. E aqui a questão pode se tornar mais problemática ou menos. Tudo dependerá dos caminhos a serem seguidos no curso da interpretação da norma no caso concreto. Um dos caminhos é o do normativismo, corrente na qual não há como saber qual a melhor decisão a ser tomada (ceticismo moral), seja na concepção de Hans Kelsen³⁷ (norma hipotético-fundamental), seja na de Herbert Hart (reconhecimento à autoridade)³⁸.

Com Habermas se discute a “natureza contrafactual das normas”, ou seja, em um primeiro sentido - o de seu descumprimento -, só se pode legitimamente verificar o grau de seu déficit de observância, pois em algum grau todas as normas o possuem, caso contrário, não seriam necessárias. E é exatamente a hipótese de descumprimento de uma norma que justifica a sua existência. Daí decorre uma série de questões, entre elas, a de como tornar legítima uma norma, visto que a legitimidade não nasce como consequência da legalidade, mas do processo democrático de sua elaboração e do respeito aos direitos fundamentais, o qual deve ser pautado em normas, que produzirão leis, as quais deverão ser garantidas pelo princípio da legalidade.

De acordo com Habermas, esse construto atribui ao domínio jurídico o espaço excluído por Kelsen, pois para este o procedimento se encontra dentro da própria ordem jurídica – fundamentos baseados em uma ordem superior –, em que há uma identificação entre validade e legitimidade, ou seja, a necessidade de um mínimo de eficácia para a norma existir.

Habermas não nega Kelsen – há um diálogo entre eles –, mas traz uma nova abordagem para a questão da legitimidade ao propor a sua teoria da ação comunicativa. De acordo com ele, a legitimidade do direito não está vinculada a uma moral superior ou a fundamentos éticos, mas se apoia em um arranjo comunicativo, pois cada membro da

³⁷ A escola positivista, a partir de Hans Kelsen, sempre rejeitou análises externas (equidade, por exemplo) ao objeto da ciência jurídica. A busca por um modelo ideal (moldura) de ordenamento jurídico visava, entre outros motivos, minimizar a indeterminação na aplicação da norma.

³⁸ A tensão dialética, entre abertura (generalização) e fechamento (individualização), é discutida por autores do porte de Alf Ross e Herbert Hart. Para o segundo, por exemplo, ao mencionar a “textura aberta do direito”, sinaliza a incapacidade de o legislador, na construção da norma, prever todas as circunstâncias futuras que a envolverão, cabendo ao juiz suplementá-lo com uma regra mais detalhada e dentro de uma estrutura parcialmente inacabada. Para ele, o juiz participa de modo subordinado (legislação delegada).

sociedade participa de um procedimento discursivo, racionalmente construído, o qual os coloca em condições de igualdade e lhes dá liberdade de argumentação³⁹.

Nessa seara, a questão é como reconstruir a legitimidade da decisão judicial em face da complexidade social a partir do Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de uma teoria que recomponha o vácuo entre a lei e a interpretação judicial, de modo a não perder o paradigma do Estado Democrático de Direito de vista, uma vez que se centra na jurisdição constitucional.

De maneira geral, o direito tem de lidar com as excepcionalidades provenientes dos fatos sociais e que confrontam as regras jurídicas. A questão é saber se, em casos excepcionais, a regra jurídica deva ser necessariamente aplicada. E, se aplicada, entender o que justificaria argumentativamente a sua aplicação ao caso concreto. Isso é uma exigência das bases legais impostas e provenientes da abertura dada pelo próprio Estado democrático de direito.

No constitucionalismo atual, os princípios abrem o sistema para novos modelos interpretativos. Isso se deve à amplitude conceitual que os abarca, o que dificulta o alcance do seu conteúdo. E, como não há hierarquia entre os princípios, em caso de conflito, alguns autores propõem modelos alternativos ou técnicas para a ponderação entre eles. São orientações pautadas por critérios racionais, os quais apontarão para o princípio que, em determinada situação, possui maior valor, depois de verificadas as condições específicas que integram tal ponderação. Assim, quanto mais desprestigiado for um princípio, maior deverá ser a importância do outro princípio a ser satisfeito.

Sobre esse aspecto, ressalta-se o pensamento de dois autores, Alexy e Dworkin, que, contrários a uma visão epistemológica do direito – como é o caso de Kelsen, autor do Estado social –, tentam consolidar o paradigma do Estado democrático de direito. Alexy segue o argumento moral na construção racional, ao passo que Dworkin baseia-se em

³⁹ Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 34-35), ao explicarem o conceito de auditório universal, criticam a argumentação não dirigida ao convencimento de todos: “Toda argumentação que visa somente a um auditório particular oferece um inconveniente, o de que o orador, precisamente na medida em que se adapta ao modo de ver de seus ouvintes, arrisca-se a apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo francamente opostas, ao que admitem outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ele se dirige. Esse perigo fica aparente quando se trata de um auditório heterogêneo, que o autor deve decompor para as necessidades de sua argumentação. Isso porque esse auditório, tal como uma assembleia parlamentar, deverá reagrupar-se em um todo para tomar uma decisão, e nada mais fácil, para o adversário, do que voltar contra o seu predecessor imprudente todos os argumentos por ele usados com relação às diversas partes do auditório, seja opondo-os uns aos outros para mostrar a incompatibilidade deles, seja apresentando-os àqueles a quem eram destinados. Daí a fraqueza relativa dos argumentos que só são aceitos por auditórios particulares e o valor conferido às opiniões que desfrutam uma aprovação unânime, especialmente da parte de pessoas ou grupos que se entendem em muito poucas coisas”.

concepção deontológica (princípio da integridade). Apesar das diferenças conceituais entre esses dois autores, eles não são incompatíveis. Nas linhas a seguir, tem-se uma síntese do pensamento jurídico de ambos os autores.

Alexy (2008) trata os direitos fundamentais como direitos constitucionais positivos, ao passo que princípios são normas jurídicas que estabelecem deveres de otimização, aplicáveis segundo possibilidades normativas e fáticas; já as regras são normas jurídicas com validade restrita a determinado ordenamento. A tese dele mostra que a distinção entre princípios e regras tem caráter estrutural – forma de organização do sistema constitucional como ordenamento⁴⁰.

Outra perspectiva é a de Dworkin⁴¹. Na sua “tese dos direitos”, o bem relativo a qualquer indivíduo deve ser tratado com o mesmo grau de consideração e respeito que o de qualquer outro indivíduo. Os princípios estão para o indivíduo, assim como as políticas públicas estão para o coletivo. Para o autor, há que se falar em uma única decisão correta para um caso específico (inclusive, *hard cases*⁴²), não havendo decisão padrão, visto que produz pretensões abusivas. Por essa razão, o autor tece críticas ao abuso do controle concentrando (sistema de *Common Law*), pois só há uma solução no âmbito do caso concreto.

⁴⁰ Nos casos em que se verificam os conflitos, a técnica de ponderação de Alexy (2008) pode vir a ser instrumental eficiente para a solução desses embates. Para o autor, o juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Esse sistema de ponderação constrói uma lei de colisão, por via da qual as condições que levam à preferência de um princípio sobre o outro formam o pressuposto fático de uma regra que justifica a consequência jurídica do princípio precedente. Em caso de colisão, segundo o autor, os princípios têm sua validade compartilhada, enquanto que com as regras a obrigatoriedade de uma resulta no afastamento da outra, seja pela introdução de uma exceção ou pela revogação da outra. Quanto à *obrigatoriedade*, os princípios conferem obrigações *prima facie*, acessíveis pelo princípio da ponderação, e as regras instituem obrigações absolutas (ALEXY, 2008).

⁴¹ Sua distinção entre princípios e regras tem em vista um ataque geral ao positivismo. Ele o faz articulando um caráter de aplicação na base do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) às regras, de modo que, havendo colisão entre elas, uma deve ser necessariamente considerada inválida; no caso dos princípios, a eles seria reservada a esfera dos fundamentos, sendo a decisão sobre qual princípio prosperar, em caso de colisão, alcançada pelo recurso à dimensão do peso (*dimension of weight*), sem que qualquer um deles perca, no entanto, a sua validade (DWORKIN, 2002, p. 39). Nesse sentido, a decisão sobre a regra a ser usada ou não dependerá da força dos argumentos que circunda a regra em si. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras (DWORKIN, 2002, p. 43). A racionalidade argumentativa, a depender das circunstâncias (hierarquia, tipo, tempo, entre outros), pode se encontrar em outra regra, sem que isso represente necessariamente um conflito de regras, mas a solução de um iminente ou de um conflito em si. A preferência pode ser também pela escolha de princípios importantes. As ideias de Dworkin são melhores aplicadas no sistema da *Common Law*.

⁴² Quando não há, no caso concreto, regra aplicável, pois não prevista no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra possível para a solução do caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e à coletividade, depara-se o magistrado com um caso difícil (*hard case*), em comparação aos casos fáceis (*easy cases*), estes últimos solucionados com as regras vigentes.

Constata-se, portanto, que as regras jurídicas são superáveis e que uma usual explicação para isso se dá ou é possível no contexto da argumentação jurídica. Nesse sentido, faz-se necessário reconhecer o papel da argumentação jurídica na construção de um ideal de racionalidade para o conflito entre regras e princípios. Ademais, um sistema que exige razoável clareza das resoluções dos juízes pode também exigir que eles as testem em função da sua aceitabilidade dentro do conjunto de casos reais e hipotéticos aos quais tais resoluções se aplicariam. Só assim pode a consistência racional ser razoavelmente perseguida⁴³.

Deve-se verificar se é ou não aceitável sacrificar um valor em algum grau em benefício de uma proteção mais completa de uma dada situação de julgamento e em que grau. É aí que se vislumbra a possibilidade de outra regra poder ser aplicada ao caso concreto. Isso ficará mais claro quando da análise de casos práticos nos capítulos subsequentes.

De qualquer forma, regras ou princípios subsumem aos fatos, e estes, em tese, devem oferecer razões para validar a existência e a eficácia da própria norma. É uma via de mão dupla. Assim, o discurso jurídico desenvolve-se de forma circular: fato concreto, hipótese de incidência (regra) e, por fim, subsunção da regra ao fato.

A superação da regra é o fenômeno pelo qual a regra reúne todos os requisitos para sua aplicação (validade, existência, eficácia), mas, às vezes, não é aplicada ou seu alcance torna-se intangível. Sem dúvida, isso acarreta um “rompimento” no sistema, pois se busca possivelmente a justificação final em argumentos consequencialistas⁴⁴.

Portanto, a superação de uma regra ocorre diante de um caso difícil, porém, nem todo caso difícil é de superação de uma regra. Não há uma correspondência biunívoca entre casos difíceis e superação de regras. Seguindo a divisão quadripartite de casos difíceis propostos por MacCormick (2008), eles se relacionam a problemas de

⁴³ MacCormick (2008) fala da *ratio*, aquilo que a Corte afirma como interpretação correta da lei, uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra. Essa *ratio decidendi* é uma justificação formal, explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução seria necessária para a justificação da decisão no caso, função da decisão e da justificativa oferecidas por um juiz para tal decisão. No processo de interpretação dos precedentes, estes podem ser construídos de diversas maneiras. O que pode ser vinculante ou fortemente persuasivo é a *ratio*, ou seja, a solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado e que é suficiente – e não mais do que suficiente –, para decidir tal questão concreta.

⁴⁴ Em geral, os juízes olham para as suas escolhas em termos das consequências. Por meio da argumentação consequencialista, estima-se a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado *status* normativo à luz da decisão que está sendo considerada.

interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação. Os dois primeiros afastam a premissa normativa e os dois últimos a premissa fática da regra.

Assim, conclui-se que os problemas de superação de regras são de qualificação. São sempre problemas ligados à existência de um fato, não o previsto na norma, pois sobre este não há dúvidas da ocorrência, mas da existência de outro fato que cria uma exceção para a regra, sob o apelo de uma razão de justiça ou de razoabilidade.

Logicamente que se requer, para a superação das regras, a demonstração de que a excepcionalidade do caso exige que o sistema jurídico positivo seja colocado em um segundo plano e que se busque uma solução fora do sistema para resolvê-lo. Essa demonstração ou justificação pode estar baseada na própria finalidade subjacente à regra ou nos princípios superiores a ela. Daí se postular uma valoração baseada em uma razão prática. E é o que se tem hoje, uma diretriz constitucional contra outra, o que requer que as escolhas a serem feitas não sejam arbitrárias, mas proporcionais.

O postulado da razoabilidade⁴⁵ estrutura a aplicação de outras normas, podendo ser utilizado em vários sentidos, entre os quais servir de diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, por exemplo, razoabilidade como equidade. Assim, a razoabilidade impõe a consideração daquilo que normalmente acontece, não se presumindo o que é extraordinário e, também, a consideração da perspectiva individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Sobre o razoável, assim dispõe Rawls (2000, p. 97):

(...) o razoável é público de uma forma que o racional não é. Isso significa que é pelo razoável que entramos como iguais no mundo público dos outros e dispomo-nos a propor, ou aceitar, conforme o caso, termos equitativos de cooperação com eles. Esses termos, apresentados como princípios, especificam as razões que devemos compartilhar e reconhecer publicamente uns perante os outros como base de nossas relações sociais.

Portanto, a razoabilidade pode ser um caminho para a construção de uma perspectiva interpretativa para o direito das minorias (direito à diferença). É bom que se destaque que a razoabilidade que o direito deve ter em vista precisa ser a razoabilidade prática, não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas. A pessoa

⁴⁵ A razoabilidade é um conceito jurídico ligado à ideia de bom senso e proporcionalidade. Como já mencionado, o razoável aproxima-se mais do polo avaliativo (que do descritivo). No direito, o que é razoável é comumente considerado uma questão objetiva, “razoabilidade” é o parâmetro estabelecido pelos princípios e regras de conduta e de julgamento, parâmetro de razoabilidade como critério da decisão correta, da ação correta ou de relações interpessoais justas nos vários ramos do direito.

razoável possui a virtude da *prudentia* e a utiliza em suas ações (MacCORMICK, 2008, p. 219).

A variabilidade entre bases objetivas e subjetivas da razoabilidade, dependente por sua vez das variações do tema, é apenas um dos elementos de variabilidade nas interpretações que podem ser dadas pelo critério ou parâmetro de razoabilidade. Portanto, a razoabilidade não é um valor de primeira ordem, mas de ordem superior.

Interpretar o razoável em um dado contexto é identificar os valores, interesses e assemelhados que são relevantes. Concluir em dado caso que uma pessoa agiu de modo razoável ou irrazoável certamente corresponde a um juízo de valor e não a um juízo de fato. Assim, MacCormick (2008) ressalta que o teste do razoável age como filtro para permitir o cálculo de qual solução das disputas jurídicas, especialmente as disputas jurídicas universalizadas como casos típicos, produzirá a máxima satisfação de preferências sociais.

Pela teoria de MacCormick, a argumentação prática constrói-se com base em vários modelos interpretativos. Por trás da interpretação linguística, repousa o objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. A interpretação linguística tem um peso relevante para a teoria da argumentação.

Na interpretação sistêmica, por sua vez, repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo o sistema jurídico. À interpretação sistêmica, também é dado um peso relevante sob o aspecto argumentativo. Já por trás da interpretação teleológico-avaliativa, repousa o respeito por uma demanda de razão prática segundo a qual as atividades humanas precisam ser guiadas por algum senso de valor a ser realizado pela ação e por princípios que sejam observados nesse senso de valor. O problema que se segue é o da divergência interpessoal sobre os valores e princípios que deveriam servir como guias.

A tarefa de interpretar o texto legal dotado de autoridade e a adequação específica de uma gama de tipos de argumentos não pode ela mesma ser derivada dedutivamente ou por inferência de qualquer conceito de “interpretação construtiva”. Como já enfatizado, há a necessidade de um processo de “reconstrução racional” – elementos argumentativo-interpretativos mais específicos identificáveis.

Como se pode ver, as regras jurídicas são superáveis, mesmo que reunidas as condições para sua aplicação, em razão da excepcionalidade do caso ou da contraposição

de um princípio. A não aplicação das regras resulta de várias causas, notadamente a falta das condições para sua aplicação: validade, existência, eficácia e incidência. Todavia, esses casos, inclusive o de não incidência qualificada pela incidência de uma regra de exceção, não se confundem com a superação da regra jurídica.

Nem sempre o legislador consegue prever todas as futuras ocorrências pertinentes à regra jurídica. A superação da regra advém da sua própria natureza, pois é uma generalização do passado com pretensão de resolução de um caso futuro, fundada na relação de probabilidade com uma justificação esperada, mas que afastada por razões surgidas em relação ao caso concreto.

Este é o chamado “dilema da exigência de racionalidade”: o comportamento racional do juiz exige que ele atue conforme o direito, mas que também aprecie as consequências de suas decisões. Quando essas duas exigências colidem, não raramente o juiz opta por modificar a descrição dos fatos antecedentes da norma geral, de modo que ela não seja aplicada ao caso.

As razões dadas pela regra são limitadas, pois resistem à alteração em face de experiências que a contrariem, mas mesmo assim são superáveis. As regras, portanto, são razões *prima facie* para a ação, e não razões definitivas, mesmo que representem maior força, sendo que, para superá-las, devem-se superar as razões que lhe são subjacentes, bem como as razões que levaram à sua instituição.

Requer-se, pois, a demonstração de que a excepcionalidade do caso exige que o sistema jurídico positivo seja colocado em um segundo plano e que se busque uma solução específica fora do sistema para resolvê-lo. Essa demonstração ou justificação pode estar baseada na própria finalidade subjacente à regra ou nos princípios superiores a ela.

Quando se enfoca a finalidade subjacente à regra, a superação pode ser explicada pela redução teleológica ou do postulado da razoabilidade. A superação de uma regra também pode ser justificada pelo recurso a um princípio superior. Nesse caso, a aplicação da regra conduz a um estado de coisas que se opõe ao estado de coisas perseguido por outro princípio.

Seja qual for o enfoque, devem ser observados certos parâmetros argumentativos. A utilização desses parâmetros cria balizas que diminuem a subjetividade na aplicação dos princípios jurídicos e que permitem reconstruir as decisões judiciais em que uma regra foi superada em um caso concreto. Obviamente, não há como afastar toda a discricionariedade

possível nem atender ao ideal de Dworkin de encontrar uma única resposta correta para cada caso.

E isso é decorrente de racionalidades diferentes no modo de dizer o direito. Enquanto as normas seguem a lógica binária, deontológica, os princípios seguem a lógica dos valores. A norma deveria ser vista como um princípio de construção coletiva, mas o que se tem é a regra regulando o princípio. Ambos (regras e princípios) são abstratos (abertos). E cada vez mais novas regras serão necessárias devido à própria complexidade social. Assim, se de um lado, há ocorrência de pretensões abusivas de normas gerais abstratas, por força do caos por excesso normativo, o que é, em termos, socialmente absorvido, por outro lado, só princípios não resolvem problemas.

Em síntese, tudo isso mostra um conflito inerente ao direito e que é inafastável da argumentação jurídica: a tensão entre justiça e segurança jurídica. E quando se pensa no direito das minorias essa tensão passa a ter relevância, pois pensar todas essas questões de ordem interpretativa é trazer à discussão o enfrentamento do direito em face dos novos fatos jurídicos decorrentes da complexidade social.

Com a reconfiguração da metafísica⁴⁶, requer-se pensar em uma perspectiva pós-metafísica, com base em autores como Rawls, Habermas e outros, mais voltada para o estudo da relação entre direito, moral e política, bem como o aprofundamento do estudo da hermenêutica jurídica, sob um viés transcendente que leve em consideração o todo (visão holística).

Destaca-se que o desafio de denunciar os abusos interpretativos do modelo positivista já vem sendo feito desde meados dos anos 90, só tendo sido possível com o reconhecimento de que a condição humana é uma condição linguística, a partir de uma nova matriz teórica inspirada no “giro linguístico” (cf. Capítulo 3).

Por essa razão, é que neste tópico se deu ênfase à questão interpretativa, pois válida para o escopo de análise desta tese, no sentido de se observar a legitimidade de uma decisão, principalmente uma decisão contramajoritária (cf. Capítulo 4), no que tange ao

⁴⁶ A metafísica nasceu com Aristóteles em uma perspectiva mágica, sua “filosofia primeira”, essência (ser absoluto). A metafísica aristotélica e o platonismo incorporaram-se à filosofia cristã e perpassou a Idade Média, quando a metafísica começou a entrar em crise. Já na Idade Moderna, a metafísica entrou por completo em crise. A partir de Descartes, houve uma reestruturação da filosofia, principalmente, da metafísica, mostrando-se, então, contrária à Antiguidade e suas suposições. O foco passou a ser o empirismo e a observação, fundamentados no pressuposto da razão (“cogito ergo sum”). Hume, outro pensador moderno, colocou em questão todos os princípios da metafísica. Baseado em Hume, Kant (pensador da razão prática) colocou a questão do dado como controlado pela experiência, reestruturando a filosofia ocidental, mas o seu grande dilema voltava-se para as questões morais como imperativos categóricos (universalização).

direito das minorias, por esta forçar o debate político, visto que no legislativo (maioria) não se discute a legitimidade.

Desse modo, toda a discussão que se fez até aqui sobre o processo decisional é uma tentativa de se discutirem modelos interpretativos (racionalidades), pois há compreensões que ultrapassam a própria hermenêutica, inclusive, dá a possibilidade de novas interpretações hermenêuticas. E o intérprete, como co-autor indispensável, completa o trabalho do legislador, mas limitado ao paradigma em voga.

Restou claro que os paradigmas jurídicos retratam claramente que toda condição social é uma condição hermenêutica. Cabe saber, portanto, qual o tipo de racionalidade, tomando como base as pré-compreensões, sobre a qual construir o caminho da igualdade a partir das experiências dadas pela própria evolução paradigmática. E essa evolução produz, ela mesma, as condições discursivas para a construção de racionalidades que levem também em consideração o fato de que parte da comunicação humana se dá sem o crivo da racionalidade.

Sobre o que foi tratado sobre os paradigmas ao longo do capítulo, assim se resume: no Estado liberal, o papel do Legislativo foi bastante presente, como o depositário das esperanças e portador dos riscos, mas em uma perspectiva ainda muito formal. As relações privadas eram pautadas na liberdade total, o que tornava o Estado um “mal necessário”. No Estado social, o Executivo tomou para si o papel de consolidar a igualdade material, ou seja, a liberdade sai do campo privado e vai para o Estado. Com o Estado democrático de direito, o Judiciário passa a ter uma atividade mais consistente no cumprimento dos direitos fundamentais pelo Estado.

O que se aprende sobre o problema da igualdade a partir dos paradigmas jurídicos?

A resposta para essa pergunta está no conteúdo produtivo das tensões decorrentes do Estado democrático de direito. Foram expostas duas grandes tensões: a dualidade entre a igualdade formal e a igualdade material, bem como entre o público e o privado. No atual paradigma, não há uma fundamentação teórica para desmistificação entre essas dualidades que não seja a construção de racionalidades dadas pelas experiências de aprendizado a partir dos próprios paradigmas.

No atual paradigma, em face dos anteriores, mais baseados na estrutura da regra, o processo de aprendizado toma como base a estrutura principiológica do direito, o que descontrói o paradoxo público versus privado, pois o que é público pode ser privado e

vice-versa, o que mostra que o público não está necessariamente no Estado. E sobre o problema da igualdade, não há como pensar forma e matéria separadamente. “Forma e matéria são vistas como dois lados daquilo que a teoria dos sistemas⁴⁷ chama de uma ‘diferença’, o que significa que ambas só podem existir concomitantemente” (MAGALHÃES, 2009, p. 285).

No que concerne ao direito da mulher, discorreu-se sobre a importância do estudo dos paradigmas jurídicos para, frente à luta feminista, que será tratada no capítulo seguinte, buscar elementos para uma análise acerca do problema da igualdade. Em outras palavras, cada modelo paradigmático deixou o seu legado, seja na forma de conquista de direitos, seja na forma de encargos, o que contribui para compreender a questão evolutiva do direito da mulher na atualidade.

No capítulo seguinte, as questões sobre o direito da mulher restarão mais claras, quando se dará mais ênfase à experiência e à vivência institucional do direito da mulher e em que medida esse “aprendizado” tem contribuído para a construção da igualdade a partir da formulação de uma teoria política feminista.

⁴⁷ Na obra *Social Systems* (1995), Luhmann deu início à grande virada teórica ao tratar os sistemas não mais como “uno”, como um todo resultante da soma das partes, mas como diferença. Passa da distinção do todo e das partes para a distinção de sistema e entorno, tomando como referência o conceito de complexidade.

CAPÍTULO 2

REFLEXÕES E PARADOXOS DA LUTA FEMINISTA PELA IGUALDADE: O TRAJETO DE UMA LONGA CAMINHADA

Neste capítulo, busca-se analisar a luta feminista a partir dos paradigmas jurídicos tratados no capítulo anterior. As experiências e vivências da luta feminista foram (e ainda continuam sendo) construídas em cima de modelos institucionais. Então, questiona-se aqui o ponto de contato entre os paradigmas e os movimentos feministas, o quanto cada um pode extrair do outro. Em outras palavras, o que a luta feminista responde em termos do que o paradigma oferece e o que o paradigma dá como resposta aos anseios da luta feminista.

Como o pano de fundo desta tese levanta o problema da igualdade, pensar como isso foi construído com foco no direito da mulher é uma questão que requer uma análise a partir da evolução dos paradigmas jurídicos, principalmente buscando entender como tais modelos leram e interpretaram a voz dos movimentos feministas, se acompanharam e adaptaram-se à evolução – inevitável – dos discursos subjacentes e vice-versa. Nesse processo, confronta-se o próprio direito, que se vê obrigado a se reestruturar em termos de como deve, a partir da institucionalização do Estado democrático de direito, pensar o direito das minorias.

Um dos pontos centrais de discussão neste capítulo é verificar se, com a ampliação da esfera pública e a tensão entre o público e o privado – pelo desfazimento da antiga dicotomia –, há um favorecimento para o campo de atuação e expressão dos movimentos sociais, aí incluídos os movimentos feministas. Essa indagação em parte tem a ver com a forma com a qual a esfera pública se expressa em termos de outras formas de comportamento coletivo, como o econômico ou o puramente social, e que tipo de racionalidade é produzida a partir do resultado – que são os discursos – da tensão entre os eixos público e privado. Habermas (2002, p. 293) assim dispõe:

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos.

É de se pensar como a esfera pública impõe limites dentro de uma concepção em que ela própria é tomada como a “válvula de escape” dos movimentos sociais, pelo seu grau de abertura e possibilidade de maior participação política. No primeiro capítulo, discutiu-se sobre o fato de ser a esfera pública uma comunidade de indivíduos unidos em prol da maior participação no debate racionalmente crítico e o quanto tais indivíduos podem interferir nas decisões políticas (HABERMAS, 2003).

Os movimentos feministas são políticos por natureza. Então, pensar a política como sendo um instrumento de sociabilidade, ou a sociabilidade como um instrumento da política, também é um ponto de discussão deste capítulo. E isso, sem dúvida, é uma função da esfera pública. Mas o que também se coloca é que a esfera pública cumpre uma série de muitas outras funções, além de conectar as pessoas para ação coletiva no sentido político. Essa discussão torna-se, assim, um dos paradoxos do presente capítulo.

Discutem-se, também, os novos contornos da luta feminista e a sua atual pauta de reivindicações, bem como se busca um elo com as experiências do passado, por intermédio da voz presente nos movimentos feministas, em suas distintas épocas e lugares. Além disso, analisam-se os mecanismos de opressão sobre as mulheres nas sociedades contemporâneas e como tudo isso foi recepcionado, controlado e até mesmo implementado por meio das práticas, vivências e experiências no interior dos paradigmas jurídicos. Por isso, a hipótese investigada é *se a luta feminista respondeu à experiência construtiva de direitos nos paradigmas jurídicos e se a experiência resultante da luta tornou possível a construção de um caminho para a igualdade a partir da diferença*.

Por fim, são trazidas à baila questões que envolvem a crise identitária da mulher e os mecanismos ideológicos presentes nos discursos do movimento feminista, sobre o quanto tais discursos carregam marcas da pressão exercida pela luta e como tais mecanismos se tornaram menos evidentes e mais estrategicamente direcionados à opressão feminina.

2.1 UM POUCO DA HISTÓRIA DA LUTA FEMINISTA NO MUNDO E NO BRASIL

Os movimentos feministas são, sem dúvida, movimentos políticos, porquanto fundados em uma forma teórico-prática de ver o mundo. Independente do tipo de feminismo em questão, sempre esteve por trás (como bandeira) o problema da igualdade de direitos entre homens e mulheres. O seu surgimento tem a ver com a tentativa de

modificar as práticas socialmente naturalizadas de que as mulheres são mais “frágeis” que os homens. No mundo ocidental, o feminismo como movimento político e intelectual surge na virada do século XIX para o XX, sendo considerado fruto da Revolução Francesa.

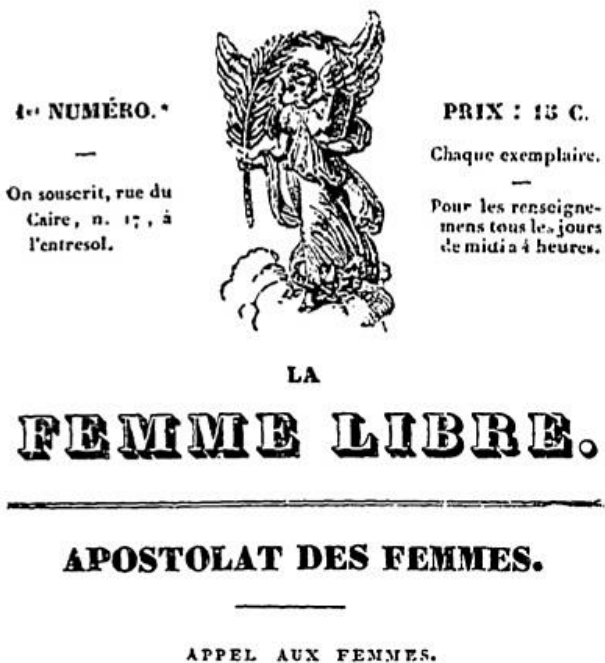


Imagem 3 - Jornal *La Femme Libre* de 1832⁴⁸

De maneira geral, é possível a identificação de “três ondas” feministas⁴⁹: a primeira situada na metade do século XIX, que se prolonga até por volta dos anos 60; a segunda, que se prolonga até por volta dos anos 80; e, por fim, a terceira, que se constitui até os dias atuais e que muitos denominam de pós-feminismo. Sinteticamente, sobre as “três ondas”, assim dispõem Cyfer e Neves (2011, p. 202):

A primeira fase, iniciada nos anos 1960, está relacionada ao surgimento da nova esquerda e a demanda para que o pessoal e o privado se tornassem políticos. Com isso, a rígida separação entre o mundo privado e o mundo político, típica da ideologia liberal, passa a ser fortemente questionada. A segunda fase, que se inicia com o declínio dos regimes socialistas e a ascensão do neoliberalismo, é caracterizada pelo culturalismo e pela demanda por reconhecimento. A terceira fase diz respeito à crescente globalização mundial, em que as demandas feministas são mal enquadradas pelas instituições políticas existentes. Dessa forma, a demanda passa a ser por representação, não apenas no sentido de dar voz política às mulheres, mas de que suas demandas de

⁴⁸ Estampa do Jornal *La Femme Libre*, surgido em 1832, o qual lançou em seu primeiro número um apelo de inspiração saint-simoniana às mulheres, incitando-as a reivindicar seus direitos, aproveitando o momento histórico em que o proletariado reclamava sua libertação (SAFFIOTI, 2013, p. 162).

⁴⁹ Nancy Fraser (2007), no lugar de três ondas, fala em duas ondas, sendo que a segunda onda se divide em três fases.

redistribuição e de reconhecimento sejam devidamente tratadas pelas instituições políticas, por meio de uma abordagem transversal, do ponto de vista temático, e transnacional do ponto de vista territorial.

Pois bem. A “primeira onda” do feminismo (século XIX) teve como pretensão criar novas formas de identidade feminina – a “nova” mulher. Logo, para muitas feministas da época, a principal mudança deveria acontecer dentro do lar. Havia uma denúncia contra aquelas que aceitavam a condição de submissão imposta pelo casamento, visto como um objetivo de vida e uma fonte de renda, “através dele é que se consolidava a sua posição social e se garantia a sua estabilidade ou prosperidade econômica, (...) dada sua incapacidade civil, levaram uma existência dependente de seus maridos” (SAFFIOTI, 2013, p. 63).

Assim, a proposta desse modelo inicial de feminismo não tinha como objetivo promover “a guerra dos sexos” (ideia de reversão), como aconteceu em movimentos que o sucederam, mas o companheirismo, a divisão de tarefas, entre outros. Ao se buscar uma “nova” mulher, buscava-se, concomitantemente, um “novo” homem, pois o que se defendia era a igualdade de gênero. Pautava-se no conceito abstrato de ser humano, ou seja, “ser dotado de razão moral ou prudencial, um ser que consiste em si mesmo” (IKAWA; PIOVESAN, 2009, p. 148). Era uma concepção universalizada do ser humano, o que contribuía mais ainda para o apagamento da mulher e de suas demandas específicas e o aumento das barreiras discriminatórias – dependência econômica, falta de instrução, entre outros.

As principais reivindicações das mulheres nesse primeiro momento da história do feminismo foram essencialmente pelos direitos civis e políticos, pelo acesso ao estatuto de “sujeito jurídico”, pelo direito ao voto – o que caracterizou o movimento sufragista –, pela melhoria das condições de vida material das mulheres e pelos direitos sociais e trabalhistas. Logicamente que, do ponto de vista histórico, essa pauta de reivindicações teve causas desencadeadoras, quais sejam, a revolução industrial em um primeiro momento e a duas grandes guerras em um segundo momento.

No caso do Brasil, o movimento feminista não teve muita força nos séculos XIX e XX, ao contrário do acontecia em outros países (Inglaterra, Estados Unidos...), mas algumas poucas vozes espalhadas aqui e acolá. A luta tornou-se mais intensa com a Proclamação da República (1889), com a reivindicação do direito ao voto, como forma de

ampliação dos direitos de cidadania, o que não aconteceu⁵⁰. Mas a pressão pela emancipação política continuou, até que, em 1932, o presidente Getúlio Vargas sancionou lei concedendo às brasileiras o direito de voto.

Já na década de 60, as políticas feministas focavam-se na diferenciação corporal, ao mesmo tempo em que se buscava libertar o corpo feminino dos padrões conservadores quanto à estética moral, o que reforçava a dicotomia entre os sexos e a biologia como marca de distinção. “As ativistas feministas reivindicavam uma história que estabelecesse heroínas, prova da atuação das mulheres, e também explicações sobre a opressão e inspiração para a ação” (SCOTT, 1992, p. 64). Foi um período de forte influência do estruturalismo⁵¹, que, segundo as críticas feministas, era um movimento branco e elitista, que reforçava as dicotomias de sexo.

Na história do movimento feminista, esse período (anos 60) foi marcado pela dicotomia igualdade / diferença. Não se focava no problema da desigualdade, como o oposto da igualdade, mas buscava-se a igualdade com ênfase na diferença entre os sexos, o que levava a mais desigualdade. Com a evolução dos estudos feministas, entendeu-se que não são conceitos necessariamente atrelados, como se para escolher um tivesse que escolher o outro, mas viu-se que são campos distintos, em que se deve buscar o direito à diferença, bem como o direito à igualdade.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o feminismo ressurgiu nos anos 60, à época, estimulado em grande parte pelo movimento dos direitos civis e pelas políticas do governo destinadas a estabelecer o potencial feminino, para ir ao encontro da expansão econômica através da sociedade, incluindo as profissões e a academia. “Moldou seu apelo e sua autojustificativa nos termos da retórica prevalecente da igualdade” (SCOTT, 1992, p. 67). É bom que se esclareça que nos Estados Unidos, ao contrário de outros países, os *Social*

⁵⁰ Criou-se, em 1919, a Liga pelo Progresso Feminino (posteriormente, Federação Brasileira pelo Progresso Feminino), dirigida pela anarquista Maria Lacerda de Moura. A esse grupo juntou-se, em 1922, a feminista Bertha Lutz, que voltava dos Estados Unidos após participar da Conferência Pan-Americana de Mulheres, a qual foi eleita deputada federal pelo Estado do Rio de Janeiro em 1936. Lutz propôs o Estatuto da Mulher e a criação do Departamento Nacional da Mulher.

⁵¹ O estruturalismo é, essencialmente, reação contra o existencialismo. É um movimento que põe as estruturas como fundamento de toda a conduta humana. Do ponto de vista epistemológico, “o conceito de estrutura não é novo na história da filosofia; no passado ele recebeu denominações diferentes, das quais as mais comuns são *forma* e *função*, palavras estas centrais na filosofia de Platão e na de Aristóteles e na ciência dos pitagóricos. Tanto a filosofia como a ciência moderna fizeram uso cada vez mais amplo de tais noções, o que, de resto, é natural, sendo a mente humana inclinada a compreender numa unidade a multiplicidade dos dados e sendo a noção mais geral de forma e função precisamente a da unidade de uma multiplicidade. Por outro lado, a lógica sempre investigou a estrutura do pensamento, e a ciência tende hoje a grau sempre mais elevado de formalização. Nem devemos esquecer que os *gestaltistas* sempre fixaram sua atenção na totalidade estrutural percebida na sensação a que Husserl se esforçou por descrever as estruturas que se apresentam à intuição intelectual” (MONDIN, 2008, p. 252).

Studies teriam culminado em uma abertura real para as mulheres no espaço público e, mais especificamente, nas políticas públicas de Estado (PERROT, 1995).

Na década de 70, a militância política deu espaço para a produção acadêmica, com a formação de núcleos de estudo e de especialização teórica, de forma que muito conteúdo se acumulou sobre o tema. “Ampliou-se seu campo de questionamento, documentando todos os aspectos da vida das mulheres no passado, e dessa forma adquiriu uma energia própria” (SCOTT, 1992, p. 64).

Contudo, pensar que a inserção das mulheres no campo da intelectualidade pudesse ser capaz de diminuir a desigualdade entre os sexos era ledo engano, uma vez que a segregação se mantinha nas questões de acesso e na própria condição social. “A nova identidade coletiva das mulheres na academia anunciava uma experiência compartilhada de discriminação baseada na diferenciação sexual” (SCOTT, 1992, p. 69).

Conhecido como “segunda onda”, esse período de duas décadas (anos 60 a 80) foi marcado pelo surgimento do protagonismo feminino nos espaços públicos, cuja agenda política e cultural incluía direitos e comportamentos individuais. A principal pauta desse momento do feminismo era: “Nosso corpo nos pertence”. Foi uma fase radical, que questionava o sexo como definidor de comportamentos, a heterossexualidade como padrão, formas de dominação relacionadas ao gênero, bem como repudiava padrões de juventude e beleza.

As feministas também reivindicavam a descriminalização do aborto e a contracepção segura, denunciavam o estupro e a violência doméstica. Dois pontos eram centrais nessa fase libertário-radical do pensamento feminista: a) “a igualdade de gênero requer uma revolução sócio-biológica que derrube o mito da maternidade; b) “adultos, homens e mulheres, são livres para consentir e pactuar em busca do prazer” (IKAWA; PIOVESAN, 2009, p. 150).

Toda essa pauta de reivindicações passou a ser denominada por algumas autoras feministas de “política do interpessoal”, cuja frase célebre foi: “O pessoal é político”. O fato de as mulheres continuarem em desvantagem não só na esfera pública, como também na esfera privada, foi o que orientou a pauta desse período da história do feminismo. Nesse momento também eclodiu uma série de teorias feministas com domínios, posturas, bem diferenciados.

Desse modo, o pensamento feminista que se desenvolveu a partir dos anos 70, bebe na fonte, em muitos aspectos, de correntes diversas: marxismo, psicanálise, estruturalismo,

crítica da metafísica (pós-metafísica), pós-modernismo, entre outras. Influenciadas por essas correntes, artistas, críticas, historiadoras, pesquisadoras feministas, deslocaram a sua atenção para o problema da construção social da identidade.

No Brasil, entre 1975 e 1979, houve a construção de uma agenda política cujo foco era o direito de igualdade das mulheres. A base organizacional do movimento assentava-se na solidariedade em prol de uma identidade coletiva comum. Entre os assuntos da pauta, destaca-se a luta contra a violência doméstica em um período em que se justificava o assassinato de mulheres com o mecanismo da “legítima defesa da honra”.

