

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

SIMONE SCHUCK DA SILVA

**CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SUBJETIVAÇÃO:
a função democrática da participação social na definição jurídica de *pessoa* a
partir dos debates sobre gênero e sexualidade**

São Leopoldo

2022

SIMONE SCHUCK DA SILVA

**CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SUBJETIVAÇÃO:
a função democrática da participação social na definição jurídica de *pessoa* a
partir dos debates sobre gênero e sexualidade**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos.

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

São Leopoldo

2022

S586c Silva, Simone Schuck da
Construção jurídica da subjetivação : a função democrática da participação social na definição jurídica de pessoa a partir dos debates sobre gênero e sexualidade / Simone Schuck da Silva. – 2022.
250 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.
“Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez.”

1. Democracia. 2. Pessoa. 3. Subjetivação. 4. Teoria crítica.
5. Teoria do direito. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SUBJETIVAÇÃO: a função democrática da participação social na definição jurídica de pessoa a partir dos debates sobre gênero e sexualidade**”, elaborada pela doutoranda **Simone Schuck da Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de julho de 2022.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Rodrigo Rodriguez Participação por Webconferência

Membro: Dr. Ricardo Ribeiro Terra Participação por Webconferência

Membro: Dr. Marcus Eduardo de Carvalho Dantas Participação por Webconferência

Membro: Dra. Clarissa Tassinari Participação por Webconferência

Membro: Dr. Roger Raupp Rios Participação por Webconferência

AGRADECIMENTOS

O período de construção desta pesquisa foi atravessado pela pandemia de COVID-19 e pelos efeitos sociais da “estratégia institucional de propagação do vírus”¹ promovida pelo então governo federal brasileiro. Além das necessárias e difíceis transformações da rotina, das formas de interação social e das maneiras de trabalhar realizadas para tentar conter o contágio, o contexto político e social no país foi de desamparo, fome, desemprego e um geral enfraquecimento da cidadania. Também a desestruturação e a precarização do ensino superior, público e privado², afetaram este trabalho tanto quanto afetaram a mim e a todas as pessoas pesquisadoras no Brasil.

Por essas razões, entendo que minhas palavras aqui não serão capazes de expressar minha profunda gratidão a todas as pessoas que caminharam comigo e compartilharam seu apoio, conhecimento e trabalho para tornar esta tese possível. Menciono aqui pessoas e instituições que, apesar dessas circunstâncias, forneceram-me o suporte necessário para pesquisar.

Esta pesquisa somente pode ser realizada com o financiamento pela bolsa de pós-graduação do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e pela bolsa de pesquisa do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) para o período de estadia no Instituto de Estudos Latino-Americanos da Freie Universität Berlin.

Agradeço ao meu orientador, o professor José Rodrigo Rodriguez, a inspiração do seu trabalho, o conhecimento compartilhado, as oportunidades de construção de rede e de debate e o apoio na elaboração desta pesquisa. Ao considerar também o período do mestrado, foram seis anos de interlocução intensa que transformaram radicalmente minha trajetória.

¹ CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE PESQUISAS E ESTUDOS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil*, São Paulo, n. 10, 20 jan. 2021. Disponível: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/03/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf. Acesso em: 14 mai. 2022. p. 6.

² SCHOLARS AT RISK NETWORK. New York University. *Free to Think: Report of the Scholars at Risk Academic Freedom Monitoring Project*, New York, dez. 2021. Disponível: <https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2021/12/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2021.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2022; SOUSA, Andrea L. Harada; TEIXEIRA, Gabriel; GENTIL, Plínio. Professores de faculdades privadas: categoria em extinção? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 13 mai. 2022. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/professores-de-faculdades-privadas-categoria-em-extincao>. Acesso em: 14 mai. 2022.

Também agradeço os debates no *Jurisgenesis* – Grupo de Pesquisa em Direito, Crítica e Multinormatividade. Em especial, agradeço a Maurício Pedroso Flores e Rodrigo Rodrigues Dias os encontros férteis de estudos sobre teoria crítica.

Agradeço aos professores Luiz Edson Fachin, Ricardo Terra, Roger Raupp Rios e à professora Fernanda Frizzo Bragato as contribuições fundamentais nas bancas de qualificação e de defesa da tese. Agradeço ao professor Marcus Eduardo de Carvalho Dantas e à professora Clarissa Tassinari os gentis aceites para participar da banca de defesa e as importantes sugestões ao texto final. Ao professor Sérgio Costa, agradeço a acolhida na FU Berlin e a possibilidade de debater o trabalho no seu colóquio *Sociology of Latin America*. Também agradeço o acolhimento da professora Teresa Orozco Martinez e a oportunidade de apresentar minha pesquisa em seu colóquio *Discutir el género*.

Agradeço à Escola Superior da Advocacia da OAB/RS, à Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), ao Centro Acadêmico da Faculdade de Direito da Unisinos, ao Centro Acadêmico André da Rocha da Faculdade de Direito da UFRGS, ao Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP e à Faculdade de Direito da UNIFIPA os convites para compartilhar a pesquisa. Suas colaborações também fazem parte desta tese.

Sou muito grata a Fabiana Severi, Denise Dourado Dora e Winnie Bueno pelas oportunidades de diálogo. Seus trabalhos são importantes referências para mim e por isso estarei sempre disponível para construir novos projetos.

A Lucas Besen e Flávia Novais agradeço nossos encontros para estudar a obra de Judith Butler. Construir conhecimento coletivamente com a profundidade e a leveza que conseguimos alcançar foi uma experiência incrível.

Agradeço toda a generosidade, entusiasmo e suporte de Graziella Mazzei. Sem nossas trocas, a estadia na Alemanha teria sido muito mais difícil. Desejo que esse seja só o início de uma boa parceria.

A Jussara, sou grata por seu trabalho amoroso e fundamental em períodos tão complexos. A Julio, agradeço o incentivo e o apoio resistentes mesmo às mudanças da vida. A João Heleno, sou grata por ser minha referência de afeto na Alemanha e aonde quer que eu vá. Também agradeço todo o amor de Dora e Lorena, sem o qual seria insuportável construir qualquer trabalho. E agradeço especialmente a Odete, Laerte e Maurício, pessoas com quem pude contar das mais profundas maneiras. A vocês todo o meu amor sempre.

O homem é um ser genérico (Gattungswesen), não somente quando prática e teoricamente faz do gênero, tanto do seu próprio quanto do restante das coisas, o seu objeto, mas também [...] quando se relaciona consigo mesmo como [com] o gênero vivo, presente, quando se relaciona consigo mesmo como [com] um ser universal, [e] por isso livre.

Karl Marx

O si-mesmo é o tipo de ser para o qual a permanência de si prova-se impossível.

Judith Butler

RESUMO

A partir da teoria crítica do direito, da perspectiva de uma radicalização da democracia e dos casos da união civil entre pessoas do mesmo sexo e da mudança do registro civil de pessoas trans e travestis, a tese busca investigar como democratizar o processo de subjetivação da pessoa no direito brasileiro. Na primeira parte, apresento as principais críticas ao papel do direito nos processos de subjetivação. Examinoo potencial democrático da reivindicação como pessoa a partir das possibilidades de proteção e responsabilização pela gramática jurídica e de participação na construção das normas do direito. Por fim, analiso a necessidade de fundamentar o processo de subjetivação no direito com caracterizações essencialistas da pessoa. Na segunda parte, parto das críticas contemporâneas sobre a previsão de imutabilidade das características da pessoa no material jurídico. Também dialogo com o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade para investigar a possibilidade de um processo contínuo de subjetivação no direito. Ao final, sustento que quanto maior o envolvimento social nos espaços de decisão jurídica sobre o processo de subjetivação mais democrático ele será.

Palavras-chave: Pessoa. Subjetivação. Democracia. Teoria Crítica. Teoria do Direito.

ABSTRACT

From the standpoint of critical legal theory, the perspective of radicalizing democracy, and the investigation of same-sex marriage and transgender's civil register change, this dissertation seeks to investigate how the process of subjectivation of the person can be democratized under Brazilian law. In the first part, I present the main criticisms of the role of law in subjectivation processes. I examine the democratic potential of the claim as a person from the possibilities of protection and accountability by legal grammar and participation in legal norms design. I also analyze the need to ground the legal process of subjectivation on essentialist characterizations of the person. In the second part, I start from contemporary criticisms over the immutability prediction of the person's features within legal material. I also dialogue with the personal identity right and the right to a free development of personality to investigate the possibility of a continuous process of legal subjectivation. Lastly, I argue that the greater the social participation in the legal decisional spaces, the more democratic the subjectivation process will be.

Keywords: Person. Subjectivation. Democracy. Critical Theory. Legal Theory.

ZUSAMMENFASSUNG

Von der Kritischen Rechtstheorie, der Perspektive einer Radikalisierung der Demokratie und der Untersuchung der gleichgeschlechtlichen Ehe und des Personenstandswechsels von Transgender aus untersucht diese Dissertation, wie der Subjektivierungsprozess vom Menschen im brasilianischen Recht demokratisiert werden kann. Im ersten Teil trage ich die grundlegende Kritik gegen die Rolle von Recht in Subjektivierungsprozessen vor. Von den Schutz- und Verantwortungsmöglichkeiten bei der juristischen Grammatik und die Beteiligung an dem Aufbau von Rechtsnormen aus gehe ich die demokratische Leistungsfähigkeit der Inanspruchnahme auf den Grund. Danach analysiere ich das Bedürfnis, den Subjektivierungsprozess im Recht mit essenzialistischen Charakterisierungen vom Menschen zu untermauern. Im zweiten Teil gehe ich von der zeitgenössischen Kritik an der Unveränderlichkeitserwartung der Besonderheiten des Menschen im juristischen Material aus. Gleichwohl führe ich eine Unterhaltung mit dem Recht auf persönliche Identität und dem Recht auf Freie Entfaltung der Persönlichkeit, um die Möglichkeit eines kontinuierlichen Subjektivierungsprozesses im Rechtswissenschaft zu untersuchen. Schließlich behaupte ich, dass je größer die soziale Beteiligung an Räumen der gerichtlichen Entscheidung über den Subjektivierungsprozess, desto demokratischer wird er sein.

Schlüsselwörter: Person. Subjektivierung. Demokratie. Kritische Theorie. Rechtstheorie.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação de Declaração de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS	<i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i> (Síndrome da Imunodeficiência Humana)
ANC	Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> (decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DNV	Declaração de Nascido Vivo
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i> (Vírus da Imunodeficiência Humana)
LMP	Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006)
MHB	Movimento Homossexual Brasileiro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 ABERTURA	12
1.1 Problema de pesquisa	16
1.2 Justificativa.....	17
1.3 Metodologia	19
1.4 Fundamentos teóricos	21
1.5 Apresentação do trabalho	66
2 NÃO ME PERGUNTE QUEM SOU.....	68
2.1 Casamento, parentesco e sexualidade.....	69
2.2 Dilemas da diferença.....	86
2.3 Para que serve ser uma pessoa no direito?	101
2.4 Sujeito, pessoa e subjetivação	115
3 NÃO ME DIGA PARA PERMANECER O MESMO	166
3.1 Nome, sexo civil e gênero	167
3.2 Formas dogmáticas da subjetivação jurídica	178
3.3 Lugares para uma ontologia incerta.....	198
5 FECHO.....	229
REFERÊNCIAS	235

1 ABERTURA

O significado jurídico-dogmático de *pessoa* sempre esteve em disputa nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais. Os contextos históricos exercem forte influência para a sua construção na gramática do direito. Nas instituições jurídicas, o significado de pessoa é debatido em relação aos debates políticos, filosóficos, sociológicos e teológicos de cada época. Por essas razões, ele sofreu muitas transformações ao longo da história recente do Ocidente, em especial, com o poder da Igreja Católica na Idade Média, com as revoluções burguesas do período moderno e de forma mais recente com as guerras mundiais do século XX.

O impacto desses eventos políticos na elaboração do direito de Estados europeus também provocou mudanças nos ordenamentos jurídicos de outros países, em particular no direito de lugares com marcas dos processos de colonização como o Brasil³. A partir da especial influência dos direitos italiano, francês e alemão, os conflitos entre os significados jurídicos de *pessoa* no direito brasileiro também foram informados por diferentes perspectivas da função do Estado e do direito na sociedade. Debates sobre a separação dos poderes e o papel da interpretação na construção do significado jurídico das normas provocaram novas elaborações sobre o lugar da pessoa na gramática de direitos.

Nas últimas décadas, os conflitos sociais relacionados ao combate jurídico da discriminação trouxeram novamente essas questões dogmáticas como pano de fundo. No Brasil, o tema foi provocado, por exemplo, a partir das lutas sociais de mulheres e na construção da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006)⁴, na demanda de enfrentamento jurídico da discriminação racial pelo movimento negro, nas disputas sobre a proteção jurídica das formas de vida das pessoas indígenas e nos conflitos sobre a configuração jurídica da autonomia e da proteção das pessoas com deficiência.

³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1964]; LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978]; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

⁴ Para uma investigação profunda sobre o projeto jurídico feminista no Brasil, suas disputas, conquistas e obstáculos, ver as obras de Fabiana Severi (2018, 2022).

Entre essas reivindicações plurais, alguns grupos destacaram o combate à discriminação em razão da sexualidade como seu foco de luta social⁵ e, a partir de construções internas e debates com os movimentos feministas, passaram a enfrentar também a discriminação em razão do gênero⁶. Partes deste grupo social reivindicaram a gramática do direito para construir a possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo e para viabilizar a mudança do nome e do sexo no registro civil.

Em seu artigo 226, o texto da Constituição Federal de 1988 menciona a possibilidade de união civil entre um homem e uma mulher e define assim os sujeitos do instituto jurídico a partir do seu sexo civil. Além disso, a Constituição determina o próprio formato da união civil, uma relação monogâmica entre duas pessoas. Ao mencionar somente essas relações, contudo, a norma constitucional não explicitou a garantia de proteção jurídica a eventuais outros arranjos sociais, como a união entre pessoas do mesmo sexo ou entre mais de duas pessoas.

Por isso, esses grupos sociais relacionados ao combate da discriminação em razão da sexualidade passaram a reivindicar a inconstitucionalidade do artigo 226. Na sua interpretação, a norma discriminava casais de pessoas do mesmo sexo e impedia seu acesso a determinados direitos viabilizados pela união civil, o que seria proibido pelas normas fundamentais previstas na própria Constituição⁷.

Em um movimento semelhante, pessoas trans e travestis buscaram modificar seu nome e sexo jurídicos em confronto direto com a previsão jurídica de imutabilidade do prenome prevista no artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973). Elas reivindicaram a incapacidade de seus documentos civis de identificação acompanharem suas mudanças no entendimento de si relacionada ao gênero. Este processo torna o registro civil um obstáculo para o exercício pleno da

⁵ Movimentos como estes fizeram e fazem uso de diferentes autodenominações ao longo de sua história no Brasil. Em geral, eles são apresentados por siglas que procuram referir as formas de identificações sexuais dos seus sujeitos políticos, como a sigla LGBTQIAP+ em relação a pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans, travestis, *queer*, intersexuais, assexuais e pansexuais. Contudo, as siglas utilizadas pelos movimentos seguem a própria instabilidade e a contínua transformação dos processos de identificação sexual, por isso persistem em constante mudança. Para conferir os desdobramentos históricos desse processo, remeto às pesquisas de Regina Facchini (2005, 2020).

⁶ É fundamental destacar a hipótese de que a inclusão do conceito de gênero em normas internacionais de direitos humanos também viabilizou as demandas sociais relacionadas à sexualidade. Sobre essa questão, conferir Corrêa (2017).

⁷ RIOS, Roger Raupp. Direitos Sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

cidadania em vez de uma garantia de acesso a instituições e políticas sociais como as de emprego, saúde e educação⁸.

Esses casos foram então levados por influência dos movimentos sociais⁹ ao Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional brasileira. Em 2011, o STF julgou em conjunto a ADI n.º 4.277 e a ADPF n.º 132 para decidir sobre a inconstitucionalidade do artigo 226 da Constituição e a possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo. Já em 2018, ele julgou a ADI n.º 4.275 para oferecer interpretação conforme a Constituição para o artigo 58 da Lei de Registros Públicos e possibilitar a retificação do nome e do sexo no registro civil de pessoas trans e travestis. Nessas ações, a participação social e o debate jurídico na corte e fora dela foram de grande destaque no país. Além de amplamente discutidas na mídia brasileira, o desenho institucional do STF também foi fundamental para viabilizar esse processo.

O tribunal possibilitou aos grupos sociais algumas maneiras de engajar na disputa e na construção do significado jurídico das normas a partir de instrumentos como as audiências públicas e os *amici curiae*. Embora essa instituição ainda possa ampliar de variadas formas os meios de participação social na construção de suas decisões para aprofundar sua função democrática¹⁰, tais instrumentos já existentes de envolvimento da sociedade possibilitaram a manifestação de variados grupos sociais nos casos mencionados.

Na ação sobre a mudança do registro civil de pessoas trans e travestis, por exemplo, o STF recebeu nove pedidos de ingresso como *amicus curiae* oriundos de organizações sociais ligadas a reivindicações de direitos sexuais e de gênero. Durante os nove anos de tramitação da ação, a sociedade pôde se manifestar de forma mais direta no processo e alimentar o debate argumentativo entre ministras e ministros do Tribunal. Esse ímpeto de participar da construção do processo decisório do STF explicitou o desejo de ação de grupos sociais na transformação das normas jurídicas¹¹.

