Teoria da justiça, ética discursiva e feminismo: reflexões jusfilosóficas

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza *

Ricardo Maurício Freire Soares *

Sumario: Introdução. 1. Dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos. 1.1. Entre a realidade e o valor. 1.2. Uma reflexão sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito 2. Teoria da Justiça: um cenário de amplidões. 2.1. Teorias do Direito. 2.2. A teoria da justiça de Rawls. 3. Feminismo: entre a Filosofia e o discurso do Direito. 3.1. As mulheres, o matrimônio e a família. 3.2. Concepções familiares contemporâneas. 4. O cenário do feminismo. 4.1. A mulher moderna: feminina, feminista e cidadã. 4.2. Hermenêutica, discurso, ética: interpretando a realidade da mulher. Considerações finais. Referências

Resumo: O artigo se reporta as questões que envolvem o Feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito, mormente nos turbulentos dias da pós-modernidade que conjuga renovação de conceitos e alterações nos comportamentos do ser humano interessam à ciência do Direito, ao legislador e ao cidadão comum, homem ou mulher. Não é possível propor um conjunto de causas sociais, cujas conquistas revertam resultados apenas para as mulheres, pois mulheres e homens vivem e agem em compartilhamento na sociedade. Os aspectos atinentes à mulher, ao matrimônio e à família estão solidificados no texto da Constituição Federal vigente, e é nisto que se fiam os sujeitos sociais como garantia

efetiva e eficaz da proteção dos seus direitos e da cidadania. Para atingir os objetivos, a Lei terá de continuar analisando suas teorias, práticas e leituras interpretativas da vida e da própria lei, buscando delas retirar significados voltados ao bem-estar da sociedade.

Palavras-chave: Ética do discurso. Feminismo. Filosofia do Direito. Teorias da Justiça.

**Philosophy of Law: Justice Theory and discourse ethics
in the scenario of feminism**

Abstract: The article reports on the issues surrounding Feminism between Philosophy and the discourse of Law, especially in the turbulent days of postmodernity that combines renewal of concepts and changes in the behaviors of the human being interested in the science of Law, the legislator and the citizen Common, man or woman. It is not possible to propose a set of social causes, whose achievements only revert results to women, since women and men live and act in sharing in society. The aspects related to women, marriage and the family are solidified in the text of the Federal Constitution in force, and it is in this that social subjects are trusted as an effective and effective guarantee of the protection of their rights and citizenship. In order to achieve the objectives, the Law will have to continue analyzing its theories, practices and interpretive readings of life and of the law itself, seeking to remove from them meanings aimed at the well-being of society.

Key words: Discourse ethics. Feminism. Philosophy of Law. Theories of Justice.

INTRODUÇÃO

Este artigo se desenvolve sobre o tema Filosofia do Direito: Teoria da Justiça e ética do discurso no cenário do feminismo. O objetivo geral é o de discorrer sobre a Filosofia do Direito, relacionando-a a outros campos do conhecimento, à Teoria da Justiça e à ética do discurso no contexto do feminismo.

Os objetivos específicos são: a) discorrer acerca dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos com outras ciências. Para tanto, será elaborada uma reflexão abordando a posição do Direito entre a realidade e o valor; depois, a abordagem se volta para o campo dos interesses da Filosofia do Direito; b) lançar um olhar sobre a Teoria da Justiça em seu panorama de amplitudes; c) esboçar as nuances do feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito; d) comentar aspectos da hermenêutica e do discurso pelo viés centrado no panorama do feminismo.

A estruturação deste estudo qualitativo contou com a pesquisa em fontes como: Del Vecchio (1951); Radbruch (1997); Morrison (2012); Gargarella (2008); Soares (2016) e outros que subsidiaram a presente teorização. Portanto, adotou-se a metodologia que engloba a leitura e interpretação das fontes em busca de renovações do pensamento jurídico e de manter um diálogo teórico em função da temática escolhida para dela obter inferências que contribuirão para a formulação de possibilidades interpretativas que venham a oferecer a revelação de uma lógica para o entendimento do pensar e agir jurídicos, direcionando o olhar para o feminismo.

O estudo é justificável pela importância da reflexão constante sobre os temas do Direito e seus diálogos com temáticas muito

presentes no contexto mundial e em revisitação na atualidade dos aspectos revoltos e revolucionários do século XXI.

Para se refletir sobre a Filosofia do Direito e seus relacionamentos, é indispensável remontar à própria Filosofia, ciência do pensamento, da sabedoria. O campo do conhecimento da Filosofia pode ser dividido analiticamente em a) Lógica/ método de pensamento, do pensar rigorosamente sobre o próprio pensar, interesse da ciência do Direito, e Lógica formal (da matemática, da exatidão), Lógica material (metodologia, fundamento da lógica jurídica, da maneira como entender a aplicação do direito de forma orientada; b) Filosofia Especulativa (do ver a realidade, do olhar sobre o real, de interesse do Direito) que, por sua vez se subdivide em Filosofia da natureza (da física, do observar aquilo que existe e da curiosidade em entender como funciona o mecanismo do Universo), esta se biparte em *Cosmologia* (do Cosmos/Universo) e *Antropologia* (do homem, sua essência e integração com a natureza); e Filosofia além da natureza (da metafísica, da tentativa do homem em responder às suas mais inquietantes dúvidas sobre sua origem, razão de ser e destino), subdividindo-se em *Ontologia* (do ser) e *Gnoseologia* (da abstração dos sentidos em busca do conhecer-se, saber-se, do aforismo grego “conhece-te a ti mesmo”); c) Filosofia prática (da práxis, do agir, do fazer), que se distribui por dois ramos, o da *Ética* (da moral, do decoro/decência, da imposição dos costumes pela norma/regra), direito (do correto na relação entre os sujeitos sociais), que interessa ao Direito, ciência preocupada com o fazer humano, o comportamento; e o da *Estética* (do bom, do belo e do perfeito). A jusfilosofia é a filosofia do Direito, que trata dos fazeres do cientista do Direito e dos atores jurídicos dessa área.

As questões que envolvem o Feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito, mormente nos turbulentos dias da pós-modernidade e da era que conjuga transformações profundas e a renovação de conceitos e alterações nos comportamentos do ser humano interessam à ciência do Direito, ao legislador e ao cidadão comum, quer homem ou mulher. Não se pode propor um conjunto de causas sociais apenas para as mulheres, pois elas e eles vivem e agem na sociedade.

As questões que envolvem a mulher, o matrimônio e a família estão solidificadas no texto da Constituição Federal vigente e é nisto que se fiam os sujeitos sociais como garantia efetiva e eficaz da proteção dos seus direitos e da cidadania.

1. Dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos

Quando, pois, se quer refletir também sobre o conceito e tarefas da Filosofia e da ciência do Direito, ou

[...] se o estudo do Direito, enquanto nele se adopta o ponto de vista universal, constitui o objeto da Filosofia do Direito, de notar é, todavia, que o mesmo pode ser também considerado sob outro ponto de vista; o particular. Nesse caso, será ele então objeto da ciência jurídica propriamente dita ou Jurisprudência *stricto sensu*. (Del Vecchio, 1951, p. 15).

Desde sempre, por toda parte, e criado por cada povo, há um sistema positivo de Direito, o que significa dizer que funciona uma teia complexa e variada de normas ou de institutos, cujo papel é informar e regular, obrigatoriamente, a vida de um povo. Isto é, os sistemas têm

cuidado de manter as sociedades e seus indivíduos dentro de uma ética imposta pelo conjunto normativo que lhes cobra um comportamento e um fazer dentro dos princípios da moralidade e da decência.

Sendo assim, constata-se o nexo das três tarefas ou investigações de que se ocupa o direito, muito “embora se distingam umas das outras, são todavia entre si conexas”. A primeira tarefa é a da lógica, que “procura fixar o objeto de todas as discussões ulteriores: o direito; ou seja: define aquilo que se encontra subentendido em qualquer investigação de natureza jurídica”. A segunda tarefa é a fenomenológica, e a terceira é a deontológica. A Filosofia do Direito, “é a disciplina que define o direito na sua universalidade lógica, investiga os fundamentos e os caracteres gerais do seu desenvolvimento histórico e avalia-o segundo o ideal de justiça traçado pela razão pura.” (Del Vecchio, 1951, p. 18).