De maneira geral, conforme Pitanguy (2011, p. 19), “o movimento feminista questionava os alicerces culturais nos quais se apoiava esta desvalorização do feminino, a sua expressão em leis, em práticas, em linguagens simbólicas”, estas naturalizadas por meio de uma série de valores e crenças.

A “terceira onda” iniciou-se em meados dos anos 80, quando o feminismo começou a dar sinais de crise. Há quem denomine essa fase, chamada pós-feminismo, como essencialmente antifeminista (ideia de retrocesso), devido a várias frentes que surgiam. Outros se referem ao pós-feminismo como algo positivo, pois tece críticas em relação às perspectivas epistemológicas do feminismo da “segunda onda”, devido ao empirismo e ao essencialismo. Em contrapartida, propõe a desconstrução, a diversidade e a fragmentação identitária como posições a serem atualmente assumidas.

É nessa fase que o gênero⁵² passa a ser um conceito central na temática feminista. Autoras como Scott (1992) destacam, inclusive, a possibilidade de articulação entre o desenvolvimento acadêmico e as políticas de Estado eficazes, o que requer a desconstrução, no sentido derridariano⁵³, do arcabouço teórico-metodológico da “segunda onda”. Para a autora, dentro do feminismo, o conceito pós-estruturalista de gênero funciona como um elemento questionador, na medida em que é um esforço político da teoria que possibilita uma realização prática frente ao Estado.

No caso brasileiro, os anos 80 representaram um avanço para as mulheres, pois os “os vários grupos coletivos e organizações feministas do país discutiam a viabilidade e a pertinência da criação de um órgão que implementasse políticas públicas em nível federal,

⁵² Gênero tratado como divisão natural dos sexos. “(...) termo aparentemente neutro, desprovido de propósito ideológico imediato” (SCOTT, 1992, p. 65).

⁵³ O filósofo francês vê a pós-modernidade como caracterizada pela dissonância e incongruência dos sistemas. Pare ele, a desconstrução é um instrumento, é tática para se demonstrar a instabilidade da linguagem. Mesmo quem fala não escapa da fragilidade do discurso: “(...) o que se denomina o sujeito falante, já não é aquele mesmo ou só aquele que fala” (DERRIDA, 2002, p. 120).

considerando-se que avançava no país o processo de transição democrática” (PITANGUY, 2011, p. 21). A partir disso, criou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com a edição da Lei n. 7.353/1985. Em 2003, o governo federal criou, com status de ministério, a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres.

A partir da década de 90, as abordagens feministas centraram esforços nas transformações no âmbito familiar e novos arranjos familiares, tecendo críticas ao Estado, visto que, “incentiva determinadas formas de organização familiar e pune os indivíduos que estabelecem laços e formas de vida que não se encaixam nos padrões considerados legítimos” (BIROLI, 2014, p. 55).

Tudo isso forçou uma mudança de cenário. Atualmente se adota uma postura diferente em relação aos movimentos feministas que inscreviam as mulheres como oprimidas, que afirmavam relações díspares entre homens e mulheres, o que requeria demandas específicas para as mulheres no tempo e no espaço. Como os conceitos mudaram, hoje, os movimentos de mulheres, embora compostos unicamente por elas, não trazem em sua pauta de reivindicações apenas direitos específicos das mulheres.

Por parte das feministas mais jovens, há uma pauta de reivindicações que não se distancia muito do passado, mais ou menos radicais ou mais ou menos desconstrutivistas, quais sejam: direito ao corpo, denúncia da violência, do estupro, entre outros. O que se observa, contudo, é a mudança no comportamento, na forma de expressão, nas ferramentas e estratégias: páginas na internet, performances, defesa pessoal. Os movimentos atuais não se formatam mais em bloco, pois hoje as redes sociais assumiram um papel importantíssimo para a denúncia de violação de direitos de um lado, bem como para a reivindicação de direitos de outro.

Destaca-se, ainda, que no feminismo pós-moderno, a linguagem e as relações sociais passam a ser centrais para a produção do conhecimento e representação da experiência. Por essa razão, abandona-se a dualidade homem versus mulher (dicotomia de gênero) para se entregar ao estudo das diferenças e das desigualdades entre as mulheres (abordagem da diversidade).

2.1.2 O que é ser feminista e os tipos de feminismo

O termo “feminismo” historicamente sempre teve uma conotação pejorativa. Como exemplo, para muitos, ser feminista é ser uma mulher infeliz, que não consegue arrumar

um marido. Para outros, ser feminista está associado ao ódio aos homens. E isso tem a ver com o fato de que o conceito de feminismo em si ser muito controverso, o que dá origem a várias posturas, tipos, que, por serem pouco conhecidos ou difundidos, acabam por gerar controvérsias, o que diminui a intensidade da luta feminista e cria estereótipos e ideias de senso comum.

Todavia, os feminismos são entendidos não apenas como um movimento efetivo de luta social, como também uma ferramenta analítica da cultura. “O feminismo faz parte daquele grupo de ‘novos movimentos sociais’ que emergiram durante os anos sessenta (o grande marco da modernidade tardia)” (HALL, 2006, p. 44). É, portanto, “um campo de reflexões naturalmente multidisciplinar e não necessariamente centrado em um único sujeito equacionado à categoria mulheres” (TEIXEIRA; BISERRA, 2012, p. 12).

Uma das ideias mais importantes para o pensamento feminista é a distinção entre sexo e gênero. O primeiro refere-se a fato biológico ao passo que o segundo é um construto social. O feminismo, portanto, pensa as relações de gênero em geral e questiona o binarismo reducionista de homem / mulher. Nas linhas seguintes, destacam-se os principais tipos de feminismos e a sua importância para a construção histórica da luta feminista.

Pois bem. Proveniente da “primeira onda” dos movimentos feministas e ainda em voga, o feminismo liberal, que surgiu no século XVIII e se destacou nos Estados Unidos da América, tem como objetivo assegurar a igualdade entre homens e mulheres por meio de reformas políticas e legais. Ele prega que as mulheres podem vencer a desigualdade das leis e dos costumes gradativamente, combatendo situações injustas pela via institucional e individualmente.

Para essa corrente, que acredita ser o capitalismo o sistema que possibilita melhor igualdade entre mulheres e homens, a raiz da opressão feminina é dada pela cultura tradicional, que implica atraso e não favorece a emancipação feminina. Elas acreditam que com a mudança das leis, das políticas sociais, das atitudes, e a inclusão de programas educativos, de programas sociais, é possível alcançar a mudança social e a emancipação da mulher.

O feminismo marxista (denominado socialista), que surgiu no século XIX e se destacou na Inglaterra, teve forte ascensão na América Latina. Ele toma como base alguns aportes do feminismo radical e reivindica o enfretamento ao sistema capitalista. Relaciona a exploração de classe com a opressão contra a mulher, a qual é explorada pelo capitalismo

e oprimida pelo patriarcado, ou seja, a ideia de que as mulheres garantem força de trabalho servindo os homens e renovam as suas forças na reprodução e no exercício da maternidade. Tong (apud IKAWA; PIOVESAN, 2009, p. 151) destaca:

O feminismo socialista aponta ainda para os problemas da fragmentação do grupo oprimido. Essa fragmentação se origina seja da divisão do trabalho que restringe muitas vezes a mulher a distintas esferas domésticas, seja pela alienação, pela busca de valor em situações ilusórias, como na competição de beleza pela atenção masculina ou na maternidade que reifica e toma posse dos filhos e pelos filhos. Essa fragmentação pode ser atacada pela construção de uma consciência de classe, pela percepção de similitudes na opressão e no potencial para uma luta comum.



Imagem 4: Rosie e o rebitador⁵⁴

Contudo, conforme destaca Miguel (2014, p. 23) Marx e Engels deixaram um legado ambíguo para as bases de construção dessa corrente do pensamento feminista:

Por um lado, fizeram a defesa ardorosa da igualdade entre homens e mulheres, que, com eles, tornou-se parte inextricável do projeto socialista. Por outro, tenderam a ler a dominação masculina como um subproduto da dominação burguesa, anulando as especificidades das questões de gênero que o feminismo sempre buscou destacar.

O feminismo radical, por sua vez, centra os seus esforços nas micropolíticas do poder, nas relações de sexualidade e em todos os tipos de relações com os homens. As

⁵⁴ Pôster que circulou durante o ano de 1943 representando as mulheres americanas que trabalharam nas fábricas durante a II Guerra Mundial. Nos anos seguintes, foi utilizado em campanhas feministas com cenas da vida real. (Reprodução / Original da Biblioteca do Congresso Americano).

feministas radicais inauguram o termo “patriarcado”⁵⁵. A ideia principal delas é não “dormir com o inimigo”, o que resgata o foco da opressão, que reside nas relações com os homens, principalmente, no nível das relações íntimas e sexuais. Focam-se em ações coletivistas de grupos de mulheres, e muitas delas vieram a estar associadas a grupos lésbicos “separatistas” por razões de ordem política.

Sobre a noção de patriarcado, é entendido como uma das formas históricas de dominação masculina, uma espécie de biopoder (poder centrado na vida)⁵⁶, anterior ao próprio capitalismo. De acordo com Castro (2009, p. 58), o biopoder foi um elemento indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, servindo para assegurar a inserção controlada dos corpos (docilização)⁵⁷ no aparato produtivo e para ajustar os fenômenos da população aos processos.

Um paralelo entre os movimentos feministas liberal e radical mostra que, se para as liberais o problema da igualdade é ocasionado pela sub-representação, baixa participação ou mesmo exclusão das mulheres nos cenários políticos internacional e nacional⁵⁸, para as radicais, o problema se deve não por razões de busca de igualdade de direitos, mas porque analisam o problema sob um ponto de vista que não é a política em si e por si, pois a raiz da opressão feminina reside nas instituições patriarcais, as quais exercem controle sobre as mulheres e sua reprodução.

Em uma análise mais detida, o pensamento das radicais (diferencialistas acusadas de essencialistas) expressa certo repúdio pelas características masculinas (agressividade, competitividade, ambição), as quais os tornam menos capazes de se expressarem emocionalmente. Em outras palavras, para elas, o mundo seria “melhor” se as mulheres dominassem, pois possuem características biológicas (docilidade, pacificação, justiça,

⁵⁵ “O patriarcado constitui-se a partir da concentração de recursos e propriedade nas mãos dos homens, definindo um sistema de heranças ligado a uma genealogia por via varonil. As mulheres, sendo-lhes atribuído um papel essencialmente circunscrito à casa, foram marginalizadas em relação às instituições de poder político, da transmissão do conhecimento e de formação profissional” (MACEDO; AMARAL, 2005, p. 145).

⁵⁶ “Trata-se, definitivamente, da estatização da vida biologicamente considerada, isto é, do homem como ser vivente. A formação do biopoder, segundo Foucault, poderia ser abordada a partir das teorias do direito, da teoria política (os juristas dos séculos XVII e XVIII colocaram a questão do direito de vida e morte, a relação entre a preservação da vida, o contrato que dá origem à sociedade e a soberania) ou ao nível dos mecanismos, das técnicas ou das tecnologias do poder” (CASTRO, 2009, p. 57).

⁵⁷ A docilização do corpo opera por meio de técnicas e métodos de controle que implicam uma coerção ininterrupta sobre os processos da atividade que esquadrinham ao máximo o tempo, o espaço, os movimentos, resultando numa sujeição constante das forças do corpo e impondo-lhe uma relação de docilidade-utilidade, às quais Foucault denomina “disciplinas” (FOUCAULT, 2008, p. 118).

⁵⁸ O Brasil está na lanterna da representação feminina no parlamento. Em uma lista com 188 países, ocupa a posição de número 156. Sobre esse ponto, trata-se mais adiante em tópico deste capítulo.

cooperação) que as favorecem, bem como o fato de construírem mais facilmente os laços sociais.

Para muitos, pensar assim talvez tenha sido o motivo pelo qual se atribui às mulheres o “fracasso” na conquista de direitos, uma pauta reivindicatória que toma como pano de fundo o caráter biológico da diferença entre homens e mulheres, na “obsessão” ou busca desenfreada da igualdade entre os sexos. As “diferencialistas” consideravam que o sexo (genital) que portavam era o que fazia a diferença em relação aos homens e o que lhes dava a identidade para a luta contra a subordinação. “Diziam que o fato de portarem um mesmo corpo que tem menstruação, que engravida, amamenta e é considerado menos forte, fazia com que fossem alvos das mesmas violência e submissão” (PEDRO, 2005, p. 81).

Obviamente, que o feminismo radical foi perdendo espaço para o feminismo moderado, e isso se deve ao fato de que teoricamente os estereótipos de gênero ou o domínio sexista deixaram de ser os pontos centrais de discussão. No meio do caminho, surge o movimento feminista existencialista (composto pelas “igualitaristas”), para o qual a “opressão de gênero é um resultado específico dessa luta, na qual a mulher acabou sendo constantemente o outro, reificado, escravizado, sem poder” (IKAWA, PIOVESAN, 2009, p. 151).

O existencialismo pauta-se na possibilidade de construção e reconstrução da identidade pela escolha (que está sempre presente) no que concerne aos papéis sociais impostos. Por essa razão, as igualitaristas reivindicavam que as mulheres participassem em igualdade de condições com os homens na esfera pública.

Simone de Beauvoir (1970) mencionou a célebre frase: “Não se nasce mulher, torna-se mulher”. Com essa frase emblemática, a autora destaca que o papel e o lugar que as mulheres devem assumir na sociedade são impostos por um sistema complexo de constrangimentos educativos, legislativos, sociais, econômicos, e não por necessidade de nascimento. Como ícone do feminismo existencialista, Beauvoir destaca as estratégias para se alcançar a transcendência: o trabalho da mulher fora de casa (para adquirir independência financeira); a formação intelectual; a luta pelo fim das relações ser-outro ou ser objeto.

O movimento feminista pós-modernista (ou interseccional), por sua vez, mantém-se em uma posição mais equilibrada em relação aos anteriores. Para as mulheres que o compõem, qualquer tipo de contextualização ou conceituação do problema que esteja por

trás de tudo é carregada de ideologias, as quais precisam ser desconstruídas para que uma nova construção possa ser feita à luz da observação das questões de gênero. É uma corrente que procura conciliar as demandas de gênero com as de outras minorias, considerando vários fatores (classe social, raça, orientação sexual, deficiência física, entre outros). São exemplos desse tipo de feminismo: o transfeminismo⁵⁹, o lesbianismo⁶⁰, o ecofeminismo⁶¹, o ciberfeminismo⁶² e o feminismo negro.

Sobre o feminismo negro, destaca-se a sua reação aos alicerces epistemológicos da teorização feminista, visto que as análises, as reivindicações sempre estiveram pautadas nas experiências e demandas das mulheres brancas. Assim, as autoras do feminismo negro ou de classe trabalhadora denunciam o racismo subjacente dentro do próprio movimento feminista. Racismo e sexismo são dois lados de um mesmo instrumento de exploração. São elas que introduzem o conceito de interseccionalidade, visto como o entrosamento entre vários eixos de poder (social, econômico, político).

Sobre o feminismo negro, assim dispõem Miguel e Biroli (2014, p. 9):

O feminismo negro permitiu avançar na compreensão dos mecanismos de reprodução das desigualdades justamente ao exigir que a igualdade de oportunidades entre mulheres e homens não correspondesse a um silêncio sobre as mulheres que compartilham, com os homens que estão na base da pirâmide social, as desvantagens decorrentes de sua posição de raça e de classe.

⁵⁹ “Linha de pensamento e movimento de cunho feminista que reconhece o direito à autodeterminação das identidades de gênero das pessoas transgênero e cisgênero, o poder exclusivo dos indivíduos sobre os seus próprios corpos e a interseção entre as variadas identificações dos sujeitos. Por meio do pensamento transfeminista se entende que o gênero é uma categoria distinta da de sexo, e mais importante do que esta para se compreender os corpos e as relações sociais entre homens e mulheres. A prática do transfeminismo com relação às mulheres, em particular, corresponde à constatação de que a liberação das mulheres trans está intrinsecamente ligada à liberação de todas as mulheres” (JESUS, 2012, p. 31).

⁶⁰ Cogita-se se o lesbianismo seria de fato uma corrente feminista, como asseguram as feministas filiadas à corrente, pelas dificuldades encontradas por elas para se afirmarem dentro do movimento feminista. Uma das mais importantes teóricas da corrente (Wittig) afirmava que as lésbicas não são mulheres, o que causou uma ruptura epistemológica com as teóricas e ativistas feministas da década de 70. O objetivo por trás era a construção de uma autonomia do movimento lésbico, cuja vontade política era sedimentar a sua existência e construir uma identidade própria.

⁶¹ Na 1ª Conferência Ecofeminista “Mulheres e vida na terra”, realizada em março de 1980, foi afirmado que a devastação da Terra e dos seres vivos pelas grandes empresas e pelas ameaças nucleares das potências militares era um problema feminista. Tais ameaças estariam vinculadas à mentalidade masculina, que também negava às mulheres o seu direito ao corpo e à sexualidade. Estabeleceu-se, portanto, uma relação entre a violência patriarcal contra as mulheres e a natureza.

⁶² O ciberfeminismo pode ser definido como uma corrente feminista que se utiliza das novas tecnologias como modo de libertação das mulheres, despojando-se do corpo físico. Está relacionada com poder e afirmação (*empowerment*), o que, conseqüentemente redefine a identidade, bem como expõe as identidades múltiplas e diversas vozes por trás. Há autores que sustentam a existência de um “terceiro sexo virtual” (o *cyborg*), representando a união entre o indivíduo (assexuado e funcional) e a tecnologia.

De qualquer modo, independente do ecletismo subjacente aos movimentos feministas em questão – e aqui não se tratou de todos os tipos e subtipos, até mesmo porque o pensamento feminista tornou-se atualmente um conjunto de teorias e reflexões sobre o mundo social –, uma coisa é certa: o papel da luta feminista na construção da igualdade de gênero sempre foi (e ainda é) presença marcante, onde quer que os movimentos evoluam.

Tudo isso inevitavelmente forçou a constituição de uma nova ordem de discurso jurídico-institucional, que quer ver a diferença (do outro e no outro) como o reflexo para a compreensão do próprio sistema no que concerne à formulação, aplicação e interpretação do direito, por exemplo, que é uma leitura necessária em termos paradigmáticos.

Na experiência constitucional brasileira, constata-se o quanto os movimentos feministas foram cruciais para a incorporação da maioria das reivindicações feitas pelos movimentos de mulheres sob a égide da Constituição de 1988. Com relação aos principais direitos conquistados pelas mulheres, assim dispõem Ikawa e Piovesan (2009, p. 165):

O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos ganhos constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, buscam assegurar, além da igualdade formal (proposta pelo movimento feminista liberal), também uma igualdade material de redistribuição (buscada pelo movimento feminista socialista) e de reconhecimento (buscada pelo movimento feminista existencialista, no que se refere à quebra de papéis sociais nas esferas pública e privada): a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (artigo 5º, I) e especificamente no âmbito da família (artigo 226, parágrafo 5º); b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º, regulamentado pelas Leis 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (artigo 7º, XXX, regulamentado pela Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); d) a proteção especial da mulher do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, regulamentado pela Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (artigo 226, parágrafo 7º, regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, parágrafo 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei 10.778, de 24 de novembro de 2003. Finalmente, em 07 de agosto de 2006, foi adotada a Lei 11.340 (...) que cria mecanismos para coibir a violência

doméstica e familiar contra a mulher estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

2.2 OS PADRÕES INSTITUCIONAL, SOCIAL E CULTURAL E OS REFLEXOS SOBRE A CRISE IDENTITÁRIA DA MULHER

Se de um lado o reconhecimento da luta feminista formula uma nova ordem de discurso, por outro lado, a crise identitária da mulher é um dos motivos pelos quais os movimentos feministas perderam força nos últimos tempos. E isso é decorrente em parte da pluralidade de identidades dentro dos próprios movimentos: “movimento das mulheres negras pobres”; “movimento das mulheres ricas brancas”; “Marcha das Vadias”⁶³; “Marcha das Margaridas”⁶⁴, entre tantos outros.

A questão, portanto, não é mais pensar nas correntes A, B ou C, mas em quantas correntes compõem o universo das correntes A, B ou C. Acresce-se que, dentro de tantas vozes de grupos feministas distintos, uma se sobressai – e isso pensando local e regionalmente. Quando se foca mundialmente, é como se somente uma voz feminista de primeiro mundo pudesse falar, em termos do que se constitui direito das mulheres, por todas aquelas que nem sequer possuem qualquer tipo de direito.

Sobre esse aspecto o feminismo deve questionar a si próprio. Afinal, pode ele falar em nome de uma “mulher” universal, sem levar em conta que as mulheres estão situadas socialmente também em função de suas características de raça, de classe, de sexualidade –, e que a emancipação da mulher, entendida sob a perspectiva de profissionais brancas, de classe média, heterossexuais, não é necessariamente a emancipação da mulher negra, da mulher trabalhadora ou da mulher lésbica?

Não responder a essas questões leva à intensificação da crise identitária, que se agrava e que toma proporções inimagináveis, quando se pensa na condição da mulher no

⁶³ A Marcha das Vadias teve início em maio de 2011 no Canadá e encontra-se hoje em processo de articulação em várias regiões do mundo, constituindo um movimento social que defende os direitos civis e se posiciona contra as violências de gênero. Como bandeiras gerais, tem-se a denúncia das violências sofridas por mulheres, as reivindicações dos direitos de se vestirem como desejarem e de serem livres sexualmente. A Marcha também tem se caracterizado por suas lutas a favor da descriminalização do aborto e contra a homofobia, mas principalmente procura discutir a culpabilidade atribuída às vítimas da violência sexual.

⁶⁴ Marcha das Margaridas é um movimento com o intuito de combater a fome, a pobreza, a violência sexista e construir um novo Brasil com igualdade de gênero. Teve sua origem inspirada na marcha de 850 mulheres em Quebec, no Canadá, que marcharam 200 quilômetros contra pobreza, em junho de 1995. No ano de 2000, foi realizada a primeira marcha mundial (MMM - Marcha Mundial das Mulheres), que teve início no dia 8 de março e durou até dia 17 de outubro do mesmo ano. Tinha como slogan a frase: “2000 razões para marchar contra a pobreza e a violência sexista”.

cenário internacional. As estatísticas mostram que pouquíssimas mulheres no mundo participam do cenário decisório da política internacional. Os movimentos feministas, inclusive, atribuem a isso os conflitos hoje enfrentados pelas mulheres. O debate nos organismos internacionais sobre as questões de gênero não cessam, mas causam pouco ruído, ou seja, são vozes que não ecoam.

A fragmentariedade dos discursos é, em parte, responsável pela intensificação da crise identitária. São muitas vozes em jogo no processo comunicativo, que se revelam ao longo dos discursos, mas desintegradas dos demais sistemas. E isso se deve ao fato de que o feminismo é plural, marcado por conflitos de atribuição e debates internos. Apesar da vontade pela homogeneização da agenda feminista, os movimentos vinculam-se a contextos políticos nacionais.

De acordo com Ergas (1991, p. 606), o aparente apagamento do feminismo como movimento social organizado não implicou nem o fim das feministas na cena política nem o desaparecimento do feminismo como conjunto cada vez mais desenvolvido – embora controverso – de práticas discursivas. Houve, pois, um tanto de transformação como um tanto de desaparecimento, influenciados por política de grupos de interesses, mobilização por novos objetivos (paz e ecologia, no lugar de aborto e violência sexual), novos protagonistas, entre outros.

Socialmente, ao se destacar os homens pelos seus feitos, as mulheres são “apagadas”, o que implica o apagamento da própria luta feminista por direitos. Na maioria das vezes, se não em todas, prevalece um argumento de autoridade predominantemente masculino. No campo político (decisório), os homens têm mais voz e espaço que as mulheres. O padrão é o masculino no modo de falar, portar-se, vestir-se, entre outros. E essa condição, muitas vezes, obriga mulheres, dependendo da profissão ou do cargo que ocupam, a masculinizarem-se.

As mulheres não têm o poder de decisão, o que demonstra o quanto os corpos femininos ainda sofrem o processo de domesticação, visto que ainda não são vistas como seres humanos, muito menos como sujeitos de direito. Não podem decidir as roupas que querem usar, quando procriar, o que fazer com seus corpos, com as suas vidas. Nesse sentido, como não podem “modificar” seus corpos, acabam por incorporar o discurso por trás das práticas masculinas, ignorando as suas identidades. Esse poder sobre a vida das mulheres é o que Foucault denomina de “biopoder”, conforme descrito em linhas anteriores.

Parte disso se deve à noção de que os corpos ganham sentido socialmente, visto que são marcas da própria cultura: “a objetificação da mulher, a negação de seu potencial de transcendência e sua fixação perene no mundo da natureza (a ser contida pela cultura), bem como o fato de que ela é permanentemente levada a se ver pelos olhos dos homens” (MIGUEL, 2014, p. 27). E, ao incorporarem o discurso masculino, as mulheres se veem obrigadas a se “masculinizarem” para não perderem tanto espaço. E, inevitavelmente, têm de repetir os clássicos argumentos restritivos das liberdades femininas. As mulheres, consciente ou inconscientemente, acabam legitimando o modelo para não serem excluídas.

A ocupação do espaço reservado por direito ao feminino pelo masculino deve-se em parte ao fato de que as mulheres, por serem consideradas inferiores, têm o seu passado de luta apagado ou desconsiderado, o que contribui para a segregação da mulher dentro do próprio sistema. Isso é perfeitamente visível nos sistemas legais estudados ao longo da própria história, os quais mostram as mulheres sempre em condições inferiores aos homens em matéria de direitos. Assim, a desigualdade entre homens e mulheres ignora o passado de conquistas femininas e resulta em um modelo de segregação e de desrespeito à diversidade de gêneros, o qual é socialmente reproduzido.

Esse modelo de reprodução social tem, pelo menos, dois vieses: ou significa a perda da identidade da mulher (que talvez seja a resposta mais imediata); ou, ao contrário, a possibilidade de construção da identidade da mulher a partir desse modelo. Uma resposta concreta requer que se pense à luz das duas perspectivas, visto que o modelo de reprodução social é historicamente repetitivo e homogêneo.

De uns tempos para cá, os movimentos feministas foram perdendo força, o que em parte influenciou a “escravização” das mulheres dentro dos próprios movimentos (uma das motivações da crise identitária), mais do que a minimização dos efeitos históricos do *apartheid* entre homens e mulheres, ao menos em relação ao alcance do sistema jurídico na construção da igualdade.

E isso é sentido com maior peso na história recente. As mulheres percebem que o avanço coletivo conquistado nas últimas décadas foi barrado. Atualmente o cenário é de “desânimo”, de divisão, daí a intensificação da crise identitária. A experiência da luta feminista mostra que houve pouco reconhecimento, o que contribuiu para o apagamento dos movimentos. Esse sentimento é compartilhado por muitas mulheres (mais velhas). O que se tem em relação a um possível retorno, ou reaquecimento, vincula-se a movimentos

encabeçados por mulheres (mais jovens) que ainda demonstram interesse pelas bandeiras de luta feminista.

Nas linhas seguintes, tem-se uma reflexão sobre o papel das instituições sociais no aprofundamento da crise identitária da mulher. Para tanto, são colocados em discussão o papel da escola (pedagogias da sexualidade), do Estado (esvaziamento do sentido da legislação) e da igreja (a manipulação religiosa). Esses três eixos foram escolhidos apenas como ilustrativos – existem muitos outros –, em termos dos elementos ideológicos subjacentes, os quais são responsáveis direta ou indiretamente pelo modelo de reprodução social.

2.2.1 A pedagogia escravizante

A sociedade atribui muitas responsabilidades às mulheres, por isso elas têm de conviver todo o tempo com o sentimento de “culpa”. Assim, ao incorporarem tal discurso, acabam concordando com essa condição, pois assim foram criadas e instruídas. Da mesma forma, os homens, que são criados para repetir esse modelo, fomentam essa “culpabilidade”. Tudo isso tem uma raiz cultural muito forte, pois ainda é muito comum ouvir metáforas⁶⁵ do tipo “homem não chora”, “homem tem de dar no couro”, “mulher não pode gritar”, “mulher não pode sentar de perna aberta”. São identidades pedagogicamente marcadas.

Sob a perspectiva de uma pedagogia escravizante, a escola, por exemplo, é uma instituição em que essas projeções identitárias são bem demarcadas. Com isso, tem poder na formação dessas identidades. A escola ainda confirma os homens como únicos legítimos herdeiros e futuros detentores da criatividade cultural, ao passo que às mulheres cabe a reprodução desse sistema cultural. É como se diz: aos homens pertence o mundo do trabalho; às mulheres, o mundo da vida.

Como observa Louro (2003, p. 58), a escola estabelece limites para os indivíduos:

⁶⁵ A metáfora é um fenômeno vivo que serve de sustentáculo à interpretação: “A metáfora está viva não apenas na medida em que vivifica uma linguagem constituída. A metáfora vive em virtude do facto de introduzir a centelha da imaginação num ‘pensar mais’ a nível conceptual. Esta luta no sentido de ‘pensar mais’, guiada pelo ‘princípio vivificador’, é a ‘alma’ da interpretação” (RICOEUR, 1986, p. 60). Ao tratar da metáfora, do ponto de vista ideológico, Thompson (1995, p. 85) destaca-a como uma estratégia de construção simbólica no modo de operação ideológica da dissimulação. Para ele, a metáfora pode dissimular relações sociais por meio de sua representação, ou da representação de indivíduos e de grupos implicados, como possuidora de características às custas de outras e impondo sobre elas um sentido positivo ou negativo.

A escola delimita espaços. Servindo-se de símbolos e códigos, ela afirma o que cada um pode (ou não pode) fazer, ela separa e institui. Informa o “lugar” dos pequenos e dos grandes, dos meninos e das meninas. Através de seus quadros, crucifixos, santas ou esculturas, aponta aqueles/as que deverão ser modelos e permite, também, que os sujeitos se reconheçam (ou não) nesses modelos.

Como bem destaca Louro (2001), na escola, pela afirmação ou pelo silenciamento, nos espaços reconhecidos e públicos ou nos cantos escondidos e privados, é exercida uma pedagogia da sexualidade, legitimando determinadas identidades e práticas sexuais, reprimindo e marginalizando outras. Muitas outras instâncias sociais, como a mídia, a igreja, e, por que não a justiça, praticam tal pedagogia, seja coincidindo na legitimação e denegação de sujeitos, seja produzindo discursos distantes e contraditórios.

De certa forma, a reprodução desse modelo tem uma gênese, nos termos de Diniz (2014, p. 12): “as pedagogias do gênero garantem a reprodução do poder patriarcal. As instituições o oficializam como regra de governo. As leis são o registro de sua legalidade e de sua potência para o uso da força perante as insubordinadas”.

Por força desse exercício de subjugação do corpo, exige-se repensar de forma mais contundente o processo de aquisição de direitos pelas mulheres e a influência dos estudos feministas na mudança da cultura jurídica⁶⁶. Não restam dúvidas de que o feminismo propiciou, por exemplo, a construção de leis, como no caso das que combatem a discriminação no trabalho com base no sexo⁶⁷, mas que ainda estão aquém de imprimirem novo formato aos estudos acadêmicos sobre o direito da mulher. É o que dispõe Teles (2006, p. 30):

Os Direitos das Mulheres devem se constituir na disciplina jurídica, acompanhando a evolução do Direito, adotando conceitos centrados na pessoa humana, incluindo problemas do cotidiano, fortalecendo direitos historicamente construídos e buscando o acesso à justiça, de maneira ágil, digna e compatível com a dinâmica da sociedade.

⁶⁶ No Brasil, é perceptível o quanto os currículos jurídicos, por exemplo, não discutem academicamente o direito da mulher. É um currículo masculinizado, se é que se pode atribuir tal qualidade. Disciplinas como Direito das Mulheres ou Direitos Femininos ou outras que o valham, não são ofertadas a título de iniciarem um processo de discussão acadêmica para a formação da consciência do problema da igualdade, principalmente para as mulheres, que conhecem a construção histórica de sua identidade apartada das relações de gênero. Ademais, no currículo dessas disciplinas, deveriam estar presentes, a título de conteúdo, o histórico de aquisição dos direitos femininos, bem como uma reflexão sobre as questões jurídicas envolvendo relações de gênero que se apresentam na atualidade como temas a serem discutidos. Essas mudanças visariam alcançar os novos arranjos sociais, entre eles os decorrentes dos novos direitos conquistados pelas mulheres nos últimos tempos.

⁶⁷ A título de ilustração, criou-se jurisprudência na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos institucionalizando a discriminação com base na aparência da mulher (WOLF, 1992, p. 13).

Quando se toca na questão da educação, é assustador como a teoria se distancia da prática. A educação jurídica, por exemplo, poderia ser um eixo de reflexão acadêmica acerca do tipo de formato que o direito das mulheres almeja contra o risco das majorias contra as minorias. Nesse sentido, o texto constitucional serve muito mais como uma garantia que como obstáculo para o atingimento desse objetivo. Essa iniciativa, de contemplar nos currículos jurídicos conteúdos mais voltados para o direito das mulheres (como relações de gênero e violência de gênero), já vem sendo aplicada em alguns países como Noruega e Estados Unidos.

Um olhar sob a perspectiva da educação, em todos os níveis e contextos sociais, mostra o quanto ela é importante, podendo, inclusive, ser um caminho alternativo para discutir o problema da igualdade entre homens e mulheres. Todos deveriam ser pedagogicamente educados para as questões relacionadas ao direito da mulher, incluindo as próprias mulheres, e essa educação deve-se dar nos mais diversos contextos de vivência: escola, família, comunidade, ambiente de trabalho, ruas.

Na escola, como já enfatizado, a contribuição poderia vir, por exemplo, de uma educação que promovesse papéis que valorizem a igualdade de gênero, a liberdade e uma vida livre da visão do patriarcado⁶⁸. E essa é uma questão emergente, pois cada vez mais as mulheres têm buscado participar da vida pública, da vida produtiva e, conseqüentemente, alcançado certo espaço.

2.2.2 O esvaziamento da legislação

No cenário recente do direito penal no Brasil, a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que visa combater a violência doméstica contra a mulher é um caso que reflete o esvaziamento do sentido da lei, pois, apesar de certa eficácia⁶⁹ – dada

⁶⁸ “No Brasil, a preocupação da educação voltada para a construção de uma sociedade democrática levou o Ministério da Educação a elaborar, na década de 90, os Parâmetros Curriculares Nacionais (1997), que apresentam os temas transversais como parte de uma nova proposta educativa para o país. Os temas transversais são um grupo de conteúdos (Ética, Pluralidade Cultural, Meio Ambiente, Saúde, Orientação Sexual) a serem trabalhados em conjunto com os conteúdos clássicos (Matemática, Física, Biologia, Língua Portuguesa etc.), de modo a inserir a discussão e a experiência com temas e valores necessários para a construção de uma sociedade democrática” (SOUZA, 2004, p. 81).

⁶⁹ De acordo com dados da ONU Mulheres, em oito anos, a Lei Maria da Penha diminuiu em 10% os homicídios de mulheres. Entre 84 países, o Brasil é o sétimo no ranking de assassinatos de mulheres. Além disso, segundo o Ministério da Saúde, são de 40 a 50 mil atendimentos anuais devido à violência doméstica. Estima-se que ocorra hoje em torno de 50 mil estupros por ano no país e que somente um terço dos casos sejam registrados. (Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/violencia-contr-a-mulher-leva-tempo-para-enfrentar-2849.html>>. Acesso em: 2 jan. 2016).

pelo próprio contexto histórico de construção da lei (questionável do ponto de vista da constitucionalidade) –, ainda é altíssimo o índice de violência contra a mulher. Devido à questão histórico-cultural, a sociedade nunca esteve – e isso ainda irá se perpetuar por algum tempo –, preparada para recepcioná-la, pois ainda não irrompeu a consciência sobre o problema da violência contra a mulher, o que remonta à questão da igualdade.

Por essa razão, há que se exercer um olhar diferenciado sobre a legislação quando se trata do direito da mulher. Nem sempre quando se mudam conceitos, mudam-se discursos. São poucas as iniciativas de inserção no ordenamento jurídico de conceitos agregadores para a construção, por meio das leis, de um novo direito da mulher, principalmente, levando-se em conta as relações de gênero, pois nele (no gênero) se concentram conceitos (como o de identidade), que não podem ser desconsiderados de uma hora para outra.

A título de ilustração, recentemente, houve mudança conceitual em relação ao crime de homicídio cometido em razão do gênero da vítima, quando envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo de discriminação pela condição de mulher, em que o crime de homicídio passou a denominar-se “femicídio”⁷⁰. Muito dessa alteração deve-se ao fato de que o que não tem nome não existe, ou seja, o significante demanda um significado e vice-versa.

Com todas as especificidades que o assunto requer, a tipificação da prática delituosa como femicídio pretende ser um exemplo de como a mudança na prática discursiva pode interferir na prática social, principalmente, quando se discute a igualdade que, quando posta em prática, traduz as diferenças individuais em face da coletividade. “As mulheres mortas pelo gênero não retornarão pela instauração de uma nova ordem punitiva, o *femicídio*, mas acredita-se que a nomenclatura de seu desaparecimento é uma operação de resistência: o nome facilitaria a esfera de aparição da mulher como vítima” (DINIZ, 2014, p. 15).

Quando se depara com esse tipo de redimensionamento dado a uma conduta delituosa, por exemplo, pensa-se em qual seria a utilidade dessa discussão para o direito.

⁷⁰ A lei que trata do femicídio, Lei n. 13.104/2015, inclui esse tipo de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). No caso de cometimento da prática delituosa, a pena poderá ser aumentada em um terço se o crime ocorrer durante a gestação, contra menor de 14 anos de idade, maior de 60 anos de idade ou pessoa com deficiência e na presença de descendente ou ascendente da vítima. A sanção da lei é uma grande conquista para as mulheres, tendo em vista que, estatisticamente, de cada dez mulheres, sete morrem por mãos do marido, namorado ou amante. Os crimes são motivados pelos seguintes tipos: posse-paixão ou abandono-paixão. O Brasil é 7º país do mundo em morte de mulheres. No Brasil, uma mulher é assassinada a cada 2 horas e, a cada 15 segundos, uma mulher sofre qualquer tipo de violência.

Se o olhar for pela perspectiva do dogmatismo jurídico, vislumbram-se poucas mudanças. Mas, se a postura prezar por uma visão pragmática, percebe-se que o ordenamento jurídico não se atenta para a questão da invisibilidade de gênero. Por isso, dar nome às coisas é fazer com elas “existam”. Assim, ao se usar o termo “feminicídio”, dá-se, mesmo que forçosamente, visibilidade ao “crime de homicídio cometido contra a mulher em razão do gênero”.

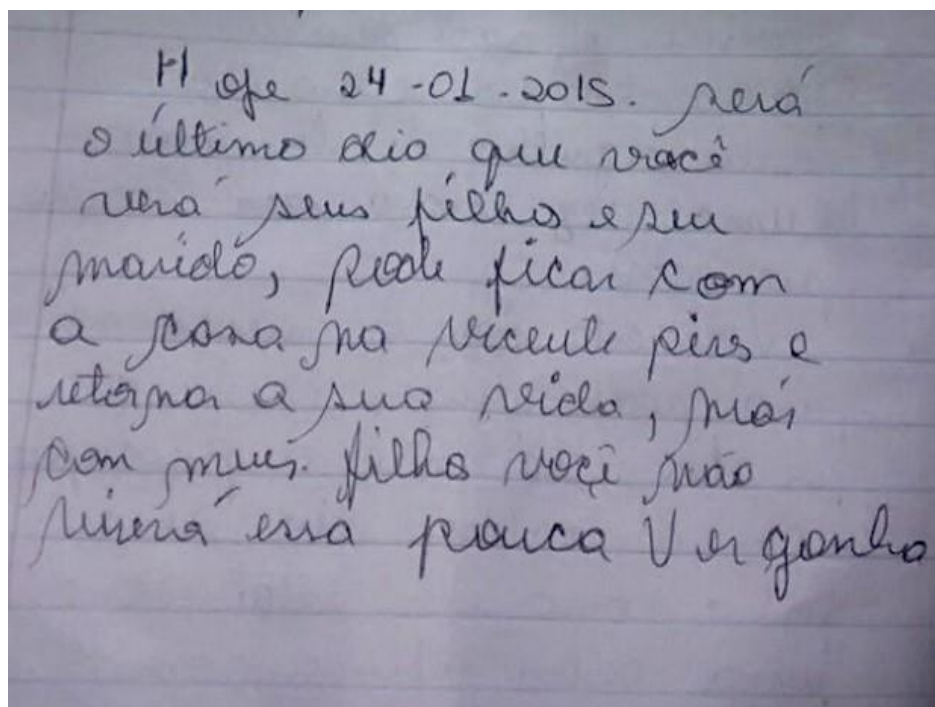
A questão do feminicídio é um exemplo de como ampliar o olhar sobre questões jurídicas mínimas. A sua criação, não resta dúvida, provém do fato de que a mulher sempre foi e ainda é vítima. A história bem provou que, nos mais diversos contextos socioculturais, mulheres são assassinadas pelo simples fato de serem mulheres. E o fenômeno é contínuo e multiforme expressando-se na forma de estupros, torturas, mutilações genitais e de membros, infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual (dentro e fora da família). Pode-se afirmar que o feminicídio constitui o extremo da violência machista, cuja raiz se encontra nas relações desiguais de poder entre os gêneros, estando as mulheres na posição de vítimas, e os homens, sempre na posição de algozes, de autores de algum tipo de violência (física ou psicológica) contra as mulheres.