⁸ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil. In: GREEN, James Naylor et al. (Org.). *História do Movimento LGBT no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018. p. 449-470.

¹⁰ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Simone Schuck da. Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da (Org.). *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 103–114.

É possível compreender esses casos como lutas por maior controle pela sociedade na construção do significado jurídico da subjetivação jurídica. Ou seja, situações em que grupos sociais desejam participar da construção da regulação jurídica em razão de processos sociais de discriminação e violência. Para tanto, esses agentes passam a construir *projetos de legalidade* para transformar o direito¹². Se não estão reivindicando o total recuo do Estado em regular o processo de subjetivação, no mínimo esses grupos pretendem ampliar seu poder na sua definição subjetiva no direito.

Ambos os projetos de legalidade, sobre a união civil e mudança do registro, não parecem reivindicar uma simples inclusão na gramática de direitos existente, mas sim oferecer uma crítica a regulações restritivas, imutáveis e discriminatórias, as quais excluem a pluralidade de processos de subjetivação contingentes e contínuos. Eles oferecem, portanto, uma crítica ao direito.

Trabalhei como advogada em processos de retificação do registro civil de pessoas trans e travestis nas primeiras instâncias do judiciário e posteriormente pesquisei os conflitos jurídicos gerados por essas ações. Ambas as atividades me destacaram como as normas jurídicas, de alguma forma, constituíam para aquelas pessoas a compreensão sobre seu próprio nome e sexo. Esses institutos faziam parte de seus processos de subjetivação sem toda a liberdade de escolha, mas também, e paradoxalmente, formavam o recurso para a construção de seu entendimento de si¹³.

Portanto, não entendo esses casos como esforços de grupos sociais pela legitimação jurídica de suas formas de vida, entendimento frequente nas análises contemporâneas da relação entre os chamados novos movimentos sociais e o direito. Tais projetos de legalidade parecem tentativas de construir uma vida menos violenta ou pelo menos mais vivível. Suas reivindicações são por maior autonomia social nos processos de subjetivação e maior liberdade na realização de seus projetos de vida.

Os casos mencionados são apenas dois exemplos de conflitos sociais com as normas do direito que provocam a necessidade de repensar a forma jurídica em lidar com processos de subjetivação. Eles não excluem do debate diversas outras lutas sociais contemporâneas no mesmo sentido, como por exemplo os direitos dos animais

¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

¹³ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

e a subjetivação jurídica da *Pachamama* nas constituições do Equador e da Bolívia. Nesta pesquisa, os debates jurídicos e sociais sobre gênero e sexualidade produzidos pelos casos da união civil entre pessoas do mesmo sexo e da mudança do nome e do sexo no registro civil de pessoas trans e travestis serão a fonte de interpretação da teoria do direito sobre a construção da subjetivação jurídica. Contudo, espero que as ideias aqui compartilhadas também possam provocar o diálogo com outros temas.

Seria possível elaborar uma regulação jurídica da subjetivação mais dinâmica, aberta às mudanças sociais e capaz de aumentar o controle pela sociedade nesses processos? Como conceber uma regulação democrática da subjetivação?

Ser uma pessoa na gramática jurídica significa exercer um importante papel de proteção da própria vida, de responsabilização nas relações sociais e de participação nas normas que regem a vida em sociedade. Por isso, a tarefa de pesquisa do trabalho é investigar a necessidade de identificar sujeitos na gramática jurídica, mas também elaborar formas mais democráticas de construir esse processo. Para tanto, parece haver a necessidade de explorar as possibilidades de uma estabilização contínua e temporária dos significados jurídicos no direito. Se a proteção jurídica do indivíduo é fundamental, uma espécie de cerne liberal do direito do qual não é possível abrir mão no nosso contexto social contemporâneo¹⁴, qual seria a maneira mais democrática de normatizar essa proteção? Como construir uma proteção jurídica dos sujeito sociais sem violentar sua liberdade de subjetivação?

1.1 Problema de pesquisa

O problema de pesquisa elaborado para desenvolver este trabalho é: *como democratizar o processo de subjetivação jurídica no direito brasileiro?* A partir da perspectiva teoria crítica do direito, da radicalização da democracia e da investigação dos casos da união civil entre pessoas do mesmo sexo e da mudança do registro civil de pessoas trans e travestis, minha hipótese é de que as instituições precisam estar abertas às diversas reivindicações de movimentos sociais que buscam sua própria caracterização como pessoas no direito. Além disso, parece fundamental configurar novos desenhos das instituições decisórias para a sociedade civil poder participar da construção do significado jurídico da subjetivação no interior da gramática do direito.

¹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

1.2 Justificativa

Meu interesse em pesquisar desigualdades e diferenças no direito surgiu a partir de minha pesquisa de mestrado desenvolvida entre 2016 e 2018. Analisei as disputas dogmáticas em processos de mudança de nome e sexo no registro civil de pessoas trans e travestis. A pesquisa investigou o trabalho do G8-Generalizando, um grupo focado em direitos sexuais e de gênero que é parte do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS). Entre 2012 e 2018, o G8-Generalizando realizou o projeto “Direito à Identidade: Viva seu nome!” para ajuizar as ações de alteração do registro. A demanda jurídica partiu da organização não-governamental Igualdade RS, a Associação de Travestis e Transsexuais do Rio Grande do Sul, e chegou ao grupo nas reuniões de organização da Parada Livre de Porto Alegre¹⁵.

Naquela pesquisa, analisei 167 processos judiciais frutos do projeto e realizei dezessete entrevistas com os agentes jurídicos envolvidos, ou seja, com estudantes e profissionais de diversas áreas do G8-Generalizando, e com o juiz, o promotor e as desembargadoras e os desembargadores responsáveis pelas ações. O objetivo foi investigar a dinâmica de conflito entre a expressão das demandas pelo grupo e as respostas das instituições do direito. Também trabalhei no grupo como advogada entre 2015 e 2018, quando as disputas jurídicas no interior das ações provocaram a pesquisa da dissertação de mestrado¹⁶.

Investigar as desigualdades e diferenças no direito a partir da sua relação com os movimentos sociais ligados ao combate da discriminação por gênero e sexualidade é socialmente significativo por permitir a avaliação da capacidade do direito em reduzir a violência social. Historicamente, grupos sociais formularam suas reivindicações em forma de projetos de legalidade em razão de experiências de violência, como a própria classe trabalhadora. Como lembra José Rodrigo Rodriguez¹⁷, ações como a greve e a organização em sindicatos, por exemplo, eram então consideradas ilegais.

¹⁵ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

¹⁶ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

¹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

A partir de uma investigação sobre o atual padrão de funcionamento das instituições jurídicas em relação às demandas sociais, é possível pensar mudanças no direito em nome de um controle descentralizado e ativo pela sociedade sobre a normatização das diferenças e, portanto, do processo de subjetivação. A proposta está ligada aos efeitos da mobilização política da sociedade e mantém como tarefa central a consideração das ações sociais sobre as mudanças na dogmática e nas estruturas institucionais do direito. O problema de pesquisa incorpora a preocupação social com a possibilidade de privatização jurídica do poder e com a negligência do direito com os interesses de grupos sociais cujas vidas são diretamente afetadas por processos jurídicos decisórios.

Também por essas razões esta tese faz parte da linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Sua proposta é investigar as transformações jurídicas e as mudanças das estruturas institucionais relacionadas à subjetivação no direito decorrentes da ação da sociedade civil. Da mesma forma, a fundamentação da pesquisa está relacionada à teoria crítica do direito trabalhada pelo professor José Rodrigo Rodriguez, orientador da tese. A pesquisa é desenvolvida, em especial, a partir de suas investigações sobre formas de perversão do direito, sua visão crítica da indeterminação jurídica e sua teoria da institucionalização democrática.

Ademais, o período de estadia para a pesquisa no Instituto de Estudos Latino-Americanos da Freie Universität Berlin também foi fundamental para organizar as principais críticas da teoria social ao papel do direito nos processos de subjetivação e para estudar a influência da cultura, do pensamento teológico, filosófico e sociológico e das teorias do direito europeias em países frutos de processos de colonização como o Brasil. Os debates acadêmicos oportunizados na instituição também aprofundaram minha perspectiva crítica sobre a função democrática da participação da sociedade civil na construção do direito.

Com este trabalho, busco apresentar um novo arranjo teórico-metodológico crítico, o processo de subjetivação jurídica, para um tema amplamente discutido em teoria do direito, a caracterização de indivíduos como pessoas no direito. Também procuro refletir sobre os desenhos institucionais possíveis para a articulação da gramática jurídica pelas ações de grupos sociais na relação entre a subjetivação e o direito.

1.3 Metodologia

Esta é uma pesquisa exploratória em teoria crítica do direito, cujas principais técnicas são a revisão bibliográfica e a pesquisa em fontes documentais como a jurisprudência, a legislação e os arquivos da produção legislativa. Parto da abordagem de Robert Cover¹⁸ sobre o processo de *jurisgenesis*, segundo o qual o direito oferece camadas de sentido para as relações sociais. A partir dos usos do direito pela sociedade civil, os conflitos sociais adquirem significações jurídicas e algumas vezes atravessam as instituições formais como *projetos de legalidade*, na formulação de José Rodrigo Rodriguez¹⁹.

Esta é uma metodologia desenhada a partir de uma teoria crítica do direito com foco na transformação jurídica e na participação social, ou seja, nas ações de grupos sociais para disputar os significados jurídicos de seus conflitos. Não significa dizer, contudo, que todos os grupos sociais expressam seus conflitos com base no direito. Porém, quando o fazem, apresentam aos ordenamentos jurídicos projetos de legalidade com as mais diversas finalidades e, eventualmente, também acessam as instituições do direito para construir novas normatividades jurídicas ou mesmo para modifica-las.

Nas palavras de Rodriguez²⁰, a sociedade também participa do processo de interpretação do material jurídico, tanto para afirmar o seu sentido oficializado, instaurar controvérsias públicas ou transformá-lo, quanto para “justificar seu modo de agir em relação aos demais agentes sociais, mediante a afirmação de um determinado sentido para as leis, que pode coincidir ou não com o seu sentido oficial”.

Por outro lado, investigar as próprias instituições formais do direito possibilita a identificação dos usos oficiais da gramática jurídica, os quais também travam disputas sobre a *autenticação* dos projetos de legalidade. O papel dessas instituições, segundo

¹⁸ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983.

¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 331. Como desenvolverei adiante, segundo Juliana Cesario Alvim Gomes (2020), esta também parece ser a perspectiva do jurista Peter Häberle, porém especificamente sobre a jurisdição constitucional.

Rodriguez²¹, é o “desenvolvimento de critérios para manter ou eliminar legalidades em disputa, ou seja, critérios para exercer o poder *jurispático* de eliminar direitos”.

Em outros termos, defendo que as pressões por mudanças na subjetivação jurídica precisam ser investigadas em razão dos conflitos sociais. Não podem ser examinadas a partir de uma visão do direito como um sistema fechado, mas precisam ser analisadas pela perspectiva de um ordenamento jurídico dinâmico²². Essa forma de abordagem exige o estudo das reivindicações jurídicas da sociedade civil desde as variadas propostas de normatização e institucionalização alternativas. Ela também sugere a necessidade de uma pesquisa interdisciplinar, capaz de relacionar o direito com as discussões da teoria social e dos movimentos sociais contemporâneos.

De forma geral, uma abordagem em teoria crítica provoca a construção da investigação a partir da interdisciplinaridade na elaboração do material de pesquisa, de critérios normativos intrínsecos para lidar com os conflitos da sociedade e do desenvolvimento de um diagnóstico e de um prognóstico derivados. Baseada em uma orientação para a emancipação, cuja construção é feita a partir de cada contexto histórico, o objetivo amplo de uma pesquisa em teoria crítica seria identificar as possibilidades e os obstáculos para emancipação inscritos na própria realidade social concreta²³.

Para uma teoria crítica do direito, em especial, essa abordagem implica a avaliação dos desenhos institucionais do direito em razão da sua capacidade de expressar as demandas sociais com foco na emancipação. Conforme Rodriguez²⁴, é necessário realizar a “reconstrução dos pressupostos institucionais e suas alternativas em disputa”, ou seja, avaliar os desenhos institucionais e as interpretações jurídicas presentes na sociedade com base na democratização radical. A principal tarefa de uma teoria crítica do direito seria, portanto, a “desnaturalização de toda e qualquer solução institucional existente em nome da crescente inclusão de novas demandas e interesses dos vários indivíduos e coletividades”²⁵.

²¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 332.

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. A abertura do sistema. In: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 [1983], p. 103–126.

²³ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 168.

²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 168.

1.4 Fundamentos teóricos

Em geral, os conflitos sociais relacionados à discriminação são investigados no âmbito da jurisdição constitucional em razão do princípio de igualdade consagrado em diversas constituições dos ordenamentos jurídicos ocidentais mais recentes. Contudo, a própria formulação da igualdade perante a lei é anterior, imbricada à formação do direito liberal como uma nova forma da organização da sociedade. A positivação de uma normatividade que promete a igualdade entre todas as pessoas é relacionada à construção do Estado moderno e às revoluções burguesas da Europa nos séculos XVII e XVIII.

A partir das mudanças sociais, políticas e econômicas vividas no período, uma forma específica de organizar a sociedade foi instituída. A derrocada do feudalismo, provocada pelas novas relações capitalistas, formou um contexto de pluralização das formas vida, ascensão de novas classes e aumento dos conflitos sociais. A burguesia criada pela transformação das relações de trabalho passou a reivindicar então uma descentralização do poder político antes concentrado pela monarquia absolutista. Para tanto, ela exigiu um tratamento igualitário em relação à nobreza por proporcionar tanto ou mais riqueza à sociedade do que a aristocracia. Essa demanda econômica constituiu uma nova maneira de organizar as sociedades ocidentais, ou seja, formulou uma gramática do direito liberal, pela qual a burguesia reivindicou sua igualdade em relação à nobreza²⁶.

Esse modo de reivindicar igualdade social construído pela classe burguesa abriu espaço para outras demandas sociais, inclusive de contraposição aos interesses da burguesia, como as reivindicações do proletariado no século XIX. Aos poucos era formado o Estado de Direito (*rule of law*), uma maneira de organização das sociedades ocidentais em que o império do direito regula as relações sociais a partir da promessa de igualdade perante a lei²⁷. Na defesa dessa forma de organizar a vida social, alguns ordenamentos jurídicos da época passam a positivizar em seus documentos normas de

²⁶ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

²⁷ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

igualdade e cidadania, como a Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776²⁸ e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1779²⁹.

A violência das guerras mundiais direcionada contra determinados grupos das sociedades ocidentais provocou demandas por ampliação da previsão normativa de igualdade perante a lei no século XX. Além de formalizar a proteção da igualdade em normas, as organizações internacionais formadas após a segunda guerra mundial positivaram a proibição da discriminação, ou seja, garantiram o alcance normativo da igualdade a todas as pessoas sem distinção.

Um dos documentos jurídicos mais importantes do período nesse aspecto é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, confeccionada pela Organização das Nações Unidas. Na normativa, a proteção da igualdade prevista no artigo 1, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, é acrescida da proibição de qualquer forma de discriminação pelo artigo 2, segundo o qual “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie”³⁰.

Nas décadas seguintes, alguns grupos sociais organizados como o movimento feminista, o movimento negro e as lutas anticoloniais também passaram a questionar a previsão jurídica de igualdade perante a lei. Suas pautas destacavam a permanência de relações desiguais de raça, gênero e sexualidade e de conflitos entre diversas etnias, religiões e nacionalidades. Tais lutas influenciaram a criação de tratados contra a discriminação nas conferências da ONU, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 1968 e a Convenção

²⁸ O documento destinado a constituir a independência dos Estados Unidos defende desde então que “todos os homens são criados iguais” (*all men are created equal*). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Archives Museum. *Declaration of Independence: A Transcription*. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 9 set. 2022.

²⁹ Consta já no artigo primeiro do documento a afirmação de que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*). FRANÇA. Legifrance. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 9 set. 2022.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *Universal Declaration of Human Rights - Portuguese*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 9 set. 2022.

Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres em 1979³¹.

A formação de um contexto jurídico internacional favorável ao combate da discriminação fortaleceu o uso da linguagem dos direitos pelas lutas sociais latino-americanas contra os regimes autoritários e as ditaduras civil-militares na região entre os anos de 1960 e 1980. As mobilizações sociais antidiscriminação passaram a focar no reestabelecimento da democracia e das instituições jurídicas. Com os processos de redemocratização em cada país, elas participaram da confecção de novos textos constitucionais e lograram positivar princípios de igualdade e não discriminação³².

No Brasil, os grupos antidiscriminatórios também fizeram parte da resistência à ditadura, lutaram pela reconstrução da democracia e participaram da elaboração da Constituição de 1988. O principal resultado do movimento foi a confecção do artigo 5º no texto constitucional, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”³³.

Por essas razões, podemos dizer que o combate jurídico à discriminação é um desdobramento da proposta de igualdade perante a lei constituída pela forma direito e consagrada especificamente como fundamento da democracia brasileira no texto constitucional de 1988³⁴. A garantia jurídica de igualdade perante a lei, sua dimensão formal, possibilita a reivindicação social por igualdade material no tratamento jurídico e nas condições de vida em sociedade. Como explica detalhadamente Roger Raupp Rios³⁵, um dos principais efeitos da igualdade constitucional do direito brasileiro é a proibição jurídica da discriminação, ou seja, de “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o

³¹ DORA, Denise Dourado. Os direitos das mulheres são direitos humanos: gênero e empoderamento legal na América Latina. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (Org.). *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. v. 2. Novos olhares, outras questões. p. 466-506.