A Filosofia do Direito se distingue da Filosofia do Direito Natural, a primeira é bem mais antiga e teve seu nome alterado como um produto de reação aos equívocos cometidos pela Escola do Direito Natural,¹ denominação esta defendida por Vecchio, (1951) e que,

---

¹ O Direito Natural (jusnaturalismo), que tem como características a estabilidade (sempre é) e imutabilidade (nunca se altera), corresponde à ideia universal de justiça. Trata-se das normas e direitos que já se encontram incorporados na essência/consciência do homem, como o direito à vida, à defesa e à liberdade. Prelecionavam os filósofos gregos que o direito natural se origina do mundo das ideias. Durante o período medieval, esse direito passou a ser entendido e interpretado com a vontade divina, situação que só vai ser mudada no século XVI, do Iluminismo que coloca como fonte do direito natural a razão, o raciocínio lógico. Suas implicações estão entre as discussões da Filosofia do Direito enquanto uma abstração da própria disciplina, uma forma de pensar sobre um tipo de ordenamento ideal. Já o Direito Positivo regulamenta as questões intrínsecas a uma determinada sociedade, portanto é específico, pode até ser que alguma norma seja semelhante a outra de diferente sociedade, mas é

segundo ele, tanto pode como deve ser mantida em virtude de sua “significação genérica, válida para qualquer programa adotado e, portanto, também para quem, como nós, admite o Direito Natural.” (*idem*, p. 20).

Inicia-se esta reflexão por uma menção aos relacionamentos do Direito com a Filosofia. Cumpre pois intuir que a ciência do Direito, além de relacionar-se com a Filosofia, amplia os seus círculos de entrosamentos com disciplinas que lhe são afins, a exemplo da Filosofia Teorética (das possibilidades de desvendar o conhecimento e atribuir-lhe valor), a Sociologia (dos fenômenos sociais, possuidores de uma *raiz psicológica e uma forma histórica* manifestas na convivência entre os seres humanos, e resultantes da atuação dos indivíduos, modificando-se ao longo do tempo e acompanhando as mudanças da sociedade humana. Outras combinações faz a Filosofia do Direito coma Jurisprudência (ciência do Direito positivo), a Metodologia geral e método da Filosofia do Direito. Deste modo, cria-se o espaço metodológico que faz majoritariamente do Direito uma ciência.

1.1. Entre a realidade e o valor

Uma ciência não precisa tão somente de um quadro metodológico, mas deve estar no contexto da realidade e dispor de um valor que lhe é atribuído socialmente. Considere-se a seguir dois aspectos: 1. As atitudes fundamentais do nosso espírito: a) A atitude cega para os

---

exceção e não regra geral. Entretanto, deriva do Direito Natural e a ele não se sobrepõe.

valores; b). A atitude valorativa; c). A atitude que refere as realidades a valores; e d). A atitude que supera a antítese entre realidade e valor; 2. A posição do direito dentro destas atitudes é a de que “O primeiro acto do espírito consiste em reivindicar o próprio Eu, libertando-o dos dados da experiência, contrapondo aquele a esta, e separando aquilo que é ‘valor’ daquilo que é ‘realidade’” (Radbruch, 1997, p. 39-40).

Cabe um convite à reflexão sobre o que é realidade e o que é valor. A realidade é o fato, o concreto, objetivo, tal qual se apresenta aos sentidos humanos, mas o valor é subjetivo, volátil, multifacetado e multicolorido, mutável, isto é, sujeito às mudanças de estados de espírito (quer individuais ou coletivas, representativas de estratos sociais), às épocas e conceitos. Quando se desenvolve apego a um valor ou a uma escala deles, abraça-se com tanta força a isto a ponto de sufocar, de o sujeito sentir-se transido e cego, incapaz de perceber a realidade. O Direito, na condição de ciência, se posiciona como um contrapeso que absorve as mazelas do pensamento humano e tenta equilibrar-se e conduzir a realidade social dentro de uma visão harmônica e funcional. Entretanto,

A primeira atitude, cega para os valores, constitui, quando metodicamente exercida, a essência do pensamento científico das ciências naturais; a segunda, avalorativa, constitui, quando sistematicamente desenvolvida, a essência da chamada ‘Filosofia dos valores’ (Wertphilosophie) nos três ramos: a Lógica, a Moral e a Estética. (Radbruch, 1997, p. 40).

O fazer-pensar da filosofia em torno do direito e da justiça se encarrega de questionar sobre os princípios lógico-rationais, éticos, históricos e culturais norteadores da ordem jurídica. Miguel Reale opina

que a ciência do Direito se encarrega de estudar “o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo” e o fazer da Filosofia do Direito quer saber das condições e possibilidades para essa concretização, sendo, pois, correto afirmar que “a ciência do Direito é uma forma de conhecimento positivo da realidade social segundo normas ou regras objetivadas, ou seja, tornadas objetivas, no decurso do processo histórico”. A sociedade organizada crê que o direito tem que ser um valor, a ele deve ser atribuído um valor. O direito trata e descreve o fato, diferentemente de como o faz a Sociologia, mas sustentado em algo como deve ser, algo entendido como correto e bom e, não o sendo, arca-se com as consequências, “caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou a sua violação”. (Reale, 2002, p. 17-35).

1.2. Uma reflexão sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito

De certo que, para além de reconhecer os relacionamentos existentes entre a ciência do Direito com outros campos do conhecimento humano, é mister também, conhecer e refletir sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito. Nada mais seria do que o *corpus* de respostas à pergunta: ¿O que é o direito? - como ensina Morrison (2014), mas não é tão simples e reducionista, tendo-se em conta que, desde a Antiguidade Clássica se pergunta sem que se obtenha uma resposta satisfatória, até mesmo porque a melhor resposta envolveria múltiplos aspectos, como múltiplas são as opiniões e mentalidades. Se alguém pergunta o que é o direito a cada pessoa que estiver por perto, poderá constatar as diferenças e as semelhanças de abordagens, quer entre os leigos, quer entre os doutos da área jurídica. Logo, a impressão era a de

que o positivismo oferecia uma metodologia relativamente simples para se identificar o direito. (Morrison, 2012, p. 8).

Trata-se, portanto, de subjetividades e pontos de vista, muitas vezes repletos de juízos de valor e interesses inconfessáveis. Não por isto a pergunta deverá ser abandonada. ¿E então, o que é o direito? O direito é o correto, o ético, o bom, o decente e o adequado à convivência social. E, do ponto de vista estético, seria o Belo traduzido em um quadro social harmonioso, perfeito. O sentido de liberdade, porém, costuma ser confundido com a permissividade ou o *laissezfaire*.² Cada um tem vontades a satisfazer e objetivos a serem alcançados e, nesse afã, se esquecem do respeito à vontade e aos objetivos alheios, desrespeitando a ordem constituída. Isto, particularmente, cria dificuldades e impasses que podem ser traduzidos na expressão popular: O seu direito termina quando o do outro começa.

Levados por nossa preocupação com a reflexividade, entendemos que, para julgar a qualidade de nossa consciência, precisamos levar em consideração os pressupostos da análise; não apenas entender as diferentes metodologias utilizadas na busca do conhecimento sobre o direito, mas também refletir sobre as diferentes razões pelas quais é

---

² A principal característica do liberalismo é a defesa do Estado mínimo, ou seja, a ideia de que o Estado deve intervir o mínimo possível, deixando à “mão invisível do mercado” a regulamentação das relações econômicas. Daí advém o lema “laissez faire laissez passer le monde va de lui même” (“deixe fazer, deixe passar, que o mundo caminha por si mesmo”). Para Adam Smith, um dos principais representantes do liberalismo econômico, o soberano (Estado) possui apenas três deveres: a defesa da sociedade contra os inimigos externos, a proteção dos indivíduos contra as ofensas mútuas e a realização de obras públicas que não possam ser realizadas pela iniciativa privada – os quais representam limitações à atuação do ente estatal e que, por isso, devem ser compreendidos como critérios de fiscalização do exercício do poder pela autoridade estatal (Bobbio, 1992).

importante procurar respostas à pergunta sobre o que é o direito. Deparamo-nos também com o problema da contextualidade [...]. (Morrison, 2012, p. 3).