Esse fato, aliás, tem provocado intenso debate entre os estudiosos das questões de gênero (sociólogos, psicólogos, juristas, entre outros), tendo de um lado os que justificam a necessidade de criminalização da conduta, porém, outros que entendem estar já contemplada nos tipos penais existentes na legislação brasileira (homicídio qualificado, sequestro, vilipêndio de cadáver, entre outros delitos).

Mas o que está em jogo não é bem isso. Independentemente da posição que se assuma, a de criminalização ou não da prática do feminicídio, não se retira o consenso em torno da discussão sobre a gravidade do problema social e a pujante necessidade de torná-lo evidente, para que, a partir de então, seja dada a devida dimensão a esse histórico problema social. É um processo de construção de consciência coletiva, tarefa altamente complexa, o que requer sensibilidade e mobilização social, mas que não se confunde com a política, que se constitui no “processo pelo qual jogos de poder e saber constituem a identidade e a experiência” (SCOTT, 1994, p. 18).

É bom que se destaque que, por longo período da história, as mulheres foram (e ainda são) educadas a partir de valores de submissão e invisibilidade. Em uma perspectiva relacional, no espaço privado, os papéis a elas atribuídos eram os de criadoras e de

cuidadoras, ao passo que, no espaço público, sobre elas se lançavam olhos, vozes e gestos críticos de repressão por fugirem do “padrão” imposto socialmente. Ademais, as questões sobre o direito da mulher evoluem tão timidamente que, mesmo problemas estruturais como o da violência, só passou a ser pontualmente estudado a partir da década de 90 do século XX, por integrar assunto em discussão no rol dos direitos humanos e uma questão de saúde pública.



Hoje 24-01-2015. Será
o último dia que você
verá seus filhos e seu
marido, você ficará com
a casa na beira rio e
retorna a sua vida, mas
com meus filhos você não
tiverá uma pouca vergonha

Imagem 5 – Caso Cocalzinho – Trecho da Carta⁷¹

Um caso típico de feminicídio é o que se extrai do teor da carta acima, deixada por um pai que jogou o carro que dirigia contra um caminhão, cometendo suicídio e matando os quatro filhos, como uma forma de se vingar da mãe, da qual estava se separando. É um caso típico em que a culpa é exclusiva da vítima (pai), visto ter cometido violência contra a ex-esposa, o chamado “homicídio indireto” (violência psicológica), com o intuito de causar dor à mãe pela morte dos filhos. As situações similares a essa, a doutrina brasileira tem dado a designação de “homicídio com violência de gênero indireta”.

⁷¹ Trecho final da carta que o Marcos entregou à ex-mulher minutos antes do acidente. Retirado do sítio do G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/01/pai-arremessou-carro-com-4-filhos-em-carreta-diz-caminhoneiro-policia.html>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

2.2.3 A influência religiosa

Os mitos religiosos são constantemente revividos. É como rainha que a mulher é confinada ao lar, a fim de salvaguardar a sua feminilidade. Cria-se no imaginário coletivo a figura da mulher feminista como um monstro, um demônio (desde a bíblica Eva), que visa destruir a família e reduzir o homem à escravidão, em uma completa subversão das leis divinas. Esse tipo de pensamento por muito tempo representou (e ainda representa) um freio contra o progresso e o avanço da luta feminista.

Quando se analisa a perspectiva religiosa – que não pode ser desconsiderada jamais, até porque parte do legado cultural vem da influência das religiões –, mostra que as próprias estudiosas feministas alimentam um discurso uníssono em termos do que a religião ajudou a fomentar sob o ponto de vista dos discursos dominantes. Para Lieve Troch (2010, p. 138-139), em relação ao discurso pós-colonial, o pensamento feminista apresenta pontos em comum, quais sejam:

1. A maioria dos “textos sagrados” em todo o mundo é escrita por homens que pertencem à elite;
2. A maioria das interpretações desses textos e a construção do conteúdo da religião, ao longo dos tempos, foram feitas por homens;
3. Líderes religiosos que iniciaram a construção das principais religiões eram homens: Buda, Moisés, Jesus, Maomé;
4. A mediação religiosa, entre o profano e o sagrado, está nas mãos, geralmente, de homens: padres, pastores, monges, pandits, ímas;
5. Todas as religiões meta-cósmicas institucionalizaram a marginalização das mulheres;
6. O mal está, em quase todas as religiões, projetado sobre as mulheres;
7. As pessoas no centro das religiões e das instituições religiosas não protestam contra estas instituições;
8. O maior número de fiéis nas religiões é de mulheres.

Destaca-se que os movimentos feministas, principalmente compostos por mulheres, academicamente preparadas e conscientes, propiciaram a criação de uma nova imaginação religiosa, por forjarem um novo imaginário, que se apresenta como não hierárquica e para além de poderes opressivos e limitadores (TROCH, 2010, p. 139).

Desse modo, a religião patriarcal cedeu. Contudo, novos dogmas religiosos surgiram, “fazendo uso das técnicas de lavagem cerebral de seitas e cultos antigos, para

tratar a idade e o peso de forma a suplantarem no nível funcional os ritos tradicionais” (WOLF, 1992, p. 13). A mesma autora destaca o quanto a luta feminista foi suplantada pela escravização das mulheres dentro dos mitos de beleza, como uma forma de controle social, à medida em que as mulheres se libertavam dos padrões de domesticidade, principalmente, quando do surgimento da segunda onda do feminismo. Assim dispõe Wolf (1992, p. 13) ao tratar da ideologia da beleza:

Ela se fortaleceu para assumir a função de coerção social que os mitos da maternidade, domesticidade, castidade e passividade não conseguem mais realizar. Ela procura neste instante destruir psicologicamente e às ocultas tudo de positivo que o feminismo proporcionou às mulheres material e publicamente.

2.3 O GÊNERO COMO DIVISOR DE ÁGUAS

A divisão sexo / gênero é o pilar da política feminista e base de construção da teoria feminista. O termo “sexo” se refere basicamente às diferenças biológicas entre homens e mulheres. “Gênero”, por sua vez, refere-se às construções sociais sobre a diferença sexual e as formas de relação impostas entre os sexos, as quais constroem sujeitos masculinos e femininos. Portanto, “é a organização social da diferença sexual” (SCOTT, 1994, p. 13).

O gênero está associado ao estudo das coisas relativas às mulheres. De acordo com Scott (1989) é um novo tema, novo campo de pesquisas históricas, mas ele não tem a força de análise suficiente para interrogar (e mudar) os paradigmas históricos existentes. A autora historiciza o conceito de gênero e propõe seu uso como categoria analítica e instrumento metodológico para entender como, ao longo da história, se produziram e legitimaram as construções de saber / poder sobre a diferença sexual. Para ela, se o gênero é relacional, não se pode admitir, no contato das relações de gênero, um poder masculino absoluto. As mulheres também detêm parcelas de poder, embora nem sempre suficientes para sustar a dominação ou a violência que sofrem.

Portanto, é um produto do processo de socialização que reprime as características culturalmente consideradas femininas nos homens e as características consideradas femininas nas mulheres, transformando-os em duas categorias exclusivas, suprimindo as similaridades naturais e acentuando as diferenças (RUBIN, 1975). Como já mencionado, é um conceito plural que varia de sociedade para sociedade, bem como no interior delas, e entre sujeitos de raça, classe social, religião e outros aspectos que os diferenciam.

Scott (1995) relaciona o gênero ao saber e ao poder em uma perspectiva foucaultiana: “o saber a respeito das diferenças sexuais”. É um saber relativo e historicamente produzido, cujos “usos e significados nascem de uma disputa política e são os meios pelos quais as relações de poder – de dominação e de subordinação são construídas” (SCOTT, 1994, p. 12). É um modo de ordenar o mundo, e, como tal, não antecede a organização social, mas é inseparável dela.

Para a historiadora, a oposição igualdade / diferença é uma oposição binária convencional – como são as oposições natureza / cultura, passivo / ativo, forte / fraco e masculino / feminino, que sustentam a hierarquia de gênero. Deve-se combater a ideia de universalização (SCOTT, 1994, 1995), em que homens e mulheres não cumprem necessariamente a prescrição dada pela sociedade.

Pensar a questão do gênero requer um olhar menos reducionista sobre o problema da igualdade, visto que destitui toda e qualquer verdade única e absoluta acerca das relações entre homens e mulheres, tradicionalmente tratadas como a “guerra entre os sexos”. Para Diniz, “as teorias feministas recentes ampliaram nosso horizonte de preocupações – mostraram-nos outras formas de entender os problemas do gênero, e passamos a falar de sexualidades, substâncias, performances, identificações ou identidades” (DINIZ, 2014, p. 14).

As críticas pós-estruturalistas trazem ao conceito de gênero uma carga política na medida em que passa a tratar o problema em função da relação mulher versus homem. Essa contextualização possibilita ver mulheres diferentes em transformação, abrindo novamente o conceito generalizante para experiências específicas. Os pós-estruturalistas sublinham o papel central da linguagem na comunicação, interpretação e representação de gênero. Por meio da linguagem é construída a identidade de gênero (SCOTT, 1989). “Se os significados dos conceitos são instáveis, abertos a disputas e a redefinições, eles necessitam de repetição, reafirmação e implementação vigilante por parte daqueles que endossam uma outra definição” (SCOTT, 1994, p. 17).

O conceito, então, permitiu a “pluralização de identidades”, contrariamente ao feminismo da década de 60, que resumiu tudo a “masculino” e “feminino”, deixando de ser essência e passando à posição dos sujeitos, como destaca Scott (1992, p. 87):

A categoria de gênero, usada primeiro para analisar as diferenças entre os sexos, foi estendida à questão das diferenças dentro da diferença. A política de identidade dos anos 80 trouxe à tona alegações múltiplas que desafiaram o significado unitário da categoria das “mulheres”. Na verdade, o termo “mulheres” dificilmente poderia ser usado sem

modificação: mulheres de cor, mulheres judias, mulheres lésbicas, mulheres trabalhadoras pobres, mães solteiras, foram apenas algumas das categorias introduzidas. Todas desafiavam a hegemonia heterossexual da classe média branca do termo “mulheres”, argumentando que as diferenças fundamentais da experiência tornaram impossível reivindicar uma identidade isolada.

As teorias contemporâneas buscam o problema onde o conhecimento é produzido, problematizam conceitos de identidade e experiência, dando espaço para que novos movimentos aconteçam, ao mesmo tempo em que consideram que as bases da tradição acadêmica têm como protagonista o homem, o que contribui para a contaminação do sistema de produção devido à desigualdade. Segundo Scott (1992, p. 84), por mais que se contraponham às desigualdades de gênero, as teorias tradicionais reafirmam muitos dos seus preconceitos, justamente por não combater as suas premissas metodológicas:

Menos atenção foi dada às bases conceituais de “patriarcado”, às maneiras como a diferença sexual foi transformada em conhecimento cultural, do que aos efeitos dos sistemas da dominância masculina sobre as mulheres e a resistência das mulheres a eles. O antagonismo homem versus mulher foi um foco central da política e da história, e isso teve vários efeitos: tornou possível uma mobilização política importante e disseminada, ao mesmo tempo em que implicitamente afirmava a natureza essencial da oposição binária macho versus fêmea.

Butler (2015) questiona (e desconstrói) a categoria de gênero como sendo calcada no sexo biológico. A autora segue a linha de pensamento de Foucault acerca do caráter discursivo da sexualidade, propondo uma espécie de “teoria performática”, em que discute que a “performatividade” do gênero é um efeito discursivo, e o sexo é um efeito do gênero. Ao utilizar a teoria de poder em Foucault, ela mostra que o poder não atua simplesmente oprimindo ou dominando as subjetividades, mas opera de forma imediata na sua construção. Butler levanta algumas questões acerca do que é o sexo:

É ele natural, anatômico, cromossômico ou hormonal é como deve a crítica feminista avaliar os discursos científicos que alegam estabelecer tais “fatos” para nós? Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais? Se o caráter imutável do sexo é incontestável, talvez o próprio construto chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nula. (BUTLER, 2015, p. 27).

Por meio dessa abordagem, Butler (2015) questiona a própria categoria de gênero como “interpretação cultural do sexo”. Afirma que “gênero não está para a cultura como o sexo está para a natureza” (p. 27) e focaliza o sexo como resultado “discursivo / cultural”, questionando sobre ele (o sexo) ser “pré-discursivo” (anterior à cultura). Ela chega a afirmar que o gênero é ele mesmo uma norma.

O que Butler argumenta é que, ao contrário do que defendem as teorias feministas, o gênero seria um fenômeno inconstante e contextual, que não denotaria um ser substantivo, mas um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes. O que está em questão para a autora é ir além do conceito de gênero, pois este não deve ser visto como origem e ou verdade sexual (gênero feminino ou masculino), mas “como investidas políticas designadas como origem e causas de naturalizar categorias de identidades masculinas e femininas. Ou seja, como homens e mulheres devem se portar socialmente” (ARAÚJO, 2011, p. 35).

Independente da posição que se assuma, repensar a luta feminista em termos de gênero é exercer um esforço para além do olhar limitador da simples relação homem versus mulher (biologicamente pensando), mas ampliar o olhar para variáveis “ocultas” (ou aparentemente ocultas), que redimensionam e remodelam o papel do gênero, como bem enfatiza Diniz:

A soberania do gênero se esconde pela ilusão da natureza, ao mesmo tempo em que permanentemente se inaugura, mas o patriarcado se expressa na linguagem, na estética e na lei. Falamos, sentimos e sobrevivemos em uma ordem familista patriarcal, onde nossos corpos sexados como mulheres ocupam um lugar vital à reprodução. Se essa parece uma matriz de dominação de mulheres com longa duração, as configurações do regime político do gênero, da moral patriarcal e da governança pela família têm permanentes atualizações históricas e sociais que nos cabe compreender e desafiar. (DINIZ, 2014, p. 19).

Como há todo o tempo uma espécie de “transmutação” do conceito de gênero, pensar o problema da igualdade é desvelar algo a que a citação acima remete, a de ocultação ou inauguração (renovação) do conceito de gênero. Se os corpos são marcados, o gênero não o é, porque político. Exatamente por isso, cabe identificar e compreender que a construção da igualdade exige o respeito à diferença (marcada pelo gênero, mas não de todo explícita, desnudada).

E isso tem uma razão de ser. Os feminismos contemporâneos oscilam entre a afirmação da diferença sexual como princípio existencial básico e a própria negação da

importância da diferença sexual como causa legítima da desigualdade. Essa oscilação intensifica o debate entre os defensores da igualdade e os partidários da diferença.

Argumenta-se, ainda, que os feminismos ocidentais surgiram como resposta ao poder do gênero como uma categoria estruturante da experiência social. Há uma tentativa de libertação das mulheres das restrições de gênero. “A reivindicação das feministas de hoje seria, então, a asserção da igualdade de direitos para as mulheres, e o seu objetivo específico seria a instauração de um mundo neutro do ponto de vista do gênero” (ERGAS, 1991, p. 592). Sobre esse ponto, argumenta-se mais nas linhas seguintes.

2.3.1 O direito da mulher e a sua ruptura a partir da noção de gênero

Quando se trata do direito da mulher, identificam-se no discurso jurídico elementos que perpetuam o modelo de reprodução social, visto que os níveis da atividade jurídica (da criação, interpretação e aplicação da norma) ainda não se deram conta da necessidade de se construir uma “nova” forma de (re)pensar esse direito. A noção de gênero afigura-se como fator determinante na definição do conteúdo do direito da mulher, o que requer uma mudança na ordem de discurso vigente.

A questão é que se os sistemas não mudam, os discursos também não mudam, pois é um processo que esconde relações de poder. Como exemplo, a dualidade homem / mulher provém de uma construção histórica, culturalmente imposta, como exemplificadores de identidades masculinas e femininas, que são valoradas de acordo com conveniência e oportunidade, mas sempre positivamente com a predominância do masculino. E isso se deve ao fato de que as identidades sociais e culturais são políticas, atravessadas por relações de poder (LOURO, 2001).

Esse mecanismo de divisão da sociedade em dualidades, extremos, contribui para a redução da comunicação entre os indivíduos, o que potencializa o caráter manipulador dos discursos. Isso dá margem a associações (discursivas) que consagram valores masculinos (racionalidade, ambição, individualismo, agressividade, competitividade, violência, mundo do trabalho), ou valores femininos (maternidade, cuidado, passividade, docilidade, discrição, mundo da vida).

Essas definições clássicas, universalistas, identificam o gênero masculino como o gênero humano, além de perpassarem todas as esferas da vida em sociedade. O problema da opressão, segundo Rubin (1975), não reside em ser homem ou mulher, mas em ter que

ser um ou outro, de forma a corresponder aos estereótipos de gênero. Nessas condições, como enfatiza Bourdieu (1999), não só as mulheres são dominadas, como também os homens são enredados pela naturalização das construções sociais.

Adichie (2015, p. 30-31), ao discorrer sobre os estereótipos, assim denuncia:

Quanto mais duro um homem acha que deve ser, mais fraco será seu ego. E criamos as meninas de uma maneira bastante perniciosa, porque as ensinamos a cuidar do ego frágil do sexo masculino. Ensinamos as meninas a se encolher, a se diminuir, dizendo-lhe: “Você pode ter ambição, mas não muita. Deve almejar o sucesso, mas não muito. Senão você ameaça o homem. Se você é a provedora da família, finja que não é, sobretudo em público. Senão você estará emasculando o homem”.

Olsen (1990) destaca que o direito se identifica com os lados hierarquicamente superiores e “masculinos” dos dualismos. Ainda que a “justiça” seja representada como uma mulher, segundo a ideologia dominante, o direito é masculino, e não feminino. Se de um lado se supõe que o direito é racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens consideram a si mesmos, por outro lado, supõe-se que o direito não é irracional, subjetivo ou personalizado, forma como os homens consideram que as mulheres são.

Habermas então discute que a falta de compreensão das vivências femininas é resultado da falta ou da má interpretação da contribuição cultural e do papel das mulheres na sociedade (2002, p. 238):

Embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos. A diferenciação de situações de vida e experiências peculiares ao gênero não recebe consideração adequada, nem jurídica nem informalmente; tanto a autocompreensão cultural das mulheres quanto à contribuição que elas deram à cultura comum estão igualmente distantes de contar com o devido reconhecimento; e com as definições vigentes, as carências femininas mal podem ser articuladas de forma satisfatória. Assim, a luta política por reconhecimento tem início como luta pela interpretação de interesses e realizações peculiares aos diferentes gêneros; à medida que logra êxito, essa luta modifica a identidade coletiva das mulheres, e com ela a relação entre os gêneros, afetando assim, de forma imediata, a autocompreensão dos homens.

Pensar a construção do direito da mulher à luz das relações de gênero é pensar, no dizer de Habermas (2002, p. 38), “a diferenciação de situações de vida e experiências peculiares”. Por essa razão, o impacto do direito na sociedade, quando se incluem as diferenças como um mecanismo para assegurar a igualdade, abre-se o campo do conhecimento para inúmeras questões jurídicas antes ignoradas, pois que não discutidas

por força da predominância de uma ideologia que sempre subjugou as mulheres a papéis secundários.

Atualmente não se deve ignorar a tensão principiológica, permanente e constitutiva, do direito da mulher, a qual milita na relação de complementaridade dos opostos (forma e substância). Essa tensão impulsiona investigar quais elementos dão sustentabilidade a ordens de discurso que influenciam positiva e negativamente os eixos complementares e constitutivos, bem como articulá-la sistemicamente sem que esteja submissa ao discurso de dominação masculino.

Essa tensão inevitavelmente força maior discussão no âmbito da esfera pública, o que leva a crer que, no paradigma do Estado democrático de direito, já se tem por superada a fase embrionária de construção de normas, encontrando-se, portanto, em uma fase evolutiva, cujo foco atual é, entre outros, assegurar melhores condições de igualdade e participação da mulher na sociedade.

Mas isso ainda não é a realidade, pois romper paradigmas é algo extremamente difícil, principalmente, quando, durante séculos, sempre se utilizaram técnicas e argumentos que sustentaram o modelo de subordinação das mulheres aos mandos e desmandos de sociedades altamente machistas (patriarcais). Somente com a ascensão da luta feminista por emancipação é que o direito da mulher passou a compor o cenário do direito estatal, e isso se deu de modo muito particular na comparação dos paradigmas jurídicos.

O modelo de pensamento jurídico que vigora atualmente ainda contém um ranço da lógica dogmático-jurídica que atravessa níveis de conhecimento institucionalizados, perpassa discursos, na busca pela instrumentalização de corpos, visto que os discursos emanados desse tipo de racionalidade lógico-jurídica impõem às mulheres a masculinização dos seus corpos e dos seus espíritos. Além disso, desconsidera-se o papel da experiência institucional no fortalecimento (*empowerment*) das mulheres, com vistas ao cerceamento de suas vozes na arena política.

A ausência de análise da experiência institucional leva ao desequilíbrio da balança no que pese a questão da igualdade. O debate, qualquer que seja, requer que as instituições, desde a formatação, execução e aplicação da norma, estejam atentas às questões de gênero, as quais requerem um olhar centrado na materialidade e nas condições de vida de homens e mulheres que, diuturnamente, trazem à discussão novos arranjos sociais.

Por esse motivo, deve-se pensar a questão de gênero sem a clássica separação biológica entre os sexos. As relações são horizontais, não mais verticais, focadas nos papéis sociais. O papel do masculino não é mais do homem, bem como o papel do feminino não é mais só da mulher. É preciso, então, repensar as relações entre homens e mulheres a partir desse “novo homem” e dessa “nova mulher”.

Pois bem. Se antes o pai dava as ordens, hoje, o pátrio poder é dividido com a mãe. Além disso, o homem tem assumido novos papéis sociais, como quando assumem publicamente a sua homossexualidade, ou, nas uniões homoafetivas, buscam alternativas para o exercício da paternidade. Nas relações heterossexuais, as mulheres reclamam que os homens não têm assumido o papel do masculino e vice-versa, bem como ainda repetem o modelo de reprodução social, ao mesmo tempo em quem são responsabilizadas até mesmo por atos alheios a sua vontade. Todas essas mudanças refletem-se diretamente nas relações familiares, pois a família é uma das instituições sociais mais adaptáveis a mudanças, tanto é que atualmente se tem a figura da família “mosaico”, “arco-íris”.

Assim, homens e mulheres assumem dezenas de papéis na sociedade, mas não são necessariamente os papéis tradicionalmente ocupados. Se em um determinado momento histórico, a família se caracterizava pelo determinismo biológico ou pelas funções religiosas, hoje, ao contrário, o princípio da afetividade⁷² destaca-se na constituição dos grupos familiares (RODRIGUES, 2014, p. 240).

Portanto, entender as relações de gênero no âmbito institucional é de suma importância para entender que a construção da identidade social da mulher, e também do homem, dá-se não mais na perspectiva do critério biológico, mas nas funções sociais, o que leva a múltiplas possibilidades de escolhas. Ademais, o problema da questão de gênero relaciona-se ao peso gerado pelas expectativas embutidas no próprio gênero, o qual prescreve como se deve ser em detrimento do reconhecimento de quem de fato se é.

Todas essas questões passaram a corporificar os discursos feministas contemporâneos, agora menos polarizados e mais abertos. Longe de ser um modismo, conceitos como o de “gênero” são postos em evidência como um mecanismo de abertura

⁷² A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de *lege lata*. Como verdadeiro mandamento de otimização, o princípio da afetividade não possui um sentido rígido ou definitivo, pois será sempre apurado em uma situação concreta específica, embora seja possível pormenorizar seus contornos e aspectos centrais. Tanto as características das relações contemporâneas como as peculiaridades inerentes à própria afetividade indicam que resta melhor tutelada pela categoria de princípio jurídico (CALDERÓN, 2013).

para novos debates e novas conquistas no Estado democrático de direito. Porém, ainda falta o reconhecimento do significado da luta feminista na legitimação do direito da mulher.

Para a legitimação desse discurso, há que se substituir um construto ideológico por outro. Thompson (1995) considera o próprio processo de legitimação como um dos modos de operação da ideologia, por meio das estratégias de racionalização, de universalização e ou de narrativização, pois a legitimação em si apresenta-se no campo das relações de dominação como justas e dignas, que sempre foi o caminho construído pelo direito para se fazer impor. Atualmente, nas sociedades democráticas, busca-se a legitimação por meio do consenso.

Desse modo, do ponto de vista jurídico, não só a aquisição como também a perda de direitos pelas mulheres são ocasionados pela pressão exercida sobre o sistema, o que causa impactos de toda ordem, principalmente, com relação ao aspecto cultural. Tanto é assim que, uma vez ou outra, políticas públicas ou leis são delineadas ou criadas a depender das pressões culturais do momento histórico.

Todavia, a grande questão por trás é como aperfeiçoar os temas relacionados ao direito da mulher às questões de gênero com todo o seu conteúdo político. Esse tipo de situação é o que se vivencia hoje no Brasil, com a edição de leis que têm no seu bojo o objetivo de alterar parâmetros culturais e formar uma consciência coletiva, quais sejam: Lei Maria da Penha, PEC das domésticas, sucessão do cônjuge / companheiro, estupro de vulnerável, entre outras relacionadas a direito de proteção das mulheres.

No caso brasileiro especificamente, o que se observa é que a discussão sobre normas protetivas do direito da mulher, quando há, ainda gira em torno de diplomas legais já consagrados e “ultrapassados” do ponto de vista da evolução social (como é o caso do Código Penal, da Consolidação das Leis do Trabalho, entre outros), por isso mesmo dessintonizados do novo momento principiológico do direito, mas com o condão, ao menos teoricamente, de assegurar a “igualdade” e dar tratamento real e concreto ao exercício do direito pelas mulheres.

2.3.2 A formação de uma consciência linguística crítica acerca do direito da mulher e a desmistificação das relações de poder

A discussão acerca do direito da mulher deve-se dar de forma libertária e reflexiva, de modo a formar na sociedade “pós-moderna” uma consciência linguística crítica (pela

necessidade de mudança nas ordens de discurso), que leve em consideração a diferença. Fairclough (2001, p. 93) discute cinco pontos que caracterizam a consciência linguística crítica, os quais serão explicitados e discutidos no capítulo seguinte:

1. O discurso molda e é moldado pela sociedade.
2. O discurso contribui para constituir o conhecimento e os seus objetos, as relações sociais e as identidades sociais.
3. O discurso é moldado pelas relações de poder e investido de ideologias.
4. O discurso é marco definidor de lutas de poder.
5. A consciência linguística crítica mostra como sociedade e discurso moldam um ao outro.

Pensar assim, em termos da formação de uma consciência coletiva, tem a sua razão de ser quando se leva em conta o fato de que a diferença é marcada pela identidade dos sujeitos, ou seja, a forma como os indivíduos se veem ou se projetam socialmente tem a ver com as escolhas que fazem para si. Por essa razão a leitura, em termos do que deve ser ou não direito da mulher, deve estar pautada nas suas próprias escolhas.

E isso dentro do contexto daquilo que propõem os teóricos da diferença (Foucault, Deleuze, Lyotard, Derrida, entre outros), por meio da “desconstrução das sínteses, das unidades e das identidades ditas naturais, ao contrário da busca de totalização das multiplicidades” (RAGO, 1998). A filosofia pós-moderna postula fundamentalmente isso: a noção de que o discurso não é reflexo de uma suposta base material das relações sociais de produção, mas produtor e instituinte de “reais”. Busca-se a “descrição das dispersões” (cf. Foucault) no lugar da “síntese das múltiplas determinações” (cf. Marx).

Assim, as identidades precisam ser vistas sob uma perspectiva mais ampla, baseada mais nos papéis sociais que necessariamente em questões de ordem biológico-evolutiva. Em momentos passados, a submissão da mulher a uma identidade feminina geral, sem considerar as suas diferenças, foi um retrocesso. Mas havia de fato uma tendência estrutural no século passado à universalização do conhecimento, da ciência, da história, do homem. Então, a defesa da ótica da igualdade significou desconsiderar diferenças existentes dentro das categorias “mulheres” (brancas, negras, ricas, pobres...) ou “homens” (brancos, negros, ricos, pobres...).

Do mesmo modo, a defesa por si só da identidade da mulher significou um retorno a um plano metafísico, como se fosse possível pensar em “alma feminina”,

desconsiderando o fato de que a igualdade é um princípio, sobretudo, intrínseco à natureza humana. Ademais, considerar apenas diferenças fez com que discriminações se acentuassem ainda mais.

Nesse diapasão, é que o reconhecimento do direito à diferença se torna atualmente o ponto vertiginoso que deve, a partir de agora, marcar a luta pelo direito da mulher e de outras minorias – só lembrando que minoria no sentido não necessariamente numérico, mas em termos de reconhecimento de direitos.

Quando se adota o discurso da igualdade como “mantra”, repudiam-se as diferenças, porque há uma tendência à universalização, homogeneização (como estratégias típicas de construção simbólica), o que é típico dos modos de operação da ideologia desse tipo de discurso (THOMPSON, 1995), não se permitindo, em um primeiro momento, a igualdade. E isso se deve ao conflito atual de identidades. Como conciliar a tensão entre identidade de grupo (unificação) e identidade individual (fragmentação)? Parece difícil conciliá-las, pois partem de bases ideológicas distintas, sem levar em conta a diferença, a grande orquestradora da vida social.

Como um dos modos de representação da ideologia, a fragmentação representa uma ameaça ao grupo dominante por meio da segmentação de grupos (THOMPSON, 1995). Dá-se estrategicamente de dois modos: por meio da diferenciação, que enfatiza as diferenças e enfraquece o grupo; e, por meio do expurgo do outro, em que se constrói um inimigo, que é considerado uma ameaça.

Portanto, as escolhas institucionais devem estar entrelaçadas com as práticas discursivas e sociais imbricadas no discurso da mulher, na luta feminista, para a construção da igualdade, os quais fornecem as marcas da identidade e das relações de poder subjacentes. Sobre esse último ponto, Marx e Engels ressaltam que os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes, ou seja, a classe que tem o poder material dominante numa dada sociedade é também a potência dominante espiritual:

A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe igualmente dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles a quem são recusados os meios de produção intelectual está submetido igualmente à classe dominante. Os pensamentos dominantes são apenas a expressão ideal das relações materiais dominantes concebidas sob a forma de idéias e, portanto, a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante; dizendo de outro modo, são as idéias do seu domínio. Os indivíduos que constituem a classe dominante possuem entre outras coisas uma consciência, e é em consequência disso que pensam; na medida em que dominam enquanto

classe e determinam uma época histórica em toda a sua extensão, é lógico que esses indivíduos dominem em todos os sentidos, que tenham, entre outras, uma posição dominante como seres pensantes, como produtores de idéias, que regulamentem a produção e a distribuição dos pensamentos da sua época; as suas idéias são, portanto, as idéias dominantes da sua época.⁷³

A perpetuidade desse modelo assimétrico tem como uma das causas a escassez de mecanismos estatais que deem condições de empoderamento às mulheres. Entretanto, mais que depender da função estatal, sempre coube a elas, por meio da luta, a busca pela formação de um tipo de consciência crítica que desconstrua papéis historicamente estabelecidos, os quais as colocam como sempre responsáveis e culpadas por certos males sociais, uma vez que socialmente são sempre consideradas culpadas por algo errado que ocorra (separação, estupro, fracasso profissional, entre outros), mesmo que a culpa seja exclusiva do homem.

Assim, a perspectiva de fortalecimento da mulher como sujeito de direitos assume uma dimensão individual, mas, sobretudo, social, porque diz respeito aos valores culturais, às relações sociais e às expectativas da sociedade, partindo do pressuposto de que sujeitos fortalecidos melhoram socialmente a sua vida e a de outros. Quando se fala, portanto, em proteção de direitos femininos, é preciso que as mulheres sejam reconhecidas pelo Estado como sujeitos de direito e proteção, tendo em vista o problema da desigualdade social.

Sobre a questão linguística na formação de uma consciência crítica e coletiva, o assunto será melhor esclarecido no capítulo seguinte, que aborda, por meio da análise de teorias de linguagem, a importância do conteúdo dos discursos como detentores de marcas construtivas e desconstrutivas das identidades sociais.

2.4 A LUTA FEMINISTA NA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA POLÍTICA

Como movimento histórico de transformação social, para alguns, o feminismo parece ter perdido força, vítima das sociedades ditas pós-modernas, da crise das ideologias de progresso e da ascensão dos individualismos. Contudo, mantém-se bem presente na cena pública, por vezes sob a forma de um feminismo institucionalizado (pós-feminismo), mas mais frequentemente por meio de debate renovados, nomeadamente sobre a

⁷³ Citação encontra-se na página 29 da versão eletrônica da obra “A ideologia alemã” de Karl Marx e Friedrich Engels. Disponível em: < <http://www.psb40.org.br/bib/b26.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2015.

necessidade de defender o múltiplo e de não confundir igualdade e identidade ou sobre os desvios da ausência de diferenciação entre o pessoal e o político.

Mesmo com toda essa transformação, é indiscutível a importância da luta feminista para o engajamento político das mulheres, ainda que aquém do ideal. Por isso, a reflexão feminista teve que ganhar em sofisticação e complexidade, para apreender uma forma de dominação que também se tornou muito mais sofisticada e muito mais complexa do que o velho patriarcado.

Esse engajamento transpõe obrigatoriamente a discussão do direito da mulher para o campo da esfera pública⁷⁴. E isso se deve em parte ao reconhecimento de que o respeito à diferença requer a aproximação do direito com a política, pois são os interesses das mulheres que estão em jogo, os quais são inerentes à própria luta, cujos discursos trazem as marcas identitárias femininas, as quais são forjadas pelas ideologias que povoam esses discursos.

A participação das mulheres na esfera pública sempre foi muito reduzida. Basta ver o quanto é incipiente a participação delas no campo decisório, no debate político, na elaboração e aplicação das leis. Os campos dos saberes-poderes são legitimados, orientados e direcionados historicamente para a atuação dos homens, que sempre se mantiveram no poder, tomando as decisões, inclusive, no lugar das mulheres.

De qualquer forma, o impacto da reação conservadora à luta feminista é de caráter político, o que impacta juridicamente e que pode motivar, inclusive, a perda de direitos arduamente conquistados. Para reverter esse movimento conservador, é necessária a conscientização de que seu foco não são questões apenas culturais, mas políticas e jurídicas, estimulando assim uma reação progressista que objetive, em seu conteúdo, a elaboração de um construto teórico que tenha na sua concepção o destrave dos mecanismos repressores e de dominação das mulheres.

Por essas razões é que o feminismo construiu (e ainda está construindo) uma teoria do mundo social que contribui para “iluminá-lo” não só no que se refere às relações de gênero, mas em todos os seus padrões de dominação e de reprodução das assimetrias entre grupos (MIGUEL, 2014). Ao lado do marxismo, o feminismo pode ser considerado um dos principais eixos de reflexão crítica sobre a sociedade, visto que se constitui em uma

⁷⁴ No campo do direito e no caso brasileiro especificamente, fica bem nítido quando se trata de direito de família (os novos modelos de família), de direito de propriedade (a disposição sobre o próprio corpo), de direito do trabalho (a dupla jornada), de direito penal (eliminação de tipos penais sexistas), entre tantos outros exemplos.

teoria política preocupada com a opressão e a injustiça, o que, do ponto de vista da construção da igualdade, não é aceitável abrir mão dos seus construtos teóricos.

Um dos pontos de discussão diz respeito a duvidar do conceito de universalidade. A ideia do universal é um resquício do Estado moderno. Sobre este ponto Marx denuncia o caráter abstrato do Estado político moderno, na medida em que a universalidade deste se baseia sobre a real diferença no nível econômico-social dos indivíduos. Ou seja, tudo se reduz ao caráter econômico. O Estado moderno, aliás, constrói-se com base em tais premissas, isto é, o Estado pode ser livre, sem que o homem o seja em suas condições reais de vida. A igualdade no Estado moderno, portanto, está fundada na igualdade jurídico-universal. A emancipação dos sujeitos foi uma das promessas não cumpridas pelo Estado moderno.

Para o feminismo, a sociedade atual produz “naturezas” diversas a depender das diferentes posições sociais (papéis). O apelo ao elemento universal, que unifica, homogeneiza, implica abstrair as diferenças, que não são só diferenças, mas hierarquias. O simples fato de se postular uma posição particular como universal retira a chance de que se marginalizem todas as outras formas possíveis de verdade. É o que as posições sociais dominantes fazem. Por terem condição privilegiada, constroem-se como universais⁷⁵.

Assim, o pensamento feminista contribuiu para mostrar que o “indivíduo” genérico e universal do liberalismo é o homem proprietário e branco (visão eurocêntrica). É ele que possui a capacidade de estabelecer contratos, que caracterizaria os indivíduos “em geral”, mas dependente de sua posição no trabalho e na família. Quando mulheres, trabalhadoras, trabalhadores, negras e negros, são admitidos à cidadania, não são cidadãos completos, por não possuírem os atributos associados ao indivíduo “padrão” universal (masculino, branco e heterossexual).

Outro aspecto importante que se depreende da teoria política feminista diz respeito às “opressões cruzadas”⁷⁶ (interseccionalidade). Desse modo, um movimento operário e um movimento negro que negligenciem o gênero podem ser somados a um movimento

⁷⁵ Exemplos não faltam que comprovam o padrão universal (masculino, branco, heterossexual). Por exemplo, fala-se da literatura escrita por mulheres como literatura “feminina”, mas não há uma literatura “masculina”. Do mesmo modo, há uma literatura negra e uma literatura *gay*, mas não se fala de literatura branca ou hétero.

⁷⁶ Na primeira metade do século passado, uma dirigente negra do Partido Comunista dos Estados Unidos, Claudia Jones, já começava a teorizar sobre o que chamava de “tripla opressão”, observando o equívoco de julgar que a desigualdade de classe nos fornecia, isoladamente, explicação suficiente sobre a sociedade e seus conflitos. Hoje se usa o termo “interseccionalidade”, lida como indicando a necessidade de atenção ao cruzamento entre opressões de gênero e de raça, com a classe perdendo centralidade e passando a compor o pano de fundo.

feminista insensível a classe ou raça. Os três movimentos, conjuntamente, são incapazes de expressar as perspectivas e as demandas de mulheres trabalhadoras negras, por exemplo. E isso se deve ao fato de que a posição social de quem sofre opressões cruzadas precisa ser entendida na sua especificidade. Em uma sociedade que é, simultaneamente, capitalista, “patriarcal”, racista e heterossexista, as posições geradas por gênero, raça ou sexualidade geram vulnerabilidades específicas nas relações de trabalho – e vice-versa (MIGUEL, 2014).

No feminismo contemporâneo, considera-se que a teoria da interseccionalidade possui um conteúdo vital para alcançar a igualdade social e política e para promover o sistema democrático, visto que as diferenças são consideradas como elementos para a discussão de caminhos alternativos para o reconhecimento e afirmação de direitos.