³² DORA, Denise Dourado. Os direitos das mulheres são direitos humanos: gênero e empoderamento legal na América Latina. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (Org.). *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. v. 2. Novos olhares, outras questões. p. 466-506.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁴ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 177.

³⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20.

reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Devido a essas mudanças na formulação da promessa de igualdade perante a lei ao longo da história do direito ocidental, entendo que é fundamental investigar o combate jurídico da discriminação não apenas no campo do direito constitucional, mas também da própria teoria do direito. Para tanto, utilizo como referencial teórico desta pesquisa uma teoria *crítica* do direito, construída a partir da teoria crítica da sociedade com uma perspectiva de fundamentação nas necessidades e interesses sociais.

Apesar de ser muito comum encontrar nas produções atuais as expressões *teoria crítica* e *Escola de Frankfurt* como sinônimos, é importante diferenciá-las. O termo Escola de Frankfurt refere-se a uma corrente de pensamento situada historicamente com os trabalhos produzidos no Instituto para Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) fundado em 1923 na Universidade de Frankfurt, na Alemanha, em um contexto marcado pelo nazismo, pelo stalinismo e pela Segunda Guerra Mundial³⁶.

Já a Teoria Crítica da Sociedade, ou somente teoria crítica, designa a influência dessas ideias em diversas novas propostas teóricas mais recentes e situadas em variados contextos sociais. Muitas teorias críticas foram influenciadas pela Escola de Frankfurt, como a teoria crítica da raça e os estudos pós-coloniais, mas não podem ser completamente identificadas com ela. Ao contrário, muitas vezes essas novas propostas foram formadas a partir de críticas substanciais à Escola de Frankfurt, ainda que apresentem ideias confluentes³⁷.

O Instituto, criado pelo economista e cientista social portenho Felix Weil, passou já nos seus primeiros anos a promover investigações científicas a partir da obra de Karl Marx. Em 1930, o filósofo e sociólogo Max Horkheimer tornou-se diretor com a proposta de um trabalho coletivo interdisciplinar em que a unidade era a referência à obra de Marx. Ou seja, Horkheimer preconizou o modelo de crítica da economia política.

Isso não significa, contudo, que Horkheimer pretendia transformar o marxismo em um método por si só. Ao contrário, seu objetivo era recuperar a intenção de Marx de realizar uma crítica da economia política e não elaborar uma teoria econômica

³⁶ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

³⁷ NOBRE, Marcos. Apresentação. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2018, p. 5–7.

marxista. Este é o principal legado da Escola de Frankfurt para a teoria crítica até hoje. Nas palavras de Marcos Nobre³⁸, trata-se de um “duplo exercício de interpretação do pensamento de Marx e de utilização desses parâmetros interpretativos para analisar o momento histórico presente”. Exatamente por essas razões, os colaboradores do Instituto apresentaram interpretações e modos de uso diferentes da obra de Karl Marx. Posteriormente, Horkheimer publicou o artigo *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*³⁹, no qual sedimentou sua perspectiva sobre os principais fundamentos da Escola.

Escola de Frankfurt, portanto, expressa a produção de pesquisadores do Instituto sobre o debate público alemão do pós-guerra e refere-se “a um determinado momento e a uma determinada constelação da Teoria Crítica”⁴⁰. No entanto, alguns fundamentos metodológicos dessa Escola estão presentes na teoria crítica até hoje. É possível indicar, especialmente, os conceitos de crítica e emancipação, as ideias de tendências sociais e obstáculos à emancipação, a relação entre teoria e prática e a construção de diagnósticos do tempo presente e de prognósticos, todos construídos a partir de interpretações da obra de Marx.

A crítica é realizada a partir de critérios normativos imanentes, ou seja, a própria construção de um diagnóstico contemporâneo dos problemas sociais indica os obstáculos e as possibilidades de emancipação da dominação presentes na sociedade. Por isso, Marcos Nobre⁴¹ aponta a impossibilidade de “mostrar ‘como as coisas são’ senão a partir da perspectiva de ‘como deveriam ser’”. Nos termos de Max Horkheimer⁴², “o reconhecimento crítico das categorias dominantes na vida social contém ao mesmo tempo a sua condenação”.

Para tornar essa tarefa possível, portanto, é fundamental uma atitude crítica, um comportamento crítico em relação ao conhecimento construído dentro das limitações das condições sociais. Ou seja, a adoção de um “comportamento crítico relativamente ao conhecimento produzido sob condições sociais capitalistas e à própria realidade social que esse conhecimento pretende apreender”⁴³.

³⁸ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 35.

³⁹ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75.

⁴⁰ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 21.

⁴¹ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 7.

⁴² HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 45.

⁴³ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 26.

Também a ideia de emancipação presente na teoria crítica não estabelece nenhum horizonte social permanente e pré-determinado teoricamente, mas indica a busca da emancipação em relação à dominação vigente. Seu objetivo é elaborar uma perspectiva contextualizada histórica e socialmente. Só nesse sentido dinâmico é possível afirmar a pretensão da teoria crítica de “entender o tempo presente em vista da superação de sua lógica de dominação”⁴⁴.

Portanto, a teoria crítica procura identificar as potencialidades do existente e os obstáculos para sua realização. Ela não se limita, e nem poderia, a descrever o mundo social, mas busca “examiná-lo sob a perspectiva da distância que separa o que existe das possibilidades melhores nele embutidas e não realizadas”⁴⁵. Teoria e prática estão aqui interrelacionadas. A prática não é uma simples aplicação, mas sim um momento da teoria. Por isso, vejo a teoria crítica como uma prática teórica, já que ela não pode estar descolada dos conflitos políticos e sociais do contexto histórico em que é elaborada.

Além disso, a teoria crítica procura estar sempre fundamentada nos processos sociais e produzir conhecimento não a partir de derivações lógicas, mas no interior do contexto social. Nas palavras de Max Horkheimer⁴⁶,

Tanto a fecundidade de nexos efetivos recém-descobertos para a modificação da forma do conhecimento existente, como a aplicação deste conhecimento aos fatos são determinações que não têm origem em elementos puramente lógicos ou metodológicos, mas só podem ser compreendidos em conexão com os processos sociais reais.

A principal marca da teoria crítica é sua oposição ao pensamento socialista utópico e à corrente clássica da economia política, uma herança direta dos trabalhos de Marx que torna imprescindível à teoria, em nosso contexto atual, uma atenção ao pluralismo, à multidisciplinaridade e à necessidade permanente de renovação. Para a teoria crítica, por consequência, não podem ser consideradas críticas correntes teóricas utópicas e normativistas, ou seja, trabalhos que constroem modelos abstratos

⁴⁴ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2018, p. 8–25. p. 20-21.

⁴⁵ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 32.

⁴⁶ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno*. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 35.

e idealizados de sociedades perfeitas⁴⁷. Também não são críticas posições positivistas que pretendem reduzir a tarefa da teoria a uma descrição neutra do funcionamento da sociedade.

Pela perspectiva da teoria crítica, a teoria tradicional opõe conhecimento e ação e não permite a avaliação do que é investigado. Suas práticas de classificação e explicação são realizadas a partir de parâmetros pretensamente neutros e seu pensamento deve se adaptar à realidade. A teoria tradicional, para Max Horkheimer, é construída a partir de deduções generalizáveis para todo o campo do conhecimento. Ou seja, ela é uma “sinopse de proposições de um campo especializado, ligadas de tal modo entre si que se poderiam deduzir de algumas dessas teorias todas as demais”⁴⁸.

Quanto menos princípios compuserem uma teoria tradicional, mais perfeita ela será considerada em sua perspectiva. Sua validade é fruto da harmonia entre os fatos e as proposições deduzidas da teoria. As contradições entre a experiência e a teoria invalidam a teoria e demandam a sua revisão. Ou seja, a teoria tradicional é hipotética em relação aos fatos e deve ser alterada quando não consegue trabalhar com eles. Por isso, afirma Horkheimer⁴⁹, a teoria em um sentido tradicional “é o saber acumulado de tal forma que permita ser este utilizado na caracterização dos fatos tão minuciosamente quanto possível”.

Na teoria tradicional, a pessoa pesquisadora aplica suas proposições como hipóteses aos novos fatos encontrados, constata uma lei essencial e espera que cada exemplar se comporte em conformidade a esta lei. No entanto, a lei essencial tem um caráter hipotético e acaba por determinar a análise do exemplar. Nas palavras de Horkheimer⁵⁰, a lei essencial pela qual a investigação é feita na teoria tradicional impõe os próprios resultados da pesquisa, ou seja, “se se trata de um exemplar da respectiva essência ou de uma essência próxima; se se trata de um mau exemplar de um gênero, ou de um bom exemplar de um outro”.

⁴⁷ NOBRE, Marcos. Apresentação. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2018, p. 5–7.

⁴⁸ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 31.

⁴⁹ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 31.

⁵⁰ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 34.

O sentido tradicional da teoria contrapõe o saber formulado intelectualmente e o fato concreto pesquisado, o qual deve ser subsumido pelo saber. A única explicação teórica viável, nesse contexto, é “este estabelecer a relação entre a mera percepção ou constatação do fato concreto e a ordem conceitual do nosso saber”⁵¹. Portanto, a perspectiva da teoria tradicional não considera objetivos práticos de mudança social, “mas tão somente apresentar a conexão dos fenômenos sociais tais como se apresentam a um observador isolado na prática”⁵².

Essa forma de pesquisar leva as teorias tradicionais a uma atitude mais conservadora perante os problemas sociais, pois não há uma preocupação com a transformação da sociedade. Ou seja, “em nome de uma pretensa neutralidade da descrição, a Teoria Tradicional resigna-se à forma histórica presente da dominação”⁵³. Em uma interpretação pela teoria crítica, não é possível conhecer sem agir, pois a própria prática de conhecer é uma ação. Nas palavras de Marcos Nobre⁵⁴, “não se trata de negar que conhecer e agir sejam distintos, mas de reconhecer que têm de ser considerados conjuntamente”.

A perspectiva da teoria crítica provoca a consideração do conhecimento de forma situada, ou seja, atravessada pelos lugares sociais dos sujeitos produtores. O conhecimento crítico é afetado tanto por seu próprio caráter histórico quanto pela historicidade e experiência de quem o constrói. Nas palavras de Max Horkheimer, “a *práxis* humana consciente determina inconscientemente não apenas o lado subjetivo da percepção, mas em maior medida também o objeto”⁵⁵.

Por outro lado, se o conhecimento é sempre situado, os lugares sociais de sua produção não são sempre os mesmos. Desdobramentos mais recentes das teorias críticas passaram a debater sobre a desigualdade de acesso ao conhecimento em razão das diferentes condições materiais de seu oferecimento e dos sujeitos que o acessam e produzem. Essas questões são tematizadas em especial nos estudos

⁵¹ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 34.

⁵² NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 30.

⁵³ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 31.

⁵⁴ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 31.

⁵⁵ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos*: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 40.

coloniais, de gênero, raça e sexualidade⁵⁶. Contudo, mesmo Horkheimer⁵⁷ já atentava para os efeitos das diferenças subjetivas na produção do conhecimento:

Os homens não são apenas um resultado da história em sua indumentária e apresentação, em sua figura e seu modo de sentir, mas também a maneira como vêem e ouvem é inseparável do processo de vida social tal como este se desenvolveu através dos séculos. Os fatos que os sentidos nos fornecem são pré-formados de modo duplo: pelo caráter histórico do objeto percebido e pelo caráter histórico do órgão perceptivo. Nem um nem outro são meramente naturais, mas enformados pela atividade humana, sendo que o indivíduo se autopercebe, no momento da percepção, como perceptivo e passivo.

Atualmente uma forma de organizar o pensamento crítico é a compreensão de modelos de teoria crítica, como o modelo da Dialética do Esclarecimento de Max Horkheimer e Theodor W. Adorno e o modelo comunicativo de Jürgen Habermas. Os diferentes modelos são resultados de mudanças no diagnóstico do contexto social, os quais provocam transformações nos fundamentos da teoria crítica. Essas diferenças metodológicas nos trabalhos em teoria crítica demonstram sua dinamicidade. Para a teoria crítica, nenhuma teoria é eterna, ela deve ser renovada conforme a realidade histórica é modificada⁵⁸.

No campo jurídico, não há uma teoria crítica do direito tão consolidada como a teoria crítica da sociedade. Poucos trabalhos da teoria crítica apostaram no direito para atualizar a obra de Marx ou procuraram investigar possibilidades emancipatórias do direito. É mais comum encontrar perspectivas críticas que transpõem diretamente para o contexto atual o diagnóstico da função do direito tal como apresentado na obra de Marx, conforme explica em detalhes José Rodrigo Rodriguez⁵⁹.

Do mesmo modo, poucos trabalhos jurídicos assumem a perspectiva da teoria crítica. Alguns exemplos são as obras de Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Karl Renner e, mais recentemente, Klaus Günther. Para elas, o direito apresenta um papel

⁵⁶ HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 5, p. 7–41, 1995; COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 99–127, 2016; ANZALDUÁ, Gloria. *Borderlands / La frontera*. Madrid: Capitán Swing, 2016.

⁵⁷ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno*. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75. p. 39.

⁵⁸ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2018, p. 8–25. p. 20-21.

⁵⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

importante no projeto de emancipação social. Parte delas debate a impossibilidade de uma emancipação social absoluta em razão das mudanças sociais constantes após o processo de racionalização das sociedades ocidentais. Em especial, destaca a pluralização das lutas sociais e a conseqüente transformação do papel do direito em cada contexto histórico. O objetivo dessas obras, portanto, passa a ser pensar a possibilidade de projetos jurídicos de autonomia social e investigar o lugar do direito em relação à emancipação em cada momento histórico⁶⁰.

Os trabalhos de Franz Neumann⁶¹, em particular, oferecem uma investigação das transformações do direito em relação à emancipação da sociedade e à construção de uma sociedade democrática, o que parece fundamental para o objetivo desta tese. Sua obra parte do diagnóstico de Max Weber⁶² sobre os processos de racionalização das sociedades ocidentais europeias no século XV. Segundo Weber, há uma relação entre capitalismo e diferença social, mas não somente nos termos da desigualdade econômica que Marx indicara. Weber identifica nas sociedades capitalistas profundas divergências existenciais, ou seja, conflitos sobre diferentes perspectivas e formas de vida.

Antes do processo de racionalização relacionado ao capitalismo, as sociedades europeias eram organizadas por concepções de direito natural e divino. Max Weber⁶³ identificou, a partir do século XV, mudanças no sentido da organização social. Se antes as sociedades eram hierarquizadas a partir de uma homogeneidade cultural e de fundamentos naturalizados, agora elas estavam fragmentadas em diversas esferas de valor. Diversas culturas, projetos de vida, etnias, valores e religiosidades passam a conviver em uma mesma sociedade, além de disputar, pelo direito liberal moderno, a realização de diferentes interesses.

Weber explicita como essa racionalização está imbricada historicamente com a formação do capitalismo e da burguesia nas sociedades da Europa, ou seja, com a transformação do processo social de produção e reprodução nas relações de trabalho. Na modernidade, as sociedades europeias experimentam uma descentralização do

⁶⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

⁶¹ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]; NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]; NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

⁶² WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2020 [1920].

⁶³ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2020 [1920].

poder político, antes concentrado pela monarquia absolutista, um acirramento dos conflitos sociais, a pluralização de reivindicações e a ascensão de novas classes sociais, como a burguesia e o proletariado. A gramática jurídica também sofre transformações e passa por processos de materialização e indeterminação, os quais, segundo Weber⁶⁴, levariam à destruição do direito.

Para Max Weber⁶⁵, o processo de materialização destrói a racionalidade do direito ocidental em razão da incorporação de conteúdos morais às normas jurídicas, o que abriria espaço para a emissão de juízos de valor arbitrários nas decisões. Isso tornaria as normas mais indeterminadas e a sua aplicação uma ação irracional, além de arruinar o caráter formal do direito, ou seja, sua capacidade de utilizar critérios jurídicos autônomos. Esse diagnóstico leva Weber a afirmar uma perda de sentido do direito liberal na modernidade ocidental.

Porém, é no contexto das análises de Weber sobre a perda de sentido do direito liberal que Franz Neumann⁶⁶ elabora sua tese de que há um potencial emancipatório na gramática jurídica. A forma direito, na interpretação de Neumann realizada por José Rodrigo Rodriguez⁶⁷, designa uma estrutura fundamental do Estado de Direito, é “uma estrutura institucional que constrange o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e das instituições ligadas a elas”. Seu objetivo é instituir e garantir a separação entre soberania e liberdade, entre sociedade e Estado. Portanto, para haver forma direito, é imprescindível haver direito positivo e institucionalização.

A tese de Neumann sobre a existência de um potencial emancipatório na forma jurídica parte tanto de sua crítica ao diagnóstico de Max Weber, quanto de sua própria análise sobre a entrada da classe operária no parlamento alemão. O jurista afirma que Weber naturalizou o código do direito e, com isso, não foi capaz de explicar suas mudanças institucionais no final do século XIX. Neumann⁶⁸ demonstra que os desenhos das instituições podem ser disputados nos conflitos sociais e então modificar o direito. Sua obra indica uma ligação entre a abstração das normas jurídicas

⁶⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, São Paulo: Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 [1956]. v. 2.