Como visto, Reale (2002) faz distinção entre o tratamento e a descrição do fato, desde a perspectiva do Direito e a da Sociologia, não afirmando ou negando, porém, o relacionamento das duas áreas. O apelo das descrições sociológicas encontra-se distanciado criticamente do material analisado, apresentando como “vantagem das descrições sociológicas sobre as perspectivas daquelas ‘afinadas’ com o processo jurídico” o fato de estar na distância. A ponderação é a de que, “[...] através da sociologia é possível tanto interpretar quanto associar as ideias e percepções subjetivas dos agentes jurídicos no âmbito das descrições contextualmente mais amplas”. E mais, que a possibilidade da sociologia é a de não dispor de “nenhuma base sólida que possa corrigir e (re)posicionar a jurisprudência tradicional de um modo que seja viável uma “interpretação fiel da história do direito”, capaz de oferecer uma resposta à pergunta: ¿O que é o direito? - e a tantos mais questionamentos nessa seara.

A questão da resposta chega à pós-modernidade e mais conflitos se formam, *de facto*, gerando toda uma problemática específica e delicada quanto a se analisar o direito nesse contexto de transformações e turbulências.

O destino do direito contemporâneo reflete essa história de desenvolvimento social. [...] Alguns deram a isso o nome de *juridificação das esferas sociais* (Teubner, 1987). Outros aludem a proliferação de formas de regulamentação jurídica e quase jurídica, e se perguntam se é possível dar algum sentido à infinidade de seus efeitos.

Segundo essa narrativa o direito perdeu sua identidade, rendeu-se a novos deuses: é visto como servo da economia, da política e da utilidade, enquanto exigimos que seja visto como um fenômeno moral. Nunca antes, parece, exigiu-se tanto do direito; nunca antes investiu-se tão pouca autoridade nele. (Morrison, 2012, p. 16-17).

A reflexão de Morrison (2012), acerca de qual a resposta ideal para o que é o direito se alonga por mais de seiscentas páginas. Lá pelo final, o autor surge com uma assertiva que muito contém de significativo para boa parte dessa resposta pela qual se espera desde a Antiguidade Clássica, a de que “o pós-modernismo é a conscientização da inutilidade de qualquer utopia de uma sociedade justa [...]”. O problema é que o destino é a inconcludência: não existe fim”. (Morrison, 2012, p. 621).

2. Teoria da Justiça: um cenário de amplidões

Teoria é um termo de origem grega (theorein) e que significa observar. Isto é dizer pouco quando se trata de ciência. Portanto, pode-se listar mais significados circundantes ao termo teoria, além de observar. Por exemplo: investigar, olhar detidamente, verificar, constatar, e tantos outros. O termo teoria é dito, pelo menos, desde duas perspectivas: a comum, cotidiana; e a comprometida com a ciência, com a intelectualidade, com a investigação científica e com a realidade dos acontecimentos. A teoria tem uma perspectiva filosófica, pois quem teoriza, exercita o raciocínio, a lógica, além do que, necessita de fontes confiáveis para a formulação de postulados e, dentro de uma metodologia e de uma área do conhecimento humano, chegar a um

conjunto de inferências e comprovações, unindo-se, desse modo o que se pensa ao que se pratica.

A teoria da justiça, como todas as outras existentes nos diversos campos do conhecimento, apresenta-se vasta, ainda que, como é característico de teorias, umas dialoguem com as outras, ora combinando as ideias, ora entrando em conflitos no que diz respeito a determinados aspectos e pontos de vista. Do debate teórico emergem as inferências e os resultados, ainda que tímidos, ainda que insipientes. As teorias científicas se têm posicionado “[...] *menos ambiciosas y solo buscan postular hipótesis que puedan explicar de algún modo um determinado grupo de hechos experimentales, sin preocuparse demasiado de si la hipótesis propuesta son realmente verdaderas o no*”.³ (Abril, 1987 p. 4).

2.1. Teorias do Direito

Para Carvalho (2009, p. 67), o direito comporta uma diversidade conceitual variada e as Ciências Jurídicas “não descrevem verdades absolutas, mas pontos de vista, determinados em razão de certos referenciais teóricos, sendo cada uma delas responsável por um objeto próprio”. A autora destaca as concepções modernas do jusnaturalismo; escola da exegese; historicismo; realismo jurídico; positivismo (sociológico e normativo); culturalismo jurídico e pós-positivismo.

O jusnaturalismo, como já foi evidenciado, a teoria mais antiga e que tem como base a compreensão de que, em sua essência, antes do

---

³ As teorias científicas se têm tornado menos ambiciosas e somente buscam postular hipóteses que possam explicar de algum modo um determinado grupo de experiências, sem se preocupar demasiado se as hipóteses propostas são realmente verdadeiras ou não. (Tradução livre da autora deste artigo).

surgimento do Estado, o homem, naturalmente, por um desígnio divino, carrega em si uma noção do que é o justo, o direito, o correto e, estando na sociedade, “sabe comportar-se nela em razão da existência de um conjunto de ordens tidas como naturais, que regem suas relações inter-subjetivas” (*idem, ibidem*).

Na Antiguidade Clássica, os representantes do jusnaturalismo são Platão, Sócrates e Aristóteles; no período medieval, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino; e, modernamente, Rousseau, Hobbes e Locke, sendo cada um desses filósofos adaptadores e transformadores do entendimento do jusnaturalismo em suas épocas.

Por sua vez, a Escola da Exegese, de origem francesa, surgiu no início do século XIX, enquanto se desenrolava a Revolução Francesa. “O fundamento da Escola da Exegese está na lei escrita. Ela é a única expressão do ‘direito’ que se encontra todo codificado” (*idem*, p. 69) e interpretam o texto legal *ipsis litteris*. A Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha, “na primeira metade do século XIX, como reação política aos ideais burgueses e ao racionalismo de todas as formas, que marcaram a concepção da Escola da Exegese”. Torna-se vigorosa com o pensamento de Savigny e se opõe às bases do jusnaturalismo e ao empirismo exegético, “concebendo o ‘direito’ como um produto da história social, que se fundamenta nos costumes de cada povo e não na racionalização do legislador” (p. 69).

A Escola do Realismo Jurídico, esta da primeira metade do século XX, inicialmente na Escandinávia e nos Estados Unidos, perfilando-se “como uma vertente do sociologismo jurídico (positivismo sociológico), atribuindo um enfoque ‘social’ ao ‘direito’ também voltado para sua efetividade” (p. 70) Distribuiu-se a mencionada Escola

através do realismo jurídico norte-americano e pelo realismo jurídico escandinavo.

Já o Positivismo designa duas tendências epistemológicas, considerando como um ponto comum o “afastamento do ‘direito natural’ e o reconhecimento do ‘direito positivo’ (p. 71) na qualidade de eficiente e eficaz em uma dada sociedade, mas duas abordagens distanciadas da delimitação do conceito de direito. São as Escolas do positivismo sociológico ou positivismo (sociologismo) e do positivismo jurídico. Quando surge o Positivismo, vingam os preceitos da ciência, mesmo considerando-se a sua característica de inconclusão. Segundo, Morrison (2012, p. 381),

A tentativa de justificar o Estado através do direito é vã, uma vez que todo Estado é necessariamente um Estado de direito. O direito, diz o positivismo, nada mais é que uma ordem de compulsão humana. Quanto à justiça ou moralidade dessa ordem, o próprio positivismo nada tem a dizer.