2.4.1. O papel das esferas pública e privada

No primeiro capítulo, iniciou-se a discussão sobre o papel da esfera pública na vida privada e vice-versa, no sentido de mostrar o quanto as duas esferas estão imbricadas: o pessoal é político e o político é pessoal. Essa foi, aliás, a bandeira do feminismo dos anos 60, que teceu críticas à divisão entre público e privado, mas, sobretudo, debruça-se sobre a representatividade do pensamento feminista e sua contribuição em termos de mostrar o quanto essa dicotomia é produtora de significado para entender o problema da igualdade e da emancipação feminina.

Portanto, “público” e “privado” são categorias historicamente construídas, fruto de uma classificação convencional. A esfera privada foi o campo de atuação do Estado liberal, ao passo que, no Estado social, viu-se maior atuação da esfera pública. Os paradigmas jurídicos liberal e social, respectivamente, geraram uma realidade que se adequou a sua esfera de atuação, cujas práticas institucionais (ou institucionalizadas) foram vividas como se naturais (ou naturalizadas) fossem, pois os sistemas econômico e político adaptavam-se aos mecanismos internos de controle presentes nesses paradigmas.

Sobre essa dualidade assim pontua Biroli (2014, p. 31):

Essa dualidade corresponde a uma compreensão restrita da política, que, em nome da universalidade na esfera pública, define uma série de tópicos e nem experiências como privados e, como tal, não políticos. É uma forma de isolar a política das relações de poder na vida cotidiana,

negando ou desinflando o caráter político e conflitivo das relações de trabalho e das relações familiares.

O paradigma procedimental de Habermas contribui para desconstruir esse pensamento dual, bem como nunca foi e não é o que postula o feminismo que, pelo exercício crítico, mantém-se como “antinaturalista”, uma vez que busca mostrar que as relações sociais não são simplesmente reflexo da natureza, mas produto da ação de mulheres e homens que constroem, sob condições desiguais, sua própria história.

Ao formular que “o pessoal é político”, o feminismo destacou como as relações interpessoais – na família⁷⁷, na conjugalidade⁷⁸, em todos os espaços – refletem padrões mais amplos de dominação e, ao mesmo tempo, contribuem fortemente para reproduzi-los (MIGUEL, 2014). A barreira que separa o “privado” do “público” é um poderoso obstáculo ao enfrentamento da opressão. E é essa barreira que o Estado democrático de direito tem se proposto a romper⁷⁹.

Na outra vertente (“o político também é pessoal”), o que está em jogo são as matrizes de possibilidades que se dão a uns, em detrimento de outros, o acesso a determinados espaços sociais e o controle de recursos escassos e valorizados. Enfim, o que está em jogo é a possibilidade de decidir a própria vida, o que é algo que não se efetiva em arenas específicas, mas “no mundo da vida” (no dizer de Habermas). O político é pessoal porque nele se definem as condições em que o indivíduo pode exercer a sua autonomia⁸⁰ (MIGUEL, 2014).

A noção de que política é uma atividade que se restringe a espaços sociais específicos (governo, partidos, parlamento) é vazia, não mais cabível no contexto do Estado democrático de direito que, pela superação da dicotomia público versus privado, proporcionou avanços no desenvolvimento e aprimoramento do arcabouço legal.

⁷⁷ O feminismo avançou e chegou à esfera da família, que transita como espaço de afetos e, justamente por isso, parece ter salvo-conduto para reproduzir todo o tipo de opressão. A família vive, na expressão da feminista francesa Christine Delphy, um “estado de exceção”. Nela, os direitos de seus integrantes estão suspensos. Um exemplo atual foi a reação à recente lei brasileira que busca impedir castigos físicos contra crianças (Lei da Palmada), situação que revela como essa percepção da unidade familiar continua viva e atuante.

⁷⁸ Discursos, como “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, são contraproducentes e inviáveis do ponto de vista da superação da dicotomia público versus privado.

⁷⁹ No Brasil, com as exceções dadas pela lei penal, a mulher não pode dispor do seu próprio corpo e praticar o aborto. E a legalização do aborto, aliás, é uma das lutas feministas. É um exemplo claro de intervenção da esfera pública na esfera privada, bem como nos crimes de estupro ou violência doméstica contra mulher, em que a sociedade é chamada a participar na coibição de crimes por questão de gênero.

⁸⁰ O próprio conceito de gênero foi um passo inicial para essa conquista, pois é uma discussão, sobretudo, política.

Habermas (2002, p. 237) discute o processo democrático como o mecanismo de superação da dicotomia quando o assunto é, por exemplo, a igualdade de direitos para as mulheres:

O processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja função é garantir às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos. É apenas *pari passu* com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos do Estado que se pode assegurar, a cidadãos de direitos iguais, sua autonomia privada.

A igualdade também não é interpretada de modo simplesmente procedimental. A democracia deliberativa exige não só igualdade de “possibilidades” para participar da vida pública, mas também a igualdade de “capacidades” para fazê-lo efetivamente – que pressupõe um contexto econômico razoavelmente igualitário. Mas a igualdade democrática não se esgota na sua dimensão econômica; ela possui uma dimensão cultural. O aporte deliberativo justifica tanto políticas redistributivas, quanto políticas de reconhecimento. “Se não há igualdade material razoável e igual reconhecimento, não há real motivação para cooperar, e o processo democrático se reduz ao padrão ‘amigo-inimigo’” (SOUZA NETO, 2009, p. 108).

2.4.2 Aprendendo com a experiência

O conhecimento feminista é um conhecimento epistemológico – epistemologia feminista, em distinção à epistemologia masculina, dominante –, que abre espaço para o aprendizado a partir da experiência. É como se a opressão vivenciada pelas mulheres e a sua marginalização gerassem conhecimento mais que suficiente para o entendimento das estruturas de dominação.

De acordo com Rago (1998), “o feminismo não apenas tem produzido uma crítica contundente ao modo dominante de produção do conhecimento científico, com também propõe um modo alternativo de operação e articulação nesta esfera”. Para a autora, as mulheres trazem uma experiência histórica e cultural diferente da vivenciada pelos homens, que se expressa por meio de uma “nova linguagem”, ou na produção de um “contradiscurso”, o que também pode ser visto em relação à produção do conhecimento científico.

Portanto, uma teoria política feminista que se queira digna de respeito não pode vir separada da experiência, sendo esta o que sedimenta e concretiza os discursos. Ela converge o olhar sobre as pessoas em suas circunstâncias próprias, mas socialmente estruturadas, de modo a refletir sobre a complexidade dos padrões cruzados de opressão. Contrário ao universal (que é imposto), a experiência é vivida, sentida, compartilhada, tornando possível a formação de um pensamento (consciência) de percepção do mundo social com as suas injustiças e das formas de enfrentá-las⁸¹.

Young (2006, p. 162) ao falar sobre aprender com a experiência vivida, desse modo discorre:

Assim, as posições sociais estruturais produzem experiências particulares, relativas ao posicionamento, e compreensões específicas dos processos sociais e de suas conseqüências. Cada grupo diferentemente posicionado tem uma experiência ou um ponto de vista particular acerca dos processos sociais precisamente porque cada qual faz parte desses processos e contribui para produzir suas configurações. É especialmente quando estão situadas em diferentes lados das relações de desigualdade estrutural que as pessoas entendem essas relações e suas conseqüências de modos diferentes.

A perspectiva, de acordo com a mesma autora, é um modo de olhar os processos sociais sem determinar o que se vê. Dessa forma, duas pessoas podem compartilhar uma perspectiva social e, não obstante, experienciar seus posicionamentos de maneiras diferentes, na medida em que estão voltadas a diferentes aspectos da sociedade. Compartilhar uma perspectiva, porém, propicia a cada uma delas uma afinidade com o modo como a outra descreve o que experiencia, uma afinidade que as pessoas posicionadas diferentemente não experienciam (YOUNG, 2006, p. 163).

Para a autora, portanto, a experiência só tem sentido se compartilhada, não acredita que seja possível no estado bruto, sem construção reflexiva, conhecimento. Não há um misticismo da vivência que faz com que sua simples enunciação supra a necessidade da reflexão teórica. Aprender com a experiência vivida significa elaborar, repensar, essa experiência, até mesmo para não reproduzi-la. Resta saber como aprender com a experiência, quando esta é vivida sob a égide de uma sociedade desigual. E mais, a opressão não é externa aos agentes sociais, contribui para produzi-los. Mais do que isso,

⁸¹ Uma importante feminista estadunidense, Iris Marion Young, combinou três aspectos: a atenção à experiência vivida, que a motivou a buscar, na própria vivência – socialmente estruturada, como qualquer vivência – da corporalidade das mulheres, elementos para produzir a crítica da sociedade atual; a recusa radical ao discurso do universal; e o entendimento de que a luta por justiça não é a busca de um padrão abstrato, mas o enfrentamento das injustiças existentes (YOUNG, 2006).

produz, em particular, a adesão à ordem social, tida como natural, inevitável ou mesmo justa.

Assim, se uma mulher é capaz de expressar sua adesão ao insulamento no lar, à posição subalterna na família, aos padrões dominantes de beleza, à dupla moral sexual ou mesmo à mutilação genital, não se pode simplesmente aceitar que é a manifestação de uma vontade autônoma (MIGUEL, 2014). A prática de se comportar dessa ou daquela maneira está naturalizada. Por isso, uma análise mais detida sobre a adesão da mulher a práticas opressoras de dominação exige que se interroguem as condições, os constrangimentos e os incentivos, que geraram tal adesão, que produziram tais preferências.

É necessário, enfim, manter a posição em que se recusa a ideia de que existem preferências “certas”, objetivamente identificáveis por observadores externos, mas ao mesmo tempo não se abre mão da crítica aos mecanismos de manipulação e produção da conformidade ao mundo social, tão presentes e tão atuantes.

2.5 GÊNERO E SUB-REPRESENTAÇÃO: MENOS MULHERES NO PODER, MENOS DIREITOS

As questões de gênero estão diretamente ligadas à representação política. Se os sujeitos jurídicos surgem a partir de uma prática de exclusão, os sujeitos políticos surgem a partir de uma prática de representação. Desse modo, não é só uma questão de inquirir como as mulheres podem se fazer representar mais plenamente na linguagem e na política, mas “a crítica feminista também deve compreender como a categoria das ‘mulheres’, o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca a emancipação” (BUTLER, 2015, p. 20).

Atualmente, há mais mulheres (52%) que homens (48%) no mundo. Contudo, os cargos de prestígio e de poder são ocupados preponderantemente pelos homens. Diz-se até que, quanto mais perto do topo do poder, menos mulheres se encontram. O fato é que os homens ainda governam o mundo no sentido político.

E tudo isso está relacionado com a questão de gênero que, apesar da sua importância conceitual, da forma como está atualmente estabelecida, causa grandes injustiças. É como se as mulheres fossem incompetentes para ocuparem cargos de prestígio e de poder, ao que está atrelado à ideia ultrapassada de força (física) como sinônimo de

liderança. Esquece-se que inteligência, criatividade, inovação são atributos tanto de homens quanto de mulheres. É uma questão de evolução de consciência.

No caso do Brasil, a participação das mulheres nos espaços público e político é ainda pouco representativo para que mudanças efetivas ocorram⁸², o que mostra que na democracia há filtros. As causas dessa frágil representação política feminina, segundo Rodrigues (2014, p. 262), estão relacionadas a três fatores: divisão liberal-democrática entre público (espaço masculino) e o privado (espaço da casa, portanto, feminino); posição feminina na organização familiar (encargos domésticos); e, organização partidária masculinista, em que “os homens engendram o teor programático e detêm a liderança nos rumos políticos da legenda” (idem).

Cargo	Masculino	Feminino	Total
Presidente	8	3	11
	72,73%	27,27%	100,00%
Governador	146	20	166
	87,95%	12,05%	100,00%
Senador	138	34	172
	80,23%	19,77%	100,00%
Deputado Federal	4.382	1.796	6.178
	70,93%	29,07%	100,00%
Deputado Estadual/Distrital	11.244	4.617	15.861
	70,89%	29,11%	100,00%
Total	15.918	6.470	22.388
	71,10%	28,90%	100,00%

Tabela - Quantidade e porcentagem de homens e mulheres candidatos aos cargos representativos das eleições 2014 – Brasil. (Fonte: Tribunal Superior Eleitoral)⁸³

⁸² “A lei eleitoral (Lei n. 9.504/1997) fixou o percentual de 30% de mulheres nas listas partidárias. Apesar desse marco normativo, os partidos políticos encontram dificuldades em atrair mulheres para seus quadros. Estudos relevam, entretanto, que o fenômeno não decorre da carência de mulheres aptas a concorrer, mas principalmente pela forma como os partidos são organizados e estruturados: controlados por homens que não abrem espaços para as mulheres organizarem suas campanhas” (RODRIGUES, 2014, p. 257). A Lei n. 12.034/2009 alterou a Lei n. 9.504/1997, estabelecendo que as candidaturas aos cargos proporcionais – deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador – sejam de 30% e o máximo de 70% para cada sexo. Destaca-se que, nas eleições majoritárias, a participação feminina é ainda menor. Nas últimas eleições (2014), dos 163 candidatos a cargo de governador, apenas 19 (12%) eram mulheres e somente uma se elegeu; para o Senado Federal, entre os candidatos, apenas 21% eram mulheres. Na disputa para as prefeituras (2012), as mulheres representavam 14% dos quase 15 mil candidatos. Dessas, 656 (12%) venceram nas urnas, ficando os homens com 88% das prefeituras brasileiras (4.911). A representação feminina no Congresso Nacional também é pouco expressiva. Elas são 13 entre os 81 senadores (16%) e 51 entre os 513 deputados (10%). No Judiciário, a representação feminina é maior, 36% em média. Na Justiça do Trabalho, representam quase metade dos magistrados (47%). A representatividade feminina diminui à medida que se sobe na hierarquia: 43% dos juízes substitutos, 37% entre os titulares, 22% dos desembargadores e 18% nos tribunais superiores (onde não há concurso, mas indicações). O Supremo Tribunal Federal, que tem mais de 200 anos de existência, só teve até a presente data apenas 3 mulheres ministras (Fonte: FILHO, Warner Bento. A tímida participação feminina no poder. *Correio Braziliense*, 8 mar. 2015, p. 6).

⁸³ SENKEVICS, Adriano. Eleições e gênero: como fica a representação política das mulheres após 2014? *Ensaio de gênero*, 28/10/2014. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2014/10/28/eleicoes-e-genero-como-fica-a-representacao-politica-das-mulheres-apos-2014/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Mesmo com a baixa representatividade da mulher na política brasileira⁸⁴, essa mudança vem paulatinamente acontecendo desde o período da redemocratização, com a aprovação de leis que equalizam a diferença, o que mostra o empenho do movimento feminista na construção de uma agenda que contempla a representatividade na política, como meio de diminuir o fosso nas esferas de tomada de decisão por força da dominação masculina nos cargos de poder. Esse contexto insere-se no que se denomina atualmente de feminismo de Estado (*State feminism*).

Mais recentemente o chamado feminismo de Estado passou a enfatizar a importância de fazer com que as estruturas do exercício do poder político incorporem demandas vinculadas aos direitos das mulheres. A prioridade seria a *advocacy* feminista, isto é, a sensibilização dos aparelhos de Estado. A desconfiança inicial e o relativo desinteresse em relação ao Estado cedem lugar, nesse caos, ao extremo oposto, em que se deixam de lado o trabalho de base, a conscientização e o esforço de transformação da vida cotidiana, que sempre marcaram o movimento feminista.

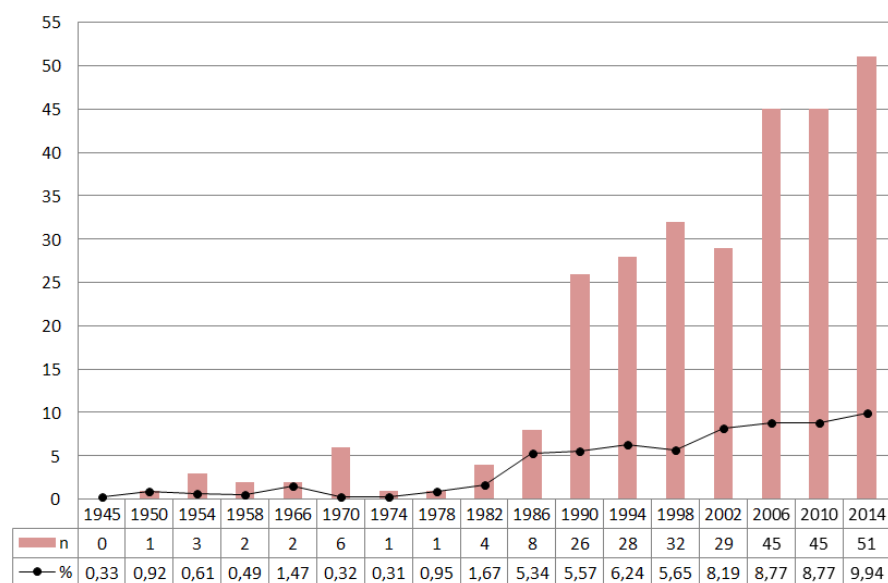


Gráfico – Quantidade e porcentagem de mulheres eleitas para o cargo de deputada federal – Brasil, 1945-2014. (Fonte: Tribunal Superior Eleitoral)⁸⁵

⁸⁴ Na lista de 188 países da União Interparlamentar que considera a representação feminina no Parlamento, o Brasil ocupa a 156ª posição.

⁸⁵ SENKEVICS, Adriano. Eleições e gênero: como fica a representação política das mulheres após 2014? *Ensaio de gênero*, 28/10/2014. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2014/10/28/eleicoes-e-genero-como-fica-a-representacao-politica-das-mulheres-apos-2014/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Apesar do “progresso”, o campo da política trabalha contra as mulheres, pois os avanços ocorrem em datas específicas e com o fundo eleitoral, como, por exemplo, a aprovação da Lei do Femicídio no mês em que se comemora o Dia Internacional da Mulher. “A defesa dos direitos das mulheres é uma pauta ‘específica’; os homens podem falar pela coletividade em geral” (MIGUEL, 2014, p. 106). Se faltam avanços na garantia de direitos, pautas na direção contrária têm ganhado espaço.

Além da sub-representação das mulheres na política, destaca-se, também, a sub-representação na ciência⁸⁶. Segundo pesquisas estadunidenses⁸⁷, os fatores envolvidos estão relacionados ao seguinte: mulheres evitam carreiras que as obriguem a trabalhar por horas seguidas (visto que cumprem dupla jornada de trabalho); mulheres são menos capazes e menos competitivas em relação a campos altamente seletivos; homens superam mulheres em áreas que exigem raciocínio analítico e sistemático. Em suma, há o estereótipo de que mulheres não têm habilidades intelectuais para conduzir pesquisas científicas.

É uma espécie de dominação masculina que percorre o universo acadêmico. Por conta de que são as mulheres as responsáveis pelo lar e as cuidadoras dos filhos e dos velhos, para alguns estudiosos, há escassez de políticas públicas que incentivem mulheres a serem pesquisadoras com ações compensatórias, pois cumprem, como dito, jornada de trabalho extra em relação aos homens. Destaca-se, ainda, que o universo da ciência exige negociação entre pares e agentes sociais (fomento, recursos humanos, publicações), além da participação em bancas, eventos, reuniões, o que pode ser empecilho e demandar maior esforço das mulheres para ascenderem no campo da ciência.

Com relação à legislação sobre direitos femininos no Brasil, os atuais e conjunturais projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional apresentam ao mesmo tempo avanços e retrocessos. Esses projetos de lei são apenas ilustrativos, existem outros

⁸⁶ “De acordo com dados do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), hoje, no Brasil, há 63.349 bolsistas de mestrado do sexo masculino – 7.075 a mais que do sexo feminino. A maioria delas concentra os estudos em áreas das ciências humanas (10.856) e da saúde (10.088), enquanto eles dedicam-se às ciências sociais aplicadas (7.236), exatas e da terra (6.258)” (Fonte: CHAVES, Gláucia. Onde estão as cientistas? Revista do Correio, *Correio Braziliense*, 22 fev. 2015, p. 8).

⁸⁷ “No estudo, os pesquisadores entrevistaram 1,8 mil estudantes de graduação, pós-doutorado e docentes de 30 disciplinas diferentes. O objetivo principal foi analisar a cultura de diferentes campos do conhecimento. Entre outras coisas, eles perguntaram quais qualidades eram necessárias para que os participantes tivessem sucesso em seus campos de atuação. As mulheres sentiam-se (e eram) sub-representadas em ambas as áreas: humanas e exatas. Historicamente consideradas inferiores intelectualmente, mulheres que se interessam por campos como física, engenharia, matemática e outras que ‘idolatravam gênios’ costumam encontrar resistência. Ao fim do experimento, os pesquisadores chegaram à mesma conclusão das que se aventuram no mundo científico: há poucas mulheres na ciência porque a ciência não dá espaço” (Fonte: CHAVES, Gláucia. Onde estão as cientistas? Revista do Correio, *Correio Braziliense*, 22 fev. 2015, p. 8).

em tramitação. A questão maior é identificar o quanto os temas motivadores desses projetos são de fato representativos da identidade da mulher e compõem uma agenda legítima que minimize os efeitos da desigualdade e afirme direitos.

Entre as principais iniciativas na pauta congressional atualmente, encontram-se as seguintes⁸⁸:

- a) Isonomia salarial (PLs 371 e 1123 de 2011): preveem punições e mecanismos de fiscalização contra a desigualdade salarial entre homens e mulheres. A lei trabalhista prevê a igualdade de salários para funções idênticas, independentemente de sexo, mas extraoficialmente empresas ainda tendem a pagar menos às mulheres. Aguarda parecer na Comissão de Trabalho da Câmara;
- b) Revista íntima (PL 7764/2014): determina o fim da revista íntima para visitantes de presídios. A prática foi considerada vexatória pela coordenação nacional de acompanhamento do sistema carcerário na Ordem dos Advogados do Brasil. Aguarda votação na Comissão de Segurança Pública;
- c) Amamentação no trabalho (PL 4550/1998): exige que as empresas com mais de 30 trabalhadoras tenham um local apropriado para os filhos das empregadas que tenham até 6 anos de idade, possibilitando a amamentação. Aguarda parecer na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara;
- d) Fundo de Enfretamento à Violência (PL 7371/2014): cria o Fundo Nacional de Enfretamento à Violência Contra as Mulheres, para políticas como assistência às vítimas, medidas pedagógicas e campanhas de prevenção. Na pauta do plenário da Câmara;
- e) Saúde (PLS 157/2014): inclui a realização de exames para identificação de biomarcadores nas mulheres de alto risco e reduz para 35 anos a idade a partir da qual será disponibilizada a mamografia às mulheres pertencentes a grupos de risco. Aguarda votação na Comissão de Assuntos Sociais do Senado;
- f) Botão do Pânico (PLS 119/2015): garante a efetividade das medidas protetivas de urgência por meio da entrega à vítima do “botão do pânico”, dispositivo móvel de segurança conectado com a força policial, para viabilizar a denúncia imediata de ameaça ou de violação de direitos. Aguarda parecer na Comissão de Seguridade Social e Família do Senado;
- g) Educação (PLS 74/2012): Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para que os currículos do ensino fundamental e do médio incluam conteúdos adaptados a cada faixa etária, relativos à prevenção da violência contra a mulher. Aguarda parecer na Comissão de Direitos Humanos do Senado.

⁸⁸ FERNANDES, Marcella. Menos mulheres, menos direitos. *Correio Braziliense*, 27 set. 2015.

Enfim, a ausência de uma maior representatividade da mulher na política brasileira está diretamente ligada com o sistema de representação da própria política, exclusivamente masculino. Se as mulheres não têm voz, é porque não há uma representatividade identitária. Não é o discurso das mulheres que aparece. Quando aparece, é sempre o de uma minoria falando pela maioria das mulheres.

O capítulo fez uma exposição geral sobre o nascedouro dos movimentos feministas e a sua relação com os paradigmas jurídicos tratados no primeiro capítulo. Expôs o conceito político de gênero e as mudanças teóricas advindas com a sua introdução na análise específica do direito da mulher e o problema da igualdade.

Tratou-se, também, do papel da luta feminista na construção de um modelo de teoria política feminista, que comporte o construto da experiência e o conhecimento produzido a partir desta, como um mecanismo para o entendimento do problema da igualdade. Os construtos teóricos da luta feminista e a experiência fornecem elementos para se repensarem as políticas públicas e a pauta de direitos femininos por refletirem a voz do movimento, ou mesmo das minorias.

Por ser conceitualmente bastante diversificado, não há falar em um feminismo especificamente, mas em “feminismos”. De maneira geral, reflete-se sobre as experiências extraídas do feminismo que, pelo seu conteúdo político, mostra não ser possível discutir ou pensar o problema da igualdade sem levar em conta a questão das diferenças.

No capítulo seguinte, enfoca-se a linguagem como o caminho para a construção do diálogo e da mediação na consolidação do sentido da experiência institucional acerca do direito da mulher, com a abordagem da diferença, da igualdade e da identidade social da mulher, destacando alguns pontos pelos quais se constata a fragmentação decorrente do rompimento a partir das experiências vivenciadas individual e coletivamente.

CAPÍTULO 3

O PROBLEMA DA IDENTIDADE DA MULHER E OS DESAFIOS PARA A AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE NA DIFERENÇA: UMA ABORDAGEM CRÍTICO-DISCURSIVA

Neste capítulo, aborda-se como racionalidades comunicativas podem subsidiar uma abordagem crítico-discursiva sobre o problema da igualdade no que concerne ao direito da mulher e a sua identidade na contemporaneidade. Para tanto, traz-se para o epicentro da discussão conceitos-chave⁸⁹, pois a comunicação entre os vários sistemas exige uma infinidade de conceitos vinculados entre si e que estão todos integrados ao tecido social (no sentido habermasiano) altamente complexo. E as respostas para as demandas relacionadas ao direito da mulher e sua identidade passam, necessariamente, pelo caminho da comunicação.

Não existe um conteúdo específico para tratamento do direito da mulher, mas conteúdos a serem construídos transdisciplinarmente⁹⁰. Essa visão ampla e aberta, a de não perfazer um “conteúdo próprio”, defendido por este ou aquele grupo, pode possibilitar a junção da contribuição de todos em prol da busca de uma perspectiva mais “equilibrada” sobre o problema da igualdade. E isso se deve à remodelagem social, com o advento da sociedade da informação (ou “nova economia” ou “economia informacional”), de modo a integrar a teia social em uma rede comunicacional.

Em consequência, busca-se a construção de uma racionalidade defensável, no lugar da incorporação de critérios universais (racionalidade universal), o que pode servir como instrumento de luta. E isso é facilitado pelo viés da transdisciplinaridade. Sousa (2008, p. 124) destaca que a transdisciplinaridade “visa articular uma nova compreensão da realidade entre e para além das disciplinas especializadas. É uma abordagem que passa, entre, além e através das disciplinas, na busca de compreensão da complexidade”. Pinto (2005, p. 157) enfatiza: “(...) esse paradigma acabou com todas as nossas esperanças de descrever e controlar a natureza em termos simples”. Todavia, segundo o autor, o paradigma da transdisciplinaridade ainda não foi efetivamente testado nas esferas sociais e políticas, o que se constitui em um grande desafio para o tempo presente.

⁸⁹ Entre alguns conceitos-chave, destacam-se: racionalidade, transdisciplinaridade, ideologia, identidade, discurso, representação, tecnologização, dialogismo, pluralidade, complexidade, entre outros.

⁹⁰ A transdisciplinaridade é o engajamento das áreas do saber para o enfrentamento da dispersão e da fragmentariedade dos discursos nas sociedades pós-modernas (SOUSA, 2008, p. 91).

Com isso, a perspectiva transdisciplinar requer uma nova abordagem para a metafísica (agora transcendente). Não é possível fazer da razão um ente metafísico, pois não há nada que libere o ser humano dele mesmo (subjetividade). E isso se intensifica mais ainda com a pós-modernidade, em que normas estão constantemente em disputa, conforme destacado no Capítulo 1, o que demanda do direito respostas pontuais para os conflitos sociais emergentes.

Portanto, o pensar transdisciplinar vai ao encontro das ideias da pós-modernidade⁹¹, que, partindo do pressuposto de que parte da racionalidade humana é irracional, “refere-se à dissolução de todas as formas culturais e sociais que são associadas com a modernidade, em movimentos de combate ao iluminismo” (GODOY, 2005, p. 14).

Na pós-modernidade, há um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia e a fé no progresso planejado humanamente (LYOTARD, 2000). “Os pós-modernos criticam as ‘metanarrativas’ e buscam desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito moderno – direitos humanos, liberdade, igualdade etc.” (SARMENTO, 2009, p. 123).

Há os que discordam da ideia de “se encontrarem situados na pós-modernidade”, atribuindo ao período atual a designação de “modernidade tardia”, visto vincular-se ao projeto moderno, agora, portanto, mais desenvolvido. Ao longo de toda a tese, foca-se bastante nas ideias pós-modernistas, sem deixar de considerar o projeto moderno, de modo a que assumir um determinado posicionamento esclareça melhor os parâmetros teóricos e metodológicos adotados. Uma das razões vincula-se ao fato de que, para os autores pós-modernos, os anos 60, 70 e os movimentos sociais (aí incluindo os movimentos feministas) impulsionaram as ideias pós-modernistas.

Contudo, independente da posição que se assuma, o objeto de investigação continua sendo o mesmo: verificar se o direito da mulher é ou não afirmado. E, hoje, mais do que nunca, a resposta a essa questão é positiva, dado o alcance das bases fundantes do Estado democrático de direito, indo além, com a revisitação da identidade de gênero. Todavia, o problema real que emerge é achar que a pós-modernidade nega direitos. Pelo contrário, afirma direitos. É um contexto de desestabilização, mas os direitos emergem, há projetos de vida em jogo (e bem diversificados).

⁹¹ Essa relação é possível quando se evoca o terceiro princípio da transdisciplinaridade (cf. Carta da Transdisciplinaridade de 1994), que corresponde ao paradigma dos sistemas (que surgiu no século XX), o qual tem a ver com os conceitos de caos, de complexidade e de ciências não-lineares, bases nas quais se formulam os postulados da pós-modernidade.

Assim, se de um lado as instituições se diferem, na modernidade tardia, de todas as formas anteriores de ordem social, por outro lado, as transformações introduzidas pelas instituições modernas alteram radicalmente a natureza da vida social cotidiana e afetam os aspectos mais pessoais da existência, entrelaçando-se diretamente com a vida individual, com o eu (GIDDENS, 2002, p. 9). Por essa razão não se descarta o projeto da modernidade, ele é válido, e Habermas é uma autor que reafirma tudo isso. Carvalho Netto (2011, p. 33) também não acredita em uma total ruptura com a modernidade:

Na companhia de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, no entanto, prefiro reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aquele dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade mítica, na ciência como saber absoluto. Acredito que vivemos, sim, em uma época ainda moderna, em uma modernidade tardia, que pode ser mais sábia e mais moderna do que a própria modernidade que a antecedeu em razão do que pôde aprender com as suas próprias vivências. A modernidade revela-se, assim, como um projeto inacabado.

Por essa razão, o caminho para entender toda essa complexidade não é outro senão o que se alcança por meio da linguagem, principalmente, no contexto pós-giro linguístico. Assim, ao se abordarem racionalidades comunicativas neste capítulo, a intenção é construir e desconstruir conceitos, pois não há como esperar muito da razão, e a pós-modernidade tem certificado a todos disso. Assim, a questão é como lidar com os problemas no campo do direito.

Se de um lado a teoria social do discurso (Fairclough) é aqui usada para a desconstrução (não como desmonte ou destruição), por outro lado, a teoria discursiva do direito (Habermas), com base na ação comunicativa, integra o viés reconstrutor. De qualquer forma, há tensões complementares entre essas e outras racionalidades. É dentro dessa tensão que a irracionalidade – historicamente “magoada” com a razão –, encontra o seu campo de atuação e pode dar informações consistentes sobre aquilo a que a razão em si se comprometeu e não o fez, como no caso das metanarrativas.

E isso tem várias razões de ser. Uma delas diz respeito à condição do sujeito pós-moderno, que não possui uma identidade fixa, mas híbrida. Ele assume identidades diversas em contextos diversos. Portanto, o sujeito não deve ser concebido como um mecanismo de reunificação dos elementos fragmentados da modernidade (vida, nação, entre outros). Segundo Touraine (1997, p. 232), é o sujeito que religa tais elementos, tecendo uma “malha cerrada de relações de complementaridade e de oposição”.

Desse modo, por meio da exploração dessas teorias comunicativas, torna-se menos árduo conhecer a profundidade do tecido social, naquilo que é a sua essência, que o tratar de maneira superficial, apenas com o intuito de abstrair conceitos. Mergulhar a fundo na experiência da luta feminista e nos paradigmas jurídicos e abstrair de ambos elementos que ajudem a desconstruir e construir possíveis mecanismos impeditivos do exercício da igualdade só é possível por meio da comunicação. Por esse motivo, a linguagem surge como o “novo” paradigma, em substituição ao paradigma moderno da consciência (razão).

Outro assunto a ser explorado ao longo do capítulo diz respeito ao fato de que nem a igualdade é fator excludente da diferença, nem a diferença o é para a possibilidade de igualdade. A questão é como encontrar dentro dos aspectos teóricos abordados o que poderia unir essas duas concepções, tidas historicamente como opostas entre si. Do ponto de vista do conteúdo abordado nos capítulos anteriores, há elementos que podem oferecer um ponto de equilíbrio entre o direito à diferença e o direito à igualdade como complementares entre si.

Por essa razão, o estudo da identidade torna-se crucial para sinalizar os desafios a serem enfrentados pelos sistemas (jurídico, econômico, político) na formatação de mecanismos estruturais capazes de assegurar igualdade, sem que as diferenças também sejam autonomamente (individualmente) consideradas. Assim, pensa-se em duas vertentes: como construir a identidade na diferença e como construir a igualdade na diferença.

O foco nas desigualdades de gênero pode levar à reconfiguração da democracia, exigindo que esta dê respostas ao problema da desigualdade. Para tanto, a valorização das diferenças é um ponto central colocado pelas teorias feministas, o que corresponde à consecução de normas que garantam respeito e espaço à afirmação da identidade das mulheres, o que leva a abordar alguns pontos fundamentais: identidade sexual, laços afetivos e familiares, vida doméstica, mundo do trabalho, entre outros.

Além da identidade, igualdade e diferença, como categorias de análise, discute-se, também, o papel do gênero e a revisitação do seu conceito, de modo a ampliar os horizontes para uma análise mais equilibrada sobre o direito da mulher. Como hipótese, investiga-se o seguinte: *Se a condição pós-moderna, ao impor o redimensionamento do sistema comunicativo em todas as esferas das sociedades, contribuiu para a afirmação de direitos, tendo em vista o pluralismo e a complexidade identitária, a luta pelo reconhecimento da diferença e a reconfiguração do conceito de gênero.*

3.1 O ROMPIMENTO PARADIGMÁTICO PÓS-GIRO LINGUÍSTICO

Com o Estado democrático de direito, houve a necessidade de se romperem com paradigmas. A partir do giro linguístico, com a entrada no cenário da concepção da “língua em uso” e dos “jogos linguísticos” por Wittgenstein, deixa de ser importante saber o que é uma Constituição, em detrimento do que de fato a Constituição constitui. Sobre os jogos de linguagem assim conceitua Röd (2008, p. 719):

Jogo de linguagem é um sistema guiado por regras que, em contraste com as regras de um cálculo lógico ou matemático, geralmente não são expressamente formuladas. O comportamento linguístico não funciona conforme regras explícitas, mas é adquirido ou adestrado. O condicionamento correspondente se realiza dentro de uma comunidade linguística estabelecida por meio de regras, não se dando por meio de uma convenção expressa, mas sim pelo desenvolvimento de determinadas formas linguísticas (ou formas de vida). Por isso, as regras dos jogos de linguagem só podem ser lidas da maneira como o jogo de linguagem funciona.

É por isso que a proposta de Wittgenstein, influenciado pelo pragmatismo⁹², a de observar os processos de linguagem a partir dos jogos linguísticos, traz uma luz sobre a questão da mutabilidade comunicacional dos sistemas, pois se tem sempre a perspectiva do “novo”. Apesar da linguagem, “ela age sobre um fundo de necessidades humanas, determinada por ambiente humano” (POLE, 1958, p. 2).

Portanto, a linguagem nasce a partir das necessidades sociais, mas altera-se à medida que surgem novas exigências sociais, ou seja, falar uma língua é parte de uma atividade em conexão com formas de vida socialmente determinadas. Desse modo, a linguagem não pode ser afastada da ideia de ato, de ação, de movimento (dialético).

O giro linguístico ao menos impôs uma certeza: a condição humana é uma condição linguística. Nesse sentido, a perspectiva experimental é substituída pela semântica. A reinvenção do direito, como a de qualquer outro saber-poder, passa obrigatoriamente pela reinvenção da própria linguagem, na medida em que se deve observar o que constitui os sujeitos e o que os sujeitos constituem. Qualquer resposta fora do escopo da análise da linguagem é incompleta e insuficiente.

Arendt (1997, p. 96), ao tratar da estrutura comunicativa da sociedade, assim dispõe:

⁹² O pensamento pragmático anuncia a submissão da teoria a critérios práticos.

(...) a esfera dos negócios humanos consiste na teia de relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos. A revelação da identidade através do discurso e o estabelecimento de um novo início através da ação incidem sempre sobre uma teia já existente, e nele imprimem suas consequências imediatas.

A partir do giro linguístico, todo saber limitado é refutado, até mesmo porque a análise a partir de mecanismos linguísticos segue um eixo dicotômico, em que a linguagem que inclui é a que sempre exclui, em uma perspectiva de abertura e fechamento. E isso é reforçado pelo próprio constitucionalismo, como se destacou no primeiro capítulo, que segue uma lógica interna, no sentido de uma comunidade de princípios (cf. Dworkin), que busca o respeito (reconhecimento à diferença), faz escolhas pelos seus próprios filtros (nível pessoal). Enfim, a faculdade do indivíduo é limitada pelo coletivo.

Portanto, não dá para pensar em um conceito definido para a palavra “mulher”, ou qualquer outra palavra que diga respeito à política feminista. A partir do giro (ideia de “jogo”), não há mais como defender um significado fixo para as palavras dentro da luta feminista, principalmente, devido à teia social conjugada à noção de rede, em que há a elaboração de uma complexa rede de características, com diferentes elementos dessa rede presente em casos diversos. Sobre a categoria “mulher”, assim dispõe Pedro (2005, p. 82): “mulheres negras, índias, mestiças, pobres, trabalhadoras, muitas delas feministas, reivindicaram uma “diferença” – dentro da diferença. Ou seja, a categoria *mulher*, que constituía uma identidade diferenciada da de *homem*, não era suficiente para explicá-las”.

Por essa razão, é que a ideia de jogo influenciou o pensamento da época, pelo reconhecimento da insuficiência do significado das palavras em torno da complexidade e da diversidade social. Todo esse debate forçou a substituição da categoria “mulher” para a categoria “mulheres”, pois “aquilo que formava a pauta de reivindicações de umas não necessariamente formaria a pauta de outras” (PEDRO, 2005, p. 82), pois as sociedades possuem as mais diversas formas de opressão. E isso diz respeito ao que será exposto mais adiante, de que a identidade de sexo é insuficiente para dar respostas requeridas pela luta feminista.

3.1.1 O que muda com a sociedade da informação

A sociedade da informação (ou economia informacional, ou economia do conhecimento) revolucionou a forma do pensamento contemporâneo. É um processo

histórico proveniente da revolução tecnológica da informação, da crise do sistema capitalista, da ascensão dos movimentos sociais, da luta pelos direitos humanos, da questão ambiental, entre tantos outros temas, que contribuíram para a construção de uma sociedade em rede, composta por diferentes atores sociais.

Castells (1999), ao discutir o processo de evolução tecnológica, aborda a questão por dois vieses: o industrial e o informacional. O primeiro está voltado para o crescimento econômico e a maximização da produção; o segundo, para a geração do conhecimento, a busca, o processamento e a transmissão da informação como fontes fundamentais de produtividade e de poder.

O segundo viés é o que interessa para o escopo desta pesquisa, pois quando se discute o problema da igualdade, discutem-se, também, as relações de poder, as quais estão vinculadas à capacidade tecnológica das sociedades e dos indivíduos. Portanto, a “informação torna-se ferramenta indispensável para a implantação efetiva dos processos de reestruturação socioeconômica, pois possibilita a formação de redes como modo dinâmico e auto-expansível de organização da atividade humana” (SOUSA, 2008, p. 38).