⁶⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, São Paulo: Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 [1956]. v. 2.

⁶⁶ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.

⁶⁸ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

e a materialização das instituições do direito, em que as transformações de uma influenciam as mudanças da outra.

A fragmentação social e a pluralidade de sentidos da modernidade ocidental europeia provocam disputas sobre a organização da sociedade. E é o direito liberal da classe burguesa, com sua promessa de igualdade perante a lei, que centraliza a possibilidade de reivindicações sociais. Franz Neumann⁶⁹ desenvolve um importante diagnóstico sobre o direito, segundo o qual, quando a burguesia constrói a forma direito para reivindicar suas demandas econômicas, ela abre espaço para a inclusão de outras variadas demandas sociais, inclusive as reivindicações da classe operária de sua época.

A forma direito passa a exercer uma função significativa nas sociedades ocidentais da Europa, uma maneira de grupos sociais pleitearem de forma mais democrática imagens substantivas de sociedade em vez de impô-las de forma autoritária. A formação contínua de novas demandas sociais indica a impossibilidade de uma solução definitiva para os conflitos sociais perenes. O direito passa a assumir o papel de um mediador democrático em reconstrução institucional constante, tendo em vista as incessantes novas lutas sociais por visões substanciais de mundo⁷⁰.

Nessas novas sociedades ocidentais plurais, em que as reivindicações são múltiplas, divergentes e em processo constante de reformulação, Franz Neumann⁷¹ identifica que qualquer *naturalização* da gramática jurídica serviria apenas à manutenção do poder e de um determinado projeto de sociedade, além de impedir a incorporação de novas demandas sociais. Em outras palavras, uma coincidência completa entre sociedade e direito, nessa conjuntura social, significaria muito mais a determinação de um modelo autoritário de dominação e de regulação da vida social do que a expressão das vontades das pessoas. Isso porque o esforço de elaborar um direito fechado e permanente seria uma tentativa de retorno à determinação divina e natural das normas jurídicas, o que tornaria o direito indisputável por esses múltiplos novos projetos de sociedade.

⁶⁹ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]; NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito*: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷¹ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

José Rodrigo Rodríguez⁷² explicita essa visão de Neumann ao indicar que o direito se torna disputa de poder, cuja forma estrutura uma tensão entre sociedade e Estado e é capaz de garantir às pessoas maior autonomia para gerir suas vidas em sociedade. Essa forma jurídica viabiliza o dissenso e a disputa pela organização social. Sem a forma direito, ou seja, com a identificação entre sociedade e Estado, seria possível um grupo social com concentração de poder impor de maneira autoritária um único modelo de sociedade ou modo de vida, na tentativa de determinar a uniformização das vontades sociais.

Uma das principais consequências dessa análise de Neumann é, nas palavras de Rodríguez⁷³, o “potencial democrático da indeterminação do direito”. A forma direito, materializada na sua promessa de igualdade perante a lei para uma sociedade desigual em diversos aspectos, constitui um compromisso com a produção de normas em função das lutas sociais. Ou seja, a promessa de igualdade formal do direito liberal possibilita aos grupos sociais a expressão pela gramática jurídica como injustiçados, ou seja, a busca pela construção de uma igualdade material a partir da formulação de suas insatisfações na forma de reivindicação por direitos⁷⁴.

Há uma ambiguidade da forma direito perceptível no próprio diagnóstico de Weber⁷⁵, segundo o qual essa promessa de igualdade jamais poderá ser plenamente cumprida. Contudo, essa ambiguidade, assim como a própria materialização do direito diagnosticada por Weber, não seriam suficientes para impedir o exercício de uma função democrática do Estado de Direito nas sociedades ocidentais contemporâneas. A pluralidade, a contingência e a constante reformulação das demandas sociais tornam impossível a satisfação de todas as carências e vontades humanas, ainda que a forma direito viabilize à sociedade desenvolver constantemente suas reivindicações em forma de direitos. Porém, para Neumann⁷⁶, respeitada a forma direito de igualdade perante a lei, a gramática jurídica viabiliza a construção e a disputa de diferentes projetos de sociedade.

⁷² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 154.

⁷⁴ Para aprofundar a formulação jurídica da igualdade em suas dimensões formal e material, conferir as obras de Norberto Bobbio (2002 [1995]) e Roger Raupp Rios (2008).

⁷⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, São Paulo: Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 [1956]. v. 2.

⁷⁶ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

O potencial emancipatório do direito está relacionado à sua capacidade de desnaturalizar posições estabilizadas de poder. O direito, nas palavras de Neumann⁷⁷, assim como “toda norma geral que pretende estabelecer um limite à atividade do Estado [...], necessariamente contribui com a desintegração do *status quo*”. Significa dizer que o direito, como proteção e limitação do poder das autoridades oficiais do Estado, apresenta um potencial de transformação do padrão social. Portanto, continua o jurista, o direito é “perigoso para as posições de poder ou para a estabilidade da ordem social”⁷⁸, porque viabiliza justamente a disputa do conteúdo de suas normas pelas forças sociais.

No entanto, esse potencial emancipatório do direito depende também da ação da sociedade, da existência de uma esfera pública ativa com reivindicações sociais formuladas na gramática jurídica. Ou seja, qualquer potencial emancipatório do direito depende da pressão da sociedade, da atuação de grupos sociais⁷⁹. Este aspecto da leitura de Neumann está profundamente relacionado com sua perspectiva crítica sobre as mudanças sociais.

Segundo Franz Neumann e Herbert Marcuse⁸⁰, as contribuições da obra de Hegel e Marx oferecem novos olhares para as possibilidades de transformação da sociedade. Até então, os modelos teóricos sobre a mudança social enfatizavam o determinismo das leis sociais e os fatores ideológicos da política. Os trabalhos de Hegel e Marx, contudo, provocam as bases para um novo modelo de mudança social com ênfase na relação do sujeito com as estruturas da sociedade. Esse modelo influenciará de forma direta o trabalho de Neumann e, portanto, sua concepção de teoria crítica do direito.

Neumann identifica em Hegel uma concepção dialética da mudança social, em que a transformação é a própria maneira de existir da sociedade imbricada em contradições objetivas. Para Neumann e Marcuse⁸¹, no modelo hegeliano de mudança social, “toda forma particular de existência contradiz seu conteúdo, que pode evoluir somente ao quebrar esta forma e criar uma nova na qual o conteúdo surja numa forma

⁷⁷ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 40.

⁷⁸ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 40.

⁷⁹ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

⁸⁰ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191.

⁸¹ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 183.

liberada e mais adequada”. A formulação crítica do potencial emancipatório contido nos obstáculos para a dominação parece ser informada por essa perspectiva.

Os interesses comuns e individuais presentes na sociedade são mencionados no modelo hegeliano de mudança social como fundamentos da transformação da sociedade. A partir das contribuições da obra de Hegel, os trabalhos de Neumann e Marcuse⁸² explicam que “a transição da ‘consciência da liberdade’ em progresso à sua realização não era automática, mas pedia a ação consciente do homem”, pois para ele era o antagonismo entre os interesses próprios e o interesse comum da sociedade que provocava a mudança social.

Conforme Franz Neumann e Herbert Marcuse, as contribuições de Karl Marx também focavam em um antagonismo para a mudança social, mas estavam relacionadas às forças produtivas de cada sociedade e nas relações de organização dessas forças. A oposição era expressa pela ideia marxiana de sociedade de classes, em que um grupo da sociedade detém de forma exclusiva os meios de produção e faz seu uso a partir do seu interesse particular. Esse modo de desenvolvimento social acelera a concentração do capital nas mãos de uma parcela reduzida da sociedade, o que levaria, para Marx, “o sistema capitalista em crises que se agravam cada vez mais e que só podem ser superadas por uma revolução, transferindo os meios de produção para o proletariado”⁸³.

Neumann e Marcuse frisam a perspectiva de Marx sobre a importância das forças subjetivas, em conjunto com as forças objetivas, para a transformação social, ainda que circunscrita à forma específica da ditadura revolucionária do proletariado. Se na visão marxiana “as leis que governam a sociedade capitalista operavam com a necessidade das leis naturais”, como as leis do mercado, do valor e da oferta e procura, Neumann e Marcuse⁸⁴ lembram que a “revolução e a construção de uma sociedade livre e racional não são determinados por tais leis, mas podem, apesar de depender de ‘condições objetivas’, ser apenas o resultado da livre decisão dos trabalhadores associados”.

⁸² MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 184.

⁸³ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 185.

⁸⁴ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 186.

A mudança social, nas formulações de Marx, está imbricada às condições objetivas, mas não é determinada por ela, porque depende, fundamentalmente, da ação humana. Ou seja, a transformação da sociedade está interligada à agência dos sujeitos sociais, os quais atuam a partir de uma liberdade não descolada da realidade objetiva, mas informada por ela. “Para Marx”, afirmam Neumann e Marcuse⁸⁵, “a sociedade é governada por leis naturais exatamente por não ser ainda uma associação livre e racional”. É interessante destacar a percepção dos autores de que, se a sociedade pode *não* ser governada por leis naturais, significa que essas leis não são naturais, mas *naturalizadas* no sistema capitalista. E é esse “caráter natural” do capitalismo, segundo os autores, “a marca de sua irracionalidade e servidão”⁸⁶ para Marx.

O diagnóstico de Franz Neumann, informado por sua perspectiva da mudança social, é trabalhado na teoria crítica do direito de José Rodrigo Rodriguez. A principal tarefa dessa teoria é a investigação do processo de justificação do poder, em que o foco do direito precisa ser a construção de critérios de legitimidade a partir do desenho das instituições. Se o direito se torna disputa de poder, para Rodriguez⁸⁷, ele não necessariamente servirá aos interesses burgueses ou de qualquer determinado grupo social específico. Qualquer tentativa de supressão da *forma direito*, essa maneira de organizar e manter a tensão entre Estado e sociedade em uma sociedade capitalista e desigual, pode ser compreendida como um projeto autoritário de homogeneização social, uma tentativa de eliminar o dissenso e, portanto, de destruir a pluralidade dos projetos sociais de legalidade.

Para Rodriguez⁸⁸, o papel democrático do direito é impedir a imposição de um projeto de sociedade em que não seja mais possível construir novas formas de vida. A função do direito é, nesse contexto, garantir e sustentar a pluralidade social. Ele não deve determinar as formas de vida, mas garantir a sua pluralidade. Para realizar essa tarefa, o direito precisa impedir quaisquer projetos de legalidade cujo objetivo seja a exterminação de formas específicas de vida. Ou seja, a função social do direito, em

⁸⁵ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 186.

⁸⁶ MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191. p. 186.

⁸⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

sociedades capitalistas ocidentais pós-racionalização, seria impedir a totalização das formas de subjetivação na sociedade.

A partir dessa perspectiva, o direito recebe centralidade nas lutas sociais por emancipação, pois, em sociedades plurais, elas não são mais configuradas pelos agentes como lutas pela conversão moral a uma forma de viver democrática. Para Rodriguez⁸⁹, a luta social por emancipação pelo direito é “uma luta político-jurídica pela diversidade radical e pela gestão democrática dos conflitos inerentes a esta condição de fluxo permanente, que mantém a indeterminação em seu ponto de fuga”.

A centralidade do direito nas sociedades ocidentais modernas para expressar as lutas sociais também é defendida na obra de Jürgen Habermas⁹⁰, em especial a partir das mudanças identificadas por ele no capitalismo recente. Para o autor, esse novo contexto multiplicou as formas de desigualdade social e diferentes potenciais de protesto passam a existir em constante disputa na sociedade. O direito passa a ser fundamental, portanto, para gerir essas demandas pelas instituições existentes.

O diagnóstico de Habermas⁹¹ sobre a institucionalização moderna dos conflitos sociais aponta para a impossibilidade emancipatória fora das instituições do Estado de Direito. Contudo, o autor identifica o Estado de Direito com as instituições jurídicas já existentes, em especial diálogo com a teoria tradicional da separação dos poderes. A partir do diagnóstico de Franz Neumann, porém, Rodriguez⁹² entende que refletir sobre o potencial emancipatório do direito também é investigar as possibilidades de mudanças institucionais da forma jurídica.

Para Franz Neumann⁹³, há uma ambiguidade da forma direito e um potencial emancipatório na sua indeterminação. É a forma direito que possibilita um espaço mínimo de autonomia para os grupos sociais na gestão de suas vidas em sociedade. Essa autonomia viabiliza a discordância e a contestação das normas, pois a forma direito materializa a narrativa de privação de direitos. Pela forma direito, os sujeitos sociais reivindicam uma subjetivação como *peças no direito* para demandar seus

⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 14.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992]. v. 1; HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2012 [1981]. v. 2.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2012 [1981]. v. 2.

⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹³ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

diferentes desejos e interesses. Ou seja, a forma jurídica também é uma forma de subjetivação, uma maneira de formular a própria existência no contexto social. E é uma forma de subjetivação fundamentada em uma igualdade jurídica que jamais será totalmente perfectibilizada, mas que vai além de si mesma e permite a expressão dos conflitos sociais em sua gramática, em especial, reivindicações por diferentes formas de subjetivação.

Para enfrentar o tema da construção jurídica da pessoa, dialogo a teoria crítica do direito com as teorias da subjetivação delineadas pelas teorias sociais de Michel Foucault e Judith Butler. As obras de ambos inspiram estudos que procuram investigar o processo social de significação das diferenças. Esse foco na atribuição de sentido modifica a perspectiva tradicional de exame dos atos discriminatórios. Pela visão das teorias de Foucault e Butler, “não é a discriminação que é produzida pela diferença e por ela precedida; ao contrário, é a discriminação que atribui um certo significado negativo e institui a diferença”⁹⁴.

Contudo, para poder construir um diálogo entre a teoria crítica da sociedade e as teorias sociais de Foucault e Butler, é necessário enfrentar seus aspectos teóricos divergentes. Ambos os autores não oferecem uma defesa do Estado Democrático de Direito em suas obras. Suas elaborações sobre os processos de subjetivação não constituem critérios capazes de servir a uma avaliação democrática da subjetivação jurídica. Seus trabalhos, portanto, não respondem de maneira direta as questões aqui engendradas, mas oferecem uma contribuição fundamental ao relacionar o processo de subjetivação às normas sociais como um processo crítico. Em vista disso, serão desenvolvidas aqui as principais diferenças entre as perspectivas teóricas da teoria crítica e da teoria da subjetivação dos autores, mas não para obstruir o debate, senão para indicar uma tensão produtiva que contribui com a pesquisa e, quem sabe, para a própria teoria crítica.

Muitas pesquisas estão dedicadas a investigar a possibilidade de diálogo entre os trabalhos de Michel Foucault e a teoria crítica da sociedade. Como a obra de Judith Butler está muito imbricada às propostas foucaultianas, ela também sofre a mesma avaliação. Por vezes, ambos são enquadrados como pensadores nietzschianos. Em outros trabalhos, eles são interpretados com maior aproximação do projeto hegeliano-marxista de crítica imanente da sociedade. Ainda, também são considerados autores

⁹⁴ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 18.

em debate com o projeto kantiano de reconstrução dos fundamentos normativos da sociedade. Ou seja, existe, sem dúvida, uma disputa de enquadramento dos trabalhos dos autores⁹⁵.

Não é o objetivo deste trabalho delinear detalhadamente as possibilidades e impedimentos de diálogo entre os autores e a teoria crítica da sociedade. Portanto, a tese se limitará a desenvolver as aproximações necessárias a partir dos pontos em que os temas de pesquisa e interesse se encontram, em particular, nos estudos sobre as relações entre os sujeitos e o poder.

Em geral, a obra de Foucault é abordada partir da periodização de três focos distintos de investigação⁹⁶. Em um primeiro momento, conhecido por *arqueologia do saber*, seus trabalhos estariam dedicados a pesquisar os sistemas de conhecimento, como nas obras *As Palavras e as Coisas* e *A Arqueologia do Saber*. Nestas pesquisas, Foucault buscou examinar a “objetivação do sujeito como sujeito falante, produtivo e vivente, realizada por modos de investigação que procuravam obter um estatuto de ciência”⁹⁷. Após, seus trabalhos analisaram as modalidades de poder em um período conhecido por *genealogia do poder* e cuja obra emblemática seria *Vigiar e Punir*. É o período dedicado ao estudo da “objetivação do sujeito enquanto dividido no interior de si próprio e perante os outros”⁹⁸. Esta objetivação seria realizada pelas denominadas “práticas discordantes”, pelas quais o sujeito seria passível de divisão, por exemplo, em louco e sadio, criminosos e não criminoso. Por fim, em um terceiro momento, o autor trataria das relações do sujeito consigo mesmo a partir da *ética* em obras como *História da Sexualidade I* e *História da Sexualidade II*. Foucault dedicou tais trabalhos à investigação das “formas pelas quais um ser humano é transformado em sujeito,

⁹⁵ Cf. REVEL, Judith. O pensamento vertical: uma ética da problematização. In: GROS, Frédéric (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola, 2004 [2002]. p. 65-87. NALLI, Marcos. Foucault: um fenomenólogo *malgré lui*?. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 263–279; MONTEAGUDO, Marcos. Anti-hegelianismo e representação em Michel Foucault. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 281–295; ALLEN, Amy. *The end of progress: decolonizing the normative foundations of critical theory*. New York: Columbia University Press, 2016.