Assim como na literatura, as chamadas escolas ou tendências literárias se sucedem uma após outra, sempre a nova se contrapondo à anterior e nas escolas do direito, também. Portanto, o Culturalismo jurídico vem se opor ao Positivismo “Foi na Escola de Baden, a que se filiaram Lask e Radbruch, que o culturalismo jurídico fincou suas bases” (p.73). Fechando este quadro, vem o Pós-Positivismo, juntando tendências, tanto normativistas quanto culturais. Criticava a “dogmática tradicional (positivismo), à objetividade à objetividade do direito e à neutralidade do intérprete” (p. 74). As teorias do Direito se sucedem, sempre buscando marcar uma posição perante a sociedade e a própria ordem que a institui.

A evolução das teorias mostra a gradação de concepções que se iniciam com o entendimento da naturalidade, passam pelo entronamento do que está registrado em papel e se transforma na sistematização do código, prosseguem trocando as concepções anteriores pela ideia de que o direito é o resultado da história social, aí evadindo-se do racionalismo do legislador. Os rastros andam na direção do realismo jurídico e se subdividem entre o positivismo sociológico e a efetividade do direito.

2.2. *A teoria da justiça de Rawls*

O foco nos estudos de Gargarella (2008, p. 1) gravita em torno da teoria da justiça de John Rawls, asseverando que “as instituições básicas da sociedade [...] não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: elas devem ser, sobretudo, justas.” Que as instituições básicas da sociedade, além de organizadas e eficientes, sobretudo justas, seria lógico, moral, ético e estético. Entretanto, não apenas a sociedade, mas a humanidade olham em torno de si como se considerassem isto algo utópico. De toda forma, *motu próprio*, nem a sociedade como um todo e nem cada indivíduo, *per se stante*, se organizarão, serão eficientes ou justos. Em função dessa organização, eficiência e justiça trabalha o direito, trabalham os seus agentes. “[...] o intuicionismo⁴ não nos oferece uma boa orientação para distinguir

---

⁴ “A minha concepção do intuicionismo é algo mais amplo do que a que é corrente: interpreto-o como a doutrina que afirma que há um grupo irreduzível de princípios primordiais que temos de comparar entre si, determinando, reflectidamente, o mais justo equilíbrio entre eles. Uma vez atingido um certo nível de generalidade, o intuicionismo defende que não há um critério construtivo de parâmetro superior para determinar a relevância adequada dos

intuições corretas de incorretas, nem nos esclarece muito como distinguir uma intuição de uma mera impressão ou palpite”. O que se mostra válido, entretanto, é o reconhecimento da “necessidade de reconhecer um ligar importante para nossas intuições, na tarefa de buscar uma teoria sobre a justiça”. (Gargarella, 2008, p. 3).

O ideal de justiça de Rawls seria o da felicidade geral e da equidade, contrapondo-se ao utilitarismo (teoria filosófica, idealizada pelos filósofos e economistas ingleses John Stuart Mill e Jeremy Bentham), que busca interpretar os fundamentos éticos e morais, tomando como baliza inicial as consequências das ações dos indivíduos). Outras teorias e críticas se sucederam ao ideal de Rawls, a exemplo da teoria idealizada por Nozick, que “não se opõe a ideia de igualdade, mas ao estabelecimento de normas que pretendam impô-la”. (Gargarella, 2008, p. 44).

As críticas se orientam para expor a teoria de Rawls como “incapaz de satisfazer plenamente sua inicial promessa igualitária”. O alcance dos objetivos do igualitarismo de Rawls envidaria, dito por ele mesmo, que: as instituições de uma sociedade seriam consideradas justas quando permitissem que a vida das pessoas dependesse de escolha individual autônoma, “e não dos ‘acazos da natureza’ ou das ‘circunstâncias’”; e ainda, que, para a obtenção do objetivo relativo ao alcance da escolha, as instituições deveriam “se orientar para igualar os indivíduos em suas circunstâncias, o que se traduz fundamentalmente em dotar cada um com um conjunto igual de ‘bens primários’; e que a igualdade idealizada não implicasse “uma igualdade absoluta e estrita, uma igualdade imodificável, ‘rígida’”. (Gargarella, 2008, p. 63).

---

diversos princípios da justiça concorrentes.” (John Rawls, Uma Teoria da Justiça, p. 48-49).

A colocação de Gargarella (2008) parece proceder, tenha-se em vista que não é um exercício lógico de fácil entendimento aquele que supõe ser justa uma instituição, *e.g.*, o Estado⁵, que permita ou libere a vida dos sujeitos sociais em função da autonomia de escolha, “e não dos ‘acazos da natureza’ - ou seja, das ‘circunstâncias’ que competem a cada um viver, por ventura ou desventura”; e que para o alcance desta situação as instituições devessem “orientar para igualar os indivíduos em suas circunstâncias, o que se traduz fundamentalmente em dotar cada um com um conjunto igual de ‘bens primários’, o que seria utópico; e que a igualdade assim garantida “não implica uma igualdade absoluta e estrita, uma igualdade imodificável, ‘rígida’”.

Entram em cena, por exemplo, as modificações sugeridas por Dworkin à teoria de Rawls e que postulam “[...] uma concepção liberal igualitária adequada precisa apoiar-se em ideias básicas, muito próximas às defendidas por Rawls”. Portanto, de início, o liberalismo igualitário deve perceber e separar ‘personalidade’ e ‘circunstâncias’ que cercam cada um. Importa reconhecer que o objetivo dessa espécie

---

⁵ Segundo Habermas, quanto aos direitos fundamentais, ou seja, os direitos subjetivos e os direitos políticos de participação e comunicação, os cidadãos não têm outra opção senão atribuir-se reciprocamente, da perspectiva da socialização horizontal dos autores das normas jurídicas enquanto participantes nos discursos jurídicos, sem a intervenção do sistema político. Esta estratégia de dedução das normas jurídicas constitui um experimento mental, porque os direitos fundamentais, como quaisquer outras leis do ordenamento jurídico, somente podem ser aprovados e sancionados pelas instituições políticas do estado de direito. Isto, evidentemente, requer passar para o nível da socialização vertical, no qual já não são os próprios cidadãos no processo de autolegislação por meio dos discursos práticos que chegam a um consenso racional sobre seus direitos fundamentais, mas os cidadãos envolvidos com as estruturas políticas e jurídicas do estado de direito (Habermas, 1994, p. 166. In, Durão, 2009, p. 119-120). Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/08.pdf>» Acesso em: 13 de out. de 2016.

de liberalismo deve ser o da igualdade entre as pessoas inseridas em suas circunstâncias de vida, dessa forma possibilitando aos indivíduos se tornarem

[...] responsáveis pelos resultados de seus gostos e ambições: se alguém, situado em uma posição de relativa igualdade com os demais, decide, por exemplo, empreender uma ação muito arriscada, sabendo das possibilidades de que ela termine mal, então, no caso de um final infeliz em sua empreitada, deve arcar sozinho com o resultado obtido. [...]" (Gargarella, 2008, p. 65).

Estas reflexões acerca da assunção por cada indivíduo social das consequências e penalidades provenientes de atos cometidos remete ao pensamento de que a responsabilidade civil está intimamente ligada ao entendimento da não promoção de dano ao outro. A responsabilidade a cargo das instituições prevê a aplicação de medidas e sanções que obriguem o infrator a reparar o dano causado a alguém que advém da sua ação ou omissão, como em outra parte deste texto anotou-se: “caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou a sua violação. (Reale, 2002, p. 17-35).

3. Feminismo: entre a Filosofia e o discurso do Direito

Até este ponto se desenvolveu uma reflexão acerca dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos sobre a posição do direito entre a realidade e o valor, o campo de interesses da Filosofia do Direito, a Teoria da Justiça e seu cenário de amplidões. A partir daqui, o foco se volta para a conjunção desses aspectos, quando aplicados às questões da ação ou omissão, da obediência à norma ou a sua violação

no que diz respeito ao debate sobre o feminismo na sociedade atual. Engendra-se ainda a esta perspectiva a teoria da hermenêutica clássica e os aspectos éticos do discurso do direito.

A Filosofia tem se ocupado também em focalizar o ser mulher. Em primeiro plano, remonte-se ao filósofo grego, Aristóteles, na Antiguidade Clássica equiparava mulher e escravo. Ainda relacionava a mulher ao fator reprodução da espécie e que só por isto o homem dela precisaria.