A complexidade social exige maior integração entre as instituições estatais. O paradigma do Estado democrático de direito, como visto no primeiro capítulo, mostra o quanto juridicamente foi (e continua sendo) necessária a construção de racionalidades que envolvam maior discussão sobre o direito das minorias, em que pese considerar as experiências de luta como elemento integrador na construção da igualdade quando se trata do direito da mulher, o qual não pode ser visto dissociado dos elementos constitutivos da autonomia individual e do sentimento de pertencimento. Sobre esse ponto, assim discorre Morin (2000, p. 55):

A complexidade humana não poderia ser compreendida dissociada dos elementos que a constituem: todo desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana.

Destaca-se que, como a atividade humana está primordialmente baseada na comunicação, qualquer nova tecnologia pode afetar a forma de se comunicar. Mas não é só a tecnologia de comunicação que afeta a sociedade, ela necessariamente transforma a racionalidade técnica até que surja um “novo modelo sócio-técnico” (CASTELLS, 2004, p. 19). Segundo Ianni (1997, p. 120), a racionalidade técnica é a racionalidade da própria

dominação, organizando tudo com base na razão instrumental (cf. Habermas) e nos princípios da produtividade, da lucratividade e da quantidade.

Esse argumento também é defendido por Touraine (1997, p. 111), para quem a racionalidade técnica é vista como limitadora das pretensões de cada tendência cultural dominante e, ao mesmo tempo, impeditiva de que se transformem em forças sociais na conquista da hegemonia política. De acordo com o autor, no centro da sociedade pós-moderna, encontra-se um vazio de valores que é garante da autonomia da racionalidade técnica, ao mesmo tempo em que a protege, o que implica um esvaziamento do processo comunicativo, que é altamente necessário na discussão dos valores pujantes para a consolidação de direitos, conforme se verá mais adiante quando da abordagem da teoria do agir comunicativo na perspectiva habermasiana.

3.2 A RACIONALIDADE CONSTRUÍDA NO DISCURSO

Para entender como os discursos se constroem na pós-modernidade, faz-se necessário entender a transformação do cenário das relações intersubjetivas pós-giro linguístico, bem como o papel da sociedade da informação na construção e formatação desse mundo pós-moderno com a introdução de tecnologias. Por isso, fragmentação, indeterminação e intensa desconfiança de todos os discursos universais ou “totalizantes” são tidos como o marco do pensamento pós-moderno.

Na construção de um raciocínio possível para a explicação desse caldo comunicativo em que se encontram inúmeras categorias possíveis de análise, duas grandes teorias abarcam explicações lógicas e sustentáveis: a teoria discursiva do direito (Habermas) e a teoria social do discurso (Fairclough). Ambas estudam a linguagem como dimensão explicativa dos fenômenos sociais, bem como balizam questões relativas à identidade, à diferença, ao status do direito no enfrentamento das questões relacionadas ao problema da igualdade, entre outros fatores.

3.2.1 A teoria discursiva do direito

Com Habermas (1984) nasce a teoria do agir comunicativo. Por meio dessa teoria, Habermas qualifica a tendência em atribuir uma dimensão jurídica aos fatos que

caracterizam as sociedades modernas (como uma forma de materialização). Ele destaca três tipos de racionalidades: o agir instrumental, o agir estratégico e o agir comunicativo.

O agir instrumental é um modo de ação orientado por regras técnicas, ou seja, direcionado à obtenção de determinados fins do agente mediante a utilização de objetos. O agir instrumental é, em princípio, “não social”, podendo, porém, estar vinculado a interações sociais.

O agir estratégico, por sua vez, implica a escolha racional de meios para influenciar um adversário. O agir estratégico constitui em si mesmo ação social e também é orientado para o êxito do agente (HABERMAS, 1984, p. 285), mas de natureza social. Portanto, assim como o agir instrumental, é avaliado conforme o grau de eficácia sobre situações e acontecimentos ou de influência sobre as decisões do adversário.

O agir comunicativo, ao contrário dos dois anteriores, não é direcionado pelo cálculo egocêntrico do êxito, mas sim coordenado por atos de entendimento entre os participantes (HABERMAS, 1984, p. 286). É um tipo de agir pautado no processo, não no resultado obtido, o que se dá pela via do discurso, da igualdade e do entendimento. É um tipo de agir que interessa ao escopo desta pesquisa, pois a legitimidade do discurso jurídico, segundo Habermas, dá-se por meio do consenso.

Destaca-se que consenso não significa acordo absoluto, mas a admissão da diferença do outro. Dá-se, portanto, por meio do diálogo, do constante debate, vencendo o melhor argumento. A maioria é autocrática, o que provém de uma questão constitucional. Então, para a construção do consenso, faz-se necessária a luta. No caso dos movimentos feministas, não se chega a um consenso sobre a pauta relativa ao direito das mulheres, pois a luta é (ou está) fragilizada devido à pluralidade de papéis que se confundem, o que mostra ser um problema de identidade, como será discutido mais adiante.

Todavia, mesmo com o consenso, há a possibilidade do dissenso. Na verdade, a teoria de Habermas é para o dissenso, em que se expõem as condições do diálogo (procedimentalismo). E isso se deve ao fato de que há regras que não são necessariamente instrumentais, conforme pensava Weber (racionalidade instrumental), mas pautadas em uma razão comunicativa. Por meio do respeito mútuo, estabelecem-se as condições de se discordar civilizadamente, jogando para o tempo a definição dos argumentos que prevalecerão como resultado do debate público.

Nesse sentido, é que entra o conceito de agir comunicativo que, de acordo com a sua teoria, está ligado à interação entre pelo menos dois sujeitos, tanto do ponto de vista da

linguagem quanto da ação, os quais se utilizam de meios verbais e não verbais para o estabelecimento de relações, conexões. Nesse tipo de agir, os atores buscam o acordo como forma de coordenarem as suas ações. Portanto, a essência dessa forma de agir gira em torno da ideia de um *medium* linguístico, ou seja, à posição linguística a partir da qual os participantes da interação dialógica erguem pretensões de validade.

Esse modelo comunicativo fornece aos sujeitos a possibilidade de obtenção do acordo (consenso) para os temas sobre os quais debatem. Esse contexto, em que os atores tematizam suas pretensões de validade, é o espaço ideal para a produção do entendimento linguístico-comunicativo, o qual serve como instrumento de coordenação das ações e como meio de reflexão do tipo de interação entre os sujeitos. Desse modo, há de ocorrer o agir comunicativo sempre que o processo comunicativo ocorra sem qualquer tipo de coação, que a tomada de decisão se apoie em argumentos racionais e que as pretensões de validade do discurso sejam cumpridas.

Quadro - Tipos de agir

Natureza do agir	Orientações do agir	Agir orientado pelo êxito	Agir orientado pelo entendimento
Não social		Agir instrumental	X
Social		Agir estratégico	Agir comunicativo

Fonte: HABERMAS, 1987, p. 366.

O projeto habermasiano tem como pressuposto pensar a modernidade a partir do conceito de intersubjetividade (razão), que é o fundamento do próprio discurso. Habermas não tem uma visão pessimista acerca da modernidade e seus fundamentos. De acordo com ele, pensar fora, sair da razão, é loucura e suicídio. Nas palavras do próprio autor,

racionalizar significa aqui o cancelamento das relações de coerção que, penetrando imperceptivelmente nas estruturas comunicativas, impedem – através de bloqueios intrapsíquicos e intrapessoais da comunicação – que os conflitos sejam afirmados conscientemente e regulamentados de modo consensual. Racionalizar significa a superação de tal comunicação sistematicamente distorcida, na qual o consenso relativo às pretensões de validade reciprocamente colocadas – que servem como suporte à ação –, sobretudo o consenso acerca da veracidade das exteriorizações intencionais e sobre a justeza das normas de base, é conservado de pé só

aparentemente, ou seja, como uma contrafação. (HABERMAS, 1990, p. 34).

Segundo ele, não existe um jogo de linguagem universal, pois não se sai da própria tradição. Mas se pode pensar em uma comunidade ideal de comunicação, e essa forma de pensar tem uma estrutura argumentativa, pautada em uma razão argumentativa, uma razão social. É uma espécie de ruptura, da qual provêm algumas questões habermasianas: Como a ruptura pode criar um projeto social? Por que não pensar além dos fatos, pensar como um ato criativo? Como pensar fora do capitalismo?

A certeza para ele é pragmática (assentada na prática), daí se pensar a política ligada à linguagem. E isso faz com que a despolitização se configure como a ausência da intersubjetividade no contexto moderno. E acresce, ademais, que a condição humana não está só ligada ao trabalho, mas às relações intersubjetivas (interação). Nesse ponto, da relação entre interação e trabalho, confronta-se com as ideias de Marx. Para tanto, Habermas utiliza-se da psicanálise para tratar da interação, mas em alguns aspectos a supera, pois para ele não é possível superar o *a priori* da comunicação.

Nesse sentido, propõe uma espécie de caminho para a emancipação. Com base na interação comunicativa, a constituir a realidade social, Habermas busca resgatar um centro racional e humano que seja garante da resistência contra a colonização e da manutenção de mecanismos para a emancipação. Em sua arquitetura teórica, ele aposta no que chama de “a força sem violência do discurso argumentativo”, que, ao obrigar as partes a descentrarem-se em virtude de uma lógica interna à confrontação dos pontos de vista, estas não saem ilesas.

Assim, mesmo que a sociedade atual viva sob forte opressão e exploração, mantêm-se vivas as condições para a emancipação. E essa potencialidade emancipatória vincula-se à possibilidade de resgate da racionalidade comunicativa (livre de dominação), que instaura o mundo da vida. Nela, na racionalidade comunicativa, ele identifica um elemento de resistência contra a dominação total da racionalidade sistêmica (instrumental).

Nisso ele aponta o papel da filosofia, vista como apta a desenvolver um conceito de racionalidade que, ao mesmo tempo, conteste o fundamentalismo e o relativismo: “gostaria finalmente de defender a tese de que a filosofia, mesmo quando se retrai dos papéis problemáticos de indicador de lugar e do juiz, pode – e deve – conservar sua pretensão de razão nas funções mais modestas de um guardador de lugar e de um intérprete” (HABERMAS, 1989, p. 20).

Assim, cabe à filosofia, no papel de intérprete-mediadora, restabelecer os potenciais de emancipação que se fazem presentes no mundo da vida, por meio da crítica aos mecanismos de colonização que a eles se pretende impor. Em suma, a sua tarefa é restaurar a comunicação e promover o entendimento pela interação comunicativa.

Em uma fase mais recente do pensamento habermasiano (2013), todos esses aspectos aparecem de forma mais interligada. Na sua “nova forma de pensar”, a religião aparece como valor de existência contra o capitalismo. Segundo ele, na cultura democrática, dominada pela racionalidade, a solidariedade aparece como o bom uso da intuição moral, subtendendo a religião. Menciona uma possível conciliação entre a filosofia e o fato religioso, sendo o cristianismo fator de justiça universal, substância moral para a democracia (dialética da secularização).

Um dos pressupostos da reflexão habermasiana é a de que o mundo ético é o mundo do silêncio, algo que não é visto pela semântica da linguagem. Recupera-se aqui a noção de paradigma em Habermas, que remete à ideia do não dito – a irracionalidade que compõe a racionalidade (paradoxo da linguagem). Para ele, “nós nos comunicamos, porque não nos comunicamos”.

Habermas enfatiza que, para criticar as estruturas do poder, tem de fragmentá-las (conforme também pensa Foucault). Portanto, lida com os paradoxos como tensões produtivas, as quais são dadas pelas condições do próprio discurso. Depreende-se de sua teoria a preocupação emancipatória. Ainda de acordo com Habermas, em condições pós-metafísicas, “as ordens jurídicas só podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto universalistas” (HABERMAS, 1997, p. 101).

Para o escopo desta pesquisa, a teoria discursiva do direito de Habermas tem significativa importância devido ao que afirma sobre a racionalidade comunicativa, a qual afirma igualdade, portanto, típica para se entender e referendar acerca dos movimentos sociais e do direito das minorias, apesar do “confronto” com a racionalidade instrumental (sistêmica), que se faz preponderante nas sociedades capitalistas. Contudo, há uma tensão produtiva entre essas duas racionalidades, que aqui se passa a explorar.

Pois bem. Ao que se vê, o mundo sistêmico (o Estado, o mercado...) possui meios de reger e de controlar que se autorreproduzem. E isso é uma constante: o dinheiro, que regula a economia; o poder, que regula a política. O controle social dá-se a partir da atuação desses dois mecanismos (dinheiro e poder), os quais colonizam, por meio da

burocracia, o mundo da vida, onde de fato ocorrem as relações comunicativas interpessoais por meio das intersubjetividades orientadas para o entendimento. E esses processos são parcialmente textuais – muito do que parece ser ação comunicativa é, na verdade, ação estratégica encoberta. Nas palavras de Habermas (1994, p. 74),

a eficácia peculiar desta ideologia reside em dissociar a autocompreensão da sociedade do sistema de referência da ação comunicativa e dos conceitos de interação simbolicamente mediada, e em substituí-lo por um modelo científico. Em igual medida, a auto-compreensão culturalmente determinada de um mundo social de vida é substituída pela autocoisificação dos homens, sob as categorias da ação racional dirigida a fins e do comportamento adaptativo.

De acordo com Habermas, uma das formas mais eficientes de colonização do mundo da vida dá-se por meio da racionalização das normas pelos atores sociais. Essa racionalização está diretamente ligada à formação dos valores culturais e da consciência moral. Thompson (1995), ao tratar da racionalização como um modo de operação da ideologia, destaca-a como um processo de legitimação em que o produto de uma forma simbólica constrói uma cadeia de raciocínio que justifica um conjunto de relações ou instituições sociais.

É exatamente o que busca a racionalidade sistêmica, a colonização (racionalização) do mundo da vida, com a inculcação de normas no comportamento dos indivíduos, por meio do dinheiro e do poder (bases do capitalismo). E assim destaca Habermas (1987a, p. 461):

À medida que o sistema econômico submete a seus imperativos a forma da vida doméstica e o modo de vida dos consumidores e trabalhadores, o consumismo e o individualismo possessivo relacionados com o rendimento e a competitividade assumem uma força configuradora.

Todo esse controle é exercido por meio dos saberes-poderes. E o direito é um dos mecanismos para o exercício de uma espécie de tecnologia do poder: “por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro lado, os efeitos de verdade que esse poder produz, transmite e que, por sua vez, reproduz” (FOUCAULT, 2003, p. 179). Há uma triangulação entre poder, direito e verdade.

Para Foucault (2000), as práticas sociais podem engendrar domínios de saber que fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, e também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos do conhecimento. O próprio sujeito do conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história.

Atualmente a lei é um dos instrumentos mais eficazes para a docilização do corpo feminino. Os capítulos anteriores mostram que, quando se trata do direito da mulher, há uma “especialização” da lei. Isso ficou bem nítido nos instrumentos legais criados nos paradigmas liberal e social, mas torna-se inaceitável no paradigma do Estado democrático de direito, visto que o controle, regulamento ou regra têm um espaço de atuação limitado constitucionalmente.

O discurso de dominação masculino segue um caminho inverso, reunindo as condições (universalidade, objetividade, transcendência e instrumentalidade) para a sua internalização social. É o que dispõe Bourdieu (1999, p. 45), ao discorrer sobre a dominação masculina como uma “dominação simbólica”, que estrutura a percepção e a organização concreta e simbólica de toda a vida social:

A dominação masculina encontra assim reunida todas as condições para o seu pleno exercício. A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte, bem como nos esquemas imanentes a todos os hábitos: moldados por tais condições, portanto objetivamente concordes, eles funcionam como matrizes das percepções, dos pensamentos e das ações de todos os membros da sociedade, como transcendentais históricos que, sendo universalmente partilhados, impõem-se a cada agente como transcendentais. Por conseguinte, a reapresentação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social se vê investida da objetividade do senso comum, visto como senso prático.

Em síntese, a tese de Habermas é a de que a emancipação humana não depende de qualquer tipo de determinismo transcendental ou técnico-instrumental, mas realiza-se quando da formação da vontade democrática por meio da esfera pública e de processos de libertação dos discursos de todos os indivíduos envolvidos. Por isso, lança críticas à ideologia reducionista da racionalidade humana (ilusão objetivista), propondo que, além do interesse técnico, os indivíduos também agem motivados por interesses práticos e emancipadores.

Apesar de altamente sofisticada do ponto de vista da análise das ações comunicativas, a teoria discursiva do direito de Habermas sofre duras críticas, principalmente dos teóricos da terceira geração da Escola de Frankfurt. Segundo os teóricos dessa fase do pensamento, o posicionamento de Habermas, na busca de um consenso e entendimento como método procedimental, inclusive para se fazer política, não

considera o conflito e a luta por reconhecimento como sendo a base das interações e das ações sociais.

3.2.2 A teoria social do discurso

A Análise de Discurso Crítica (ADC), formulada por Norman Fairclough (1992, 1995, 1999, 2001, 2003, 2006), tem como proposta a emancipação dos sujeitos, por meio da investigação entre as relações de discurso e prática social, com o intuito de desmistificar crenças e ideologias que sustentam estruturas de dominação (como bem retrataram os movimentos feministas). O sujeito aqui não é visto como uma agente processual, mas como sujeito construído pelos processos discursivos, portanto, também construtor dos processos com fundamento em sua natureza de ator ideológico.

É um campo teórico-metodológico que dialoga com outras teorias e metodologias que tenham na linguagem o seu aporte para a investigação de categorias como identidade, discurso, ideologia, entre outras. É possível verificar um paralelo entre a transdisciplinaridade e a ADC, bem como um diálogo entre Habermas e Fairclough.

Um dos conceitos cruciais para o construto teórico da ADC diz respeito ao “discurso”. De acordo com Fairclough (1999, p. 29), o “discurso” como categoria de análise estabeleceu-se com Foucault e nas ciências humana pós-estruturalistas. É por meio do discurso que as práticas sociais se constituem, mas são os eventos sociais que constituem o discurso (a máxima faircloughiana: o discurso molda, mas é moldado). Conforme discute Fairclough (2001, p. 91-92), o discurso

(...) é moldado e restringido pela estrutura social no sentido mais amplo e em todos os níveis: pela classe e por outras relações sociais em um nível societário, pelas relações específicas em instituições particulares, como o direito ou a educação, por sistemas de classificação, por várias normas e convenções, tanto de natureza discursiva como não discursiva, e assim por diante (...). A prática discursiva é constitutiva tanto de maneira convencional como criativa: contribui para reproduzir a sociedade (identidades sociais, relações sociais, sistemas de conhecimento e crença) como é, mas também para transformá-la (...).

Na perspectiva da ADC, discurso também significa os modos particulares de representação de campos particulares da vida social. Daí se falar discurso pós-modernista, discurso feminista, discurso da globalização, discurso jurídico, entre outros. Portanto, o discurso não é só atividade especificamente individual, mas, sobretudo, social, que

constitui o modo como as pessoas são e o modo como agem sobre as outras. Nas palavras de Fairclough (2001, p. 66):

O que é de maior significação aqui para a análise do discurso é a visão do discurso como constitutiva – contribuindo para a produção, transformação e reprodução de objetos (e de sujeitos, como veremos) da vida social. Isso implica que o discurso tem uma ativa relação com a realidade, que a linguagem significa realidade no sentido de construção de significados para ela; em vez de o discurso ter uma passiva relação com a realidade, com a linguagem meramente se referindo a objetos, que são tidos como dados na realidade.

Fairclough e Chouliaraki (1999, p. 3), ao tratarem acerca da modernidade tardia, trazem o seguinte entendimento sobre os aspectos que afetam as sociedades contemporâneas:

- a) sob o aspecto econômico, a mudança do modelo fordista de produção para outros modelos;
- b) sob o aspecto político, a concretização do modelo neoliberal de Estado;
- c) sob o aspecto cultural, os avanços tecnológicos, que abriram novas formas de experiência, de conhecimento e de relacionamento.

Em outra perspectiva, Fairclough (2006) apresenta uma nova versão de sua teoria (proposta transdisciplinar), em que discurso e texto estão imbricados na análise social, em que a linguagem passa a ser investigada com base na economia político-cultural. Segundo o autor, os objetos econômicos e políticos são socialmente construídos, bem como culturalmente condicionados por sistemas econômicos e formas de Estado, os quais figuram interconectados a significados, interpretações, narrativas, valores, atitudes, identidades, entre outros. E tudo isso se resume a discurso, que é, segundo Foucault, “o poder a ser tomado” (2000a, p. 10), cujo exercício visa à normalização, à normatização, à regularização, à homogeneização.

Na obra de 2006, Fairclough discute, também, a questão da reestruturação do capitalismo cujo teor semiótico instaura uma nova ordem de discurso, à qual é propiciadora de novos gêneros, discursos e estilos. O autor fala das “vozes da globalização” (2006, p. 5), quais sejam: análise acadêmica, agências governamentais, organismos não governamentais, mídia, entre outros. Essas vozes reconfiguram a linguagem de acordo com o seu campo de atuação, de modo que se vinculam ao poder que os agentes (donos das vozes) têm dentro do campo político em que atuam.

Sousa (2008, p. 61-62) destaca que, para o entendimento da dinâmica das ordens de discurso, deve-se ter em mente que os fatores reais de poder são os promotores do discurso hegemônico, porque são reproduzidos, contestados ou transformados no próprio discurso e refletidos na cultura. Assim, a cultura não é apenas um código comum em um repertório comum de respostas a problemas recorrentes, mas “constitui um conjunto comum de esquemas fundamentais previamente assimilados, e a partir dos quais se articula” (BOURDIEU, 2005, p. 208).

Outro aspecto do discurso tratado por Fairclough (2001, p. 117) diz respeito à categoria “ideologia”. De acordo com ele,

as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação.

Para van Dijk (1998), não se pode desenvolver nenhuma teoria adequada do discurso e da ideologia sem examinar o papel do conhecimento sociocultural e outras crenças compartilhadas que oferecem a base comum de todo discurso e interação social. “As ideologias são construídas, utilizadas e trocadas pelos atores sociais como membros de um grupo, em práticas sociais específicas e, frequentemente, discursivas. Não são construtos individuais, idealistas, mas construtos sociais compartilhados por um grupo” (VAN DIJK, 1998, p. 23).

Lévy (1996, p. 21-22) destaca que o universo cultural, próprio dos humanos, estende a variabilidade dos espaços e das temporalidades, pois cada novo sistema de comunicação modifica o sistema das proximidades práticas, o espaço pertinente para as comunidades humanas. Assim, quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam “não-presentes”, “desterritorializados”.

É o que Lévy denomina de “ideologia tecnocrática”. Nesse sentido, há uma aproximação com a teoria de Habermas, já que a tecnologização do discurso é um modo de agir estratégico e uma das formas mais pujantes de representação do discurso hegemônico. Para Vieira (2004), as tecnologias do discurso atuam como uma forma de poder, como um recurso de fiscalização, de policiamento e de dominação. Assim, se no capitalismo moderno, a ideologia predominante é a jurídica (o Estado como regulador de conduta), no capitalismo tardio (pós-modernidade), a ideologia é a tecnocrática (tecnologia da informação e integração em rede).

Gramsci (1974) desloca o sentido de ideologia, de “sistema de ideias”, para prática social vivida. Ele destaca que o poder nas sociedades capitalistas se caracteriza pela hegemonia⁹³. As convenções do discurso podem encerrar ideologias naturalizadas, que as transformam em um mecanismo bastante eficaz de preservação de hegemonias. Um dos aspectos da hegemonia é a construção cultural e ética, a reestruturação de subjetividades ou de identidades. E a tecnologização do discurso é um dos modos de operação do processo hegemônico.

Em sua teoria da ação comunicativa, Habermas (1984) discute que as tecnologias comunicativas, que dominam o mundo moderno, são, na verdade, ordens de discurso modernas, as quais estão vinculadas ao controle sobre a vida das pessoas. Ele descreveu essa tendência em termos da colonização do “mundo da vida” pelos sistemas do Estado e da economia. Para ele, a ideologia é um modo de comunicação distorcida, ou seja, a distorção sistemática da relação dialógica.

Fairclough (2003), ao citar Habermas (1984), ressalta a importância da teoria deste, quando desenvolveu um cálculo da modernidade centrado na comunicação. Basilar ao processo de modernização é a separação de sistemas, como o Estado e o mercado, “do mundo da vida”. A especialização de sistemas, por meio da tecnologização do discurso, depende do desenvolvimento e do refinamento de uma racionalidade instrumental, na qual pessoas agem estrategicamente de maneira a atingir resultados, maior efetividade ou eficiência. A ação estratégica, portanto, é contrastada com a ação comunicativa, esta orientada a atingir entendimento (consenso), ou seja, o modo de ação proeminente ao “mundo da vida”.

Em síntese, para Fairclough (2003), há esferas representativas de três significados: o acional (modos de agir); o representacional (modos de representar); e, o identificacional (modos de identificação). Habermas (1984), ao tratar da ação comunicativa (agir instrumental, agir estratégico e agir comunicativo), vincula-se ao primeiro, ou seja, ao significado acional.

⁹³ “A hegemonia é uma forma particular de conceituação do poder e da luta pelo poder em sociedades capitalistas, enfatizando o modo como o poder depende do consentimento e da aquiescência de todos. Assim, ela não apenas é um tipo bem-sucedido de ideologia, mas pode ser decomposta em vários aspectos ideológicos, culturais, políticos e econômicos” (SOUSA, 2008, p. 64).

3.3 IDENTIDADE E REPRESENTAÇÃO DA MULHER NA PÓS-MODERNIDADE

O debate sobre as identidades e as práticas sexuais e de gênero é um tema atual, mas que já vem sendo discutido desde a “segunda onda” do movimento feminista, nos anos 60 e 70, e, agora, sustentado, também, pelos movimentos de gays e de lésbicas e por todos aqueles que se sentem ameaçados. Com isso, novas identidades sociais tornaram-se visíveis, o que provocou, em seu processo de afirmação e diferenciação, novas divisões sociais e o nascimento do que passou a ser conhecido como “política de identidades” (LOURO, 2001).

Com a sociedade da informação e o modelo de capitalismo tecnocrático, muitas formas de se “fazer mulher” (ou homem), passaram a dominar os cenários sociais. Portanto, há uma gama de opções de se viverem prazeres e desejos corporais, práticas essas que estão todo o tempo sendo sugeridas, anunciadas, promovidas pelos meios de comunicação de forma bastante explícita. No contra fluxo, essas práticas também são reguladas, condenadas ou mesmo negadas.

Por conta desse cenário, algumas questões inevitavelmente surgem, entre elas: O que quer a mulher contemporânea? Ou: Quem é essa “mulher”?

As respostas (se é que existem) a essas e a outras questões ficam em aberto, não são do domínio dos saberes instituídos. É um problema do domínio da identidade, que está cada dia mais difícil de resolver, exige-se um saber-poder que a determine. Tem-se uma razão para isso. A cada agir individual ou coletivo, nova palavra relança a mulher, o que implica dizer que a mulher atualmente ocupa o papel de destinadora e não apenas de destinatária da palavra, portanto, co-autora, co-atriz da diferença dos sexos.

Se isso hoje está acontecendo, é produto da luta. À medida que a luta feminista avançava, ganhava inimigos. Os meios de comunicação divulgavam textos e notícias afirmando que o feminismo era um exagero. As mulheres eram repudiadas, pois se acreditava que a igualdade de direitos entre homens e mulheres implicaria o desfazimento do lar, pois a esposa sairia do papel tradicionalmente ocupado de cuidadora do lar e dos filhos. E tudo isso sem falar nos estereótipos que ainda persistem, de que mulheres feministas são frígidas, mal amadas, solteironas, histéricas.

Forçosamente, os que eram contrários à luta feminista devolviam como resposta a sua arrogância e prepotência na preservação da visão conservadora de que as mulheres deveriam voltar a ocupar os seus “lugares tradicionais”. E a luta da mulher era exatamente

fornecer mecanismos para desconstruir os papéis tradicionais. Parte da violência que se exerceu historicamente contra a mulher deve-se à ausência de conscientização de crianças (desde a infância), de modo a desconstruir papéis (na superação da esfera pública versus esfera privada), da mulher como mãe, restrita ao ambiente privado, e do pai como provedor, no ambiente público. Se bem que é uma visão ainda predominante em algumas sociedades.

Pois bem. A história dos movimentos feministas, como discutido no Capítulo 2, ajudou a construir um saber feminista, um simbolismo político e uma linguagem política (que é a da militância), que precisam ser transmitidos para as futuras gerações. Mais do que nunca, para (re)construir a identidade da mulher na pós-modernidade, faz-se necessário recuperar a experiência por meio do resgate da história da luta das mulheres em suas distintas épocas. É o que dispõe Ergas (1991, p. 599):

Os vínculos entre os vários movimentos foram assim solidificados por esta criação de uma linguagem, ou de fragmentos linguísticos. Os códigos feministas fornecem mais do que o cimento para reforçar a coesão interna e diferenciação externa, porque veiculavam significados particulares que sistematicamente sublinhavam os elementos comuns às mulheres e as diferenças que as colocavam à parte dos homens.

Habermas (2002) também pensa assim. Para ele, a identidade do indivíduo não é apenas algo que ele assume, mas é também um projeto dele mesmo. Não há como fugir das próprias tradições, mas é possível escolher quais delas se quer perpetuar ao longo do tempo. É o que também entende Foucault (1993) quando destaca a ideia de genealogia⁹⁴, uma ideia que possa dar conta da constituição do sujeito na “trama histórica”, uma forma histórica que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios, do objeto.

O movimento feminista deve, portanto, resgatar a própria ideia de movimento como algo que se desloca constantemente e neste deslocar-se vai se compondo a partir das experiências de proximidade de sujeitos concretos (GARGALLO, 2006, p. 117). Por essa razão, para a construção do novo sujeito “mulher” deve-se questionar a dominação masculina, que se potencializa no patriarcado, por meio do agir instrumental e estratégico, perpetuando-se como um discurso hegemônico.

E como a mulher se encontra atualmente representada? Não há resposta. É um processo aberto. São milhares de imagens representativas, o que implica dizer que para

⁹⁴ Genealogia indica o traço das linhas constitutivas dos saberes formatadores das instituições, como escolas, prisões, hospitais, fábricas, casamentos, entre outros.

representá-la, necessita-se recuperar a identidade, o que parece, a priori, impossível no contexto da “modernidade líquida” (BAUMAN, 2001).

As palavras e os discursos são *locus vivendi* das representações sociais. Tal dimensão é ressaltada por Arendt (1997, p. 192):

(...) na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano, enquanto suas identidades físicas são reveladas, em qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz.

O imaginário social é composto por conceitos, visões estabelecidas socialmente. Ele não pertence a nenhum indivíduo, mas influencia e conforma a visão de mundo de todos eles. Seu poder e continuidade dão-se por meio da linguagem. É por ela que são criadas as significações imaginárias, ou representações sociais. “Longe de ser um construto meramente linguístico e incorpóreo, as consequências destas representações são físicas, reais, prendem e libertam, criam e dividem espaços de poder” (TEIXEIRA; BISERRA, 2012, p. 24). E “o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade” (ARENDR, 1997, p. 213).

3.3.1 Entendendo a identidade na diferença

Uma relação visível no niilismo pós-moderno é a profundidade das diferenças versus a ausência de profundidade. Não se tem um exame total e completo das questões sociais profundas, e isso se deve ao rol inesgotável de complexidades, as quais não se eliminam, mas são o pano de fundo para as respostas almejadas. A identidade é uma dessas questões profundas e entendê-la é a chave para a resolução de muitos conflitos existenciais. Pensar assim aproxima-se do que Woodward (2000) denomina de perspectiva “não essencialista”, que focaliza as diferenças e os processos de mudanças pelos quais passam atualmente as identidades.

Para Lopes (2002, p. 62), três traços têm sido apontados como característicos das identidades sociais na pós-modernidade. São eles: a fragmentação, a contradição e o processo. A fragmentação ocorre porque as pessoas não podem ser interpretadas de forma homogênea. Mais ainda, a natureza contraditória das identidades sociais coexiste na mesma pessoa por meio de diferentes interações nas quais está envolvida. Por fim, as identidades não são fixas, ou seja, estão sempre em construção e reconstrução.

Desse modo, identidade é algo que não se herda, mas se constrói. É um processo que exige redefinições ao longo da existência humana, visto que o estilo de vida, os padrões, os interesses, também vão mudando (e não poucas vezes). Contudo, um fato é constante: as relações, as conexões, as interdependências se multiplicam, o que aumenta a complexidade social. É um mundo conectado, em que um indivíduo depende de outro. Woodward (1997) destaca que a identidade é marcada pela diferença. É um conceito relacional cujo sentido é adquirido em oposição a outras identidades. “Cada identidade é radicalmente insuficiente em termos de seus ‘outros’” (HALL, 2006a, p. 85).

Por esse razão, as identidades estão em constante negociação, mediadas por meio de práticas discursivas que tendem a construir ordens de discurso que unificam e padronizam contextos diversos da vida humana. E isso é consequência do mundo globalizado, que tende a unificar o local e o global. Sobre a globalização assim pontua Vieira (2005, p. 208): “(...) É um domínio novo e absoluto que desfruta de poder hegemônico instituindo novas práticas discursivas que alargam fronteiras e aumentam o poder global”.

As relações sociais têm-se alterado substancialmente com a integração da sociedade em rede e da globalização. A comunicação hoje não pertence mais a um território definido. Isso em certa medida rompe com as hegemonias locais, contudo, há a presença constante de um discurso global hegemônico que, em certo grau, “dita as regras do jogo”. Sobre essa presença hegemônica dominante, Fairclough (2001, p. 122) destaca:

1. liderança tanto quanto dominação nos domínios econômico, político, cultural e ideológico de uma sociedade;
2. poder sobre a sociedade como um todo de uma das classes economicamente em aliança com outras forças sociais;
3. construção de alianças de poder e a integração muito mais do que simplesmente a dominação de classes subalternas, mediante concessões ou meios ideológicos para ganhar seu reconhecimento;
4. foco de constante luta sobre pontos de maior instabilidade entre classes e blocos para construir e manter alianças e relações de dominação/subordinação, que assume formas econômicas, políticas e ideológicas.

Além disso, não se tem um paradigma que consubstancie a fragmentariedade dos discursos que se realizam no contexto social e que são marcados pela forte influência da sociedade em rede, “caracterizada, em termos gerais, pela globalização das forças de trabalho, por uma organização social em rede, pela virtualidade possível por meio dos

sistemas midiáticos e pela transformação nos fluxos do tempo e do espaço” (BENTO, 2011, p. 110).

Esse contexto, sem dúvida, interfere nas subjetividades, pela tendência atual de homogeneização das subjetividades e pelo apagamento das diferenças, o que não se sustenta, gerando, como consequência, a fragmentação, e consequente complexificação, das identidades. Castells (2006) ressalta a construção das chamadas “identidades coletivas” dentro desse novo modelo social. Lauretis (1994) fala de “sujeito múltiplo”.

Hall (2006) entende que a razão para a fragmentação das identidades modernas deve-se ao deslocamento do sujeito por meio de uma série de rupturas no discurso. É o que se tem sustentado todo o tempo ao longo desta tese: a relação entre discurso e identidade. Sobre a inter-relação entre subjetividade, identidade e globalização, Hall (2006, p. 13) discute:

A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, à medida que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar – ao menos temporariamente.

O paradigma do Estado democrático de direito está aí para provar isso. Como visto no capítulo primeiro, a abertura sistêmica propiciada pela sobrelevação da esfera pública complexificou as relações sociais a ponto de mascarar as identidades, as quais passam a ser desveladas por meio do discurso. E isso se torna mais dramático a partir do momento em que se constata que os discursos estão atrelados a uma ordem maior de discurso da qual não se tem controle.

Assim, se a identidade é marcada pelo discurso, entender o discurso da mulher é de grande relevância para entender como a sua representação se dá no contexto da pós-modernidade. Há uma história (crenças, juízos, valores...) por trás do sujeito mulher que é extremamente representativa, uma espécie de legado que ainda influencia o modo como a mulher se vê e como é vista pela sociedade. E é essa história que tem de conviver com os aspectos da pós-modernidade, não só influenciando-a como também sendo influenciada.

É nesse terreno escorregadio – do velho no novo e do novo no velho, sob o manto da diferença –, que as identidades se constroem. Essa coexistência ou sincretismo entre o arcaico e o moderno é o que também caracteriza a pós-modernidade (GIDDENS, 2002, p. 27). E não resta dúvida de que a diferença causa o estranhamento. Mas com o que é

estranho, mais do que dialogar, negocia-se. Ianni (1997, p. 13) enfatiza que o distanciamento entre o real e o potencial torna as atividades humanas vulneráveis às instabilidades sociais.

Por isso, diz-se que as identidades na pós-modernidade são negociadas (ou negociáveis). É o que destaca Vieira (2005, p. 211): “(...) podemos concebê-la (a identidade) como produto da negociação externa da diferença com outros sujeitos, estabelecendo um contínuo, nessa negociação, cujo propósito permanente é a constituição do self”. Ademais, a realização do *self* autêntico “não está vinculado à submissão a uma comunidade cultural, pois, muitas vezes, autonomias individual e política estreitas de autenticidade de grupo caminham em direções opostas” (BUNCHAFT, 2009, p. 393).

Giddens (1991a) destaca que o “self”, como imagem interiorizada do Eu, não é uma entidade passiva e determinada por influências externas que forjam a própria identidade, mas está sujeito à ação dos indivíduos que contribuem e promovem influências sociais globalizantes. Fairclough (2001, p. 207), por sua vez, fala em “ethos” que, segundo ele, constitui uma ponte em que se podem unir as diversas características, não apenas dos discursos, mas dos comportamentos em geral.

Preocupa, então, saber o lugar da subjetividade (modo de ação) ao se tomar como parâmetro a identidade (modo de representação), uma vez que são interfaces altamente conectadas. Há autores que sustentam ser a subjetividade o que de fato define o sujeito, visto que há uma série de categorias de ordem biológica, social e cultural envolvidas, o que requer a análise de certas variáveis como idade, gênero, classe, escolaridade, etnia, entre outros. É o que dispõe Souza (2012, p. 126):

(...) a noção de subjetividade permanece ainda necessariamente atrelada à de identificação. Afinal, as nossas personalidades ou os grupos com os quais nos identificamos podem ser pensados como constituídos por conteúdos ideológicos específicos e associados a outros sistemas mais amplos de representação do mundo.

Ademais, a dicotomia abertura versus fechamento na pós-modernidade contém uma retórica perigosa, no sentido explicitado por Harvey, ao abordar a assimetria dos sujeitos, calando-os, ao passo em que novas vozes são projetadas:

Enquanto abre uma perspectiva radical mediante o reconhecimento da autenticidade de outras vozes, o pensamento pós-moderno veda imediatamente a essas outras vozes o acesso a fontes mais universais de poder, circunscrevendo-os num gueto de alteridade opaca, da especificidade de um ou outro jogo de linguagem. Por conseguinte, ele priva de poder essas vozes (de mulheres, de minorias étnicas e raciais, de

povos colonizados, de desempregados, de jovens...) num mundo de relações assimétricas. (HARVEY, 2009, p. 112).

3.3.2 A diferença como vetor para a construção da igualdade

Historicamente, bem como num passado recente, as feministas reivindicaram tanto direitos iguais como direitos especiais, em nome da sua identidade com os homens, bem como da sua diferença em relação a eles. A promoção ou a defesa dos direitos da mulher não implica automaticamente uma perspectiva particular da sua identidade. Assim, o verdadeiro antônimo de igualdade é desigualdade, não diferença; e o de diferença é semelhança, não igualdade.

A objeção ao universal, os tipos variados de opressão e a valorização da experiência concreta, conjuntamente, indicam a grande diversidade social. O feminismo, por sua vez, reconhece e afirma a positividade da diferença – resta saber em que medida a diferença é um elemento de inclusão ou de exclusão social.

A diferença é vista como a manutenção de papéis estereotipados diversos, bem como uma forma de bloquear a existência de formas diferentes de ser mulher e de ser homem. E são tantas as formas de projeção do ser homem e do ser mulher que, no final das contas, a própria ideia de um papel masculino e de outro feminino tenderia a desaparecer, como se propõem as utópicas feministas quando conjecturam uma sociedade pós-gênero.