⁹⁶ DAVIDSON, Arnold I. Archaeology, Genealogy, Ethics. In: HOY, David Couzens (Org.). *Foucault: a critical reader*. Oxford: Basil Blackwell, 1986. p. 221–233.

⁹⁷ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3. ed. São Paulo: Educ, 2016, p. 25.

⁹⁸ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3. ed. São Paulo: Educ, 2016, p. 25.

considerado educado para ser capaz de se reconhecer sujeito de algo, como sujeito de uma sexualidade, por exemplo”⁹⁹.

Entretanto, segundo Judith Revel¹⁰⁰, essa divisão de três momentos distintos da obra foucaultiana apenas cria uma aparência de continuidade entre os trabalhos do autor, mas não apresenta suas eventuais transições e rupturas. Para a autora, Foucault buscava mesmo a fragmentação em sua escrita e experimentava diferentes abordagens sem a pretensão de criar um pensamento contínuo. Marcos Alvarez¹⁰¹ também defende que essa periodização dos trabalhos de Foucault não pode ser muito rigorosa, pois sua obra expressa “frequentes sobreposições metodológicas e retornos a períodos históricos de análise” que não poderiam caracterizar de forma precisa os movimentos de seu pensamento. A descontinuidade própria do método e dos temas de Foucault, para Alvarez, também aparece em sua escrita.

Além disso, segundo Revel, os textos periféricos de Foucault não deveriam ser desprezados em relação às suas grandes obras. Conforme a autora, ainda que por vezes eles sejam somente laboratórios dos livros, em muitos momentos Foucault desenvolve nos textos esparsos, entrevistas, artigos de jornal e conferências as revisões dos seus grandes trabalhos. Portanto, nas palavras de Judith Revel¹⁰², esses trabalhos secundários são o “lugar onde os temas de pesquisa se desenham, onde os conceitos se forjam e onde os empréstimos aparecem de maneira explícita — e, depois de sua publicação, o lugar de sua crítica radical”.

Para Marcos Alvarez¹⁰³, a obra de Foucault recebeu em geral uma recepção vulgar na teoria social ao ser reduzido a um autor pós-moderno, com demasiada ênfase no discurso em detrimento do foco na realidade social, e que não defendia a possibilidade de transformação da sociedade. Também o uso corrente dos conceitos e das análises de Foucault como modelos gerais de pensamento pela teoria social contribuiria, conforme o autor, para a cristalização de uma imagem inadequada dos trabalhos foucaultianos. A principal contribuição de Foucault para a teoria social, nas

⁹⁹ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3. ed. São Paulo: Educ, 2016, p. 25-26.

¹⁰⁰ REVEL, Judith. O pensamento vertical: uma ética da problematização. In: GROS, Frédéric (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola, 2004 [2002]. p. 65-87.

¹⁰¹ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 18.

¹⁰² REVEL, Judith. O pensamento vertical: uma ética da problematização. In: GROS, Frédéric (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola, 2004 [2002]. p. 65-87. p. 70.

¹⁰³ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015.

palavras de Alvarez¹⁰⁴, seria “um novo estilo de problematização das relações entre saber, poder e subjetividade”.

Em diferentes trabalhos do autor, é possível identificar, segundo Alvarez¹⁰⁵, que “o esforço contínuo de Foucault foi em direção de recusar uma visão essencialista do sujeito em favor de um sujeito constituído historicamente”. Conforme Foucault, toda a pluralidade de sujeitos é continuamente produzida pelas relações sociais de poder e desigualdade. Ou seja, o sujeito não é uma essência dada e preexistente, fora do seu contexto histórico e social, mas é constituído pelo poder e fruto de um processo de subjetivação. Nas palavras de Foucault¹⁰⁶, a investigação das práticas e discursos de poder possibilitaria definir a “dispersão do sujeito e sua descontinuidade em relação a si mesmo”.

Judith Butler segue a mesma proposta foucaultiana do sujeito como fruto de um processo constante de subjetivação. A autora afirma que “o si-mesmo é o tipo de ser para o qual a permanência de si prova-se impossível”¹⁰⁷. Butler¹⁰⁸ defende, portanto, que os processos de subjetivação são sempre sociais, pois a própria “relação com o si-mesmo é uma relação social e pública, sustentada inevitavelmente no contexto de normas que regulam as ações reflexivas”. Além disso, Butler acrescenta às análises sócio-históricas do autor argumentos psicanalíticos sobre o processo de subjetivação, no qual ocorre o desassujeitamento, ou seja, uma perda constitutiva da subjetivação em que o sujeito é transformado pelas suas relações.

Segundo Butler¹⁰⁹, os sujeitos usam as normas sociais para construir os termos de seus processos de subjetivação, assim como as normas sociais, inspiradas em modos de subjetivação, criam redes de inteligibilidade que excluem e incluem sujeitos. Esse processo ambíguo explicita como os sujeitos sociais não podem ser definidos apenas por sua própria vontade, mas também não completamente destituídos dela. De certa forma, o termo subjetivação expressa o paradoxo criativo da subjetivação,

¹⁰⁴ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 20.

¹⁰⁵ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 23.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008 [1969], p. 61.

¹⁰⁷ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 42.

¹⁰⁸ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 147.

¹⁰⁹ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003].

pois, conforme a autora, “só se habita a figura da autonomia sujeitando-se a um poder, uma sujeição que implica uma dependência radical”¹¹⁰.

No centro das teorias de Foucault e Butler estão as ideias de que o sujeito é antes compreendido como sujeito nas relações intersubjetivas e de que as normas sociais, prévias ao sujeito, fazem parte da sua constituição. A rede de significados sociais define o sujeito antes que ele tenha condições de recusar essa definição. As relações sociais fazem parte, portanto, das condições de possibilidade do sujeito. Em outras palavras, o sujeito emerge de significados cuja construção não participou, mas que passa a habitar e a transformar.

O processo de subjetivação é uma forma relacional de constituição dos sujeitos sociais em que sua contínua produção ocorre imbricada às normas da sociedade. O indivíduo, portanto, sofre os efeitos das relações de poder e é a partir desses efeitos que ele pode ser identificado e constituído como sujeito. Segundo Foucault¹¹¹, o sujeito “é um efeito do poder e é, ao mesmo tempo, na mesma medida em que é um efeito seu, seu intermediário: o poder transita pelo indivíduo que ele constituiu”.

Para Foucault, portanto, o poder não pode ser compreendido como algo que alguns sujeitos têm e outros não, de modo que alguns indivíduos submetem outros. O poder, em suas palavras, “deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia”¹¹². O poder é exercido em rede, por isso os sujeitos estão sempre em posição de exercê-lo e de serem a ele submetidos. Ou seja, para Foucault¹¹³, “o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles”.

Por isso, nos termos de Foucault, o poder não pode ser identificado com um objeto ou ideia definidos, nem localizado, manipulado ou mesmo nomeado. O poder não é ou está vinculado apenas a um ou outro sujeito social. Conforme Alvarez, a concepção das relações de força construída por Foucault impede que a localização do poder seja centrada unicamente no Estado. Ao contrário, relações de poder “devem ser vistas a partir de suas aplicações cotidianas, nas capilaridades do corpo social”¹¹⁴.

¹¹⁰ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 89.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1997]. p. 35.

¹¹² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1997]. p. 35.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1997]. p. 35.

¹¹⁴ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 22.

Ainda em suas palavras, na perspectiva foucaultiana, “o poder é visto como relação social complexa, que provém de todos os lugares, de todos os pontos da sociedade, sem que haja um lugar privilegiado para seu exercício”¹¹⁵. Consoante afirma o autor, “Foucault pensa o poder não como posse, mas sim como relação, que se estabelece entre diversos pontos da sociedade e que se modifica constantemente”¹¹⁶.

Essa também é a visão de Fonseca¹¹⁷, para quem a obra de Foucault se opõe a uma “concepção ontológica de poder” já que “o poder em si não existiria, mas sim feixes de relações de poder, de relações de forças”. Como a atuação das relações de força é multidirecional, ela não pode ser reduzida aos limites do aparelho estatal. Em suas palavras, “é possível localizar o aparelho de Estado inserido na malha das relações de poder e nunca o contrário”. Essas multifacetadas relações de poder não reprimem o sujeito, mas o produz, significa e controla.

A compreensão de que os processos de subjetivação são formulados sempre em embate com o poder também aparece na leitura foucaultiana de Judith Butler. A autora sublinha a ambiguidade do termo “subjetivação” na obra de Michel Foucault, pois percebe “tanto o devir do sujeito quanto o processo de sujeição”, já que, segundo ela, “só se habita a figura da autonomia sujeitando-se a um poder”¹¹⁸. Posteriormente, Butler¹¹⁹ concluirá que o processo de subjetivação foucaultiano forma os sujeitos, mas que isso não significa sua determinação por um discurso de poder.

É possível indicar, portanto, como uma das principais contribuições prováveis da obra de Michel Foucault para a teoria crítica da sociedade, a pluralização dos agentes sociais da emancipação. Ou, mais além, a própria desconfiguração de um sujeito específico da emancipação, vez que as relações de poder, para o autor, são múltiplas e não constituem domínios particulares inteiros de poder sobre determinados grupos sociais. Essa questão não foi enfrentada na teoria crítica do direito de Franz Neumann, segundo José Rodrigo Rodriguez¹²⁰, porque ela aparece no debate público

¹¹⁵ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 22.

¹¹⁶ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015. p. 22.

¹¹⁷ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3. ed. São Paulo: Educ, 2016, p. 34.

¹¹⁸ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 89.

¹¹⁹ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003].

¹²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 80.

a partir das diversas lutas sociais dos anos de 1960 e 1970, como as reivindicações de grupos ativistas feministas, gays, pacifistas, ecologistas e do movimento negro, por exemplo, um período posterior ao falecimento do autor. Antes desse contexto, ainda conforme Rodriguez, a formação da classe operária era interpretada por grande parte da teoria crítica como a única dimensão subjetiva da opressão capitalista, o que caracteriza o proletariado como o único porta-voz da emancipação social.

Assim como o diagnóstico do tempo presente, a emancipação é um aspecto fundamental da teoria crítica da sociedade. Para Seyla Benhabib¹²¹, ela é a dimensão propriamente normativa da teoria crítica, porque “vê o presente da perspectiva da transformação radical de sua estrutura básica e interpreta as reais crises e protestos vividos à luz de um futuro antecipado”. Por isso, multiplicar ou até aluir os sujeitos da emancipação modifica também a construção da normatividade da teoria crítica. Não é mais possível defender uma única e determinada utopia emancipatória, porque, para variados sujeitos, diferentes sociedades emancipadas são desejadas. Mais além, para sujeitos em contínua formação intersubjetiva imbricada nas relações de poder, como sustenta Foucault, diversas heterotopias emancipatórias são elaboradas e destruídas ao longo da vida¹²². Ou seja, a própria emancipação da teoria crítica é indeterminada quando imbricada à obra foucaultiana.

Um dos principais campos da teoria social impactado por essa contribuição é o dos estudos feministas. Inicialmente, esses estudos formularam o conceito de gênero para expressar como a distribuição desigual de poder entre os sexos não é vinculada às diferenças corporais. Ou seja, o conceito de gênero foi construído, a princípio, para destacar como “o equipamento biológico sexual inato não dá conta da explicação do comportamento diferenciado masculino e feminino observado na sociedade”¹²³. Tão logo foi elaborado, entretanto, o conceito de gênero provocou diferentes posições dos estudos feministas em relação à teoria social marxista, por vezes tentativas de diálogo e, por outras, disputas teóricas¹²⁴.

¹²¹ BENHABIB, Seyla. *Critique, norm, and utopia: a study of the foundations of critical theory*. New York: Columbia University Press, 1986, p. 226, tradução minha.

¹²² FOUCAULT, Michel. De espaços outros. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n. 79, p. 113–122, 2013 [1984]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142013000300008>. Acesso em: 21 set. 2022.

¹²³ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 99.

¹²⁴ Para um debate aprofundado sobre as divergências entre as teorias sociais feministas e os efeitos de suas concepções para a teoria do direito, ver Halley (2008).

Com o conceito de gênero, parte dos estudos feministas reivindica mudanças na caracterização do sujeito histórico da opressão e da emancipação. Segundo Bila Sorj¹²⁵, se o marxismo produziu uma teoria inclusiva da sociedade com base na luta de classes, parte da teoria feminista “colocará a opressão da mulher no centro de suas formulações, dando-lhe, finalmente, um estatuto teórico equivalente ao da exploração de classe”. Nessa perspectiva, afirma Sorj¹²⁶, “o gênero adquire um estatuto universal, quer no que diz respeito à sua transcendência histórica, quer à sua qualidade difusa e totalizadora dos agentes sociais”.

Conforme esta interpretação, a categoria de gênero refere uma universalidade normativa *determinada*, pois pressupõe a existência de uma experiência comum de gênero entre as mulheres que provocaria os mesmos interesses e necessidades entre elas. Ou seja, além de indicar pontos de vista compartilhados provisoriamente entre sujeitos sociais, nesse caso, o gênero seria capaz de definir o próprio grupo social em identidades e as suas reivindicações sociais em utopias emancipatórias.

No entanto, a partir das contribuições de Michel Foucault sobre as relações de poder, parte da teoria feminista reformulou o conceito de gênero para considerar o contexto social de sua produção como um processo regulatório contínuo que interpela a todos os sujeitos sociais. Assim, o gênero não configura identidades específicas, mas produz posições provisórias na sociedade. Para Judith Butler, por exemplo, o gênero viabiliza uma forma própria de inteligibilidade dos sujeitos tanto quanto é fruto de processos regulatórios nos quais eles podem intervir. Nas suas palavras, o “gênero não é exatamente o que alguém ‘é’ nem é precisamente o que alguém ‘tem’”, mas sim “o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam”¹²⁷.

Por essas razões, os estudos feministas influenciados pela visão foucaultiana produzem outra perspectiva da emancipação. Eles não consideram a possibilidade de uma universalidade normativa determinada por uma utopia emancipatória específica. Mais do que isso, eles sequer advogam uma visão unitária de grupo social identitário.

¹²⁵ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 100.

¹²⁶ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 100.

¹²⁷ BUTLER, Judith. Regulações de gênero. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 42, p. 249–274, 2014 [2004]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400420249>. Acesso em: 18 ago. 2022. p. 253.

De certa forma, essas teorias feministas enfrentam as mesmas questões em disputa no diálogo entre a perspectiva de Michel Foucault e a teoria crítica da sociedade.

A crítica à ideia de uma universalidade normativa, que “pleiteia uma verdade consensual sobre o certo, justo ou verdadeiro”¹²⁸, confronta a demanda de uma ética feminista própria. A concepção de progresso social linear, fundamentado em verdades absolutas e construído pelo “planejamento racional de uma ordem social ideal”¹²⁹, é criticada pela ênfase na indeterminação e nas diferenças culturais. Enfim, a existência de uma razão universal capaz de guiar a sociedade ao consenso e à estabilidade é contestada na “crítica à maneira pela qual a sociedade moderna construiu um ideal de esfera pública e instituições políticas fundadas numa moral racional”¹³⁰.

Ao final, o diálogo entre a concepção de poder de Foucault e a teoria crítica da sociedade impediria a constituição de uma perspectiva emancipatória e, portanto, a própria viabilidade de uma teoria crítica. Contudo, uma questão em especial chama a atenção nessa relação paradoxal. Nos estudos feministas de visão foucaultiana, existe a pressuposição de que a perspectiva emancipatória demanda a construção de um consenso normativo entre os sujeitos sociais. Seria possível, porém, elaborar outras formas de lidar com a emancipação sem ser pela construção de consensos? Nesse caso, qual seria a concepção de emancipação compatível com as relações plurais de poder?

Amy Allen¹³¹ sugere uma concepção de emancipação negativista, ou seja, uma forma de “transformação do estado de dominação em um terreno móvel e reversível de relações de poder e que, desse modo, não se faça prisioneira de uma visão utópica positiva isenta de relações de poder”. Sua proposta oferece continuidade à teoria da subjetivação de Foucault e Butler e à concepção foucaultiana de poder multifacetado. Entretanto, ela desafia as contradições do autor quando ele diferencia radicalmente a

¹²⁸ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 104-105.

¹²⁹ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 103.

¹³⁰ SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107. p. 103.

¹³¹ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 117.

ideia de emancipação como uma liberação total do poder e as práticas de resistência como técnicas de transformação de si e do poder.

Segundo Allen, Foucault trabalha com duas concepções distintas de liberdade em suas obras. Na chamada concepção liberacionista, a “liberdade é entendida como emancipação ou liberação do poder”¹³², mas é criticada pelo autor como cúmplice das relações de poder porque pressupõe a possibilidade de uma liberdade pura e total. Já em uma concepção transformativa, a liberdade é defendida por Foucault, nas palavras de Amy Allen¹³³, como “práticas de resistência autotransformadora, experimentação e contraconduta nas relações de poder”.

Na perspectiva da concepção transformativa de poder presente nas obras de Foucault¹³⁴, os sujeitos sociais, em suas experiências intersubjetivas, ativam técnicas pelas quais realizam processos de autoformação mediados e contrapostos por figuras de autoridade. Ou seja, a partir de relações autoritárias, os sujeitos constroem formas de resistência ao poder. Para Foucault, as lutas antiautoritárias pretendem controlar os efeitos do poder com o questionamento do estatuto do indivíduo. Em suas palavras, elas “afirmam o direito de ser diferente e enfatizam tudo aquilo que torna os indivíduos verdadeiramente individuais”¹³⁵. Dessa forma, são lutas de resistência à imposição de formas de subjetivação.