§ 6. Esta dupla união do homem com a mulher, do senhor com o escravo, constitui, antes de tudo, a família. Hesíodo disse, com razão, que a primeira família se formou da mulher e do boi feito para a lavra. Com efeito, o boi serve de escravo aos pobres. Assim, naturalmente, a sociedade constituída para prover às necessidades quotidianas é a família, formada daqueles que Carondas chama *homospyens* (tirando o pão da mesma arca), e que Epimênides, de Creta, denomina *homocapiens* (comendo na mesma mangedoura). (Aristóteles, 2010, p. 2).

A simples leitura desta passagem acima, retirada da obra *A Política*, de Aristóteles, é capaz de remeter à indignação ou a um acesso de riso. ¿Por quê? Porque ou indigna-se o leitor em constatar um quadro de uma realidade social em que a mulher “gozava” de tal conceito beirando ao absurdo; ou, no outro extremo, pensando nas conquistas femininas ao longo da civilização, não é para menos a provocação de riso que essas afirmações causam.

Nem por isto, Platão, mestre de Aristóteles, formulava tal conceito sobre a figura feminina. Por ventura e por acaso, o filósofo, sem que o imaginasse, estaria ensaiando passos firmes na direção de inspirar o moderno movimento feminista. Considerando o contexto

vivenciado pelas mulheres atenienses, à época de Platão (século IV a.C.), pode-se aquilatar a reação do filósofo, até mesmo entre os intelectuais mais representativos de Atenas, pois a mulher era “[...] considerada como incapaz para atos jurídicos completos, estava sempre sob a tutela masculina, primeiro de seu pai e depois, na falta deste, de seus parentes masculinos mais próximos (irmão, tio paterno). (Tsuruda, 2008, p. 1-2).

As mulheres de Atenas, não “se mirem nelas”, como na composição de Chico Buarque, posto que eram submissas aos pais, em seguida aos irmãos e, depois ao marido. Novamente, para elas, nessa sucessão de dominações, passavam a servir ao marido como escravas de cama, mesa e banho. Isto, em outras palavras, seria “ser *sui juris*”⁶ ficou sempre excluído para as mulheres, que passavam da tutela do *paterfamilias* à do marido”. (Capella, 2002, p. 64).

A exposição de Capella (2002, p. 54) menciona o processo de democratização ateniense, cerceador da participação social das mulheres e da mão-de-obra escravizada, que há de ter presentes para não incorrer no discurso idílico ao uso sobre as antigas instituições gregas, mas que ensejou “*formas* políticas amplamente divergentes das que são contemporâneas nossa”, impedindo “a *profissionalização* política (teorizada em câmbio por Platão, um dos grandes adversários da democracia, em *A República*)”.

---

⁶ Significado de *sui juris*: Do seu direito. Dir. Diz-se da pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem. Disponível em: <http://www.dicionariodelatim.com.br/sui-juris/> Acesso em: 12 de out de 2016.

3.1. As mulheres, o matrimônio e a família

Muito distante da Grécia antiga e das mulheres atenienses, a realidade da evolução das relações sociais provoca, no âmbito do matrimônio, nos dias atuais, a subversão dos padrões e o “[...] desaparecimento dessa crosta ou camada sociológica superveniente [...], e com isso o reajustamento entre o novo direito matrimonial e os factos e realidades de ordem natural que lhe servem de base”. (Radbruch, 1997, p. 293).

O agora referido estudioso vai adiante e assevera que a totalidade da problemática matrimonial e educacional está inserida na evolução conceitual do matrimônio e da família, que passaram de bem estruturadas comunidades (Gemeinschaften),⁷ “[...] somatórios de relações dentro das quais o homem e a mulher, os pais e os filhos, sem mais funções duma actividade econômica a prendê-los entre si, se acham apenas ligados por laços pessoais, psicológicos e fisiológicos”. (Radbruch, 1997, p. 294).

Os estudos de Radbruch completam já três décadas, são datados de um ano antes da promulgação da Carta Cidadã vigente de 1988 (CF/88), e nesse decorrer do tempo, foram muitas as mudanças de conceitos, comportamentos e atitudes relativas ao matrimônio e que encaminham a reflexão por territórios jamais imaginados. A mulher dispõe de espaço garantido para as suas conquistas e direitos na CF/88, tendo em vista que “este instrumento expressa a conquista fundamental

---

⁷ Alemão - Espanhol - Gemeinschaft pronúncia n. unión (f), relación (f), comunidad (f), comunión (f), colectividad (f), indivisión (f), indiviso (m), mancomunidad (f) Observação: o único dicionário online que oferece a tradução em português apresenta apenas o significado *comunidade*. Disponível em: «<http://pt.dictionarist.com/Gemeinschaft>». Acesso em: 12 de out de 2016

da igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres (art.5º, I), até então, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro”.

Del Vecchio (1951, p. 50) tangencia o mesmo tema da família, definindo-a em um quadro formado pelo homem, a mulher, os filhos e, ainda, três criados; é sociedade estabelecida natural e perpetuamente pela natureza, isto é, da união de famílias, surge a aldeia ou a vila e, de várias vilas, o Estado, “único, e, portanto, goza de plena *autonomia*. Para prescindir do Estado, - o indivíduo teria de ser mais ou menos do que homem: um deus ou um bruto”.

3.2. *Concepções familiares contemporâneas*

No pós Constituição Federal de 1988, além de inúmeras mudanças, entram em cena as concepções familiares contemporâneas, incluindo o casamento homoafetivo. Um novo fator é a inserção do princípio da igualdade entre homem e mulher que ampliou e reconceituou a noção de família, adquirindo interpretações inéditas, conferindo, indistintamente aos seus integrantes a proteção igualitária que se alargou sobre a família “matrimonializada, tutelando até mesmo a união estável, a família monoparental e estabeleceu a igualdade entre filhos legítimos ou ilegítimos, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.” (Silvestre, Figueiredo, 2013, p. 4).

A evolução do casamento e a concepção de família nos moldes tradicionais têm alterado a legislação, como está previsto na Carta Magna, em seu Artigo 226.⁸ Do ponto de vista dos direitos civis,

---

⁸ Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*
§ 1º O *casamento* é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,

A CF/88 considera a família como base da sociedade garantindo-lhe especial proteção do Estado (art. 226). *Avança na conceituação dessa instituição, apontando para o reconhecimento de diversos tipos de família*, constituídas: pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher (art. 226, parágrafo 3º); e por qualquer um dos cônjuges e suas/seus filhas (art. 226, parágrafo 4o). Dispõe explicitamente que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, parágrafo 5o), acabando com a posição superior e de chefia, atribuída legalmente ao homem na sociedade conjugal. (Rodrigues, Cortês, 2006, p.16)

Aliado a isto, a modernidade, desde o século XX do pós-Segunda Guerra, quando a mulher alcança o direito ao voto, avança celeremente por novos caminhos, perspectivas e comportamentos, como anota

---

devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento). § 4º Entende-se, também, como *entidade familiar* a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à *sociedade conjugal* são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento. § 8º O Estado assegurará a *assistência à família* na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Capella (2002, p. 98): “Uma parte do desconcerto das pessoas de sexo masculino em seu papel de ‘homens’ em um mundo em que as mulheres” conquistam, passo a passo, “a igualdade jurídica e política, a igualdade social, se deve a que as relações de *lealdade* e *deslealdade* podem ser finalmente recíprocas”. A deslealdade, no século XXI, da informação, do avanço da comunicação e da era digital, navega por espaços impensados e reflexos sobre a organização familiar e o matrimônio.

A discriminação e o preconceito estão presentes no cotidiano social, quer por motivos morais, sociais, de raça, de gênero ou outros. A mulher, especialmente, tem sido uma vítima constante do machismo (que se entende equivocadamente uma contraposição ao feminismo), da violência doméstica, do escárnio e do crime passional. O mundo do trabalho tem uma história de rejeição e exclusão da mulher, principalmente porque procria, ou seja, “As mulheres ficam excluídas também naturalmente de alguns aspectos do trabalho em certos lapsos temporais que têm a ver com o nascimento e a criação dos filhos” (Capella, 2002, p. 29). Além desse aspecto, havia e ainda há reclamações de empregadores pelas faltas da mulher que padece de cólicas menstruais, por estes e outros motivos, a mulher, em alguns casos, percebe salário inferior ao do homem.