Em contrapartida, qualquer análise que se faça sem levar em conta o papel da diferença é não ter elementos suficientes para desconstruir os estereótipos. São necessários dois parâmetros: unidade e diversidade. Desde já, explicita-se que a diversidade (diferença) tem de ser buscada dentro da unidade, da mesma forma em que a unidade expurga o diverso, o diferente, mostrando o quanto ela mesma (unidade) é produtora da diversidade.

Não importa a forma com a qual se enxergue a diferença, esta deve se compatibilizar com a igualdade. A crítica ao universal leva à compreensão de que a verdadeira igualdade implica o reconhecimento das diferenças, para que todos possam usufruir da mesma autonomia – “a cada um segundo suas necessidades” (como queria o socialismo) ou “tratar os desiguais na medida de suas desigualdades” (princípio da igualdade).

Assim, a valorização da diferença assume a posição de defesa de uma igualdade complexa, que entende que apenas aplicar a mesma régua a todos não gera justiça. Considerar a diferença, no lugar de substituí-la ou anulá-la por um modelo universal (altamente abstrato), é pensar nas condições de oferecer a todos uma igualdade plena, entendida como igual possibilidade de viver uma vida efetivamente autônoma.

No caso do direito da mulher, as lutas para que as leis levem em conta a diferença foram e são cruciais para permitir o acesso das mulheres à esfera pública, na contramão do discurso que vê “privilégios” na proteção às gestantes, em folgas no trabalho para permitir a amamentação dos filhos pequenos ou em cotas para o preenchimento de determinadas funções.

Como já dito no capítulo anterior, a experiência institucional da afirmação do direito das mulheres como um processo de aprendizagem acerca do que de fato o direito das mulheres não é está diretamente ligado ao problema da igualdade. A teoria habermasiana chama a atenção para o processo (igualdade procedimental), pois a forma (procedimento) em si tem implicações substantivas (vivências de toda ordem), inclusive, que há um processo de aprendizado dentro do próprio processo (vivência processual).

Habermas (1997a, p. 169) destaca as políticas sociais do feminismo: os termos da igualdade entre homens e mulheres não podem ser fixados segundo padrões que selecionem determinados aspectos ou experiências sociais tidos como exemplares. Ou seja, as condições da igualdade de tratamento entre homens e mulheres não devem ser estabelecidas exclusivamente pelos administradores, juízes ou mesmo legisladores, mas são as mulheres que devem participar de todo esse processo:

Nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade.

Desse modo, a formação de qualquer direito só tem a sua razão de ser na participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política. Como sintetiza o próprio Habermas: “A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito é o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia se constitui de modo co-originário” (HABERMAS, 1997, p. 158).

Novamente se volta à questão da legitimidade, em como pensar uma racionalidade que se construa em torno do direito da mulher para o alcance da igualdade. É pensar no direito da mulher como o reflexo e o refletor dos problemas da igualdade, no sentido dado por Habermas, que coloca a questão do fortalecimento das mulheres na esfera pública, espaço em que ocorre a discussão entre iguais. Todavia, para o alcance de tamanho *mister*, faz-se necessária a suspensão dos problemas relativos à desigualdade na esfera privada e consequente exclusão das mulheres.

Acresce-se que, para a conquista dessa legitimidade, é necessário fazer a conexão entre legitimidade e identidade da mulher. Toda vivência, experiência, no terreno do direito da mulher, está vinculada a elementos que trazem na sua concepção o concreto e o abstrato, o individual e o coletivo, todos simbioticamente conjugados. Coloca-se, então, o problema da identidade, que passa a ser construída com base nos campos possíveis do direito, como liberdade, igualdade, nome, papel social, entre outros.

A representação individual (concreta) liga-se diretamente à identidade social, na forma de representação coletiva (abstrata). Desse modo, o processo de individualização faz-se em conjunto com o social, pois o indivíduo, para tornar-se o que é (*ethos*), não basta ter nascido, mas precisa da legitimidade social.

Mas ainda sobre o aspecto da identidade, os discursos das mulheres sobre si mesmas trazem um conteúdo que marca em parte o seu empoderamento ao longo das últimas décadas. Contudo, esses mesmos discursos se enfraquecem quando tendem a ser uníssonos na disputa política por direitos. E isso sem levar em consideração uma série de fatores, como a supervalorização do direito à igualdade, cuja consequência foi muito a exploração do seu conteúdo que, necessariamente, a sua concretização.

Um discurso legítimo sobre o direito da mulher deve levar em conta o respeito à diferença. E é no contexto do Estado Democrático de Direito que pensar a diferença torna-se uma tarefa possível, mas não menos árdua, visto que esse paradigma abre múltiplas formas de se pensar a construção de direitos a partir das escolhas feitas pelos indivíduos dentro da própria sociedade.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à forte relação entre identidade e poder. As identidades disputam o poder devido ao seu caráter simbólico e discursivo. De acordo com Woodward (2000, p. 18), não existe nenhum sistema de representação que, ao tratar das identidades, não o faça fora das relações de poder, “incluindo poder para definir quem é incluído e quem é excluído”. Em outra relação, a autora também se refere às

dicotomias presentes nos sistemas classificatórios (como oposições de poder), o que fomentam divisões sociais, como a clássica divisão entre homens e mulheres. Sobre o poder assim dispõe Arendt (1997, p. 212):

O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades.

Para van Dijk (1993, 1998), a atuação do papel (re)produtor da dominação acontece no exercício do poder social das elites, das instituições ou grupos, que resulta em desigualdade social, na qual estão incluídas as desigualdades política, cultural e a advinda da diferenciação e da discriminação de classe, de raça e de sexo.

A diferença também é objeto de disputa (como o é a identidade). Todavia, o exercício da diferença só é possível por meio da superação / transformação dos significados construídos sobre a diferença sexual. Isso porque o saber construído com base na diferença sexual engendra práticas discursivas, discursos, instituições que perpetuam a desigualdade de poder e a cristalização ideológica dessa condição. “A diferença, sabemos, é essencial ao significado e o significado é crucial à cultura” (HALL, 2006a, p. 300).

Exige-se para tanto um nível de consciência altamente sofisticada, aquilo que no estágio da teoria de Kohlberg (1981) chama-se de “princípios autoconscientes”, como uma forma para se atingir a emancipação e a consciência crítica. Para Günther (2004, p. 201),

os próprios participantes decidirão a respeito de quais fenômenos serão tratados como iguais e diferentes. Igualdade e equidade se tornam, desse modo absolutamente sem critérios, de maneira que podem ser relacionadas com quaisquer diferenças consideradas relevantes para um participante do processo.

Desse modo, “a diferença que se associa à igualdade é aquela que permite a livre expressão das individualidades, não a que aprisiona indivíduos e grupos em posições estereotipadas” (MIGUEL, 2014, p. 77). “Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí uma necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças” (SANTOS, 2003, p. 53).

O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. “A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz do movimento

feminista, sobretudo de sua vertente crítica e multiculturalista” (IKAWA; PIOVESAN, 2009, p. 159). “Só o fato da emancipação das mulheres e da classe operária, quer dizer, de grupos de homens e [mulheres] que nunca antes podiam mostrar-se na vida pública, dá um rosto radicalmente novo a todas as questões políticas” (ARENDRT, 2007, p. 76).

Para Ergas (1991), a oposição igualdade-diferença é falsa. A autora destaca que para os igualitários, o feminismo tende a desestruturar o gênero e está geneticamente ligado à sua presença opressiva; para os defensores da diferença, o feminismo tende a valorizar o gênero e é provocada pela negação de identidade que as mulheres sofrem (ERGAS, 1991, p. 592). Esse paradoxo, segundo a autora, contribui para a redução da complexidade das experiências feministas contemporâneas.

Rago (1998) destaca que o feminismo denuncia uma racionalidade que opera num campo ensimesmado, isto é, a partir da lógica da identidade e que não dá conta de pensar a diferença. É nesse ponto que o feminismo se encontra, especialmente com o pensamento pós-moderno, com a crítica do sujeito, a partir das formulações de Lyotard, Derrida, Foucault e outros autores desconstrutivistas.

Lyotard (2000) questiona o lugar da legitimação na era pós-moderna. Para ele, nessa era, “a legitimação se faz plural, local e imanente”. Outro desconstrutivista, Derrida (2002), discute o sentido de “diferença” (*différance*): “diferencialidade em função da qual tudo o que se dá só se dá, necessariamente, em um regime de diferenças (e, portanto, de relação com a alteridade)”. Ou seja, nada existe em si mesmo ou por si mesmo, mas sempre em um processo de diferenciação (“jogo de referências”), não há significado por trás do significante, e que o sentido é efeito constituído por uma cadeia de significantes (remete à ideia de “jogo linguístico”, cf. Wittgenstein).

Em uma análise política da relação entre a identidade e o reconhecimento das diferenças, Bunchaft (2009, p. 385) propõe integrar ambos os seguintes paradigmas: “a conjunção entre uma política econômica socialista capaz de reduzir as diferenças sociais, e uma política cultural desconstrutivista, que levaria, não ao esforço das identidades, mas a desconstrução das mesmas”. É uma proposta similar à teoria da redistribuição / reconhecimento de Nancy Fraser:

É necessário unir os critérios de redistribuição e reconhecimento para a construção de uma sociedade justa, pois tais dimensões estão relacionadas e se reforçam mutuamente. Enquanto a redistribuição requer um tratamento igualitário, o reconhecimento exige o contrário, ou seja, o reconhecimento das singularidades de cada indivíduo e a valorização das suas diferenças. Com efeito, ambas as dimensões são aparentemente irreconciliáveis, pois correspondem a aspectos embasados em

pressupostos contraditórios: igualdade e diferença. (FRASER apud BUNCHAFT, 2009, p. 385).

De acordo com Bunchaft (2009), a política de identidade, ao negligenciar lutas por redistribuição, termina por ensejar a reificação⁹⁵ identitária, que constitui uma forma fragmentada e simplista de abordar a identidade. “A identidade da mulher, por exemplo, é composta por uma multiplicidade de elementos, como etnia, classe, orientação sexual, idade” (p. 386). Nesse sentido, a reificação identitária, ao universalizar uma identidade feminina autêntica, “desconsidera a articulação das diferenças entre as próprias mulheres, pressupondo a existência de uma essência feminina universal que obscurece distinções entre mulheres brancas, negras e, também, as lésbicas” (p. 386).

Há uma aproximação entre a teoria de Fraser (redistribuição / reconhecimento) e a de Habermas (consenso): a dimensão redistributiva relaciona-se à valorização da identidade (participação paritária). Há uma aposta no potencial emancipatório da deliberação pública, que é assegurar aos indivíduos a oportunidade de participar livremente na vida social pela eliminação de obstáculos institucionais que impedem a interação plena no espaço público.

Para Fraser (2007, 2009), não se deve reduzir injustiças distributivas à dimensão do reconhecimento, pois cada tipo de injustiça requer soluções específicas – teoria bifocal não reducionista (distribuição e reconhecimento como categorias distintas). “Os liames identitários não devem ser essencializados, mas sujeitos à revisão pública” (BUNCHAFT, 2009, p. 392). Daí a importância das lutas realizadas argumentativamente na esfera pública, para a reconstrução de vínculos interacionais mais propícios à inclusão de todos aqueles que integram uma sociedade multicultural (cultura política aberta e pluralista).

Finda-se este tópico, mas parece que uma resposta para a conciliação entre igualdade e diferença está, a priori, fora do alcance, devido à complexificação identitária dada pela própria fragmentação. E as dúvidas persistem: Como pensar a diferença sem ignorar e perder a identidade? É possível pensar a unidade na diferença sem a referência da significação e do fundamento último em face das manifestações de gênero?

⁹⁵ Thompson (1995) trata da reificação como um dos modos de operação da ideologia, em que as relações de dominação são mantidas por meio de eternalização de situações transitórias. As principais estratégias desse modo de operação de ideologia são: a naturalização (algo construído historicamente que é tido como natural e inevitável), a eternalização (esvaziamento de fenômenos históricos, tratando-os como eternos e imutáveis) e a nominalização (transformação de sentenças e ações em nomes).

3.3.3 A política pós-identitária à luz da categoria de gênero: identidades em aberto

Para o escopo desta tese, o gênero, como categoria de análise, é bastante significativo e é com ele que se dá cabo à parte do que nesta pesquisa é discutido e sustentado. Considera-se, até, a noção de gênero como a pá de cal que faltava para desmistificar a ideia de uma identidade universal para a mulher pós-moderna. Nada disso faz mais sentido. Como já dito, as identidades estão em constante construção, pois a construção do gênero é uma constante, e há sempre um vazio a ser preenchido. Por isso, “a ética da existência como possibilidade ou potência deve ser a ética feminista da subversão ao gênero” (DINIZ, 2014, p. 17).

A política pós-identitária, defendida pela teoria *queer*⁹⁶, parte do princípio de que toda ação política é a produção de uma identidade coletiva (o que não quer dizer identidade, absoluta, imutável, irrevogável). Butler (2015) utiliza o conceito “gêneros inteligíveis”, em que diferentes identidades de gênero podem assumir a matriz hegemônica, construída segundo as ideologias de gênero dominantes, ou, ao contrário, distanciam-se delas, assumindo novos modos de ser, diferentes modos de ser homem e de ser mulher, diferentes formas de expressão da masculinidade e da feminilidade. Em síntese, “são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo” (p. 43).

Com isso, Butler (2015) busca deslocar o feminismo do campo do humanismo, como prática política que pressupõe o sujeito com identidade fixa, para algo que deixe em aberto a questão da identidade, algo que não organize a pluralidade, mas a mantenha aberta sob permanente vigilância. Para ela, não existe uma identidade de gênero por trás das expressões de gênero, e que a identidade é performativamente constituída, em paralelo ao pensamento de Derrida (2002): “não há significado por trás do significante, e que o sentido é efeito constituído por uma cadeia de significantes”. Nas palavras da própria autora,

a desconstrução da identidade não é a desconstrução da política; ao invés disso, ela estabelece como políticos os próprios termos pelos quais a identidade é articulada. Esse tipo de crítica põe em questão a estrutura

⁹⁶ “Em inglês, *queer* significa ‘estranho’ ou ‘desviante’ e era um termo depreciativo usado para designar os homossexuais. A partir dos anos 1980, ativistas gays assumiram a palavra para se referirem a si mesmos, buscando anular seu sentido ofensivo. A teoria *queer* é uma reflexão sobre gênero, que nasce do feminismo e do movimento LGBT, marcada por uma oposição radical à dicotomia homem/mulher. (...) A teoria *queer* expande a noção, falando numa ‘heteronormatividade’ que faz com que a heterossexualidade esteja pressuposta nos diversos espaços sociais” (MIGUEL, 2014, p. 83). Discute-se que um dos desdobramentos do pensamento de Butler é o abandono do feminismo (como bandeira ultrapassada) e o fortalecimento das teorias *queer* (gays, lésbicas e transgêneros).

fundante em que o feminismo, como política de identidade, vem se articulando. O paradoxo interno desse fundacionismo é que ele presume, fixa e restringe os próprios “sujeitos” que espera representar e libertar. (BUTLER, 2015, p. 256).

Bauman (2009, p. 178) afirma que as identidades são atualmente o prisma por meio do qual outros tópicos da vida contemporânea são localizados, agarrados e examinados. Para Bauman (2005), as identidades atuais pertencem à época “líquido-moderna” (identificação + pertencimento). “Flutuam no ar, algumas de nossa própria escolha, mas outras infladas e lançadas pelas pessoas em nossa volta, e é preciso estar em alerta constante para defender as primeiras em relação às segundas” (BAUMAN, 2005, p. 19).

Sobre a identidade em aberto das mulheres versus a latente necessidade existencial, Bauman (2005, p. 60) parece oferecer uma resposta para esse paradoxo: uma identidade “firmemente fixada e solidamente construída seria um fardo, uma repressão, uma limitação da liberdade de escolha. Seria um presságio da incapacidade de destravar a porta quando a nova oportunidade estiver batendo”. É constituída de “luta simultânea contra a dissolução e a fragmentação; uma intenção de devorar e ao mesmo tempo uma recusa resoluta a ser devorado” (p. 84). Para Bauman (2009, p. 183) “a incompletude das identidades e a responsabilidade individual para sua conclusão estão intimamente relacionadas a todos os outros aspectos da condição moderna”.

Ao se discutirem as linhas paradoxais da identidade na pós-modernidade, o feminismo contemporâneo levanta algumas questões (ERGAS, 1991): a) Propiciará o sexo uma espécie de substrato físico no qual toda a identidade de gênero pode ser inserida, ou, pelo contrário, estará o gênero inexoravelmente enraizado no sexo? b) O corpo sexuado será, na verdade, um dado imediato, ou o significado das propriedades físicas – as diferenças anatômicas entre homens e mulheres – será em si mesmo o resultado de um processo de identificação dos gêneros?

Parecem perguntas sem respostas, mas que mostram que o processo de construção histórica do gênero agora passa por um processo de desconstrução (o que não quer dizer eliminação, expurgo). Desconstrói-se para reconstruir algo em seguida. Mas não restam dúvidas da emergência em se construir um sujeito do feminismo. “Parece necessário repensar radicalmente as construções ontológicas de identidade na prática política feminista, de modo a formular uma política representacional capaz de renovar o feminismo em outros termos” (BUTLER, 2015, p. 24).

As identidades que são representadas são as que detêm o poder. Daí necessidade de questionamentos aos sistemas de representação das identidades e os elementos que lhe dão suporte e sustentação. Destaca-se, porém, que a linguagem não se presta apenas à função de representação, em grande parte, as identidades e as diferenças realizam-se (linguisticamente) por meio dos “atos performativos”⁹⁷.

O gênero “é não apenas o efeito da representação, mas também o seu excesso, aquilo que permanece fora do discurso como um trauma em potencial que, se / quando não contido, pode romper ou desestabilizar qualquer representação” (LAURETIS, 1994, p. 209). Para a autora, o gênero se faz como um discurso hegemônico, permeando toda a vida social, a linguagem, o modo de existir. Portanto, não há uma realidade ontológica prévia ao discurso.

Butler (2015), por sua vez, assume a postura de que o gênero não deve ser construído como uma identidade estável ou um lugar de ação com uma sequência de atos, mas como uma “identidade tenuemente constituída no tempo, instituído num espaço externo por meio de uma *repetição estilizada de atos*” (p. 242). Nas suas próprias palavras,

o efeito do gênero se produz pela estilização do corpo e deve ser entendido, conseqüentemente, como a forma corriqueira pela qual os gestos, movimentos e estilos corporais de vários tipos constituem a ilusão de um eu permanente marcado pelo gênero. Essa formulação tira a concepção de gênero do solo de um modelo substancial da identidade, deslocando-a para um outro que requer concebê-lo como uma *temporalidade social* constituída. (BUTLER, 2015, p. 242).

Scott traz outro modelo de reflexão sobre o gênero, em que, atrás do gênero, as mulheres tornam-se invisíveis e descomprometidas com o caráter político de sua própria luta. Destaca que o termo gênero também é utilizado para sugerir que “qualquer informação sobre as mulheres é necessariamente informação sobre os homens” (SCOTT, 1995, p. 75). Assim, para entender as mulheres faz-se necessário tomar como base o referencial masculino, pois é a partir dele que a mulher constrói sua identidade, passando o feminino a ser visto como oposto ao masculino (negação).

Portanto, existe uma questão ideológica que é permeada pela prática discursiva, nos termos do que dispõe Funck (2014, p. 29):

A prática discursiva, especialmente da linguagem verbal, é um campo que perpassa todos os outros e que vai além deles, sendo inclusive bem mais insidioso porque suas conseqüências são geralmente invisíveis.

⁹⁷ “Na proposição de Austin (1962), a performatividade se refere à força da linguagem em fazer com que as coisas aconteçam, se efetivem ou se realizem, distinguindo-se da mera função descritiva. Por meio dos atos performativos, o locutor não só diz, mas realiza algo (...)” (BENTO, 2011, p. 108).

Refiro-me às ideologias embutidas na linguagem, pois a ideologia é cognitiva, adquirida, e os esquemas que nos fazem conhecer e interpretar o mundo são transmitidos pelas palavras. Se não nascemos mulheres (ou homens), nos tornamos marcadas pelo gênero mediante a interação, em que a linguagem é absolutamente vital.

A reconstrução das identidades é um processo em aberto, que não se dá mais só dentro do espaço político do feminismo, mas em todas as instâncias da sociedade. E aqui se retoma o problema central desta tese e que será tratado no capítulo seguinte, o de que essa problemática dos sexos exige uma redefinição da democracia e da cidadania em um contexto favorável ao reconhecimento das diferenças, pois o espaço democrático é heterogêneo e gerador de ideias, valores, direitos.

Conclui-se este capítulo com a certeza de que tudo deve ser pensado em termos de linguagem. Tal fato, como descrito, passou a ser mais explorado cientificamente com o “giro linguístico”, que impôs o estabelecimento do sentido dos atos a partir do estudo da comunicação em uso. Desse modo, a abordagem de racionalidades comunicativas é de essencial importância para fazer a ponte entre os paradigmas jurídicos e a luta feminista.

Ademais, abordou-se o contexto em que a sociedade hoje está imersa, que é o da sociedade em rede, pós-moderna, cuja ideologia capitalista (globalização e seus discursos) baseia-se em razões instrumentais e estratégicas (tecnocráticas), que sustentam práticas discursivas e sociais que engendram relações de poder assimétricas.

Discutiu-se, também, a questão da identidade social da mulher, destacando alguns pontos pelos quais se constata a fragmentação decorrente do rompimento a partir das experiências vivenciadas individual e coletivamente. Constatou-se, então, que “identidade” é um conceito relacional, pois a sua construção depende da relação entre os sujeitos sociais e as instituições, o que, necessariamente, é intermediado pelo processo comunicativo de construção de sentido. Portanto, a identidade é construída dentro de vários sistemas sociais, o que implica o caráter híbrido das identidades na pós-modernidade.

Desse modo, o caminho para a construção da igualdade requer um mergulho na questão identitária para o entendimento das diferenças. Daí, reitera-se a importância da discussão sobre o papel das lutas sociais feministas e das epistemologias e relações de gênero nos diferentes campos de conhecimento, o que mostra ser necessário a formação de consciência sobre os efeitos ideológicos e hegemônicos que o uso cotidiano da linguagem (jogo linguístico) tem sobre todos.

CAPÍTULO 4

O DIREITO À DIFERENÇA PARA AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE NO JULGAMENTO DA ADI N. 4.277 E DE OUTROS CASOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM DE APLICAÇÃO AO DIREITO DA MULHER

Neste capítulo, discute-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹⁸ (ADI) n. 4.277, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no que concerne à união de pessoas de mesmo sexo (“casamento gay”). A escolha deste caso para análise tem a sua razão de ser, pois, além de ser pertinente ao tema da tese, uma vez que discute os aspectos teóricos dos capítulos, trata de questões jurídicas de extrema relevância social no contexto da pós-modernidade e do pensamento pós-metafísico.

Especificamente, a ADI n. 4.277, protocolada na Corte inicialmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁹⁹ (ADPF) n. 178 e julgada conjuntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, deu margem a julgamento histórico que: 1) reconheceu como entidade familiar a união estável entre homossexuais e; 2) estendeu aos companheiros homoafetivos os mesmos direitos e deveres de que são titulares os companheiros heterossexuais.

Esse julgamento emblemático sinaliza um novo rumo para o direito no Brasil. Ele resume em parte os rumos do pensamento jurídico da Corte Suprema brasileira, que incorpora o novo sentido adquirido pelo direito contemporâneo, agora em uma perspectiva pós-metafísica, o que implica, a partir de então, decisões cujos argumentos se

⁹⁸ “Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de ‘controle concentrado de constitucionalidade das leis’. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese. Uma outra forma de controle concentrado é a Ação Declaratória de Constitucionalidade. O oposto disso seria o ‘controle difuso’, em que inconstitucionalidades das leis são questionadas indiretamente, por meio da análise de situações concretas. Fundamentos legais: Constituição Federal, artigo 102, I, a. Lei 9868/99. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 169 a 178”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>> Acesso em: 13 fev. 2016).

⁹⁹ “É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>> Acesso em: 13 fev. 2016).

aproximam bastante da tentativa de uma ideal de justiça na análise dos casos concretos, conforme discutido no Capítulo 1.

O cerne deste capítulo é fazer uma interface entre a decisão do STF com o direito da mulher, com as questões de identidade, de igualdade, de diferença de gênero, entre outros assuntos pesquisados ao longo da tese. Busca-se mostrar, também, o quanto o direito tem aprendido com a experiência, ou seja, com a luta das minorias pelo reconhecimento dos seus direitos e o quanto o debate público tem influenciado tais decisões.

Por essa razão, a hipótese aqui investigada é verificar *se a experiência da luta feminista e a experiência do direito nos paradigmas jurídicos construíram experiências cognitivas e práticas e o quanto esse conhecimento resultante tem influenciado as decisões jurídicas do Supremo Tribunal Federal, na observância dos novos conceitos introduzidos no espaço da pós-modernidade, do mundo globalizado, da sociedade em rede e da complexidade social*. E mais, cabe pensar como a decisão em sede da ADI n. 4.277 pode revisitar e ajudar a ampliar o campo de visão em relação a questões pendentes em relação ao direito das mulheres.

Inevitavelmente, a discussão leva à dualidade entre o reconhecimento da autenticidade de vozes, que afirma igualdade, em contraponto à vedação do pensamento pós-moderno, que também afirma igualdade, mas que incorpora as nuances da sociedade pós-metafísica¹⁰⁰, a qual levanta, entre outros temas, os valores morais e a dimensão religiosa. Nesse contexto, o mais importante é a busca e o aprofundamento das grandes questões sociais, por meio do equilíbrio e da ponderação das ideias e dos argumentos, do debate e da crítica.

Cabe aqui retomar o que já foi dito nos capítulos anteriores sobre o que, segundo Habermas, configuram os quatro motivos que caracterizam a ruptura com a Tradição, quais sejam: o pensamento pós-metafísico; a virada linguística (cf. Wittgenstein); o modo de situar a razão; e, a inversão do primado da teoria frente à prática (valorização da experiência).

Durante todo o transcurso desta tese, tem-se dado destaque ao primado da linguagem como o novo paradigma em substituição ao paradigma moderno da razão. Deve-se considerar o lugar da razão e das emoções na vida do ser humano, mas considerando as diferenças e as questões multiculturais. A isso tudo se atrela um ideal de

¹⁰⁰ Sobre o movimento anterior, a metafísica, a título de comparação para o entendimento do conceito de pós-metafísica, estabeleceu-se discussão nos capítulos anteriores.

justiça no sentido de avançar e recuar nos julgamentos, a partir do debate público, que, segundo John Rawls (2000, 2002), culmine no chamado “equilíbrio reflexivo”. O debate público requer que os julgamentos sejam compartilhados no sentido de um pluralismo racional sobre o que representa o bem para a coletividade.

4.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277

Resumidamente, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 5 de março de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277¹⁰¹, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconhecesse sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

A ADI n. 4.277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF n. 178¹⁰². A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No pedido, a PGR solicitou, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A PGR sustentou, à época, que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal; da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF); da vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF); da liberdade (artigo 5º, *caput*); e, da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF).

Com igual objetivo, considerando a omissão do Poder Legislativo federal sobre o tema, o governo do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF n. 132¹⁰³, em que também

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 / DF, 5/5/2011. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nrn5kp>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

¹⁰² O inteiro teor da petição inicial que ensejou a ADPF n. 178, que, posteriormente, transformou-se na ADI n. 4.277 encontra-se disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal no seguinte link: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nrn5kp>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 / RJ, 5/5/2011. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 13 fev. 2016.

alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

A decisão foi tomada no julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, esta última ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e pelo governo do Rio de Janeiro. O relator do caso, ministro Carlos Ayres Britto, julgou procedentes as duas ações para dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal e para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.

O voto do ministro Carlos Ayres Britto foi precedido de manifestações¹⁰⁴ da Advocacia-Geral da União (AGU), da Procuradoria-Geral da República (PGR) e de diversas entidades representativas de homossexuais pela procedência das duas ações, ao passo que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks se manifestaram contra.

O representante da CNBB alegou que a Constituição Federal não prevê esse tipo de união. Segundo ele, a Constituição estabelece limitação expressa, ao prever união estável entre homem e mulher, e não entre seres do mesmo sexo. Portanto, de acordo com o advogado, não se trata de uma lacuna constitucional. Logo, não caberia ao Judiciário, mas sim ao Legislativo, se for o caso, alterar o correspondente dispositivo constitucional.

Para o entendimento do voto de cada um dos ministros do Supremo Tribunal Federal nas referidas ações, faz-se uma análise nos tópicos seguintes do seu conteúdo jurídico, de modo a buscar parâmetros para a investigação da hipótese proposta neste capítulo. Contudo, antes da análise dos votos, é de todo pertinente dispor sobre o conteúdo da ADPF n. 178, que, posteriormente, veio a ser tornar a ADI n. 4.277.

¹⁰⁴ Manifestações de entidades admitidas como *amici curiae* (“amigos da Corte”). Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>> Acesso em: 13 fev. 2016).



Imagem 6 – Supremo Tribunal Federal - Sessão de julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADP n. 132¹⁰⁵

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178

A ADPF n. 178, posteriormente ADI n. 4.277, foi protocolizada pela Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, em 2 de julho de 2009, com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal declarasse o seguinte (p. 2): a) “a obrigatoriedade de reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher”; e b) “que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”.

Sobre os fatos que ensejaram a ADPF n. 178, levantam-se aqui alguns considerados relevantes, mas que estão restritos apenas à petição da PGR devido à extensão e repetição dos argumentos. A peça inicial, quando de sua protocolização, foi instruída com outros documentos (representações, pareceres, decisões de outros *amicus curiae*). São estes os principais fatos levantados pela PGR:

- 1) reforçou que “com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir

¹⁰⁵ Foto ilustrativa da sessão de julgamento conjunto no Supremo Tribunal Federal da ADI n. 4277 e da ADP n. 132. Retirada do Google imagens: Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=foto+da+sess%C3%A3o+de+julgamento+da+adi+4277&biw=986&bih=617&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwigisvR9IbLAhUGGJAKHXV5BvIQ_AUIBygC#imgrc=qi4zZT6pWcf_JM%3A>.

publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros” (p. 3-4);

- 2) citou a iniciativa de países que já estão adotando medidas para o reconhecimento desse tipo de relação: “a idéia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só em privá-los do uso de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade” (p. 4);
- 3) ao se referir às visões preconceituosas sobre o assunto (“pecado” ou “doença”), aos princípios da liberdade de religião e da laicidade, destacou que “não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas decorrentes” (p. 4);
- 4) a tese defendida na ação tomou como base a própria Constituição Federal, quando cita os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Enfatizou, ainda, que “diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher” (p. 4-5).
- 5) defendeu que “o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da aplicação imediata dos princípios constitucionais” (p. 5);
- 6) ressaltou que a ausência de regulamentação legal compromete, “na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais” (p. 5). Segundo ela, “o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-se às relações existentes entre homem e mulher, mantendo neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96” (p. 5);

7) reforçou que, “em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar a mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias” (p. 6). (Grifo nosso).

A tese de mérito defendida pela PGR foi no sentido de que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implicaria violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º *caput*) e da proteção à segurança jurídica (p. 7).

Destacou que, em face da ausência de regulamentação infraconstitucional, “a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelas regras que versam sobre a união estável heterossexual, previstas no art. 1723 e seguintes do Código Civil, aplicadas analogicamente” (p. 34).

4.1.1 Como votaram os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da união homoafetiva

Nas linhas a seguir, tem-se um resumo do voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade do reconhecimento das uniões homoafetivas¹⁰⁶.

¹⁰⁶ EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa

humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. p. 611-615.

Ministro Carlos Ayres Britto

Como relator do processo, o ministro Carlos Ayres Britto enfatizou que o artigo 1.723 do Código Civil é quase uma cópia do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Para ele, a diferença fundamental é que, enquanto a CF fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista, o Código Civil não dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista.

Reforçou que o texto em si do artigo 1.723 é plurissignificativo, comporta mais de uma interpretação. E ainda observou que, por comportar mais de uma interpretação, sendo que uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, a interpretação deve ser conforme. “E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de ‘interpretação conforme à Constituição’, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal” (p. 625).

Em sua argumentação, disse que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal (que tratam da família) está contida a proibição de uma formação familiar a partir de uma relação homoafetiva. Segundo ele, ao contrário do que dispunha a Constituição de 1967, segundo a qual a família se constituía somente pelo casamento, a de 1988 evoluiu para dar ênfase à instituição da família, independentemente da preferência sexual de seus integrantes.

Ele argumentou, também, que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Segundo ele, “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” (p. 631). Observou que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

No contexto, lembrou que a União Europeia baixou diversas resoluções em que solicita a países membros, que ainda mantenham legislação discriminatória contra homossexuais, que a mudem, com vistas a respeitar a liberdade e a livre determinação desses grupos.

Ademais, argumentou que a Constituição Federal age com intencional silêncio quanto ao sexo, respeitando a privacidade e a preferência sexual das pessoas. Para ele, a Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. “Realmente, em tema do

concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio” (p. 634). Assim, segundo ele, é um direito subjetivo da pessoa humana, perfilha-se ao lado das clássicas liberdades individuais. Destacou que a preferência sexual é um autêntico bem da humanidade, observando que, assim como o heterossexual se realiza pela relação heterossexual, o homoafetivo tem o direito de ser feliz relacionando-se com pessoa do mesmo sexo.

Por fim, disse que o artigo 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. “A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser” (p. 648).

Ministro Luiz Fux

O ministro Luiz Fux votou a favor da equiparação da união homoafetiva à união estável prevista no artigo 1.723 do Código Civil. A exemplo do que defendeu o relator do processo, citou inúmeros princípios constitucionais que garantem esse direito aos casais homossexuais, como o da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. “Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico” (p. 687).

Ressaltou que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, positivamente, não quis excluir a união homoafetiva. A afirmação do ministro é uma resposta ao argumento de que a Constituição somente permitiria o reconhecimento da união entre um homem e uma mulher e que a alteração dessa interpretação dependeria de uma emenda do Congresso. Segundo ele, a consequência direta de a Constituição estabelecer, entre outros princípios, que todos os seres humanos são iguais perante a lei, é a de que os casais homossexuais formam, perante a lei, uma união estável comparável à família.

Para o ministro, o conceito de família só tem validade se privilegiar a dignidade das pessoas que a compõem. Para ele, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. Ele também afirmou que somente por força da intolerância e do preconceito, que classificou como questões abomináveis para o escopo da Constituição, poderia negar esse direito a casais homossexuais. Citou leis e decisões de outros países sobre a união homoafetiva.

O ministro disse ainda que, ao reconhecer esse direito, o STF não estaria reescrevendo a história das minorias, já que a união homoafetiva é um fato da vida, uma realidade social. Como exemplo, citou norma que permite que parceiros de casais homossexuais figurem como dependentes em declaração de imposto de renda. “Tanto é realidade que já há normação secundária que permite que os parceiros homoafetivos figurem como dependentes da Previdência Social. A Receita Federal admite que eles possam ser declarados dependentes” (p. 691).

Assim, considerou o julgamento da matéria como um “momento de travessia”. “A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou” (p. 692). Concluiu: “daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade” (p. 693).

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

A ministra Cármen Lúcia também votou a favor do reconhecimento da união homoafetiva, acompanhando o voto do relator, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil. Ela fez questão de externar que todas as formas de preconceito merecem o repúdio de todos. “E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito” (p. 697).

Como a regra do artigo 1.723 do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em união homoafetiva, a ministra enfatizou que “a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema” (p. 698).

Para ela, a Constituição Federal deve ser interpretada como um sistema normativo harmônico, em que, garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade, pelo

artigo 5º, *caput*, da Constituição, há de se assegurar que seu exercício não possa ser tolhido, lembrando que todos são livres para exercer suas escolhas.

Ao citar Ruy Barbosa, ressaltou que “o direito não dá com a mão direita para tirar com a mão esquerda” (p. 700). Sustentou que “não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade, e por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito” (p. 700-701).

Pontuou que a Constituição não permite discriminações. “Aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo” (p. 701).

Concluiu o voto acentuando o pluralismo como “trilha pela qual há de se conduzir o intérprete” (p. 703) e reconhecendo como “entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva” (p. 704).

Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou o voto do relator. Observou que a união homoafetiva estável não está no rol das famílias abrangidas pelo artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, que somente contempla as famílias heterossexuais constituídas pelo casamento, por união estável, pública e duradoura, e, ainda, a monoparental, que é a família que continua constituída entre pai ou mãe e filhos, na ausência de um dos genitores.

Ele lembrou, inclusive, que durante a Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, “a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto” (p. 711).

O ministro sustentou, entretanto, que a união homoafetiva estável no tempo e pública é hoje uma realidade. Tanto que, no último senso, o Estado, “por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da

pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País” (p. 717-718).

No contexto, ele se reportou ao constitucionalista português José Gomes Canotilho, que defende a aplicação da técnica da integração analógica, quando fatos não previstos não podem ser abrangidos por interpretação extensiva do texto constitucional, “diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional” (p. 712).

Portanto, para ele, a integração analógica seria a que estaria no espírito do texto constitucional, porque melhor atenderia ao primado da dignidade humana nele previsto, sem desrespeitar os tipos já consagrados de entidades familiares. “O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo” (p. 718).

Ministro Joaquim Barbosa

O ministro Joaquim Barbosa também acompanhou o voto do relator. De acordo com ele, o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, especificamente destinado a regulamentar uniões informais entre homem e mulher, mas em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais.

Destacou o seguinte: “Estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito” (p. 723). Ressaltou que se trata de uma hipótese em que “o direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais não apenas entre nós, brasileiros, mas em escala global” (p. 723).

O ministro observou que essa realidade social é incontestável, uma vez que as uniões homoafetivas sempre existiram e existirão. Comentou que “o que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo” (p. 723).

Com fundamento na doutrina de outros países, acerca do enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, informou que houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e da natureza das respectivas reivindicações. No entanto, segundo ele, atualmente, o que se busca é “o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas” (p. 724).

Ele também considerou que “a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos” (p. 726).

De acordo com ele, a Constituição Federal não cita, nem proíbe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, mas a própria Carta estabelece que o rol de direitos fundamentais do cidadão não se esgota naqueles expressamente elencados por ela. Completou que outros direitos “podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou ainda dos tratados internacionais firmados pelo país” (p. 725).

Para o ministro, o reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre de “uma emanção do princípio da dignidade humana” (p. 725), segundo o qual todos, sem exceção, têm direito à igual consideração. Avaliou que “o não reconhecimento [da união homoafetiva] (...) simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana” (p. 725). Para ele, a Constituição acolheu o princípio da vedação de todo tipo de discriminação.

Por fim, entendeu que, além do fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem proteção em sede de direitos fundamentais, o reconhecimento dos direitos decorrentes de uniões homoafetivas também se respalda no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e no princípio da não discriminação, “normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção de direitos fundamentais” (p. 727).

Ministro Gilmas Mendes

O ministro Gilmar Mendes também se manifestou favorável à constitucionalidade da união homoafetiva. Destacou que é um caso muito claro de proteção dos direitos fundamentais. Segundo ele, a ideia de opção sexual está contemplada na ideia de exercício de liberdade e do direito de cada indivíduo de autodesenvolver sua personalidade. E acrescentou que a falta de um modelo institucional que proteja casais homossexuais estimula a discriminação. “Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícias em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem” (p. 748).

Diante do “limbo jurídico”, ou seja, da lacuna legal resultante da omissão do Poder Legislativo em face da matéria, o ministro ponderou ser dever de uma Corte Constitucional garantir a proteção da união homoafetiva, em respeito aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias. Dessa maneira, destacou a importância da atuação do Supremo em quadros semelhantes, quando de fato a omissão da Corte representaria um “agravamento no quadro de desproteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados” (p. 748-749).

Ele concordou, “em linhas gerais”, com o pronunciamento do relator da matéria, mas pontuou preocupações e divergências de fundamentação. Por exemplo, frisou que uma interpretação literal da Constituição não deixa nenhuma dúvida de que o texto fala de união estável entre homem e mulher (parágrafo 3º do artigo 226). “Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso” (p. 732). Portanto, “é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos” (p. 734).