No entanto, para Amy Allen, ambas as concepções de poder presentes na obra de Foucault não são excludentes, mas podem ser interpretadas a partir de uma tensão produtiva. Allen¹³⁶ destaca como Foucault constrói uma distinção entre as relações de poder e as relações de dominação ao conferir à primeira *mobilidade*, *reversibilidade* e *instabilidade*. Segundo Foucault, existem relações de poder quando os sujeitos estão livres para transformá-las. Se alguém na relação “estiver completamente à disposição

¹³² ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 118.

¹³³ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 118.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul (Org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995 [1983], p. 231–249.

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul (Org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995 [1983], p. 231–249. p. 234.

¹³⁶ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 120.

do outro e se tornar uma coisa, um objeto sobre o qual ele possa exercer uma violência infinita e ilimitada”, afirma Foucault¹³⁷, “não haverá relações de poder”. Nesse caso, a relação de poder é cristalizada ou bloqueada por um indivíduo ou grupo social em um estado de dominação, ou seja, em um processo de imobilização sem possibilidade de reversão. Nos estados de dominação, “as relações de poder estão de tal forma fixadas que são perpetuamente dessimétricas e que a margem de liberdade é extremamente limitada”¹³⁸.

Assim como diferencia o estado de dominação das relações de poder, Foucault também distingue a prática de liberação das práticas de liberdade. A primeira estaria ligada ao estado de dominação e seria a condição para a segunda. Já as práticas de liberdade estariam relacionadas às relações de poder e não seriam viáveis no interior do estado de dominação. Para Allen, essas diferenças são férteis para expressar o estado de dominação como uma *naturalização* das relações de poder, nos termos de uma teoria crítica. Ou seja, a emancipação, na sua perspectiva, não seria a liberação total do poder, mas do estado de dominação, seria a “transformação do estado de dominação em um campo móvel, reversível e instável de relações de poder dentro do qual a liberdade pode ser praticada”¹³⁹.

No seu modelo de uma “emancipação sem utopia”, a normatividade da teoria crítica poderia ser expressa como “um tipo negativista de transformação do estado de dominação em um campo móvel e reversível de relações de poder, não uma noção utópica positiva da boa sociedade livre como um todo das relações de poder”¹⁴⁰. No lugar de uma utopia social idealizada, o espaço de liberdade concreta da emancipação pode ser disputado por heterotopias de sujeitos e grupos sociais, ou seja, “espaços

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade [1984]. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). Ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos & Escritos, v. 5). p. 264-287. p. 277.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade [1984]. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). Ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos & Escritos, v. 5). p. 264-287. p. 277.

¹³⁹ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 120.

¹⁴⁰ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 121.

reais que servem como ‘contralocais’ nos quais a sociedade da qual eles fazem parte pode ser representada, contestada e invertida”¹⁴¹.

Sem transpor os sujeitos sociais para fora das relações de poder, o modelo de emancipação sem utopia de Amy Allen¹⁴² demanda o engajamento ativo da sociedade em práticas de liberdade “que representem maneiras de reconfigurar e renegociar as relações de poder”. Por essa razão, as contribuições de Judith Butler sobre as formas da dominação de gênero das sociedades contemporâneas do Ocidente também são fundamentais para a elaboração de uma visão negativista da emancipação.

Segundo Allen¹⁴³, as práticas de liberdade referidas por Judith Butler em relação ao gênero pretendem “desafiar as estruturas de inteligibilidade que impedem que os corpos em desconformidade com o gênero sejam lidos como de fato humanos”. Para ela, a proposta de Butler pode ser interpretada como uma emancipação sem utopia porque aposta em uma “transformação radical do estado de dominação de gênero em relações de poder móveis, reversíveis e instáveis, as quais possam ser vistas também como práticas de liberdade”¹⁴⁴. Em outras palavras, estados de dominação como o do gênero, na perspectiva butleriana, podem ser transformados radicalmente a partir de práticas de liberdade.

As práticas de liberdade capazes de transformar os estados de dominação são chamadas por Butler de subversão crítica ou ressignificação radical. É um processo de “desterritorialização ou citação de normas de poder em um contexto radicalmente novo” que “não implica a fantasia de transcender o poder como um todo”¹⁴⁵. Tal relação crítica com os significados das normas implica, para Butler¹⁴⁶, a “deliberação do sujeito sobre as normas” e, principalmente, a “compreensão crítica do seu significado”. Butler

¹⁴¹ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 128-129.

¹⁴² ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 120.

¹⁴³ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 122.

¹⁴⁴ ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 123.

¹⁴⁵ BUTLER, Judith. Changing the Subject: Judith Butler’s Politics of Radical Resignification [Entrevista cedida a] Gary A. Olson e Lynn Worsham. *JAC: A Journal of Composition Theory*, v. 20, n. 4, p. 727–765, 2000. p. 741, tradução minha.

¹⁴⁶ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 19.

entende, portanto, a relação crítica dos sujeitos com as normas como uma forma de subjetivação capaz de resistir ao estados de dominação¹⁴⁷.

Essa relação crítica com as normas pode ser interpretada como a possibilidade de alteração normativa pelos processos de subjetivação. Isso porque Judith Butler¹⁴⁸ entende como “o ‘eu’ que se modela nos termos da norma passa a habitá-la e a incorporá-la”, motivo pelo qual “*a norma não é nesse sentido exterior ao princípio pelo qual o ‘eu’ se forma*”. A autora destaca uma autoprodução materializada pelo sujeito a partir da incorporação de regras de conduta. A relação do sujeito com as normas, portanto, não é previsível, mas crítica, pois não se conforma com categorias dadas, mas procura desestabilizá-las, modificá-las e rechaçá-las. É o que Butler¹⁴⁹ chama de “relação problematizadora com o próprio campo de categorização”, vez que o sujeito remete seu processo de subjetivação para os limites epistemológicos em que essa prática se forma.

A crítica, para Judith Butler¹⁵⁰ é, antes de mais nada, a própria exposição dos limites do horizonte epistemológico e também a transformação do “eu” em sua relação com as normas. Ela é, portanto, o meio pelo qual a resistência se redesenha, pois aponta os limites da autoridade absoluta a partir dos próprios horizontes em que ela opera. Em suas palavras, a prática da crítica é a exposição dos “limites do esquema histórico das coisas, o horizonte epistemológico e ontológico dentro do qual os sujeitos podem surgir”¹⁵¹. O destaque das fronteiras do regime de inteligibilidade, nos termos de Butler¹⁵², é uma maneira de “se envolver numa estética do si-mesmo que mantém uma relação crítica com as normas existentes”.

Por outro lado, quando o sujeito atribui ou destitui a autoridade da validade de um significado normativo, ele realiza um movimento arriscado para si mesmo, porque recusa a própria inteligibilidade oferecida pelas normas. Portanto, a relação crítica é uma ambígua operação de liberdade e de limitação do próprio poder. Segundo Judith Butler, essa relação crítica com as normas é uma operação de risco realizada pelo

¹⁴⁷ Essa também parece ser a perspectiva de Juliana Ortegosa Aggio (2022) sobre a obra de Butler.

¹⁴⁸ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 165.

¹⁴⁹ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 165.

¹⁵⁰ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001].

¹⁵¹ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 29.

¹⁵² BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 29.

sujeito, porque é também uma prática de desassujeitamento e ruptura com os modos de subjetivação. Quando os sujeitos demandam de gramáticas normativas universais a incorporação de formas de vida não corroboradas pelas normas, eles produzem tanto um processo de “criação do eu” como um processo de desassujeitamento. Ou seja, o sujeito produz sua existência dentro da norma para poder reivindicá-la, mas em seguida nega a norma e então coloca em risco a possibilidade de sua própria existência. Esse é o motivo pelo qual, para Butler¹⁵³, “adotar uma postura crítica diante de uma autoridade que se pretende absoluta exige uma prática crítica que tem por base a transformação do eu”.

A autora parte da ideia de crise como esgarçamento do tecido de nossa rede epistemológica em que “as categorias segundo as quais nossa vida social é ordenada produzem uma certa incoerência ou domínios inteiros de ininteligibilidade”¹⁵⁴. A crítica surge exatamente de um impasse produzido pelo confronto dos sujeitos sociais com os discursos dominantes. Mais do que apresentar uma função ordenadora, a crítica possibilita a exposição dos limites do conhecimento.

A relação crítica do sujeito com as normas e a consequente construção de sua autonomia é investigada por Butler a partir dos estudos psicanalíticos referentes à opacidade primária do sujeito. O sujeito, como ser relacional, engaja-se desde o início de sua vida em relações primárias que não podem ser totalmente apreendidas pelo seu conhecimento consciente. Em outras palavras, a formação como sujeito se dá no contexto de relações parcialmente irrecuperáveis. Essa opacidade parece fazer parte da formação subjetiva “e é consequência da nossa condição de seres formados em relações de dependência”¹⁵⁵.

A impossibilidade do sujeito de recuperar suas relações primárias sustenta a intersubjetividade da subjetivação. Esse processo é sempre construído em relação ao outro que estabelece a cena de interpelação e viabiliza ao sujeito a sua constituição. Ou seja, os termos da subjetivação, cujo propósito é a inteligibilidade do sujeito, não são criados por ele. Pelo contrário, são fruto das relações sociais e estão disponíveis antes de sua própria subjetivação.

¹⁵³ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 167.

¹⁵⁴ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 163-164.

¹⁵⁵ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 32.

No entanto, segundo Butler, isso não significa uma completa sujeição do sujeito pelo quadro normativo das relações sociais. Para a autora, “nossas decisões não são determinadas pelas normas, embora as normas apresentem o quadro e ponto de referência para quaisquer decisões que venhamos a tomar”¹⁵⁶. Portanto, além de afirmar a indeterminação e a possibilidade de alteração desse quadro normativo, ela sustenta que as normas que governam o reconhecimento são o próprio recurso de sua contestação.

O risco de limitação da subjetivação por gramáticas normativas universais está relacionado às práticas de governo. Nas palavras de Judith Butler¹⁵⁷, “ser governado implica, além de ter um modelo imposto sob a sua existência, receber de antemão os termos dentro dos quais sua existência será ou não possível”. O sujeito constitui a sua subjetivação a partir de uma relação com o regime de inteligibilidade estabelecido e pode adotar uma perspectiva subversiva perante ele, mas não sem utilizá-lo como recurso.

Conforme Judith Butler¹⁵⁸, “o ‘eu’ delimita a si próprio e escolhe o material a ser utilizado para a sua criação”, porém, “a delimitação que o ‘eu’ realiza dá-se por normas que, invariavelmente, já estão dadas”. Não há, portanto, a formação de um sujeito fora da subjetivação, ou seja, *fora das normas* que desenham as condições sociais de sua formação. O sujeito forma a si mesmo a partir de modos de subjetivação existentes.

As contribuições da obra de Judith Butler permitem interpretação dos termos disponibilizados pela gramática jurídica da identificação como impulsos interpelativos que provocam processos de subjetivação jurídica. Ainda que o direito determine os termos da identificação, não necessariamente os sujeitos constroem sua subjetividade restrita a eles. A interpelação jurídica, portanto, desencadeia um processo ambíguo de legitimação dessa gramática e de relação crítica com ela. Isso porque os sujeitos constantemente apropriam-se dos significados jurídicos das normas para afirmar seus processos de subjetivação, mas também para disputar novos sentidos das normas, modifica-las, rechaça-las e expor os seus limites.

¹⁵⁶ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003]. p. 35.

¹⁵⁷ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 170.

¹⁵⁸ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]. p. 178.

Um exemplo da ligação entre os processos sociais de subjetivação e a relação crítica com as normas jurídicas pode ser indicado na formação de grupos quilombolas no Brasil. Nesse caso, a Constituição brasileira de 1988 provocou um processo de subjetivação em grupos sociais com desejo de acessar direitos territoriais. O exemplo indica como os grupos sociais, ao reivindicarem para si as normas jurídicas, também constroem transformam a si mesmos e mudam seu próprio processo de subjetivação. Sérgio Costa¹⁵⁹ entende esse movimento como uma articulação em que as diferenças representam posicionalidades nas relações sociais hierárquicas.

A articulação é um processo contingente em que a definição da diferença não é pré-discursiva ou elaborada fora das disputas políticas, ou seja, fora das relações de poder. Nos termos de Sérgio Costa¹⁶⁰, o processo de articulação da diferença está imbricado na gramática dos direitos, pois “as lutas por justiça existentes são sempre uma articulação contingente de uma determinada posição na estrutura social com um certo discurso sobre a diferença”. As desigualdades sociais, por essa perspectiva, correspondem a distâncias entre posições ocupadas por sujeitos ou grupos sociais na estrutura social. Essas posições podem ser tanto econômicas quanto por influências políticas, capacidades epistemológicas ou assimetrias de poder social. Contudo, seu destaque é a relação direta com direitos políticos, sociais e existenciais¹⁶¹.

A relação entre as desigualdades e definição jurídica da subjetivação é explícita na compreensão das diferenças, porque se referem à constituição de múltiplos grupos sociais em processos de articulação e enunciação de desigualdades, seja com a intenção de defender suas posições nas hierarquias sociais, seja para reivindicar uma transformação do *status quo*. Em outras palavras, o processo de subjetivação não está ligado a posições estruturais, mas é fruto de articulações de diferenças baseadas em avaliações culturais, políticas e jurídicas da justiça das posições sociais¹⁶².

Sérgio Costa¹⁶³ ilustra essa relação entre diferenças e desigualdades com o papel fundamental da Constituição brasileira de 1988 no processo de autodefinição

¹⁵⁹ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

¹⁶⁰ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019. p. 33.

¹⁶¹ COSTA, Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 3, n. 2, p. 8–32, 2016.

¹⁶² COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

¹⁶³ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

de quilombolas no país. Em seu texto, a Constituição previa direitos fundiários para pessoas “remanescentes de quilombos”. No entanto, na época de sua promulgação não havia no país grupos sociais autodefinidos como “remanescentes de quilombos” ou mesmo reivindicando essa condição. Essa referência no texto constitucional é explicada pelo autor em razão da conjunção entre uma necessidade abrangente de regularização fundiária no Brasil e a influência do movimento negro organizado no processo constituinte.

Nos anos seguintes à sua promulgação, as disposições da Constituição sobre quilombolas desencadearam mobilizações políticas e reconfigurações subjetivas em comunidades rurais com expressiva presença da população negra. Nas palavras do autor, “a situação de privação do direito à terra e a posição desfavorável na estrutura social acabam por motivar os cidadãos brasileiros a reivindicar a proteção do Estado como remanescentes de quilombos”¹⁶⁴. Afinal de contas, a autodefinição jurídica como quilombola oferecia o direito à terra reivindicado há décadas por diversas populações marginalizadas no território brasileiro. Para Costa¹⁶⁵, essa mudança constitucional provocou a construção de uma nova etnicidade no âmbito das relações sociais do país.

A observação de Sérgio Costa¹⁶⁶ destaca o papel dos novos direitos culturais no estímulo aos processos de subjetivação de grupos sociais brasileiros. A proposta de uma teoria da articulação que entenda diferenças e desigualdades como processos sociais interrelacionados oferece nova interpretação da relação entre os processos de subjetivação e o direito. Ela possibilita compreender as diferenças como articulações discursivas e explicita o caráter contingente e mutável da subjetivação, ou seja, da posição dos sujeitos dentro das hierarquias sociais. O direito desempenha uma função fundamental nessa dinâmica, pois diversas formas de regular a subjetivação podem criar obstáculos e discriminações pelo caráter dinâmico da politização das diferenças ou oferecer possibilidades mais abertas e democráticas às suas articulações.

Sérgio Costa enfatiza como grupos sociais marginalizados se articulam a partir das oportunidades políticas e jurídicas existentes. Segundo o sociólogo, “as minorias

¹⁶⁴ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019. p. 42.

¹⁶⁵ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

¹⁶⁶ COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

supostamente preexistentes que os direitos culturais visam proteger na realidade só se constituem como um grupo por causa das novas possibilidades criadas para o seu reconhecimento jurídico”¹⁶⁷. Casos como o de remanescentes quilombolas indicam como a subjetivação dos grupos sociais não é formada anteriormente ao direito e à política, mas são exatamente “o direito e a política que constituem as minorias, levando-as a reconstruir e reinventar seus supostos ancestrais comuns e seus laços de pertencimento para corresponder às expectativas e exigências jurídicas”¹⁶⁸.

Essa perspectiva inverte a dinâmica segundo a qual a gramática jurídica toma de forma ontológica os termos da subjetivação social para construir direitos. Para Costa¹⁶⁹, o processo é inverso, as “culturas minoritárias são articuladas de acordo com as oportunidades políticas existentes e são constituídas por meio de relações com seu entorno”. O papel do direito, nesses casos, seria proteger e estimular a pluralidade cultural, além de acolher os projetos de legalidade críticos à gramática jurídica.