Capella ainda observa o patriarcado como “um princípio estruturador da sociedade que incide, sem dúvida, na divisão do trabalho”. A antiga estrutura social patriarcalista tem tentado permanecer de alguma maneira em formas culturais as mais diversas. Em todo caso, é aquele sistema que atribui, por um lado, às mulheres “o trabalho doméstico e aos homens o trabalho externo à casa (o trabalho agrícola, inicialmente). [...] de outra parte, as mulheres sempre

dividiram com os homens, em sociedades agrárias, o trabalho não-doméstico de colheita, entre outros”. (Capella, 2002, p. 33)

Na prática, em geral, fora exceções como a do trabalho em sociedades agrárias, no contexto da realidade, o homem e a própria sociedade não se cansam de lutar para que a Mulher seja aquela de Aristóteles, aquela de Atenas.

Sobre o aspecto valor, reconhece-se, pelo menos teoricamente, que a Justiça e as políticas públicas modernas tentam garantir as lutas feministas e de outros grupos historicamente excluídos, como o são o dos negros, dos diferentes de alguma maneira, e o das mulheres. Por tais razões, logrou-se, através das lutas, até a atualidade, celebrar uma espécie de “[...] acordo substancial’ no qual se convencionou que brancos e negros, homens e mulheres são seres humanos e dignos de um tratamento igualitário”. O avanço das conquistas resultantes da participação popular têm demonstrado que a maioria das pessoas “tenderia a considerar inaceitável uma norma que, por exemplo, defendesse que brancos e negros não podem estudar na mesma universidade ou compartilhar os transportes públicos”. (Gargarella, 2008, p. 29)

Muito acertadamente Gargarella (2008) dispõe acerca da questão das exceções importantes, pois, mesmo numa estatística ainda insignificante, nota-se que negros têm conquistado bravamente alguns direitos e conseguido alçar posições consideráveis no mundo do trabalho, inclusive passando a ocupar cargos importantes na esfera pública, não sem que, amiudadamente sejam alvo de constrangimentos por parte dos brancos, quer bem situados economicamente ou não. Os brancos pobres fazem da cor clara da pele uma espécie de tesouro que lhes “garante” direitos muito especiais. Gargarella ainda aponta críticas

questionadoras do isolamento dos indivíduos, agindo e pensando solitariamente, individualmente e, concomitante e egoisticamente, pensando pelos outros. Há os críticos defensores da “posição original” encoberta pelo “véu de ignorância” sugerida por Rawls; menciona ainda outro tipo de crítica, “de origem diferente das anteriores, e formulada também por autoras próximas ao feminismo”. Nesse caso, remete a um tipo de crítica “às pretensas virtudes da ‘posição original’ como ferramenta epistémica”, como ferramenta capaz de nos ajudara conhecer e tratar de modo apropriado os pontos de vista dos demais”. (Gargarella, 2008, p. 100).

Carla Faralli (2002) se utilizou do *Critical Legal Studies* (CLS),⁹ uma teoria estadunidense, dos anos 70, mas com raízes na década de 60, detentora de uma visão crítica radical do liberalismo defendido nessa época, bem como o movimento feminista que abordava os

---

⁹ Estudos Legais Críticos (ELS) é uma teoria dos anos 70, mas com raízes na década de 60, que desafia e derruba normas aceitas em teoria e prática legal. Os defensores desta teoria acreditam que a lógica e a estrutura atribuída à lei crescem fora das relações de poder da sociedade. A partir da releitura das teorias marxistas, do realismo norte-americano e do desconstrutivismo de Derrida, os responsáveis pelos consideram o direito irracional, incoerente e injusto, além do que impede, cerceia o desenvolvimento de uma leitura crítica. Na verdade, a lei existe e é criada para apoiar os interesses do partido, trata-se de um conjunto de crenças e preconceitos que legitimam as injustiças da sociedade. Os ricos e os poderosos usam a lei como um instrumento de opressão a fim de manter o seu lugar na hierarquia. A ideia básica dos ELC é que a lei é política, não é neutra e nem livre de valores. Muitos no movimento ELS desejam derrubar as estruturas hierárquicas de dominação na sociedade moderna e muitos deles têm-se centrado sobre a lei como uma ferramenta para alcançar este objetivo. Os ELC representam também uma organização que procura promover a sua própria causa e dos seus membros. Disponível em: «https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory». Acesso em: 18 de out de 2016.

preceitos jurídicos dos direitos da mulher. Indo mais a fundo com a sua crítica, Faralli acusa o Direito de ser sexista, masculino, sexuado e discriminador da mulher. A autora entende e defende o pensamento de que, ao mesmo tempo, o chamamento à regra/norma mantém o *status quo*, ou seja, entroniza o conservadorismo, mas, em contrapartida, é o fato concreto que abre espaços na direção da mudança social.

4. O cenário do feminismo

O atual cenário do feminismo tem nas cores do seu quadro histórias de lutas e movimentos iniciados por mulheres resolvidas a se revoltarem contra tirania da sociedade, subjugação, sofrimento, escravização familiar e no trabalho, e violência.

A evolução da história do Ocidente é pontuada de mulheres “que se rebelaram contra sua condição, que lutaram por liberdade e muitas vezes pagaram com suas próprias vidas”. O exemplo do Tribunal da Inquisição da Igreja Católica que punia severamente quem fosse contrário aos rígidos princípios por ela pregados serve de referência do terrorismo psicológico aplicado às mulheres. O primeiro grande movimento feminista europeu ocorreu nos finais do século XIX, inicialmente na Inglaterra, quando as mulheres¹⁰ do Reino Unido conquistaram o direito ao voto em 1918.

No Brasil, lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista, iniciou a luta pela obtenção do direito ao voto, o que se concretizou em 1932, da

---

¹⁰ As inglesas pertencentes a esse movimento inovador ficaram conhecidas como sufragetes, porque queriam o direito ao sufrágio (voto). O movimento para as mulheres obterem direito ao voto começou em 1897, quando Millicent Fawcett fundou, na União Gabinete Nacional do Sufrágio Feminino.

promulgação do Novo Código Eleitoral brasileiro (Pinto, 2010, p. 15-16).

A movimentação das mulheres em torno da conquista de direitos não ficou somente no voto, mas, aos poucos, foi se espalhando por outras pautas que circundam toda e qualquer manifestação de desigualdade social: de gênero, de direitos humanos, das exigências por políticas públicas específicas, na política e seus processos eletivos.

A história das lutas sociais modernas foi [...] a história de uma luta de conquista de direitos por parte dos setores sociais excluídos deles. Os trabalhadores assalariados da indústria e os serviços, as mulheres, os jovens e camponeses quase nunca obtiveram sem mais, a diferença das classes proprietárias, os direitos da cidadania. (Capella, 2002 p. 118-119).

Outras datas marcam a trajetória da mulher brasileira em busca de ocupar uma posição justa e igualitária na sociedade. No ano de 1827 é editada a primeira lei sobre educação das mulheres nas escolas elementares; em 1879, o governo autoriza a mulher no ensino superior; em 1885, *Chiquinha Gonzaga* regia a opereta “A Corte na Roça”. O ano de 1887 foi o da formatura da primeira médica no Brasil, *Rita Lobato Velho*. Marcou o ano de 1932 a promulgação do novo Código Eleitoral, no alvorecer da Era Vargas, garantindo o direito de voto às mulheres brasileiras. Ao longo do tempo, mais mulheres alcançaram posições importantes, como são os casos de Nélida Piñon, a primeira a ocupar a presidência da Academia Brasileira de Letras (1996). Em 1998, a senadora *Benedita da Silva* é a primeira mulher a presidir a sessão do Congresso Nacional e em 2010, *Dilma Vana Rousseff*, é eleita a primeira presidente do Brasil.