Em contrapartida, ressaltou que “o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil estável entre pessoas do mesmo sexo”. Diante da lacuna legal, o ministro reafirmou que “há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio

da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual” (p. 734).

Ressaltou, ainda, que seu voto se limita “a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos” (p. 745). Para ele, “pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas” (p. 745).

Ministra Ellen Gracie

A ministra Ellen Gracie acompanhou integralmente o voto do relator. Fez referência ao conceito de família e à proteção que esta recebe no direito brasileiro. Ao citar a Carta Maior, apontou que a família exige a durabilidade da relação, a não clandestinidade e a continuidade, além da ausência de impedimento.

Assinalou que a evolução do direito que cabe aos homossexuais teve início há anos, já no Código napoleônico, que descriminalizou a prática homossexual, até então considerada um delito. Segundo ela, essa evolução tem também outras “barreiras” a serem vencidas para que se consiga a “igualdade plena”.

Ela acrescentou, ainda, que todos os países da Europa ocidental já possuem esse entendimento e que, recentemente, Argentina, Espanha e Portugal também aprovaram legislação no mesmo sentido. Afirmou, também, que o Canadá e a África do Sul obtiveram o mesmo avanço por meio de decisão jurisdicional.

Asseverou, ainda, que uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes. E, finalizou dizendo que o Supremo restitui aos homossexuais o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade.

Ministro Marco Aurélio

O ministro Marco Aurélio também acompanhou o relator. Observou que o conceito de família evoluiu e que não existe, na Constituição Federal, vedação à aplicação do regime da união estável a essas uniões. Afirmou que “em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar” (p. 815). Para ele, “alterou-se a visão tradicional

sobre família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum” (p. 815).

Observou, ainda, que “se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal” (p. 815).

Ele disse fazer uma leitura da Constituição em que aponta os valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, (princípio da dignidade humana); 3º, incisos II e III, (objetivos do desenvolvimento e do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); e 5º, *caput*, (princípios da igualdade e liberdade).

O ministro observou que direito e moral devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. Entretanto, embora ressalvasse a forte “influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados ‘crimes contra os costumes’, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos” (p. 812). Disse que concepções morais não podem determinar o tratamento dispensado pelo Estado aos direitos fundamentais.

Ademais, afirmou que “as garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual” (p. 812).

Caso não houvesse o reconhecimento por parte do Estado, afirmou que “certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família” (p. 819). E acrescentou o seguinte: “exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. “Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual” (p. 819-820).

Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator e afirmou que o julgamento da ADI n. 4.277 e da ADP n. 132 constitui um marco histórico na caminhada

da comunidade homossexual brasileira. Lembrou as perseguições sofridas por homossexuais desde o início da história brasileira. “Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à *vivência homoerótica* em nosso País” (p. 833).

Disse que “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual” (p. 833-834). Frisou, ainda, que ninguém pode ser privado de seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Ele se referiu ao “direito personalíssimo do cidadão à orientação sexual quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, do direito personalíssimo à orientação sexual quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares” (p. 836).

Asseverou que tanto uniões heterossexuais quanto homossexuais são entidades familiares. “Havendo convivência duradoura, pública e contínua, entre duas pessoas, com objetivo de constituição de família – nesse sentido mais amplo –, mister reconhecer a existência de união estável, independente do sexo dos parceiros” (p. 838-839), entendendo que esses casais devem ter direito às mesmas proteções. Ressaltou que, até que o legislador regule essas proteções, incumbe ao Poder Judiciário assegurar aos casais homoafetivos os mesmos direitos que merecem as demais uniões.

Segundo ele, exatamente por falta de normas específicas, é que o Judiciário foi chamado para garantir o livre exercício da liberdade e igualdade, como garante dos direitos fundamentais. Sustentou que “não pode o Estado conviver com o estabelecimento de diferenças entre cidadãos com base em sua sexualidade” (p. 848). Para ele, assim como é inconstitucional perseguir e impedir o acesso de homossexuais a bens culturais, também o é excluí-los dos direitos à segurança em suas relações.

Com várias menções ao chamado direito à “busca da felicidade” e à grave ofensa que a discriminação causa aos princípios constitucionais – principalmente à dignidade da pessoa humana, valor fonte que conforma e inspira todo ordenamento constitucional –, o

ministro disse entender que a decisão que o STF toma no julgamento das duas ações é um passo significativo contra essa discriminação, no sentido de “viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva” (p. 836).

Manifestou-se no sentido de ser obrigatório o reconhecimento, com efeito vinculante, como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, “desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo” (p. 871-872).

Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso também acompanhou o voto do relator. Ressaltou que a decisão do Supremo em reconhecer a união homoafetiva “convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável” (p. 877).

Ressaltou que há uma lacuna a ser preenchida e que a interpretação para o caso em questão deve tomar com base a analogia. “E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo” (p. 874).

4.1.2 O caráter contramajoritário da decisão do STF no julgamento da união homoafetiva

A tese do Supremo Tribunal Federal reconheceu, sem dúvida, o direito à diferença para a construção da igualdade para uma minoria. E é isso de fato o que se busca com o discurso jurídico nas atuais democracias, que cumpra o papel para o qual foi instituído, bem como instituir-se com poder de outorgar plenitude ontológica aos grupos, estabelecer regras às suas vidas rotineiras e lançar seus projetos como importantes ao bem de toda a sociedade.

É como bem dispõe Fairclough (2003), para o qual a cidadania efetiva e o espaço público efetivo – o diálogo dos cidadãos reside em interesse social – dependem de

dialogicidade para a construção de um ambiente igualitário. Dessa maneira, há o fortalecimento do pluralismo, visto que a pluralidade de respostas é muito melhor que ausência de respostas. E isso se deve ao caráter emergente da sociedade pós-moderna, cuja complexidade aumenta na medida em que as identidades se complexificam, não permitindo mais naturalizações de qualquer ordem.

Nesse sentido, a tese do Supremo seguiu um curso diferente na história do direito brasileiro. Foi uma tese contramajoritária devido à omissão do Poder Legislativo, portanto, contrária à opção dos representantes da sociedade. E o que isso quer dizer? Quer dizer que, nas democracias modernas – “governo da maioria com o respeito às minorias” –, o caráter das decisões é sempre majoritário, pois incumbe ao legislador definir os critérios para o preenchimento das lacunas no ordenamento jurídico.

Dentre as várias funções do Poder Judiciário, mais especificamente a dos tribunais constitucionais, destaca-se a de proteger o direito das minorias, o que, em certa medida, não impossibilita a proteção das majorias por qualquer outro meio de atuação. É o que dispôs Ayres Britto:

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.¹⁰⁷

No caso específico dos julgados em análise, o Supremo Tribunal Federal ultrapassou os limites do texto constitucional, pois houve a necessidade de voto contrário, pela divergência entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário em relação ao mesmo objeto (art. 226, § 3º, da Constituição Federal), o que tornou a questão de caráter judicial.

Nesse contexto contramajoritário, outro aspecto relevante sobre a decisão do Supremo foi, para o caso em análise, a desobstrução dos canais democráticos, típica dos processos legislativos, quando se busca diretamente a via legislativa. O Parlamento deveria ser a “caixa de ressonância” da população, mas determinados grupos tendem a sufocar o clamor popular, o que torna necessário um órgão que restabeleça harmonia. É nesse tipo de obstrução que a atuação de um Tribunal Constitucional, para corrigir tamanha deficiência, faz-se pertinente, como no caso do Supremo no julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132.

¹⁰⁷ Excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 4.277/DF, p. 852.

Em muitas situações, os cidadãos têm de recorrer a caminhos alternativos para fazer valer os seus direitos. A omissão legislativa faz de um Tribunal Constitucional a “válvula de escape” em muitas situações, pelo próprio princípio processual constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. É o que bem observa Waldron (2010, p. 144):

As pessoas tendem a depositar suas esperanças no judicial review quando querem maior peso para suas opiniões do que conseguiriam com a política eleitoral. Talvez seja possível fazer com que esse modo de acesso pareça respeitável quando outras vias da mudança política estejam bloqueadas.

Não se pode confundir o caráter contramajoritário da decisão do Supremo na ADI n. 4.277 com o que se denomina de “ativismo judicial”. Não houve usurpação de força nesse caso, mas uma decisão que impõe o respeito às minorias. Pode-se dizer que o STF foi “forçado” a decidir favoravelmente no caso em análise.

Para muitos grupos de interesse, a atuação do STF sobre o “casamento gay” constitui uma espécie de ativismo judicial altamente tirânico. Todavia, esse tipo de visão não é compartilhada por todos, há quem veja como benéfica a atuação do Poder Judiciário nas situações em que lhe é exigido se pronunciar:

(...) o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. (RAMOS, 2010, p. 110).

De acordo com Ramos (2010, p. 117), “não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função jurisdicional)”, que, em circunstâncias bem delimitadas, possa vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o “núcleo essencial” de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

Mesmo com a possibilidade de incursão do Poder Judiciário para suprir a omissão legislativa, há a necessidade da observância dos procedimentos, como dispõe Habermas (1997a, p. 327): “Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, *em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia de legitimação do processo democrático”.

Sobre esse aspecto, destacam-se os fundamentos dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, considerados votos “dissidentes” (“discordância colateral”), apesar de a decisão ter sido unânime. A principal divergência

foi marcada na identificação pelos três ministros de lacuna normativa de caráter axiológico, a ser dirimida por meio do emprego da analogia, que se constituiu na base argumentativa dos três votos dissonantes.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que o único argumento forte a justificar a interpretação conforme a Constituição, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo”¹⁰⁸, uma vez que a união homoafetiva não se enquadra nos tipos previstos no Código Civil e na Constituição, o que implica o reconhecimento do “novo” modelo familiar para a proteção de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski, no seu voto, discorreu da seguinte forma:

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.¹⁰⁹

No caso da união homoafetiva, a regra mais próxima evocada a preencher a lacuna foi a da união estável nos termos do artigo 226, § 3º, da Constituição. Nesse sentido, foi o argumento usado pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto:

Há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual, entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. (...) De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher.¹¹⁰

De maneira geral, a justificação construída por todos os ministros no julgamento da ADI n. 4.277 esteve centrada em uma visão sistêmica, que toma como base os elementos principiológicos e fundantes do Estado democrático de direito. Desse modo, o reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios levou-os a interpretarem o

¹⁰⁸ Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento na ADI n. 4.277/DF. p. 766.

¹⁰⁹ Excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI n. 4.277/DF. p. 714.

¹¹⁰ Excerto do voto do Ministro Cezar Peluso na ADI n. 4.277/DF. p. 874-875.

artigo 1.723 do Código Civil como uma espécie de salvaguarda para as uniões homoafetivas.

Verifica-se, portanto, que os votos apresentados em consonância com a fundamentação do relator, utilizaram o que se denomina de argumento *a contrario sensu*¹¹¹. Assim, como não havia disposição que vedasse a existência das referidas entidades familiares, concluíram todos, de forma unânime, pela sua proteção.

A decisão do Supremo no julgamento da ADI n. 4.277 tem forte conexão com a doutrina há muito defendida pelos civilistas progressistas. Tanto assim, que uma das partes processuais que compuseram o processo foi a manifestação do Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM, que peticionou na condição de *amicus curiae* em defesa da união homoafetiva, concluindo pela “evidenciada inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil por não prever como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo”¹¹².

4.2 O SIGNIFICADO DA ADI N. 4.277 PARA O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA PARA A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE

Sem dúvida, o julgamento da ADI n. 4.277 projeta no mundo jurídico a reafirmação dos direitos fundamentais. E isso é perfeitamente projetável para o campo do direito da mulher, quando se trata do reconhecimento de direitos. Se há o reconhecimento dentro das relações homoafetivas, a priori, tem-se um elemento novo para dirimir possíveis barreiras ainda existentes no que concerne ao reconhecimento de direitos dentro das relações heterossexuais, especificamente, quando se trata do direito da mulher.

Os problemas das minorias acabam sendo problemas de toda a coletividade. Sousa (2010, p. 78) destaca que “um dos paradigmas da pós-modernidade é a subjetividade, que toma o sujeito como padrão simbólico”. E foi com base nesse padrão que os direitos fundamentais tomaram a dimensão de direitos subjetivos públicos. Em outras palavras, “foram incorporados socialmente a partir da construção de um sujeito plural, construído metaforicamente” (p. 78).

¹¹¹ Argumento de interpretação que considera válido ou permitido o contrário do que tiver sido proibido ou limitado.

¹¹² Excerto da petição protocolada pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família para composição da instrução processual da ADI n. 4.277/DF (p. 935). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=11872>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

A mesma autora ainda destaca a importância do viés transdisciplinar para o espócio das decisões pela “expansão da influência de outras áreas do conhecimento na construção do sujeito das sociedades democráticas modernas, cujo conteúdo traz ideias de liberdade, igualdade, integridade física e psicológica, bioética, biodireito” (SOUSA, 2008, p. 78).

Assim, a dimensão do sujeito passa a ter contornos próprios, pois ele é posicionado nos mais diversos contextos, os quais estão vinculados a mudanças fundamentais na forma de pensar e na maneira de viver, de produzir, de consumir, de falar, de representar. De acordo com ela, “além das questões ambiental, tecnológica, social, tem-se uma dimensão cultural e política que exige a participação democrática na tomada de decisões” (SOUSA, 2008, p. 78).

E o direito, como saber-poder (FOUCAULT, 2002), deve estar atento a toda essa complexidade, que, segundo Morin (2001), implica contingência¹¹³, sendo esta o lado qualitativo daquela. Habermas entendeu o sentido a ser cooptado pelo direito:

(...) o Direito não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas por meio de uma legalidade, o Direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo, orientado por instituições e por processos jurídicos, ou seja, pelo procedimento democrático, mas sem restrições que venham substituir totalmente o exercício das liberdades comunicativas por um Direito coercitivo. As liberdades subjetivas precisam ser complementadas por meio de direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas autonomia. (HABERMAS, 1997, p. 54).

Sendo assim, é mais do que emergente pensar juridicamente com base na complexidade social, que se auto reproduz e é condição para a construção da experiência. E é isso o que importa para se pensar o direito na atualidade. No julgamento da ADI n. 4.277, o STF capturou o sentido de toda essa complexidade social. Como visto pelo resumo dos votos de cada um dos ministros, o STF forneceu uma resposta à sociedade sobre um problema altamente complexo.

Todavia, não foi uma resposta simples. E por que se afirma isso? Pode-se dizer que a decisão está atrelada a, pelo menos, quatro dimensões possíveis exigidas para atuação em qualquer campo de análise: a) situar-se no espaço da pós-modernidade; b) compreender a mensagem da globalização; c) caminhar com a sociedade em rede; d) entender o processo de construção da identidade social; e e) pensar o direito em face da complexidade social.

¹¹³ A contingência é uma qualidade de sistemas com sentido, necessitando dos elementos expectativa e vivência para existir.

Sobre a primeira dimensão, “situar-se no espaço da pós-modernidade”, é adotar uma postura independente – o que não significa ausência de compromisso, mas também não se vincula aos compromissos assumidos pela modernidade e que não foram em certa medida cumpridos. E isso tem uma razão de ser, pois são inúmeros os fatores a serem considerados: as mudanças no “espaço-tempo”; os conflitos pela hegemonia entre discursos universais, mesmo sendo representativos da ideologia de um grupo específico; a relação entre cidadania e espaço público; as mudanças advindas com a sociedade da informação e com o poder tecnocrático; a legitimidade de ações e ordens sociais que configuram, muitas vezes, ordens de discurso; os tipos de papéis sociais dominantes, entre outros fatores.

Com relação ao direito, “a proposta de que o Direito Constitucional possa resolver todos os problemas sociais, pela ausência de uma razão última” (SOUSA, 2010, p. 143), ao mesmo tempo em que sofre o incremento de ser responsável pela regulação jurídica de praticamente todos os setores da vida social é um dos paradoxos atuais. E isso tem relação com os riscos propiciados pela lógica pós-moderna, que tende à relativização de verdades.

Logo, corre-se o risco de se negarem direitos fundamentais e princípios constitucionais pela existência de uma relação binômica entre segurança (texto constitucional) versus risco (sociedade pós-moderna). Na ADI n. 4.277, o Supremo vislumbrou o risco de se decidir contrário à Constituição Federal, mesmo que alguns votos não contemplassem a verdadeira opinião do julgador ou pela ausência de lei.

Compreender a mensagem da globalização é a segunda dimensão para se decidir com observância à perspectiva social e plural. A decisão contramajoritária do Supremo na ADI n. 4.277 capturou essa mensagem, a partir do momento em que decidiu favorável em um contexto desfavorável, dado pela complexidade das relações no mundo globalizado. Foi uma decisão que “esvaziou” a representatividade dos titulares do poder público eleito pelo voto direito dos cidadãos, “na medida em que os instrumentos de atuação do Poder Público se encontram debilitados por força da economia globalizada” (DERBLI, 2007, p. 27).

O que o Supremo fez no caso em análise foi simplesmente cumprir o direito no contexto em que a globalização econômica, ao implantar no mundo um sistema em que as decisões públicas e as políticas públicas nacionais se subordinam aos interesses dos sujeitos econômicos metanacionais, aponta para a necessidade de estimular-se o impulso abstrato histórico do homem no sentido de

transformar sua consciência nacional numa consciência pós-nacional cosmopolita, com a “criação de um sistema de direitos planetário que se fundamente e se legitime, tanto no âmbito de sua produção quanto de sua aplicação, por meio de um amplo e radical processo comunicativo argumentativo de discussão pública” (LEITE, 2005, p. 226).

Ao direito, portanto, incumbe não apenas garantir os direitos humanos, mas também o reconhecimento das especificidades culturais das comunidades. Cumpre, também, a missão de “deslocar os cidadãos da posição de meros espectadores para a de atores do processo histórico, e, por conseguinte, de autores dos sistemas de normas e condutores da vida do Estado para a garantia do bem comum e dos direitos fundamentais” (LEITE, 2005, p. 229). Esse fundamento, aliás, está implícito nos argumentos levantados pelos ministros do STF no julgamento da união homoafetiva.

Essa segunda dimensão leva necessariamente ao entendimento do que seja caminhar com a sociedade em rede. Vive-se um momento histórico em que há um compartilhamento intenso de informações. Com isso, além do aumento da complexidade social, tem-se a troca informacional, o que obriga pensar o direito em termos comunitários (diversidade social), mas respeitando o individualismo e a identidade dos indivíduos.

Sobre a questão individual, Bauman (2001) destaca que a sociedade moderna existe em uma atividade incessante de “individualização”, o que ajuda a entender bastante o processo da questão da pluralidade de identidades. Para ele, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e na renegociação diária de redes de entrelaçamento chamada “sociedade”. Desse modo, dispõe sobre o conceito de “individualização” nos seguintes termos:

(...) a “individualização” consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma “tarefa” e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das conseqüências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização. Em outras palavras, consiste no estabelecimento de uma autonomia de jure (independentemente de a autonomia *de facto* também ter sido estabelecida). (BAUMAN, 2001, p. 40).

Ressalta-se, ainda, que, com a “desterritorialização” (IANNI, 1997), “deslocalização” (BOURDIEU, 2002), conceitos que mostram a atuação ideológica com o intuito de rompimento do coletivo, há uma interferência direta nas identidades sociais, exigindo a reconstrução por meio das instituições, como no caso do direito, pela atuação do Poder Judiciário na supressão de lacunas legislativas.

O que o Supremo ajudou a construir com a decisão favorável à união homoafetiva foi, nada mais nada menos, que o exercício da cidadania por uma minoria de casais homossexuais – até mesmo porque a decisão do SFT não constitui unanimidade para a coletividade dos homossexuais no país. O que se extrai da citação de Bauman (2001, p. 50) é pertinente, no sentido de que “o indivíduo *de jure*¹¹⁴ não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se cidadão”.

Não há indivíduos autônomos sem uma sociedade autônoma, e a autonomia da sociedade requer uma autoconstituição deliberada e perpétua, algo que só pode ser uma realização compartilhada de seus membros. De acordo com Bauman (2001), ser um indivíduo *de facto* é possuir uma liberdade positiva, genuína potência da autoafirmação.

Por todas essas razões, o problema da identidade deve ser um ponto de reflexão para o direito, talvez até o ponto de partida (ou de chegada). Ao que se viu no capítulo anterior, o sujeito pós-moderno não possui uma identidade fixa, marcada, mas dispersa, plural. Portanto, assume identidades que se adaptam a determinadas situações do cotidiano, as quais poderão vir a constituir relações jurídicas passíveis de regulação pelo direito, como foi o caso do reconhecimento da união homoafetiva, cujo reconhecimento foi, sobretudo, da causa identitária dessa minoria.

Em continuidade, a quarta dimensão diz respeito a entender o processo de construção da identidade social, sob a qual se pode traçar uma perspectiva de considerável significado dado ao caso da união gay no Brasil e ao seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, como resultado da afirmação de direitos de uma minoria.

Pois bem. Ianni (1997) ressalta que as forças jurídico-políticas e ideológicas entraram em descompasso com as manifestações reais e potencialidades políticas e culturais das forças sociais presentes na sociedade. Em face disso, pergunta-se: O direito é condicionante dos eventos sociais ou é condicionado por eles? Os dois. A decisão do Supremo no julgamento da união gay mostra essa interface (condicionante / condicionado): o STF como ator social que muda a história de uma minoria, mas que ao mesmo tempo traz para o escopo de futuras decisões jurídicas novas interpretações resultantes de uma decisão-paradigma. Sobre esse tema, pontua Teubner (1990, p. 142):

O sistema jurídico detecta a presença de conflitos no seu meio social através de sensores especificamente jurídicos (conceitos doutrinários,

¹¹⁴ “Ser um indivíduo *de jure* significa não ter ninguém a quem culpar pela própria miséria, significa não procurar as causas das próprias derrotas senão na própria indolência e preguiça, e não procurar outro remédio senão tentar com mais e mais determinação. É possuir uma liberdade negativa legalmente imposta” (BAUMAN, 2001, p. 48).

normas definidoras dos “limites jurídicos”) reconstruindo-os como conflitos de expectativas jurídicas e processando-as através de normas, processos e doutrinas intrinsecamente jurídicas. Por fim, produz uma decisão final e imperativa de resolução de conflito a cuja *ratio decidendi* poderão, por sua vez, ligar-se no futuro a novas comunicações jurídicas. Todo este processo tem lugar exclusivamente dentro das fronteiras de sentido da comunicação jurídica tal como esta é definida pelo próprio sistema.

Na concepção habermasiana, o direito é ao mesmo tempo criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade de membros de uma determinada comunidade jurídica. Para ele, a linguagem do Direito reveste as comunicações do mundo da vida, oriundas da esfera pública e da esfera privada, “como uma forma que permite serem assumidas também pelos códigos especializados dos sistemas de ação autorregulados” (HABERMAS, 1997a, p. 86).

O Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, demonstrou, por meio da decisão a favor da união homoafetiva, estar atento às exigências do direito na contemporaneidade, qual seja, a de buscar modelos de adaptação às mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais. E isso se deve em certa medida ao fato de o direito atual estar fundado na ideia de sujeitos livres e iguais, donos de si próprios, autônomos, liberados de qualquer senso de pertencimento, o que implica não conseguir suprir todas as esferas constitutivas e necessárias à determinação do homem.

Se a sociedade é ente fragmentado ou que se constitui por uma pluralidade de grupos ou culturas que merecem reconhecimento e requerem formas específicas de regulação, essas diferenças precisam ser reconhecidas pelos conteúdos jurídicos. Assim, “longe de ser uma normatividade ou aplicação uniformes, passa a existir uma aplicação das normas em razão do sentido de pertença dos indivíduos às diversidades coletivas e ou culturais, (...) enquanto senhores de muitas esferas, as suas relações intersubjetivas” (TAVARES, 2005, p. 123). Para o mesmo autor, a compreensão do direito deve se dar de maneira a que não satisfaça um só valor ou prática social, mas “que produza métodos capazes de aplicar devidamente as normas adequadas em conformidade com as diversas especificações culturais” (idem).

Por essa razão, cabe ao direito, e isso o STF deixou bem claro em sua decisão, cumprir o disposto na Lei Maior do Estado e resistir aos avanços das formas de exclusão social na pós-modernidade, cumprindo os ensejos e objetivos da democracia pluralista com justiça social. É por meio do processo reflexivo que surge a possibilidade de construção da cidadania e da identidade social.

4.3 COMO PENSAR O DIREITO DA MULHER PELO RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA PARA A IGUALDADE A PARTIR DE UM CRITÉRIO DE JUSTIÇA À LUZ DA ADI N. 4.277

Como visto no Capítulo 3, a história das mulheres está diretamente ligada às suas histórias de vida (concepção narrativa do sujeito), o que faz surgir o senso de identidade e de autopreservação. Desvincula-se, portanto, de uma ideia universal (cf. Kant) de tratar pessoas como pessoas sem discriminação ou preconceito. A luta feminista provou que não é bem assim, as mulheres sentiram o peso da história.

O direito das mulheres é representativo de uma minoria, o que exige um tratamento específico, e não generalizado (universalista). Ao se pensar sobre direito ou sobre justiça, há que se observarem os valores prevalecentes em um determinado tempo-espço. Historicamente, a justiça – e aqui se pensa a questão da igualdade – prevalece sobre o convencional (a tradição), sendo um produto das circunstâncias. O Capítulo 1 deixa claro, em termos paradigmáticos, o tipo de direitos alcançados pelas mulheres nos modelos de Estado, bem como, no Capítulo 2, evidencia-se a pauta de direitos reivindicados pelos movimentos feministas e os de fato conquistados.

A luta feminista não teve força suficiente para romper com o convencional, mas pressionou bastante e hoje se colhem mais os frutos. O reconhecimento de direitos não promoveu o bem em sua totalidade, porque as mulheres não foram as protagonistas propriamente ditas de suas histórias. Portanto, travou-se uma luta para se romper com o patriarcado (tradição).

Desse modo, observa-se que os sujeitos têm diferentes concepções sobre o que é bom ou não para eles e sobre a própria ideia do bem. E essa foi sempre a postura assumida pelas mulheres, a de fazerem as próprias escolhas, por meio do exercício de sua autonomia individual. Sociedades pluralistas e complexas têm concepções diferentes sobre quais bens sociais ou humanos exigem respeito e reconhecimento.

O julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 é um exemplo claro de contraposição à ausência de respeito e reconhecimento à diferença, em que o Supremo dissociou-se de valores e visões particulares, ampliando o *telos* (fim, meta, objetivo) “apropriado” do casamento (como instituição social, ideia de procriação), ao reconhecer novos modelos, como a união civil de pessoas do mesmo sexo, mesmo com o julgamento moral e religioso de parcela da sociedade.

Na petição inicial da ADI n. 4.277, a PGR deixou evidente o quanto o modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado de família atravessa hoje crise profunda, causada por vários fatores, entre eles a progressiva emancipação da mulher, que desmistificou papéis socialmente rígidos, os quais definiam o homem como chefe de família e “provedor” e a mulher como circunscrita à esfera doméstica, com filhos obedientes e sem voz.

Todavia, no paradigma do Estado democrático de direito, o que vigora no cerne da noção contemporânea de família é a afetividade, a comunhão, independente da sexualidade. E é isso o que a Constituição afirma: a emancipação dos sujeitos, por meio do exercício da cidadania, com o reconhecimento do ser humano como pessoa e dos seus projetos de vida, portanto, titular de direitos e garantias fundamentais.

O que essa decisão do Supremo Tribunal Federal tem a ver com a discussão sobre o direito da mulher e o reconhecimento da igualdade pela diferença?

A resposta é simples: segue a mesma lógica. Na discussão sobre justiça e reconhecimento de direitos, há que se levar em conta a construção de um pluralismo racional sobre a noção do bem (ou bens). Quando se discute o direito da mulher, deve-se levar em conta o pluralismo de identidades, a complexidade social, é observar que ter algumas regras ou alguns princípios, em muitos casos, é insuficiente para pensar sobre justiça, igualdade, entre outros valores. E isso ficou bem claro no voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 4.277 (p. 632):

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. (Grifos nossos).

Então, quando se fala em “pluralismo racional sobre o bem”, a sua construção dá-se pela via do debate público (cf. Habermas), avançado e recuando dialeticamente nos julgamentos pessoais em relação a casos específicos, eventos, histórias, questões, relacionados aos direitos das minorias.

Logicamente que o desenvolvimento desse pluralismo requer um nível de evolução humana nos termos propostos por Kohlberg (cf. Capítulo 1), ao discorrer que moralmente bom é o indivíduo que raciocina e atua com base em princípios de justiça. Um indivíduo

que esteja no nível 6, com base na teoria de Kohlberg, são os mais “evoluídos”. Destaca-se, contudo, que essa evolução tem a ver com o fato de o indivíduo manter padrões nos quais uma sociedade boa ou justa deve se basear.

Conforme já destacado no Capítulo 1, o último estágio proposto por Kohlberg considera a questão do julgamento moral como uma atividade interpretativa (hermenêutica) e é nele que se assenta o campo de análise do direito das minorias, como fez o STF no julgamento da ADI n. 4.277, ao discutir e analisar o problema da igualdade sob o enfoque dos direitos fundamentais como questão principiológica.

Rawls (2000, 2002), ao justificar a sua teoria da justiça, destaca o método do equilíbrio reflexivo¹¹⁵, uma espécie de método de raciocínio moral, que consiste em recuar e avançar entre os julgamentos ponderados sobre casos específicos e os princípios gerais a serem formulados para dar sentido ao julgamento em questão. Ao se revisarem princípios, revisam-se julgamentos. Esse procedimento não difere muito da forma como procedeu o STF no julgamento da ADI n. 4.277, conforme se depreende dos votos anteriormente descritos.

Para esse mesmo autor, o equilíbrio reflexivo gera julgamentos compartilhados para justiça e para direitos. Nas sociedades pluralistas, há o fato do pluralismo racional sobre o bem (ou bens), cujos desacordos são persistentes sobre o que é bom, sobre direitos, sobre valores morais e religiosos, o que remete ao problema da identidade.

Ainda sobre o processo reflexivo, que se constrói no Eu e relaciona-se com a identidade do sujeito, Sousa (2008, p. 86) pontua:

O processo reflexivo refere-se à possibilidade de os sujeitos construírem ativamente suas auto-identidades, em construções reflexivas de sua atividade na vida social. Isso porque as identidades sociais são construídas por meio de classificações mantidas no discurso. E assim como são construídas discursivamente, identidades também poder ser contestadas no discurso.

Toda essa discussão leva para a seguinte questão: Os argumentos levantados pela luta feminista foram representativos desse equilíbrio reflexivo?

¹¹⁵ Giddens (2002) afirma que a reflexividade “se estende ao núcleo do eu”, o que faz do eu um “projeto reflexivo”: “Ser uma ‘pessoa’ não é apenas ser um ator reflexivo, mas ter o conceito de uma pessoa (enquanto aplicável ao eu e aos outros). O que se entende por ‘pessoa’ certamente varia nas diferentes culturas, embora haja elementos dessa noção que são comuns a todas elas. A capacidade de usar ‘eu’ em contextos diferentes, característica de toda cultura conhecida, é o traço mais fundamental das concepções reflexivas da pessoa” (GIDDENS, 2002, p. 54).

A resposta para essa questão está diretamente ligada ao respeito mútuo, ao quanto as reivindicações femininas são de fato consideradas legítimas. Como já discutido, dos paradigmas jurídicos depreende-se o tipo de reivindicação pleiteada, ao mesmo tempo em que se observa o tipo de resposta dada ao pleito das mulheres. O que se coloca em questão é o quanto houve de deliberação sobre a causa feminista e o quanto de comprometimento, envolvimento, houve por parte de todos os atores sociais em jogo – aqui se incluindo as próprias mulheres –, porque é isso o que se exige de uma sociedade pluralista.

Mesmo no século XXI, muitas questões relacionadas ao direito da mulher ainda são objeto de ações no Supremo Tribunal Federal. Atribui-se a isso o fator invisibilidade, pois a mulher não é vista socialmente como igual ao homem em direitos e obrigações. Situações da vida prática, regidas por normas e princípios, que poderiam configurar ponto pacífico, ainda são motivo de discussão no Poder Judiciário.

E aqui se entra no problema da interpretação das leis e dos princípios constitucionais, conforme descrito no Capítulo 1, em que se ressaltou a importância da teoria da argumentação no direito contemporâneo. Nesse contexto, destacam-se as palavras de Barroso (2005, p. 17):

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Todo esse avanço pode ser em certa medida atribuído ao papel do neoconstitucionalismo (cf. Capítulo 1), como marco teórico de superação do positivismo jurídico, o qual propõe um modelo argumentativo de relações entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. A Constituição tem uma presença marcante e onipresente, o que irradia os direitos e garantias fundamentais para todo o ordenamento jurídico.

E foi exatamente esse o procedimento utilizado pelo STF no desempenho constitucional de julgar a união homoafetiva, garantindo proteção a uma minoria exposta a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica e política, condicionada pela intolerância, perseguição e discriminação. Destaca-se, aliás, o quanto os julgados do STF têm refletido uma tendência da sociedade, a de, juridicamente – já que legislativamente

parece mais difícil –, legitimar o Estado Democrático de Direito por meio do reconhecimento dos direitos das minorias¹¹⁶.

É por essas e por outras razões que se quer destacar aqui – nem que seja pela via inversa de análise de um julgado que trata da união homoafetiva (ADI n. 4.277) – a força do contramajoritário dentro do próprio feminismo, com relação às questões plurais que atualmente envolvem o direito da mulher. Para tanto, destaca-se o problema da identidade da mulher (cf. Capítulo 3), em que não se confunde mais identidade com representação feminina por força do conceito pós-metafísico atribuído à identidade e pela revisitação do conceito de gênero, o que implica mais complexidade.

O julgamento da união homoafetiva pelo Supremo faz alusão, mesmo que indiretamente, ao direito das mulheres em razão de se constituírem como uma minoria (no sentido de voz), bem como pelas desigualdades sofridas ao longo de todo o processo histórico vivenciado no país, e o quanto tudo isso é socialmente representativo. Funciona como uma espécie de intertexto¹¹⁷, uma orientação interdiscursiva¹¹⁸, em que se depreendem questões para o entendimento do direito da mulher e vice-versa.

Ainda sobre o caráter contramajoritário adotado pelo STF com relação ao direito da mulher, transcreve-se aqui a ementa de dois casos, que, mesmo com a existência de legislação infraconstitucional a tratar dos objetos dessas ações, ainda assim se veem as mulheres tendo de recorrer ao Poder Judiciário para dirimir questões relacionadas a direitos fundamentais já “pacificados” do ponto de vista legal e jurídico:

Caso 1

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. 2. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DA APOSENTADORIA. 3. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. 4. FATOR DE DISCRÍMEN CONSTITUCIONAL APLICADO AOS REGIMES GERAL E PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. EXTENSÃO A CONTRATOS DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. 5. DISCUSSÃO ACERCA DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 6. RELEVÂNCIA DO TEMA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.¹¹⁹

¹¹⁶ Relembra-se o desempenho do Pretório Excelso no julgamento da Ação Popular n. 3.388/RR (Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), cuja relatoria foi do Ministro Carlos Ayres Britto.

¹¹⁷ “A intertextualidade é uma categoria de análise da teoria social do discurso cuja problemática envolve a forma como os textos são criados, incorporados, contextualizados e a forma como dialogam com outros textos. O que se diz em um texto pode estar ligado com algo implícito, o qual não é dito” (SOUSA, 2008, p. 120).

¹¹⁸ A interdiscursividade ou (intertextualidade constitutiva) sugere que as ordens de discurso têm primazia sobre os tipos particulares de discurso. É, segundo Fairclough (2012, p. 159), “um princípio aplicável a vários níveis de discurso”.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 639.138 / RS, 30/6/2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

Caso 2

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇA MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.^{120 121}

No caso 1, no recurso extraordinário, a recorrente alegou a ausência de tratamento diferenciado entre os gêneros, considerada a circunstância de a mulher contribuir por período menor, podendo aposentar-se por tempo de serviço cinco anos antes do homem. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. O relator assim se pronunciou: “a questão é eminentemente constitucional e cinge-se, a saber, à luz do princípio da isonomia, se no fator de discrimen, adotado nos dispositivos constitucionais que tratam dos regimes geral e próprio de previdência, o gênero da pessoa projeta-se na ordem jurídica com força para vincular os contratos de previdência privada”¹²².

No caso 2, o Tribunal, por maioria, também reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. O relator pronunciou-se no seguinte sentido:

[...] A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem entendido que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º inc. XVIII, da Constituição da República e o art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias [...] (Agravo de

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3873285>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 674.103 / SC, 3/5/2012. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4033444>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹²¹ “O acórdão recorrido ficou assim ementado: AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGO 485, V, DO CPC. PROFESSORA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. GRAVIDEZ NO REFERIDO PERÍODO. TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA E DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA GESTAÇÃO. ACÓRDÃO OBJURGADO QUE NEGOU TAIS BENEFÍCIOS. DIVERGÊNCIA DA MATÉRIA NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO, PORÉM, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA OUTORGA DA CITADA ESTABILIDADE E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE. UTILIZAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ARESTO AOS ARTIGOS 7º, XVIII, E 39, § 3º, AMBOS DA CARTA MAGNA, BEM COMO AO ARTIGO 10, II, b, DO ADCT. DIREITO DA AUTORA À PERCEPÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO PERÍODO QUE PERMANECEU INDEVIDAMENTE AFASTADA. ACTIO PROCEDENTE”. (p. 3-5).

¹²² Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE n. 639.138 RG / RS. p. 5.

Instrumento n. 710203, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9-5-2008). (fl. 219, grifei)¹²³

Os dois casos refletem exatamente a tese que aqui se investiga, ou seja, como o reconhecimento de diferenças é o passo fundamental a ser dado quando se quer implementar um critério de justiça que priorize a igualdade entre os sujeitos, em respeito à máxima principiológica de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Em continuidade à análise de casos, um dos mais emblemáticos (*hard case*) julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que demonstra o caráter contramajoritário do STF no julgamento de situações que dizem respeito ao reconhecimento do direito da mulher, diz respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54¹²⁴, cujo objeto era a busca de interpretação conforme a Constituição de dispositivos do Código Penal que tipificam o aborto (arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II), para o fim de declarar que não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico (ausência de cérebro, portanto, incompatível com a vida extrauterina). Buscava-se, assim, o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de autorização judicial.

A ADPF n. 54 indicou, como preceitos fundamentais violados, o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e, como atos do Poder Público causadores da lesão, o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940), que tipificam o crime de aborto, sem contemplar a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico.

As três teses jurídicas principais levantadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS foram as seguintes: (1) a de que a antecipação do parto na hipótese é fato atípico, por faltar o suporte fático exigido pelo tipo penal relativo ao aborto, em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal sendo certa a morte do feto anencefálico pela ausência de atividade cerebral; (2) a de que, ainda que se quisesse qualificar a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico como

¹²³ Excerto do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do ARE n. 674.103 RG / SC/ RS. p. 12.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 / DF, 12/4/2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 21 fev. 2016.

aborto, a conduta não deveria ser punida, visto que o Código Penal não pune o aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante), nem tampouco o aborto desejado pela mulher (no caso de gravidez resultante de estupro), até porque à época de elaboração do Código Penal não se vislumbrou tal possibilidade, o que permitira uma interpretação evolutiva do direito; (3) por fim, a de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (integridades física e psicológica) e o direito fundamental à saúde paralisam a incidência das normas do Código Penal na hipótese.

Fora os aspectos fático e jurídico do caso, a CNTS acrescentou o elemento moral, no sentido de que a gestação de um feto anencefálico acarretaria grande sofrimento para a mulher, o que envolveria medo, perda, frustração, entre outros sentimentos. Ademais, a decisão de como lidar com o sofrimento caberia à mulher, e não ao Estado. Portanto, permitir que o Poder Público possa utilizar seu aparato institucional e punitivo contra uma mulher nessa situação violaria todos os limites humanitários e civilizatórios que devem estar presentes em uma sociedade plural e democrática.

A decisão do STF, com relatoria do ministro Marco Aurélio, prolatada em 11/4/2012, por 8 votos a 2, foi no sentido da procedência do pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada no Código Penal.

O relator acentuou que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde (BARROSO, 2012, p. 136).