No entanto, apesar de considerar jurídico o termo “crítica”, Butler não considera que a crise de inteligibilidade causada por uma subjetivação crítica possa ser realizada no interior da gramática do direito. Por isso, ela sugere outras formas para lidar com os conflitos sociais ligados à subjetivação para além da regulação jurídica tradicional. Butler¹⁷⁰ defende o uso de uma “técnica de governança civil” com o objetivo de designar “um modo de viver com disputas” ou “um modo de aprender a conviver com disputas sem destruição”. A autora afirma que o direito destrói formas de vida porque cria um lugar “dentro” e um lugar “fora” do enquadramento normativo, o que exclui grupos sociais vulneráveis. Ela sustenta que sua técnica de governança civil é apenas um outro nome para “a crítica como um modo de vida não regulamentado pelo direito”¹⁷¹. Sua intenção é construir uma técnica fora do direito que “aceite e trabalhe

¹⁶⁷ COSTA, Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 3, n. 2, p. 8–32, 2016. p. 10.

¹⁶⁸ COSTA, Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 3, n. 2, p. 8–32, 2016. p. 10.

¹⁶⁹ COSTA, Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 3, n. 2, p. 8–32, 2016. p. 10.

¹⁷⁰ BUTLER, Judith. Critique, crises, and the elusive tribunal. In: GORDON, Peter Eli (Org.). *The Routledge companion to the Frankfurt school*. New York: Routledge, 2018. p. 542–553. p. 551, tradução minha.

¹⁷¹ BUTLER, Judith. Critique, crises, and the elusive tribunal. In: GORDON, Peter Eli (Org.). *The Routledge companion to the Frankfurt school*. New York: Routledge, 2018. p. 542–553. p. 551, tradução minha.

com o conflito de forma continuada não para eliminá-lo, mas para encontrar uma forma de resolução em uma forma de vida”¹⁷².

Butler parece preocupada em afastar qualquer possibilidade de lidar com as crises de inteligibilidade da subjetivação por meio da gramática do direito, porque sustenta que a finalidade das decisões jurídicas é a restauração de uma ordem prévia. Essa visão identifica necessariamente o direito com um processo de restauração do estado das coisas. Entretanto, ao interpretar a promessa jurídica de igualdade perante a lei como um potencial de inclusão incessante de novas demandas sociais conflitivas, capazes de transformar as próprias normas do direito, a função da gramática jurídica é invertida.

Essa parecia ser a perspectiva de Butler quando estudou os usos possíveis de uma gramática normativa estatal. Em *O Clamor de Antígona*, ela analisa o processo de absorção da linguagem estatal contra a qual a personagem Antígona se rebela. No trabalho, Butler¹⁷³ sustenta que Antígona “ocupa um espaço de tensão dentro de um sentido ambíguo da lei”. A resistência de Antígona às normas estatais está implicada no próprio poder a que ela se opõe, o que revela a ambiguidade e a contingência da linguagem do Estado, uma possibilidade de sua disputa e transformação. Antígona assimila a linguagem da soberania estatal para expressar a recusa de seus termos e afirma-se pela voz do outro a quem contesta. Antígona conquista sua autonomia, portanto, “através da apropriação da voz autorizada daquele a quem se resiste, uma apropriação que traz consigo traços de uma simultânea recusa e assimilação dessa própria autoridade”¹⁷⁴.

Judith Butler¹⁷⁵ afirma que “Antígona não pode fazer sua reivindicação fora da linguagem do Estado, porém a reivindicação que deseja fazer tampouco pode ser plenamente assimilada por este”. Antígona, portanto, não está falando de fora da gramática do direito. Ela não é ininteligível pela norma, mas formula sua existência dentro das normas do estado para então subverte-las. Na mobilização das normas estatais, a personagem aceita e ao mesmo tempo recusa o quadro normativo. Essa

¹⁷² BUTLER, Judith. Critique, crises, and the elusive tribunal. In: GORDON, Peter Eli (Org.). *The Routledge companion to the Frankfurt school*. New York: Routledge, 2018. p. 542–553. p. 551, tradução minha.

¹⁷³ BUTLER, Judith. *O clamor de Antígona: parentesco entre a vida e a morte*. Florianópolis: UFSC, 2014 [2000], p. 23.

¹⁷⁴ BUTLER, Judith. *O clamor de Antígona: parentesco entre a vida e a morte*. Florianópolis: UFSC, 2014 [2000], p. 30.

¹⁷⁵ BUTLER, Judith. *O clamor de Antígona: parentesco entre a vida e a morte*. Florianópolis: UFSC, 2014 [2000], p. 50.

reivindicação das normas, portanto, é uma prática crítica na medida em que elas são usadas de formas não necessariamente concebidas pelo Estado.

Essa perspectiva mais antiga de Butler sobre o uso subversivo e transformativo das normas estatais pode dialogar com a imagem de direito dos últimos trabalhos de Michel Foucault, uma imagem diferente das figuras de direito referidas nas primeiras obras do autor. Segundo Márcio Alves da Fonseca¹⁷⁶, no período dos trabalhos de Foucault conhecido como a *arqueologia do saber*, o autor esboçou uma imagem do direito denominada de *direito como legalidade*, em que o processo de normalização é interpretado em oposição ao direito. Nessa primeira imagem, Foucault compreende o direito a partir da noção de *ilegalismos*, ou seja, um jogo contínuo entre ilegalidades estabelecidas formalmente e ilegalidades toleradas informalmente.

Na segunda imagem, ligada ao período da *genealogia do poder*, Fonseca¹⁷⁷ identificou nos trabalhos do autor a imagem de um *direito normalizado-normalizador*. Em outras palavras, uma implicação entre normalização e direito em que Foucault relaciona o princípio jurídico da soberania com o estado de dominação e as técnicas de sujeição. Entretanto, nos trabalhos de Foucault relacionados ao período da *ética*, Fonseca¹⁷⁸ reconhece uma terceira imagem de direito, a imagem de um *direito novo* em que o autor elabora uma nova oposição entre normalização e direito. Porém, nessa reconfiguração, Foucault identifica práticas de liberdade de oposição à normalização no direito a partir de um afastamento do princípio da soberania.

Fonseca¹⁷⁹ identifica uma desconfiança geral com o direito na obra foucaultiana, uma suspeita sobre “um domínio de saberes e práticas em que os mecanismos da normalização e a estrutura formal decorrente de um princípio da soberania formam uma unidade”. Ou seja, a desconfiança dele está relacionada a uma forma totalizante de direito, a práticas de formação via gramática jurídica de um todo social uno e coeso. A implicação da forma direito com o princípio da soberania, para Foucault, envolve o direito no problema da legitimidade do poder e da obrigação legal da obediência. Sua desconfiança estaria justamente na forma direito cujo desenho seja uma mecânica da ordem. Em outras palavras, o incômodo de Foucault com a gramática jurídica, nessa imagem elaborada por Fonseca, parece referir muito mais as situações em que não

¹⁷⁶ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁷ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁸ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁹ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244.

há império do direito, mas imposição de uma ordem social que tenderia a penalizar comportamentos em vez de punir infrações.

Contudo, Fonseca também encontra nessa imagem foucaultiana de um *direito novo* um caráter positivo, ou seja, uma possibilidade de práticas jurídicas de liberdade e capazes de oposição à normalização. Esse aspecto estaria ligado à *atitude crítica* dos sujeitos em contraposição às *artes de governar*, “uma maneira de se desconfiar delas, de recusá-las, limitá-las, transformá-las, uma maneira de procurar delas escapar”¹⁸⁰. Enquanto a arte de governar encerra uma obrigação de obediência, para Foucault, a atitude crítica coloca em oposição a universalidade das normas do direito ao próprio governo, submetendo-o.

Fonseca expõe na obra de Michel Foucault uma tensão própria das artes de governar. Segundo ele, a *governamentalização* é “o movimento pelo qual se trata de assujeitar os indivíduos por meio de mecanismos de poder que reclamam para si uma verdade no interior da realidade de uma prática social”¹⁸¹. Já a *crítica* é o processo pelo qual o sujeito interroga a verdade sobre os efeitos de poder, assim como interroga as relações de poder sobre seus discursos de verdade. A resistência aos mecanismos de normalização do direito, nesse caso, deve ser construída pelos sujeitos em práticas jurídicas de liberdade que expressem uma atitude crítica.

Em seus últimos trabalhos, Foucault¹⁸² afirma que sua pesquisa foi dedicada aos estudos da autoconstituição dos sujeitos a partir de práticas de si em relação com o saber e o poder. Fonseca explica como é possível falar, nesse período da obra de Foucault, de subjetivação em vez de assujeitamento. O sujeito, conforme Fonseca¹⁸³, seria “resultado de um processo de subjetivação que estaria apoiado em um conjunto de práticas de si” e a subjetivação estaria imbricada à questão de “como governar a si mesmo” a partir de práticas refletidas da liberdade.

Por fim, o *direito novo* de Foucault seria a expressão de práticas jurídicas de liberdade e resistência às variadas formas de governamentalidade operadas pelos mecanismos de normalização. De certa maneira, ele já indicava a impossibilidade de considerar apenas uma única forma de direito. Para Foucault, um direito elaborado

¹⁸⁰ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

¹⁸¹ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260.

¹⁸² FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul (Org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995 [1983], p. 231–249.

¹⁸³ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 266.

para a uniformidade social seria incapaz de responder às demandas constantes dos sujeitos. O autor deseja evitar que a norma jurídica se tornasse uma forma de reduzir a pluralidade social, por isso entendia que o direito deveria atender para uma prática dinâmica e maleável. Nas palavras de Fonseca¹⁸⁴, para Foucault, “o direito só pode exercer seu papel no jogo da regulamentação social se for objeto de uma inquietação permanente”. A legitimidade de um *direito novo*, destaca Fonseca, está fundamentada nas práticas de reivindicação de pretensões de direitos. Ou seja, a imagem de um *direito novo* depende da possibilidade de manifestação dos indivíduos no interior dos mecanismos de poder e de saber que as sujeitam e remete a uma potencial *atitude crítica* de “exercitar de modo refletido sua liberdade”¹⁸⁵.

As contribuições dos trabalhos de Michel Foucault e Judith Butler sobre os processos de subjetivação e a visão plural de poder foucaultiana são fundamentais para a formulação crítica da constituição da pessoa no direito. Contudo, elas também demandam a investigação de formas de resistência múltiplas no interior da gramática jurídica. A gramática normativa universal do direito, nesse caso, não poderia contribuir para a consagração de formas específicas de subjetivação, ou seja, para a exaltação de uma ética particular em detrimento de outras. Ela pode, porém, garantir uma forma de subjetivação em que variadas formas de vida possam ser disputadas pelos sujeitos sociais na implicação crítica com as normas jurídicas. Pelo direito, modos particulares de subjetivação são protegidos temporariamente, mas estão sempre sujeitos à disputa para que as normas possam ser democraticamente criticadas e transformadas por toda a sociedade.

Em outras palavras, a fim de possibilitar uma forma democrática de relação crítica com as normas, em que todos os sujeitos e grupos sociais possam disputar os significados normativos, é necessário um processo de institucionalização. Ou seja, é preciso dispor de uma forma institucional que garanta a participação de todos os sujeitos na prática da crítica, sob pena dessa prática ficar restrita à imposição de uma congruência ética entre os sujeitos sociais.

Por essas razões, a pesquisa entende os trabalhos de Michel Foucault e Judith Butler como caixas de ferramentas teóricas, no estilo em que Foucault referiu a sua própria obra. Em suas palavras, “um livro é feito para servir a usos não definidos por

¹⁸⁴ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279.

¹⁸⁵ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 313.

aquele que o escreveu”¹⁸⁶. Segundo Alvarez¹⁸⁷, a caixa de ferramentas é uma metáfora de Foucault que busca sobretudo aproveitar novas possibilidades abertas pelas obras sem pretender uma adesão neutra à sua tradição filosófica. Por isso, desfruto das contribuições de Foucault e Butler sobre o processo de subjetivação de forma crítica, sem uma aderência à sua disputada herança filosófica.

Em uma abordagem crítica da afirmação de Michel Foucault sobre o uso de seus trabalhos como uma caixa de ferramentas, não interpreto a declaração como um chamado à transposição dos seus conceitos para distintas realidades sociais, ou seja, uma realocação anacrônica do seu diagnóstico de tempo. Entendo que a afirmação do autor seja um convite à atenção a seu modo de fazer, ou seja, uma provocação em relação à forma de construir a crítica social, em termos semelhantes às propostas da Escola de Frankfurt sobre a obra de Karl Marx.

Assim, defino a caracterização de indivíduos como *peças* no direito como um processo de *subjetivação jurídica* cujo aspecto democrático não é a universalização de formas específicas de subjetivação, mas a garantia jurídica da impossibilidade de que uma forma de vida destrua a outra. Em outras palavras, o trabalho defende que a função democrática da subjetivação jurídica é manter a possibilidade de disputa social sobre os modos de vida. Por esse motivo, a tese desenvolve o potencial democrático de normatizar sobre a pessoa sem normalizá-la, ou seja, sem inscrever no material jurídico condições prévias para a subjetivação no direito. A expressão *subjetivação* é utilizada para sustentar o caráter processual, relacional e em contínua disputa do significado jurídico de pessoa. Mais do que apenas fazer referência a um suporte fático-ontológico, a pesquisa pretende desenvolver que ser uma pessoa no direito é construir um lugar de ação e expressão de um potencial de criação e transformação social. Um potencial imbricado à relação crítica dos sujeitos com as normas sociais.

Para construir uma emancipação sem utopia, nos termos afirmados acima, é fundamental garantir que as práticas de liberdade e resistência de crítica às normas possam ser elaboradas de forma democrática por todos os sujeitos sociais. Foucault¹⁸⁸ sustenta que, “para que se exerça uma relação de poder, é preciso que haja sempre,

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. Gerir os ilegalismos. In: POL-DROIT, Roger (Org.). *Michel Foucault: entrevistas*. São Paulo: Graal, 2006 [1975], p. 41–52. p. 52.

¹⁸⁷ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015.

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade [1984]. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos & Escritos, v. 5). p. 264-287.

dos dois lados, pelo menos uma certa forma de liberdade”, para que a relação de poder não se torne um estado de dominação. Um poder só pode ser exercido sobre o outro se ainda restar alguma possibilidade de resistência. Defendo, portanto, que essa liberdade é a liberdade de insurreição elaborada por José Rodrigo Rodriguez.

Na teoria crítica do direito formulada por José Rodrigo Rodriguez está presente a ideia de uma democracia multinormativa inspirada pela teoria deliberativa de Jürgen Habermas e pelas críticas feministas de Iris Marion Young¹⁸⁹. A democracia é, nessa perspectiva, um “espaço de expressão da diferença, da heterogeneidade, de toda a complexidade social”¹⁹⁰. Como a imposição de *nomos* social unificado é indesejada, a formação de entendimentos comuns e temporários é garantida por procedimentos que acolhem as diferentes maneiras de manifestação social.

Rodriguez¹⁹¹, portanto, explica como essa democracia multinormativa provoca a necessidade da construção de “um patamar mínimo de entendimento que permita que a sociedade funcione de forma relativamente organizada, sem que se recorra à violência como principal meio de coordenação”. Para gerir esse entendimento mínimo, o direito seria crucial na imunização dos direitos fundamentais como um conteúdo básico ligado ao debate político¹⁹². Segundo o autor, os direitos fundamentais são definidos historicamente para garantir a separação entre a estrutura de governo e a sociedade e viabilizar a escuta dos sujeitos na formação das normas sociais.

Para viabilizar a democracia multinormativa, sustenta Rodriguez, os desenhos das instituições formais precisam ser passíveis de transformação. “Uma democracia radical”, em suas palavras, “deve prever a possibilidade de transformar continuamente as instituições formais do Estado ou de qualquer outro centro autônomo de produção de normas jurídicas”¹⁹³. O autor denomina essa garantia de liberdade de insurreição,

¹⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 87. No campo da teoria crítica, as obras de Iris Marion Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib procuraram enfrentar o tema das desigualdades e diferenças em diálogo com a teoria de Habermas. Para uma primeira aproximação de seus diferentes modelos críticos, conferir Silva (2008).

¹⁹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 87.

¹⁹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 87.

¹⁹² No futuro, será importante investigar as possibilidades de diálogo entre essa forma de imunização de um conteúdo jurídico mínimo e a construção de acordos provisórios com a teoria agonística da democracia de Chantal Mouffe (2000).

¹⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 94.

que significa a possibilidade de “todo e qualquer agente social questionar as normas vigentes e o desenho das instituições postas”¹⁹⁴.

A transformação institucional ganha um destaque importante para viabilizar a renovação constante dos desejos sociais. Rodriguez entende que as reivindicações da sociedade não devem ser apenas expressas pelo direito já existente, mas devem ser capazes de alterar as instituições concretas. Por isso, “uma democracia radical está sempre por fazer, pois a inclusão de novos desejos e necessidades de indivíduos e grupos nunca é mera ‘inclusão’”¹⁹⁵. Sua proposta de democracia multinormativa pode ser interpretada como radical por não naturalizar nenhuma instituição ou desenho do Estado de Direito, nem mesmo a teoria tradicional da separação dos poderes.

Segundo Rodriguez¹⁹⁶, a liberdade de insurreição é uma forma de proteger a “livre subjetivação e a formação constante de grupos que deem origem a formas de ser e a demandas que ponham em risco as normas postas”. Ela é, portanto, um modo de institucionalidade mínima para proteger uma forma de socialização democrática em que “todas as pessoas possam se autodesenvolver e se autodefinir sem violência e sem que as instituições formais se mostrem como um obstáculo intransponível”¹⁹⁷.