O Estado Democrático de Direito, consagrado em nossa Constituição Federal, assegura a igualdade material entre toda as cidadãs e cidadãos, sem exclusões, e prevendo o desenvolvimento de sua personalidade. Frise-se quanto ao esforço das mulheres e da Câmara dos Deputados no sentido da criação de “condições objetivas favoráveis a sua emancipação frente a uma herança histórica de subordinação”, o que se coaduna ao conceito de Estado de Direito Democrático. (Brasil, s/d).

4.1. A mulher moderna: feminina, feminista e cidadã

Quem é a mulher moderna? É aquela que, paulatinamente, se reconhece feminina, feminista e cidadã? Há nisto todo um conflito, pois a mentalidade feminina se mostra complexa, multifacetada. Uma mulher pode se assumir feminina, mas em algum recanto de seu ser, vozes lutam e a conclamam para a defesa daquilo que compreende seus direitos. Uma mulher pode dizer-se tão somente feminista, entretanto, contrai matrimônio e se torna mãe, forma-se aí o dilema da divisão entre o lar, a família, o trabalho e a participação social em causas feministas. Nesse instante também pode aflorar a mulher de Atenas, dedicada ao marido e, pelo que chama de amor, a ele se subordina.

A mulher, desde a juventude, é privada (por alguns motivos como a pobreza e a luta pela sobrevivência), de seguir uma carreira profissional; mais tarde, exercendo papéis domésticos, esbarra com nova barreira de imposições e cobranças na sua direção e, igualmente, anula-se, dilacera a personalidade.

E quanto a ser mulher e cidadã? Difícil ensaiar uma resposta tendo em vista a situação em que se encontra uma legião de mulheres. De discriminação, de exposição do corpo, de ingerências sobre seu

modo de pensar e de agir e sobre também de como se veste ou se comporta. Há sempre alguém “legislando” sobre a mulher, ainda que a CF em vigor lhe assegure a igualdade e a cidadania.

4.2. Hermenêutica, discurso, ética: interpretando a realidade da mulher

É muito comum que, tanto leigos quanto doutos em Direito se pronunciem dizendo que a hermenêutica é a interpretação do texto jurídico. Acontece que, interpretação, do latim *interpretare*, aprofundar-se em busca dos sentidos das palavras, das frases, dos textos em geral. *Interpretare* ou *interpenetrare*, àquela época da Roma Antiga, era usado para referir-se à prática de feiticeiros de afundarem as mãos, no ventre dos animais sacrificados, com o intuito da predição do futuro e a obtenção das respostas aos questionamentos humanos. A palavra entrou para a língua portuguesa com a perspectiva de extrair, retirar, esclarecer o sentido da palavra no contexto, ou, juridicamente, extrair o significado ou os significados da norma.

A palavra hermenêutica se origina do idioma grego, do termo (*hermeneia*), e ressalta os dons mitológicos atribuídos ao Deus-alado Hermes, responsável pela mediação do diálogo entre deuses e homens. Hermes, filho de Zeus, era o mensageiro dos deuses, e atuava como intérprete das mensagens que eram direcionadas aos humanos, isto porque a especial linguagem dos deuses não era compreendida pelos comuns mortais. Daí a hermenêutica ter recebido o significado de facilitadora da compreensão (Soares, 2009, p. 73-74). Metaforicamente até se poderia ver nisso uma analogia em que os deuses seriam os agentes da justiça que precisam se fazer entender aos que dela precisam ou por ela chamam. Enfeixando, diga-se que “a hermenêutica jurídica

tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da norma”. (Maximiliano, 2003, p. 1).

Frise-se, entretanto, que a hermenêutica é regida por regras e princípios e que

[...] o caráter sistemático dos códigos de direito privado se acha em relação estreita com o sistema de tribunais e a hermenêutica jurídica. Em torno aos códigos se cria um corpo de doutrina hermenêutico específico, o qual não somente os faz fiáveis senão que possibilita uma dose de flexibilidade muito elevada. (Capella, 2002, p. 137).

O mesmo Capella focaliza o problema da distinção social, na Espanha, onde a “modernidade processual penal ficou desativada desde o princípio pela incapacidade do Estado para implantá-la solidamente em seu próprio aparelho repressivo - começando pela Guarda Civil -, e pela inevitável hermenêutica jurídica, classista neste caso”. Esse autor trata das questões feministas, tanto do trabalho, quanto da sexualidade, preconceitos e pré-conceitos contra a mulher.

O discurso, tanto quanto a hermenêutica são objetos de estudo de inúmeros cientistas, tanto do Direito quanto da ciência da Linguagem, esta auxiliada pelas da mente humana e seus mecanismos de cognição e logicidade argumentativa. Para Soares, a hermenêutica jurídica contemporânea se inclina, pois, para a superação do tradicional subjetivismo, em favor de um novo entendimento do objetivismo -, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica (2016). O esquema da coordenação comunicativa da ação social proposto por Habermas se mostra excelente método de crítica e da análise comunicativa das ações sociais reais, efetivas, e,

inclusive de redeterminação significativa do agir socialmente, mas pode oferecer resultado a dificuldade de se adotar como guia dessas práticas por sua elevada exigência de racionalidade comunicativa (o que significa o exercício da lógica matemática), como foi repetidamente reprovado pelo mesmo Habermas. No contexto real da sociedade, a realização da ação comunicativa é sumamente rara, o que reconheceu Habermas. Importante mesmo é que essa ação social real se aproxime, pouco a pouco de seu modelo ético e racional, quer em determinadas condições e sob determinados requisitos, a isto se chama ética do discurso, que Habermas retomou de vários autores, sobre tudo de Apel (este considerava a ética do discurso uma responsabilidade, uma retomada do pensamento transformador pós-metafísica da ética kantiana). (Campos, s/d).

Habermas, pesquisando sobre as diversas concepções do direito subjetivo, postula a racionalidade comunicativa como uma via para a objetivação das questões atinentes ao princípio da democracia e a legitimidade do direito, incluindo a própria legalidade e tomando como ponto de partida a teoria discursiva (da linguagem, da metalinguística) do direito. Dessa maneira, o filósofo da Escola de Frankfurt, (re)significa a racionalidade, distanciando-se da razão instrumental e aproximando-se da razão comunicativa.

Para comunicar mensagens a uma plateia e compartilhar ideias, quer na oralidade ou na escrita, para emitir pontos de vista com algum fundamento e para que a defesa de argumentos construídos cientificamente apresentem as ideias de modo claro, correto, coeso, coerente e harmonioso, é indispensável ao comunicador o domínio da linguagem lógica, bem estruturada, do conhecimento das entranhas da sintaxe e outros aspectos gramaticais e estilísticos.

Para além da cognição,¹¹ das leis da sintaxe, da harmonia do todo textual, e das palavras, seus sentidos e significados, cabe inquirir se

[...] é possível reduzir o dissenso a respeito da correta aplicação de uma regra a identidade do seu significado para os participantes? Ao introduzir um jogo metalinguístico, Habermas evidencia o problema de que o dissenso a respeito da correta aplicação de uma regra pode ter, ao menos, dois motivos: a regra não tem um significado idêntico para a “A” e “B” (o que se evidencia na situação (S), em que “B” faria diferente de “A”) *ou* entre “A” e “B” subsiste um dissenso a respeito da correta aplicação da regra em uma situação (S). (Günther, 2004, p. 154).