Segundo o ministro Marco Aurélio, pelo fato de a vida do feto anencefálico ser inviável, ele não se torna titular do direito à vida, de modo que o conflito entre direitos fundamentais na hipótese seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto. Nesse caso, portanto, a imposição estatal da manutenção de gravidez, cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto, iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, dentre eles a autodeterminação e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres (BARROSO, 2012, p. 136)

Mas houve divergências. O ministro Ricardo Lewandowski concluiu não ser possível ao STF estabelecer uma nova hipótese de isenção de pena, para além das hipóteses já expressamente disciplinadas pelo Código Penal. O ministro afirmou que a lei

teria sido clara, de modo que não seria possível afrontar sua expressão literal a pretexto de extrair dela conteúdo em conformidade com o texto constitucional, sob pena de indevida atuação como “legislador positivo” (BARROSO, 2012, p. 136).

Já o ministro Cezar Peluso, que também julgou improcedente o pedido, divergiu da corrente majoritária por fundamentos diversos. Em seu ponto de vista, o feto anencefálico, não obstante a deficiência, seria dotado de vida humana, a merecer proteção jurídica e constitucional. Desse modo, a antecipação do parto configuraria o crime de aborto, que pressuporia apenas a eliminação da vida, pouco importando a sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse cenário, concluiu que a autonomia da vontade da gestante não poderia lhe assegurar a possibilidade de pôr termo à gravidez incômoda e dolorosa, uma vez que a conduta importaria na eliminação egoística da vida de outrem (BARROSO, 2012, p. 136-137).

Sem dúvida, essa decisão contramajoritária do Supremo trouxe novas perspectivas para o direito da mulher (principalmente das mulheres gestantes), que passaram a ter a liberdade de viver suas tragédias pessoais da forma mais compatível com as suas convicções existenciais.

Apesar de o aborto sempre ter sido a bandeira de alguns grupos feministas pró-aborto, independente da circunstância envolvida, com base nas máximas “O pessoal é político” e “O político é pessoal”, no Brasil e em outros países, há ainda o controle do corpo da mulher com relação à conduta, tipificando-a como criminosa nos casos não permitidos por lei.

Essa decisão serve como precedente para a discussão de novas possibilidades em relação ao aborto, como nos casos de microcefalia¹²⁵ no Brasil, situação emergente que reabriu o debate sobre aborto no país. Há, inclusive, em curso uma ação¹²⁶, a ser

¹²⁵ A microcefalia é uma condição em que a circunferência do crânio é menor que o considerado normal para a idade do feto ou da criança, que pode ter como causas o uso de drogas pela gestante, ou por agentes biológicos (vírus, bactérias, radiação). Segundo a Organização Mundial de Saúde, casos de microcefalia são definidos por recém-nascidos com a circunferência da cabeça igual ou menor a 32 cm.

¹²⁶ *O grupo de advogados, acadêmicos e ativistas que articulou a discussão sobre aborto de fetos anencéfalos no Supremo Tribunal Federal, acatada em 2012, prepara uma ação similar para pedir à Suprema Corte o direito ao aborto em gestações de bebês com microcefalia. À frente da ação, que deve ser entregue aos ministros em até dois meses, está a antropóloga Debora Diniz, do instituto de bioética Anis, que recebeu a BBC Brasil em seu escritório em Brasília. “Somos uma organização que já fez isso antes. E consegui. Estamos plenamente inspiradas para repetir, sabendo que vamos enfrentar todas as dificuldades judiciais e burocráticas que enfrentamos da primeira vez”. (...) “Em 2004 não havia uma epidemia nem havia um vetor (como o mosquito *Aedes aegypti*). Agora ambos existem e isso torna a necessidade de providências mais urgentes”, diz. “Por outro lado, na anencefalia os bebês não nascem vivos e assim escapávamos de um debate moral. Hoje, sabemos que a microcefalia típica é um mal incurável, irreversível, mas o bebê sobrevive (na maioria dos casos)”, afirma. “Portanto trata-se do aborto propriamente dito e isso enfrenta resistência”. Em entrevista exclusiva à*

protocolada no Supremo Tribunal Federal, nos moldes da ADPF n. 54, que tratou dos fetos anencefálicos, para assegurar às mulheres detectadas com bebês com microcefalia o direito de abortarem. Entre os argumentos levantados, tem-se o de que a mulher não deve ser punida por uma falha das autoridades em controlar o mosquito transmissor da doença, *Aedes aegypti*, o mesmo da dengue. Além disso, também sustenta que a ilegalidade do aborto e a falta de políticas de erradicação do *Aedes aegypti* ferem a Constituição Federal em dois pontos: direito à saúde e direito à seguridade social.

No caso da microcefalia, o debate será de fôlego para o Supremo (mais um típico *hard case*), que, inevitavelmente, entrará no campo moral e religioso, já que há possibilidade de sobrevivência do feto após o nascimento. Segundo especialistas, o aborto é mais complicado nos casos de microcefalia, pois a doença é diagnosticada de forma tardia, diferentemente da anencefalia, cujo diagnóstico é possível com 12 semanas de gestação. E isso é um dado importante, pois, tecnicamente, quanto mais precoce o procedimento, mais simples e menos traumático será para a mulher.

Por essa e por outras razões, alguns são contrários a uma nova ação no STF, alegando que o movimento feminista tenta, na atual conjuntura, buscar uma interpretação

*BBC Brasil e ao programa Newsnight, da BBC, Diniz diz que a interrupção de gestações é só um dos pontos de uma ação maior, focada na “garantia de direitos das mulheres, principalmente na saúde”. Na argumentação que apresentará ao STF, o Estado é apresentado como “responsável pela epidemia de zika”, por não ter erradicado o mosquito. Nesse caso, constitucionalmente, as mulheres não poderiam ser “penalizadas pelas consequências de políticas públicas falhas”, entre elas a microcefalia. Portanto, “deveriam ter direito à escolha do aborto legal”, entre outras iniciativas. Atualmente, a legislação brasileira só permite o aborto em casos de estupro, risco de vida da mulher e quando o feto é anencefalo. Segundo pesquisa Datafolha divulgada em dezembro do ano passado, 67% dos brasileiros são favoráveis à manutenção da lei. Outros 16% acreditam que o aborto deve ser permitido em outros casos e 11% acreditam que a prática deveria deixar de ser crime em qualquer ocasião. Os principais eixos do documento que está sendo preparado cobram ações de vigilância sanitária para erradicar definitivamente o mosquito, políticas públicas de direitos sexuais e reprodutivos para mulheres (contraceptivos, pré-natal frequente e aborto) e ações que garantam a inclusão social de crianças com deficiência ou má-formação por conta da doença. A microcefalia impede o crescimento normal do crânio durante a gravidez e há 3.448 casos suspeitos sob investigação pelo Ministério da Saúde no Brasil. A doença vem sendo associada ao zika vírus, que já se espalha por mais de 20 países nas Américas. “Nós vivemos uma situação de epidemia e não podemos ter um ministro que diz ‘nós perdemos a guerra contra o mosquito’ (em referência a declaração do ministro da Saúde, Marcelo Castro). Não, a guerra tem que ser ganha. Essa responsabilidade não é da mulher. Isso é negligência do Estado e gera uma responsabilidade do Estado”, afirma Diniz, também professora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. O documento que está sendo preparado deve argumentar que a ilegalidade do aborto e a falta de políticas de erradicação do Aedes ferem a Constituição Federal em dois pontos: direito à saúde e direito à seguridade social. A argumentação deve ainda destacar a vulnerabilidade específica de mulheres pobres - já que a epidemia ainda se concentra em áreas carentes do país, especialmente no Nordeste. “É preciso garantir a todas as mulheres, e não só às que têm acesso a serviços de saúde ou podem pagar um aborto ilegal”, diz Debora. “Autorizar o aborto não é levar as mulheres a fazê-lo. Quem tem dinheiro e quer já faz. Justamente quem tem mais necessidade não pode ser privado do direito de escolher sobre a própria vida”, afirma. (SENRA, Ricardo. Grupo prepara ação no STF por aborto em casos de microcefalia, *BBC Brasil*, 28/1/2016. (Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2016/01/28/grupo-prepara-acao-no-stf-por-aborto-em-casos-de-microcefalia.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016).*

junto ao Supremo para liberar o aborto em casos de microcefalia, aproveitando-se de um momento de epidemia mundial – e não só no Brasil –, para tentar fincar uma bandeira histórica pró-aborto que contraria o direito à vida, assegurado constitucionalmente.

A questão é que, independente de quem seja favorável ou contrário, a riqueza desse debate público é inquestionável, pois traz para o epicentro da discussão o direito da mulher. E o mais interessante é a observância do tipo de direito em questão, o que tem exigido, nos casos difíceis (*hard cases*) que envolvem o direito da mulher, a posição contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

E é por meio do reconhecimento de direitos que se recupera, em muitos casos, a autoestima, que, para Rawls (2002), é “o mais importante bem primário” existente na sociedade. Isso também envolve o reconhecimento das identidades individuais e coletivas, visto que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (*self*) e, como já dito, no desenvolvimento da autoestima. É um processo dialógico e que faz parte do processo de entendimento da própria existência humana.

Como já dito no Capítulo 2, ao citar Nancy Fraser (2007), quando se quer proteger a mulher (ou qualquer outra minoria) tem de se verificar dois campos: o da distribuição e o do reconhecimento. No campo da distribuição, o caminho é a correção das desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa de bens, recursos; no campo do reconhecimento, é a luta contra injustiças culturais, que diminuem e estigmatizam as minorias.

Fraser (2007, 2009) enfatiza que cada tipo de injustiça exige soluções específicas, principalmente, na contemporaneidade, em que não se promove igualdade simplesmente pela redução das injustiças distributivas à dimensão do reconhecimento. Os projetos individuais são sustentados argumentativamente por meio do debate público, em que se torna projetável a inclusão das minorias, com a reconstrução dos vínculos interacionais (princípio da afetividade), no contexto de uma sociedade multicultural, aberta, múltipla, plural.

Todos os casos analisados até aqui e todos os argumentos levantados mostram o quanto o pluralismo serve hoje de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, campo de inclusão e de performance da igualdade material em fusão e profusão com a igualdade formal. A essa altura, fica claro o que se disse no começo desta tese acerca da tensão constitutiva entre os opostos (igualdade formal e igualdade material). Esse modelo substancialista de democracia exige “a respeitosa convivência dos contrários,

aquilo que John Rawls (2002) interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um ‘princípio de diferença’¹²⁷.

Como dito antes, na perspectiva pós-positivista, é de extrema importância a sedimentação, mesmo que de forma ainda tímida, do princípio do reconhecimento no cenário jurídico brasileiro, para assegurar direitos fundamentais, principalmente em relação às minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente – e aí se incluem as mulheres. Para tanto, cabe ao Estado o papel de empreender “o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões”¹²⁸.

É o que também acentua Zagrebelsky (1999, p. 13), ao descrever o pluralismo das sociedades contemporâneas sob o aspecto de se considerar a sua diversidade e relativismo provocado por esse contexto, o que deve ser analisado pelo Estado no que tange aos projetos individuais de vida dos sujeitos:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

Todos os pontos discutidos neste capítulo (e nos anteriores) levam a pensar que termos, historicamente dicotômicos (igualdade, liberdade...), adquirem novos significados a partir do momento em que mesmo se intensificam e se complexificam, não por serem pares opostos, mas por serem complementares entre si, o que ajuda bastante a entender como pensar o direito a partir dessa reconfiguração dos pares. É o que dispõe Carvalho Netto (2011, p. 42) ao abordar essa problemática:

Trata-se agora de levarmos a sério o aprendizado que a vivência histórica nos possibilitou e de buscarmos ver a Filosofia e a ciência, o público e o privado, a forma e o conteúdo, a democracia e a Constituição, a liberdade e a igualdade como elementos que instauram entre si uma relação complexa. Relação em que, se são pares de conceitos opostos, são também, a um só tempo, complementares e reciprocamente requerentes, não meras oposições que se excluam.

¹²⁷ Excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 4.277/DF. p. 632.

¹²⁸ Excerto do voto do Ministro Luiz Fux na ADI n. 4.277/DF. p. 689.

Finda-se este capítulo com a convicção de que há uma criatividade intrínseca na contemporaneidade que fornece os elementos necessários para a construção da igualdade, equidade, justiça, mas que é dada pela “diferença”, posto que esta contém a diversidade, a pluralidade, em constante estado de ebulição. É nesse sentido que a igualdade carrega um discurso capaz de dialogar com os princípios e os valores do sistema político, em certa medida o pano de fundo do Estado democrático de direito.

O que se quis abordar por trás de toda a discussão ao longo deste capítulo foi a questão identitária, no sentido de que, quando se afirmam identidades, afirmam-se direitos. Isso foi perfeitamente visível com relação aos casais homossexuais por meio do julgamento da ADI n. 4.277, que funciona como uma espécie de intertexto, interdiscurso, cujo conteúdo é extensível ao campo de investigação do direito da mulher.

No caso do direito da mulher, os projetos individuais precisam ser considerados e reconhecidos a partir das experiências vivenciadas individual e coletivamente. E isso se deve ao fato, como já visto, de ser a “identidade” um conceito relacional, dependente da relação entre os sujeitos sociais e as instituições, e tudo mediado pelo processo comunicativo na relação alter / ego.

CONCLUSÃO

Chega-se ao fim da tese e este é o momento de mostrar as respostas alcançadas a partir das hipóteses inicialmente lançadas.

Pois bem. Inicialmente, sempre que alguém se afasta daquilo que lhe é familiar, inquietando-se com as suas concepções pré-estabelecidas, ou que esse familiar se torna estranho, nunca mais se é a mesma pessoa ou se enxergam as mesmas coisas. No percurso de toda a tese, foi isso o que se buscou: o estranhamento. Mas, independentemente da resposta alcançada (se confirma essa ou aquela hipótese), isso é o que menos interessa, pois o trabalho em si continua aberto e receptivo a novas teorias, questionamentos, indagações.

Sobre a primeira hipótese (*Se os paradigmas jurídicos, ao afirmar o direito da mulher, tomou a experiência, a luta, para a construção evolutivo-racional de uma dimensão interpretativa e decisional para o direito das minorias e se a experiência produzida pelos paradigmas contribuiu para traçar parâmetros para o avanço da luta feminista pela afirmação de direitos*), a resposta é positiva.

Muito do que se depreende atualmente da experiência acerca do direito da mulher vem dos paradigmas jurídicos. Como ressaltado no primeiro capítulo, no Estado liberal, o ideário jurídico perseguido era igualdade (formal) e liberdade. Portanto, em termos legais, foram poucas as conquistas das mulheres nesse modelo jurídico, mas os avanços já se viam em paralelo às reivindicações feministas, e o maior deles foi o direito ao voto – conquistado no Brasil na década de 30 do século passado.

No modelo intervencionista, por sua vez, o Estado passou a interferir de forma mais assertiva para a consolidação material de direitos. No caso do direito da mulher, as conquistas estiveram em parte atreladas à reivindicações dos movimentos feministas, que tomaram grande impulso nas décadas de 60 e 70. No caso do Brasil, os direitos femininos afirmados nesse período estavam mais ligados à proteção das mulheres nas relações familiares e trabalhistas. Contudo, em muitos casos, a afirmação de direitos mais ônus trouxe para mulheres, tendo em vista que a cultura patriarcal era muito forte e presente na sociedade, se comparada aos dias hodiernos.

Com a crise do Estado social, entrou em cena o Estado democrático de direito, muito em parte impulsionado pelo rompimento com a clássica dicotomia entre público versus privado. Nesse modelo paradigmático, as Constituições passaram a ter um papel

central a modular a legislação infraconstitucional. Ademais, a ação dos princípios passaram a ter um peso “sobrenatural” em termos da elaboração das leis e, principalmente, de sua interpretação jurídica. Desse modo, princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros, passaram a interferir na esfera de tomada de decisões na práxis jurídica e na elaboração das leis.

Ao seguir por este caminho, o Estado democrático de direito rompeu com o modelo positivista, agregando novos conceitos, novos significados, para o campo de atuação do direito, exercendo sobre este um olhar diferenciado. Esse rompimento contribuiu para inaugurar a era do neoconstitucionalismo nas sociedades democráticas – e no Brasil essa forma de pensar o direito ganhou muita força –, em que os princípios e os direitos fundamentais ínsitos na Constituição se irradiaram por todo o ordenamento jurídico e passaram a guiar os passos do legislador e do intérprete do direito.

De uma maneira bem geral, ao se destacar o papel da luta feminista pela igualdade de direitos, mais especificamente no sentido do reconhecimento de direitos por parte do legislador, a experiência subtraída da exposição dos paradigmas jurídicos deram a perspectiva de que o reconhecimento da diferença para a construção da igualdade ainda se faz no discurso – que não condiz com as escolhas das mulheres –, mas não na prática, pois que não legitimado pelo debate no campo da esfera pública.

Com relação à segunda hipótese (*Se a luta feminista respondeu à experiência construtiva de direitos nos paradigmas jurídicos e se a experiência resultante da luta tornou possível a construção de um caminho para a igualdade a partir da diferença*), esta também se confirma.

A abordagem da luta feminista disposta no Capítulo 2 trouxe uma mostra suficiente de que, em qualquer momento da história, as mulheres apresentaram as suas demandas no campo da afirmação de direitos. Apesar da legitimidade das reivindicações, por se configurarem minoria, o reconhecimento dos direitos, quando aconteciam, dava-se de forma tardia e oneravam as mulheres.

Ao mesmo tempo, a evolução dos movimentos feministas e as experiências provenientes dos vários “feminismos” contribuiu mais ainda para que diferenças se acentuassem, o que diversificou o movimento de luta, até culminar em um espécie de “crise identitária” do feminismo. Por essa razão, a luta pela igualdade de direitos

vinculou-se à questão da identidade das mulheres nessas interfaces heterodoxas do movimento feminista.

Nesse sentido, não há como negar o papel relevantíssimo da luta, principalmente no que concerne à consciência política, quando se amolda a uma teoria política feminista que comporta o construto da experiência e o conhecimento produzido, como um mecanismo para o entendimento do problema da igualdade a partir do reconhecimento das diferenças. Desse modo, o conteúdo político extraído do feminismo fornece um caminho (ou ao menos uma alternativa) para a discussão da igualdade a partir da diferença.

Outra hipótese, que também se confirma, é a terceira (*Se a condição pós-moderna, ao impor o redimensionamento do sistema comunicativo em todas as esferas das sociedades, contribuiu para a afirmação de direitos, tendo em vista o pluralismo e a complexidade identitária, a luta pelo reconhecimento da diferença e a reconfiguração do conceito de gênero*).

Como delineado no Capítulo 3, a sociedade pós-moderna impulsionou a comunicação entre os indivíduos. A integração em rede, em que não mais existem fronteiras, pulverizou as noções de espaço e de tempo. Foi a partir de então – mais especificamente com a “virada linguística” –, que se entendeu que a condição humana é uma condição comunicativa.

E é exatamente nesse contexto de relações fluidas (“modernidade líquida”, conforme Bauman), que os direitos se afirmam. O pluralismo e a complexidade social obrigam, no contexto do Estado democrático de direito, a que as instituições deem uma resposta a tempo e a contento às demandas sociais. Se há uma sofisticação comunicativa, isso requer que, ao “dizer o direito”, o responsável absorva as nuances desse processo, o que requer reconhecer os discursos por trás do “novo sujeito”, da “nova mulher”.

Em que pese o direito da mulher ser o pano de fundo de toda esta pesquisa, discutiu-se no referido capítulo o papel da identidade na construção da igualdade pelo reconhecimento do direito à diferença. Subliminarmente, todo o tempo se pergunta: Quem é essa “nova mulher”? Como essa “nova mulher” é representada? Quais são as suas legítimas reivindicações?

Menos se sabe sobre ela, ainda mais no contexto da pós-modernidade. Uma coisa é certa: ela ainda luta pelo reconhecimento. Mas o que dificulta esse reconhecimento é o fato de essa “nova mulher”, como sujeito de interação no mundo pós-moderno, figurar-se como sujeito plural. No contexto da globalização, as identidades fragmentam-se – ao mesmo

tempo em se redefinem –, o que, inevitavelmente, cria um “caldeirão” de novos significados, pelos quais, segundo Fairclough (2001), há uma modelagem do sujeito ao mesmo tempo em que esse sujeito também molda outros a sua volta; ou, como na teoria do agir comunicativo de Habermas (1984), em que os sujeitos, ao se comunicarem, podem fazê-lo instrumental ou estrategicamente, a depender dos fins pretendidos.

Independentemente do tipo de abordagem racional-comunicativa, a questão é que em face da complexidade social e do pluralismo, as instituições do Estado, e principalmente o direito, passam a ter relevante papel, visto que a miscelânea de conflitos para afirmação de direitos exige do aparato estatal respostas em face dos desafios projetados pela pós-modernidade e seus corolários.

Muito se tratou no Capítulo 3 sobre a identidade da mulher e as novas relações de gênero e como entender isso é bastante produtivo para a construção da igualdade pelo reconhecimento da diferença. Na verdade, muito da questão identitária da mulher, atualmente em uma perspectiva pós-identitária, serve de subsídio para se pensar o direito das minorias, quando se coloca a questão emancipatória e a consciência crítica como vetores para a criação de mecanismos de fortalecimento (*empowerment*), com o fim de dar voz aos sujeitos integrantes desses grupos historicamente “apagados”, ou pouco reconhecidos do ponto de vista dos direitos a eles assegurados.

Por fim, a quarta e última hipótese (*Se a experiência da luta feminista e a experiência do direito nos paradigmas jurídicos construíram experiências cognitivas e práticas e o quanto esse conhecimento resultante tem influenciado as decisões jurídicas do Supremo Tribunal Federal, na observância dos novos conceitos introduzidos no espaço da pós-modernidade, do mundo globalizado, da sociedade em rede e da complexidade social*), também se confirma.

Para responder essa hipótese, no quarto capítulo são discutidos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em que fica explícita a incorporação dos valores intrínsecos à nova fase do constitucionalismo (neoconstitucionalismo) no escopo das decisões, o que exige do julgador respostas razoáveis para os casos difíceis (*hard cases*) decorrentes do pluralismo e da complexidade social.

Mesmo não tratando especificamente do direito da mulher, a escolha da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, como também objeto de análise, pauta-se no fato de ter sido um julgamento emblemático na história do direito brasileiro e por, direta e

indiretamente, ter uma relação com o que se almeja para o campo de observância do direito da mulher no que concerne ao reconhecimento e à afirmação de direitos.

A decisão contramajoritária do Supremo foi favorável ao reconhecimento da união homoafetiva. O Tribunal entendeu que o não reconhecimento de direitos a essa minoria historicamente excluída implicaria desrespeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais. Portanto, foi uma decisão que abriu, como consequência, portas para a regulação de outros direitos (adoção, sucessão, previdência, entre outros).

Entendeu-se que a construção de uma democracia substantiva, passa, necessariamente, pelo “equilíbrio reflexivo” (cf. Rawls), em que há a busca constante pelo bem (coletivo), em face dos desafios impostos pela pós-modernidade. E é esse o maior desafio a ser enfrentado pelas mulheres na afirmação de seus direitos, bem como é o desafio de todos os atores sociais que participam desse processo: o reconhecimento de direitos a partir das diferenças.

Mas há outros desafios a serem enfrentados, os quais se resumem a: situar-se no contexto da pós-modernidade, o que não significa negação da modernidade, mas reconstrução; caminhar com a sociedade em rede, que estabelece novas formas de se comunicar e de se relacionar, devido à perda da noção de tempo e de espaço; entender a mensagem da globalização (economia informacional), que complexifica mais ainda as relações sociais por meio da hegemonia de discursos colonizadores; e, observar a pluralidade social, de modo a entender que identidades tidas como “fragmentadas” reconstróem-se a partir do seu reconhecimento, o qual pode se dar, entre outros, pelo reconhecimento de direitos.

Pode-se entender, então, que a aceitação da diferença pelo reconhecimento de direitos, como no caso da ADI 4.277, mostra-se atualmente como uma alternativa para que as identidades se reconstruam mediante o pluralismo e a complexidade, os quais, no lugar de enfraquecê-las ou fragmentá-las, são o que de fato as potencializam. Pluralismo e complexidade, ao contrário do que muitos pensam, constituem o cenário favorável a que as reivindicações e os projetos de vida sejam tomados com apreço e respeito, em face da abertura propiciada pelo paradigma do Estado democrático de direito ao debate público.

Por fim, conclui-se que o reconhecimento do direito da mulher passa pela observância de que o contrário da igualdade não é a diferença, mas a desigualdade, que afirma direitos iguais. O parâmetro legítimo para o entendimento do sentido da igualdade é a diferença, marcada, em muitos aspectos, pela identidade. Sobre esse aspecto, a luta

feminista pela afirmação de direitos, por sua complexidade, criticidade e pluralidade, fornece aos paradigmas jurídicos elementos para uma aprendizagem cognitivo-evolutiva acerca das legítimas reivindicações femininas.

Na prática, a luta é sempre por reconhecimento. As decisões jurídicas já avançam no sentido da construção de propostas interpretativas no campo do direito, cujos argumentos conjugam racionalidades comunicativas e construtos teóricos e metodológicos que discutem, em uma perspectiva jurídico-discursiva, os mecanismos institucionais para o avanço da igualdade de direitos sem perder de vista a pluralidade e a complexidade social.

Conclui-se que a ideia de pluralismo trouxe resposta a todas as hipóteses aqui investigadas. Metodologicamente, foi o guia, o eixo condutor, de todo o percurso investigativo que se fez acerca dos paradigmas jurídicos, da luta feminista, da identidade, das diferenças e das decisões judiciais analisadas. Desse modo, fecha-se textualmente a tese com esta constatação. Todavia, no plano das ideias, esta pesquisa mantém-se em aberto, pois há muitas teses subjacentes ao construto multifocal dado às temáticas aqui tratadas, as quais se abrem para novas e futuras investigações.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. Lisboa: Presença; Martins Fontes, 1974.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

ARAÚJO, Jair Bueno de. A desconstrução dos processos identitários dos gêneros sexuais em Judith Butler. *Revista Multidisciplinar da Uniesp, Saber Acadêmico*, n. 11, p. 33-38, jun. 2011.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1997.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. A docilização do corpo feminino. In: SILVA, Daniele Andrade da et al. (Org.). *Feminilidade: corpos e sexualidade em debate*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013. p. 351-362.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista de Direito Constitucional*, n. 19, p. 109-137, jan./jun. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 1. Fatos e mitos. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BENTO, André Lúcio. Discursos e percursos identitários na contemporaneidade. *Revista Discursos Contemporâneos em Estudo*, Brasília, v. 1, n. 1, 2011. p. 105-123.

BERNARDES, Walkyria Wetter. *A constituição identitária feminina no cenário político brasileiro pelo discurso midiático globalizado: uma abordagem discursiva crítica*. Tese (Doutorado em Linguística) - Programa de Pós-Graduação em Linguística, Departamento de Linguística, Português e Línguas Clássicas e Vernáculas, Instituto de Letras, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *Sur L'État*. Cours au Collège de France (1989-1992). Paris: Éditions Raisons d'agir/Éditions du Seuil, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A filosofia política do reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 373-395.

BUTLER, Judith. *Lenguage, poder e identidad*. Madrid: Editorial Síntesis, 1997.

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan*. Sobre los limites materiales y discursivos del "sexo". Buenos Aires: Paidós, 2002.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CABRAL, Bruno Fontenele. Precedentes sobre a prática de políticas públicas de ação afirmativa no direito norte-americano. *Jus Navigandi*, jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16975/precedentes-sobre-a-pratica-de-politicas-publicas-de-acao-afirmativa-no-direito-norte-americano>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, mai. 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Temporalidade, constitucionalismo e democracia. *Humanidades*, n. 58, p. 32-43, jun. 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – a produtividade das tensões principiológicas e superação do sistema de regras*. Belo Horizonte – MG: Editora Fórum, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 2.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

CHABAUD-RYCHTER, Danielle et al. (Org.). *O gênero nas Ciências Sociais: releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Brasília-DF: Editora da Universidade de Brasília, 2014.

COOLEY, Thomas M. *Princípios de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

CORRÊA, Sônia. Sexualidade e política da segunda década dos anos 2000: o curso longo e as armadilhas do presente. In: SILVA, Daniele Andrade da et al. (Org.). *Feminilidades: corpo e sexualidade em debate*. Rio Janeiro: EdUERJ, 2013. p. 21-38.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CYFER, Ingrid; NEVES, Raphael. Entrevista com Nancy Fraser. In: ABREU, Maria Aparecida (Org.). *Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero*. Brasília: IPEA, 2011. p. 201-213.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DINIZ, Débora. Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska (Org.). *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas* [livro eletrônico]. Florianópolis: Editora Mulheres, 2014. p. 11-21.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.
- ERGAS, Yasmine. O sujeito mulher. O feminismo dos anos 1960-1980. In: THÉBAUD, Françoise (Org.). *História das mulheres no Ocidente*. O século XX. Vol. 5. Porto: Edições Afrontamento, 1991. p. 583-611.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Discourse and social change*. Cambridge: Polity Press, 1992.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Critical discourse analysis*. London: Routledge, 1995.
- FAIRCLOUGH, Norman; CHOULIARAKI, Lilie. *Discourse in late modernity*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse*. Textual analyses for social research. New York: Routledge, 2003.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Language and globalization*. London: Routledge, 2006.
- FERNANDES, Vivian. Jornada dupla de trabalho é realidade 90,7% das mulheres brasileiras. Disponível em: <<http://www.radioagencianp.com.br/10943-jornada-dupla-de-trabalho-e-realidade-de-90-por-cento-da-mulheres-brasileiras>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para as formigas e cigarras. *Novos estudos – CEBRAP* [online], São Paulo, n. 77, p. 243-253, mar. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100013>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000a.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade das formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista de Estudos Feministas*, v. 15, n. 2, p. 291-308, mai./ago. 2007.
- FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, v. 14, n. 2, p. 11-33, jul./dez. 2009.

FUNCK, Susana Bornéo. Desafios atuais dos feminismos. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska (Org.). *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas* [livro eletrônico]. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014. p. 22-35.

GARGALLO, Francesca. *Ideas feministas latinoamericanas*. Venezuela: Fundación Editorial el Perro y la Rana, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. Cambridge: Polity Press, 1991a.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GILLIGAN, Carol. Moral orientation and moral development. In: KITTAY, Eva Feder; MEYERS, Diana T. (Ed.). *Women and Moral Theory*. New Jersey: Rowman & Littlefield, 1987. p. 19-36.

GILLIGAN, Carol. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. New York: Harvard University Press, 1993.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

GRAMSCI, Antonio. *Obras escolhidas*. São Paulo: Martins Fontes, 1974.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action. Reason and rationalization of society*. London: Heinemann, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987a.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Dom Quixote, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. Richard Rorty's Pragmatic Turn. In: BRANDOM, R. (Ed.). *Rorty and His Critics*. Oxford: Blackwell Publishing, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Fé e saber*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

HALL, Stuart. *Da diáspora*. Identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006a.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 18. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Feminismo, direitos humanos e Constituição. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 147-170.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/profile/Jaqueline_Jesus/publication/234079919_Orientaes_sobre_Identidade_de_Gnero_Conceitos_e_Termos/links/02bfe50eebe482dd4c000000.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

KOHLBERG, Lawrence. *Essays on Moral Development*. The Philosophy of Moral Development. New York: Harper & Row, 1981. v. 1.

KOHLBERG, Lawrence. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao Spain: Desclée de Brouwer, 1992.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. *Estudos avançados*, v. 9, n. 25, p. 169-185, 1995.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). *Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero. (Org). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento da era da informática. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LÉVY, Pierre. O que é virtual? São Paulo: Editora 34, 1996.

LOPES, Luiz Paulo da Moita. *Identidades fragmentadas*. Campinas: Mercado de Letras, 2002.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2001.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação*. Uma perspectiva pós-estruturalista. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford CA: Stanford University Press, 1995.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio, 2000.

MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Ana Gabriela; AMARAL, Ana Luísa. *Dicionário da crítica feminista*. Lisboa: Edições Afrontamento, 2005.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Constituição e diferença. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 285-308.

MARRAMAIO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos. Da 'ordem pós-hobbesiana' ao cosmopolitismo da diferença. *Conferência proferida no XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*. Belo Horizonte – MG: Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC), Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 15 de novembro de 2007.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. A noção de paradigma jurídico e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Universidade do Vale do Itajaí, Univali, *Cadernos de Pesquisa*. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/mestrado->

em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf. Acesso em: 11 ago. 2015.

MARX, Karl. *El capital*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b26.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2015.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MONDIN, Battista. *Curso de filosofia: os filósofos do Ocidente*. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2008. v. 3.

MORIN, Edgar. *Ciência como consciência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento. In: NASCIMENTO, E. P. e PENA-VEJA, A. (Org.). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais, investigações em psicologia social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

MÜHL, Eldon Henrique. Habermas e a educação: racionalidade comunicativa, diagnóstico crítico e emancipação. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 32, n. 117, p. 1035-1050, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>> Acesso em: 30 dez. 2015.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista Estudos feministas*, v. 8, n. 2, 1999.

NOGUEIRA, Conceição. O gênero na psicologia social e as teorias feministas. Dois caminhos entrecruzados. In: PORTUGAL, Francisco Teixeira; JACÓ-VILELA, Ana Maria (Org.). *Clio-psyché: gênero, psicologia, história*. Rio de Janeiro: NAU, 2012. p. 43-67.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (Ed.). *The Politics of Law*. Nueva York: Pantheon, 1990.

PACHECO, Josephine Fenneli. *O problema do racismo nos Estados Unidos*. Curitiba: Editora da UFPR, 1983.

PACHECO, Juliana (Org.). *Mulher e filosofia: as relações de gênero no pensamento filosófico* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. *História* [online], São Paulo, v. 24, n. 1, p. 77-98, 2005.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Uniões homoafetivas: uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277/DF. *Revista de informação legislativa*, Senado Federal, Brasília, v. 49, n. 195, p. 41-51, jul./set. 2012.

PEREIRA, Livia Barbosa. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e justiça: novos contornos das necessidades humanas para a proteção social dos países signatários*. Tese (Doutorado em Política Social) – Programa de Pós-Graduação em Política Social, Departamento de Serviço Social, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Teoria da argumentação*. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERROT, Michelle. Escrever uma história das mulheres: relatos de uma experiência. *Cadernos Pagu*, n. 4, p. 9-28, 1995.

PINTO, Paulo Roberto Margutti. A lógica contemporânea e a transdisciplinaridade. In: DOMINGUES, Ivan (Org.). *Conhecimento e transdisciplinaridade II: aspectos metodológicos*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 137-167.

PITANGUY, Jacqueline. Mulheres, Constituinte e Constituição. In: ABREU, Maria Aparecida (Org.). *Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero*. Brasília: IPEA, 2011. p. 17-45.

POGREBINSCHI, Thamy. O direito como prática: a teoria constitucional materialista de Marx. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

POLE, D. *The later philosophy of Wittgenstein*. Londres: The Athlone Press, 1958.

RAGO, Margareth. Epistemologia feministas, gênero e história. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Org.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis, SC: Editora Mulheres, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICOEUR, Paul. *Ideologia e utopia*. Lisboa: Edições 70, 1986.

RÖD, Wolfgang. *O caminho da filosofia: dos primórdios até o século XX*. Do século XVII ao século XX. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. v. 2.

RODRIGUES, João Gaspar. Alguns desafios das mulheres no cenário democrático brasileiro do século XXI. *Revista do Ministério Público de Goiás*, Goiânia, n. 28, p. 239-264, jul./dez. 2014.

ROSEN, Jeffrey. *The most democratic branch: how the courts serve America*. New York: Oxford University Press, 2006.

RUBIN, Gayle. The traffic in women: notes on the “political economy” of sex. In: REITER, R. R. (Org.). *Toward an anthropology of women*. Nova Iorque: Monthly Review Press, 1975. p. 157-210.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Dayvid de Farias; DIÓGENES, Elione Maria Nogueira; BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. Direitos humanos no Brasil: bases políticas e legais. *Educação em Revista*, Marília, v. 14, n. 2, p. 33-48, jul./dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SCHLAFLY, Phyllis; VENKER, Suzanne. *O outro lado do feminismo*. 1. ed. Santos, SP: Editora Simonsen, 2015.

SCOTT, Joan Wallach. *Gender and politics of history*. New York: Columbia University Press, 1989.

SCOTT, Joan Wallach. História das mulheres. In: BURKE, Peter (Org.). *A escrita da História: novas perspectivas*. 4. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1992. p. 63-96.

SCOTT, Joan Wallach. Prefácio a Gender and Politics of History. *Cadernos Pagu* (3), p. 11-27, 1994.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, 20(2), p. 71-79, jul./dez. 1995.

SENKEVICS, Adriano. Eleições e gênero: como fica a representação política das mulheres após 2014? *Ensaios de gênero*, 28/10/2014. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2014/10/28/eleicoes-e-genero-como-fica-a-representacao-politica-das-mulheres-apos-2014/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SILVA, Maria do Socorro da. Ações afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-26112009-160000/>>. Acesso em: 3 out. 2015

SOUSA, Eliane Ferreira de. *O discurso da Capes para a avaliação dos programas de pós-graduação: da (des)fragmentação à comunicação em rede*. Tese (Doutorado em Linguística) - Programa de Pós-Graduação em Linguística, Departamento de Linguística,

Português e Línguas Clássicas e Vernáculas, Instituto de Letras, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do País*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Leonardo Lemos de. A construção de modelos de gênero e sua problematização no contexto escolar. In: ARAÚJO, Maria de Fátima; MATTIOLI, Olga Ceciliato (Org.). *Gênero e violência*. São Paulo: Arte e Ciência, 2004. p. 69-86.

SOUZA, Maurício Rodrigues de. Globalização, subjetividade e alteridade: desafios à psicanálise. In: PASTORI, Suzana Souza; NICOLAU, Roseane Freitas (Org.). *Encontro transcultural: subjetividade e psicopatologia no mundo globalizado*. São Paulo: Escuta, 2012. p. 121-139.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e deliberação democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 79-112.

TALBOT, Mary. *Language and gender: an introduction*. Cambridge: Polity Press, 1998.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. In: LOIS, Cecília Caballero. (Org.). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

TEIXEIRA, Cristina Maria; BISERRA, William Alves. *Santas (im)possíveis: religião e gênero na literatura contemporânea*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2012.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Os cursos de direito e a perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1990.

THÉBAUD, Françoise (Org.). *História das mulheres no Ocidente*. O século XX. Vol. 5. Porto: Edições Afrontamento, 1991.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. Petrópolis: Vozes, 1995.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 4. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

TROCH, Lieve. No caminho da resistência e da compaixão. Discursos dominantes e alternativos para o diálogo entre religiões. In: MARQUES, Luiz Carlos Luz (Org.). *Religiosidades populares e multiculturalismo: intolerâncias, diálogos, interpretações*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

UNESCO. Carta da Transdisciplinaridade. In: *Educação e transdisciplinaridade*. Brasília: UNESCO / USP, 2000.

VAN DIJK, Teun Adrianus. *Ideology: a multidisciplinary study*. London: Sage, 1998.

VIEIRA, Josenia Antunes. O discurso mercantilista do ensino brasileiro. Trabalho apresentado na *International Conference on Critical Discourse Analysis*, maio de 2004, Valencia, Espanha.

VIEIRA, Josenia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. *D.E.L.T.A.*, v. 21, p. 207-238, 2005. Edição especial.

VIEIRA, Josenia Antunes; BENTO, André Lúcio (Org.). *Discurso, identidade e gênero*. Brasília: Editora Movimento, 2015.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive Sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978. v. 1.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Francoforte, 1960.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza*. Como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

WOODWARD, Kathryn. *Identity and difference*. London: Sage Publications, 1997.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução. In: SILVA, T. (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ANEXOS

Os documentos processuais utilizados como referência na tese não foram anexados por conta da extensão. Seguem os *links* para a consulta online:

ADI N. 4.277

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 / DF, 5/5/2011. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/nrn5kp>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

PETIÇÃO ADPF N. 178

O inteiro teor da petição inicial que ensejou a ADPF n. 178, que, posteriormente, transformou-se na ADI n. 4.277 encontra-se disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal no seguinte link:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/nrn5kp>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

ADPF N. 132

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 / RJ, 5/5/2011. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 13 fev. 2016.