Afere-se, neste sentido, que a teoria da ação comunicativa, cuja matriz é o consenso, visivelmente ainda não se aplica na maioria das situações concretas, a exemplo da letra da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006 de 07/08/2006, que a todo o momento é violada ou até mesmo mal interpretada *ex vi* do seu art. 2º em que nem toda mulher,

---

¹¹ Apesar de problematizar a noção de complementaridade entre mundo da vida e agir comunicativo em seus escritos mais recentes, Habermas mantém certo paradoxo inerente à formulação original de *Lebensform* em Wittgenstein: procura superar o caráter restrito das formas de vida particulares, e específicas com a universalidade da linguagem, ela mesma quase que uma abordagem a-histórica da linguagem. Igualmente, com a noção de saber pré-teórico (Knowhow), Habermas parece não estar distante de Wittgenstein. A intenção na abordagem é que parece distingui-los: em nome desse saber pré/ante, Wittgenstein negou a possibilidade de teorização a respeito, “ e Habermas, em busca das condições de possibilidade desse saber, teoriza sempre mais. Desde essa perspectiva crítica da filosofia de Habermas, o agir (*Handeln*), para além de diferentes formas de vida, não está fundamentado num nível transcendental nem num nível empírico de jogos de linguagem: não se trata bem de um agir comunicativo, pois ele não pode ser fundamento dele mesmo como originário, quer dizer, se é pré, não pode ser linguagem, essa já é resultado do processamento de nossas faculdades cognitivas. (Martins, 2010, p. 103).

independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Nem sempre lhe são asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, que lhe preservem sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Mais adiante em seu art. 3º pode-se indagar se efetivamente são “assegurados às mulheres [...] o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito [...]”.

Retoma-se em linha muito fina a questão da ética do discurso, merecedora de estudos específicos tamanha a sua complexidade, tanto para argumentar sobre o espírito maldoso e constrangedor de argumentações sociais a respeito da comunicação das mensagens (como o fazia o mensageiro Hermes, da mitologia grega), quanto interpretá-las à luz da Justiça, quando tais comunicações/interpretações se reportam aos grupos minoritários, incluindo, em especial, a mulher. Só para ilustrar, em pleno século XXI, a sociedade acusa a mulher de ser culpada pelo estupro que sofre, quer físico, moral, ou ético, através de um discurso machista.

Um exemplo recente, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, diz respeito ao crime de estupro por um “beijo roubado”. No caso concreto o STJ reconsiderou decisão de Tribunal de Justiça que absolveu o acusado por desconsiderar um “beijo roubado” como estupro. Observe-se:

Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a corte de origem entendeu que o ato não passou de um beijo roubado, tendo em vista a combinação tempo do ato mais

negativa da vítima em conceder o beijo’, comentou Schietti. Segundo o ministro, a prevalência desse pensamento ‘ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada’. Ele classificou a fundamentação do acórdão do TJMT como ‘mera retórica’ para afastar a aplicação do artigo 213 do Código Penal, pois todos os elementos caracterizadores do delito de estupro estão presentes no caso: a satisfação da lascívia, devidamente demonstrada, aliada ao constrangimento violento sofrido pela vítima, revela a vontade do réu de ofender a dignidade sexual da vítima. Os demais ministros da Sexta Turma acompanharam o voto do relator. O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.¹²

Considerações finais

Direito e Filosofia se relacionam assim como todo o produto do conhecimento humano que provém do ato de pensar e de pensar sobre o pensar. A ciência tanto pergunta quanto se repergunta, mesmo sabendo os cientistas não haver respostas escondidas em algum lugar no mundo das ideias platônicas.

Por certo, o campo de interesses da Filosofia do Direito mantém diálogos distintos a depender da ciência. Com a sociologia, houve quem criticasse, mas, parece-nos muito claro que o intercâmbio entre essa ciência e o Direito é legítimo, mesmo porque a Sociologia é uma ciência que perpassa o conteúdo geral das ciências, e interliga os indivíduos e suas relações em grupos sociais.

---

¹² “Estupro: restabelecida pena de jovem absolvido por ‘beijo roubado’.” Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Sexta-Turma-cassa-decis%C3%A3o-que-considerou-estupro-como-se-fosse-beijo-roubado. Acesso em 19. out. 2016.

As teorias do Direito conjugam todo o arcabouço teórico e prático da ciência e avançam pelos distintos momentos da civilização, dela recebendo mensagens, à semelhança do mensageiro mitológico, Hermes; e agregam ao próprio fazer e saber do Direito as experiências em função do Bom, do Bem e do Belo social.

Acredita-se que o Direito trata e descreve o fato, e quem sim, o tratamento difere da Sociologia, mas não a invalida em seu relacionamento com a ciência da legalidade, mas como afirmamos em uma só voz com aquele jurista, deve o Direito sustentar-se na ideia de algo como deve ou precisa ser, e que esse algo seja compreendido e interpretado como correto e bom e, não o sendo, cada cidadão deve arcar com as consequências de seus atos, no caso de ação ou omissão que colida com o ordenamento jurídico.

A mulher, o matrimônio e a família, tanto nos moldes tradicionais quanto nos modernos, dependem das compreensões do Direito, da Sociologia, da Psicologia, da História e dos estudos da linguagem e do discurso para que os relacionamentos se processem harmoniosamente entre todos, homens, mulheres e as novas identidades de gênero ou orientação sexual.

Infere-se, dessa forma, que o Direito precisará continuar a examinar suas teorias, suas práticas e leituras interpretativas da vida e da Lei propriamente dita, buscando retirar-lhes os sentidos e significados do ser humano contribuindo para o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

Abril, Eduardo R. *Significado de las Teorias Científicas*. Academia Nacional de Ciências. Miscelânea nº 76. Cordoba, 1987. p.4. Disponível em:

- <http://www.anc-argentina.org.ar/descargas/publicaciones/miscelaneas/misc76.pdf> Acesso em: 12 out. 2016.
- Aristóteles. *A Política*. In Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sociologianomedio.files.wordpress.com/2014/03/aristoteles-a-politica-livro-i.pdf>. Acesso em 12 out. 2016. p. 2
- Bleicher, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Brasil, Senado Federal. Disponível em:
«http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituinte-e-as-mulheres». Acesso em 15 out. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Disponível em: «http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Sexta-Turma-cassa-decis%C3%A3o-que-considerou-estupro-como-se-fosse-beijoroubado». Acesso em 19. Out. 2016.
- Campos, Arturo Berumem. *La ética Del Discurso Jurídico*. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art2.pdf> Acesso em 09 dez. 2016.
- Capella, Juan Ramon. *Fruto Proibido: Uma Aproximação Histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002.
- Carvalho, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito - O constructivismo Lógico-semântico*. Tese de doutorado. PUC/SP, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em 13 out. 2016.
- Del Vecchio, Giórgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editor Armênio Amado, 1951.

- Faralli, Carla. *A Filosofia Contemporânea do direito*. Temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. Martins Fontes. São Paulo, 2006.
- Gargarella, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Günther, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz; introdução à edição brasileira por Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- Martins, Clélia Aparecida. *Sobre jogo de linguagem: Habermas e Wittgenstein*. Revista de Filosofia Vol. 35 Núm. 2 (2010): 91-104. P. 103. Disponível em:
<https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF1010220091A/8839>. Acesso em: 10 de out de 2016.
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.
- Morrison, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*/ Wayne Morrison; Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Pinto, Céli Regina Jardim. *Feminismo, história e poder*. In Revista de Sociologia e Política. Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.
- Radbruch, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado - Editor, 1997.
- Reale, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Rodrigues, Almira (Org.), Cortês, Iáris (Org.) *OS Direitos das Mulheres na Legislação brasileira pós-constituente Legislação (Federal, Estadual E Municipal) sobre direitos das mulheres a partir da Constituição de 1988*. Secretaria de Política Social para as Mulheres. Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea). Brasília: Letras Livres, 2006. 128p. Disponível em:

- «file:///C:/Users/Usuario/Downloads/legislacao_pos_constituinte.pdf». Acesso em 13 out 2016.
- Silvestre, Edenilse Espindola; Figueiredo, Claudia Regina Althoff. *O casamento Homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 294-314, 3º Trimestre de 2013. Disponível em:
<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/893/edenilse-e-claudia.pdf>. Acesso em 13 out. 2016.
- Soares, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- Tsuruda, Amalia Longo. *A Crítica Erudita Frente ao Problema do Feminino no Pensamento de Platão Maria*. Notandum Libro 10 CEMOROC-Feusp. IJI-Universidade do Porto, 2008. Disponível em:
«http://www.hottopos.com/notand_lib_10/amalia.pdf». Acesso em: 12 out. 2016.