Outro efeito jurídico importante da liberdade de insurreição é a necessidade de interação entre a estrutura estatal com outros centros sociais autônomos de produção normativa. Ou seja, o poder de criação de normas jurídicas não é mais considerado unicamente do Estado, cuja nova função é “lidar com conflitos de normas jurídicas produzidas de maneira descentrada no âmbito da sociedade, dentro ou fora das fronteiras de uma determinada nação”¹⁹⁸.

Além da permanente possibilidade de mudança no desenho institucional, para o jurista, “a radicalização da democracia precisa também desnaturalizar conceitos e visões de mundo que permaneçam imunes à argumentação racional”¹⁹⁹. Ou seja, na

¹⁹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 33.

¹⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 33.

¹⁹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 105.

¹⁹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 105.

¹⁹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 94.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 302.

visão de Rodriguez²⁰⁰, é fundamental que todos os sujeitos e grupos sociais sejam considerados na elaboração do direito e “o enriqueçam com suas autoafirmações, contribuindo para transformar constantemente as instituições formais e para enriquecer a normatividade social nos mais diversos âmbitos”.

Essa também parece ser a perspectiva de Juliana Cesario Alvim Gomes²⁰¹, para quem, em razão do atual pluralismo social atual, a autoridade das normas jurídicas não pode ser fundamentada em “uma pré-compreensão compartilhada”, mas precisa ser justificada por argumentos acessíveis às pessoas cidadãos. Em suas palavras, é um modo de valorizar “os pontos de acordo ao mesmo tempo em que se considera a provisoriedade da solução, tendo em vista a permanência do debate”²⁰².

Em uma democracia radical, as perspectivas plurais de vida e as diferentes concepções de mundo da sociedade são os fundamentos de transformação do direito, pois questionam os significados jurídicos estabelecidos e naturalizados. Rodriguez²⁰³ refere esse movimento como “diversos projetos de legalidade ou projetos constituintes os quais desenham as fronteiras entre sociedade e estado, entre direito e política, de formas as mais diferentes”.

Portanto, compreendo como tarefa crítica e democrática no direito investigar os usos e disputas dos significados jurídicos e as propostas de novos desenhos institucionais que expressam os diversos projetos de legalidade da sociedade. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez²⁰⁴, para fortalecer a democracia, a pessoa jurista “tem como tarefa básica desnaturalizar argumentos tidos como autoevidentes ao identificar os agentes sociais, seus desejos e interesses defendidos via direito”. Ou ainda, como afirma Patricia Williams²⁰⁵, a pessoa jurista precisa auxiliar na construção de espaços jurídicos para dar voz às demandas sociais, em especial, nos casos em que sua voz foi suprimida.

²⁰⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 339.

²⁰¹ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 157.

²⁰² GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 157.

²⁰³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 331.

²⁰⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 255.

²⁰⁵ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

Portanto, além de estar em constante transformação em função das relações sociais, para que seja feito de forma democrática, o processo de subjetivação no direito precisa ser elaborado coletivamente, com destaque para o engajamento dos sujeitos sociais. A importância da participação social nos processos de subjetivação é sublinhada pelas pesquisas de Patricia Hill Collins²⁰⁶ sobre as imagens de controle das mulheres negras estadunidenses. A autora explora como o processo de autodefinição é uma forma de “desafiar o processo de validação do conhecimento político que resultou em imagens estereotipadas externamente definidas da condição feminina afro-americana”²⁰⁷.

Para a socióloga, a autodefinição é um caminho democrático em razão de sua capacidade de destacar a dinâmica de poder que fundamenta o processo de subjetivação. Em outros termos, para Collins, a autodefinição explicita quem detêm o poder de definir, quem disponibiliza e quem controla os termos pelos quais os sujeitos sociais podem construir sua subjetivação. A autodefinição, afirma Collins²⁰⁸, “valida o poder de mulheres negras enquanto sujeitos humanos”, ou seja, é uma forma de “resistir à desumanização essencial aos sistemas de dominação”.

A autora investiga o sofrimento envolvido nos processos de subjetivação de mulheres negras, pois eles são construídos a partir de uma série de negociações sociais para reconciliar as contradições entre as imagens autodefinidas de si e sua objetivação pelo outro. Sua pesquisa ainda demonstra a importância da criação de espaços seguros em que essas mulheres puderam desenvolver coletivamente suas autodefinições, como nas relações com suas mães, na igreja e em organizações comunitárias criadas e mantidas por pessoas negras²⁰⁹.

Esses lugares foram historicamente seguros, de acordo com Collins, porque representavam espaços nos quais as mulheres negras puderam examinar livremente as questões que lhe diziam respeito. Ou seja, a autodefinição não é um processo de subjetivação plenamente individual, mas compartilhado por relações de identificação.

²⁰⁶ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002.

²⁰⁷ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002. p. 102.

²⁰⁸ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002. p. 104-105.

²⁰⁹ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002.

Segundo Collins²¹⁰, esses espaços não eram apenas seguros, mas formavam locais privilegiados de resistência à objetificação de mulheres negras como “o outro” do poder.

Nos espaços seguros construído por mulheres negras, elas puderam participar ativamente da produção de sua subjetivação. Contudo, como estereótipos negativos são construídos socialmente para controlar as mulheres negras, Collins destaca que sua simples substituição por estereótipos positivos não necessariamente é suficiente, pois poderia apenas ocultar as imagens negativas. A elaboração de uma imagem substantiva, seja ela positiva ou negativa, conforme a autora, serve para controlar e desumanizar os sujeitos sociais. Por essa razão, a socióloga sugere que somente a autodefinição é capaz de remodelar o processo. Em suas palavras, “saímos de um diálogo que tenta determinar a precisão técnica de uma imagem para outro que ressalta a dinâmica do poder que fundamenta o próprio processo de definição em si”²¹¹. Ou seja, mais importante do que o conteúdo ontológico da autodefinição é que esse conteúdo tenha a forma de autodefinição, em que as pessoas possam participar da construção do seu processo de subjetivação.

A importância da autodefinição para a democracia é ressaltar o poder envolvido na determinação dos processos de subjetivação de outras pessoas, em que alguns sujeitos sociais são considerados incapazes de falarem por si e reivindicarem suas próprias demandas. Portanto, a autodefinição rejeita posições autoritárias de restringir quem tem o direito de estar na posição de definição.

A partir das pesquisas posteriores realizadas por Patricia Hill Collins²¹² sobre o papel da interseccionalidade na composição das práticas de dominação, é possível identificar a importância da autodefinição também para outros grupos sociais vulnerabilizados. Além disso, segundo Winnie de Campos Bueno²¹³, a autodefinição encontra um lugar fundamental no direito, em que é possível disputar as imagens de controle e construir direitos de forma menos violenta e mais democrática.

²¹⁰ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002.

²¹¹ COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 99–127, 2016. p. 103.

²¹² COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality as critical social theory*. Durham: Duke University Press, 2019; COLLINS, Patricia Hill. Intersectionality's Definitional Dilemmas. *Annual Review of Sociology*, San Mateo, v. 41, n. 1, p. 1–20, 2015; COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016.

²¹³ BUENO, Winnie. *Imagens de controle: um conceito do pensamento de Patricia Hill Collins*. Porto Alegre: Zouk, 2020.

Para elaborar como o direito poderia garantir espaços de autodefinição social, defendo a necessidade de considerar a subjetivação jurídica um processo relacional em articulação contínua durante toda a vida humana. Além disso, é fundamental garantir a participação social na construção da subjetivação. Portanto, o direito não precisa definir previamente a pessoa com a estruturação no material jurídico de quem faz jus aos seus institutos, como no casamento civil, e tampouco precisa impor a imutabilidade de características subjetivas como o sexo civil para a garantia da estabilidade temporária dos significados jurídicos. Afinal, nas palavras de Patricia Hill Collins²¹⁴, as ações dos sujeitos e dos grupos sociais são capazes de mudar um mundo em que apenas existimos “para um mundo sobre o qual temos algum controle”, elas “nos permitem ver a vida cotidiana como em processo e, portanto, passíveis de mudar”.

1.5 Apresentação do trabalho

Na primeira parte da pesquisa, o objetivo é enfrentar o *problema da definição* dos processos de subjetivação no direito. Pelas reflexões provocadas pela união civil entre pessoas do mesmo sexo, busco apresentar as principais críticas ao papel do direito nos processos de subjetivação, reunidas especialmente em torno dos debates sobre o “dilema da diferença” no direito. Em seguida, investigo o potencial democrático da reivindicação jurídica como pessoa a partir das possibilidades de proteção e responsabilização pela gramática jurídica, mas principalmente de participação na construção das normas do direito. Por fim, examino as formulações tradicionais de *sujeito de direitos*, *pessoa* e *personalidade jurídica* para avaliar os fundamentos democráticos de uma substantivação da pessoa na gramática de direitos. Ou seja, questiono a necessidade de inscrever previamente no material jurídico o processo de subjetivação com caracterizações essencialistas da pessoa ou de um grupo social.

Na segunda parte, o objetivo é investigar o *problema da imutabilidade* gerado pela forma como os processos de subjetivação são elaborados no direito. A partir do caso da mudança do nome e do sexo civil de pessoas trans e travestis, procuro trazer as críticas sociais contemporâneas sobre os fundamentos democráticos da previsão de imutabilidade das caracterizações subjetivas no direito. Dialogo com formulações

²¹⁴ COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002. p. 121.

dogmáticas recentes que tentaram construir no direito a mesma dinâmica do processo de subjetivação, o direito fundamental à identidade pessoal, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e a metodologia do direito civil-constitucional. Ao final, a partir do exame do lugar central da atividade interpretativa dos processos decisórios do direito, defendo a necessidade de ampliar a participação da sociedade na construção da subjetivação jurídica com a contratualização do casamento e a técnica civil da autodeclaração para a mudança do sexo civil. Em outras palavras, sustento que quanto maior o envolvimento social nos espaços de decisão jurídica sobre o processo de subjetivação mais democrático ele será.

2 NÃO ME PERGUNTE QUEM SOU

No final da introdução de *A Arqueologia do Saber*, Michel Foucault²¹⁵ afirma a escrita como um lugar de liberdade em relação à necessidade de dizer e permanecer quem é. Defende a atividade em contraposição a “uma moral do estado civil” porque, esta sim, “rege nossos papéis”. A interpelação realizada pelo Estado sobre os sujeitos nunca foi sugerida, na obra de Foucault, como um modo de proteção da liberdade e da autonomia individual. Ao contrário, ela aparece como um modo de sujeição em que seus termos não podem ser negociados e transformados. Para Michel Foucault, o poder é exercido pelo Estado não pela repressão ou dominação dos indivíduos, mas justamente pela incitação à sua produção enquanto sujeitos²¹⁶.

A hipótese desta pesquisa, no entanto, pretende examinar a possibilidade de que essa interpelação jurídica subjetiva viabilize uma subjetivação democrática. Ou seja, ao demandar aos sujeitos e grupos sociais uma *definição* da sua subjetivação, o direito parece oferecer uma forma democrática de proteção do potencial criativo dos sujeitos e garantir lugar para a sua capacidade de transformação de si e da sociedade. A sujeição a que se opunha Foucault, portanto, não seria constituída pela interpelação em si, mas pelo *modo* pelo qual ela é feita, a partir de uma *definição prévia e imutável*, sem espaço para a disputa social. Em outras palavras, ela estaria menos vinculada à questão “como não ser governado?” e melhor expressa na investigação de “como não ser governado *assim?*”²¹⁷, um debate que aparece, não por acaso, na aproximação da obra foucaultiana com os fundamentos da teoria crítica.

Na primeira parte, o trabalho examina se o processo de subjetivação provocado pela interpelação jurídica exige uma resposta substantiva, preenchida de um conteúdo previamente definido no material jurídico. Ele busca explorar o *problema da definição* dos processos de subjetivação no direito. Na segunda parte, a pesquisa investiga a necessidade de uma resposta estática, inacessível à transformação social. Ela explora o *problema da imutabilidade* da subjetivação jurídica.

²¹⁵ “Vários, como eu sem dúvida, escrevem para não ter mais um rosto. Não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral de estado civil; ela rege nossos papéis. Que ela nos deixe livres quando se trata de escrever” (FOUCAULT, 2008 [1969], p. 20).

²¹⁶ Cf. LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007 [1981], p. 19.

²¹⁷ FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Conferência pronunciada por Michel Foucault na Sociedade Francesa de Filosofia em 27 de maio de 1978. In: FRUCHAUD, Henri-Paul; LORENZINI, Daniele (Org.). *O que é a crítica? Seguido de a cultura de si*. Lisboa: Texto & Grafia, 2017 [1978]. p. 31–68. p. 33-34.

O primeiro objetivo, portanto, é delinear os contornos das principais críticas sobre como o direito lida com os processos de subjetivação, em particular, a partir do caso da união civil entre pessoas do mesmo sexo e das críticas conhecidas como o “dilema da diferença” do direito. Em sua maioria, os debates contestam a definição de características subjetivas no direito, porque esse procedimento provoca processos sociais de exclusão. Os espaços fechados de previsão de direitos para determinados sujeitos geram, segundo a perspectiva do dilema da diferença, lutas sociais com o objetivo de obter legitimação jurídica de suas formas de vida.

2.1 Casamento, parentesco e sexualidade

Um caso bastante exemplar desse processo é a união civil entre pessoas do mesmo sexo. No Brasil, a união civil foi regulada na Constituição Federal de 1988 e, após, pelo Código Civil de 2002. Segundo o artigo 226, parágrafo terceiro, do texto constitucional, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”²¹⁸. O texto do Código Civil, sob influência da Constituição Federal, previu a realização do casamento, uma forma de união civil prevista no direito brasileiro, “no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”²¹⁹.

A elaboração de ambos os dispositivos jurídicos está imbricada na oposição política de constituintes ao movimento social do período relacionado às lutas contra a discriminação por sexualidade no Brasil. Fruto especialmente da resistência à ditadura civil-militar implementada no país entre 1964 e 1985, as lutas antidiscriminatórias por liberdade sexual começaram a formular, com a redemocratização, algumas demandas institucionais²²⁰. Apresento aqui alguns momentos de contato entre essas lutas e as instituições brasileiras, mas sem a pretensão de elaborar uma historiografia detalhada

²¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

²¹⁹ BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

²²⁰ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

sobre elas²²¹ e tampouco sugerir homogeneidade ou ausência de disputa interna em suas reivindicações políticas.

O então chamado Movimento Brasileiro de Liberação Homossexual ou Movimento Homossexual Brasileiro²²² surge nas décadas de 1960 e 1970, no contexto de lutas contra a ditadura do regime civil-militar e pela redemocratização do país. Em um período de efervescência cultural, com a formação do grupo teatral *Dzi Croquettes* em 1972 e do jornal *O Lampião da Esquina* em 1978, o grupo Somos – Grupo de Afirmação Sexual é criado em 1978 na cidade de São Paulo²²³.

Na década de 1980, outros coletivos de atuação política também seriam formados, como o Outra Coisa – Ação Homossexualista e o Galf (Grupo de Ação Lésbico-Feminista), ambos em São Paulo. Grupos semelhantes também foram criados em outras cidades brasileiras, como o Gatho (Grupo de Atuação Homossexual), em Olinda, o Somos/RJ, o Auê – Pela Livre Opção Sexual, o Grupo Atobá de Emancipação Homossexual e o Triângulo Rosa, todos no Rio de Janeiro, o Grupo Gay da Bahia, em Salvador, e o Beijo Livre, em Brasília²²⁴.

Quatro pautas eram destaque nos movimentos da época, a luta contra a patologização da homossexualidade, coordenada principalmente pelo Grupo Gay da Bahia, a atuação em diferentes associações científicas, com força no Grupo Gay da Bahia e também no grupo Auê, a crítica à intervenção abusiva da polícia, muito presente em São Paulo, e a articulação para a garantia da proteção constitucional contra a discriminação, liderada pelo Triângulo Rosa do Rio de Janeiro²²⁵. Desde então, a luta para a inclusão explícita da não-discriminação por “orientação sexual” e, posteriormente, por “identidade de gênero” na Constituição é pauta do movimento²²⁶.

²²¹ Para estes fins, conferir as pesquisas de Regina Facchini (2005), James Naylor Green, Renan Honório Quinalha, Márcio Caetano e Marisa Fernandes (2018) e João Silvério Trevisan (2018).

²²² As autodefinições dizem respeito ao contexto político da época, conforme explicam Sérgio Carrara e Adriana Vianna (2008).

²²³ CARRARA, Sérgio Luis. O movimento LGBTI no Brasil, reflexões prospectivas. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 13, n. 3, p. 450–456, jul./set. 2013.

²²⁴ CARRARA, Sérgio Luis. O movimento LGBTI no Brasil, reflexões prospectivas. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 13, n. 3, p. 450–456, jul./set. 2013.

²²⁵ CARRARA, Sérgio Luis. O movimento LGBTI no Brasil, reflexões prospectivas. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 13, n. 3, p. 450–456, jul./set. 2013; FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²²⁶ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359.

A viabilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, apesar de ser debatida nos movimentos desde antes da promulgação da Constituição de 1988, não foi levada como pauta coletiva às instituições jurídicas à época. Embora algumas ações judiciais individuais isoladas tratassem do tema, não havia consenso no MHB sobre a centralidade da pauta. Por outro lado, parte do movimento via no casamento a possibilidade de gozo de variados efeitos jurídicos previstos em razão do instituto. Havia interesse nas consequências jurídicas de importante impacto na cidadania, com repercussões significativas, em particular, na construção jurídica de projetos de vida. O casamento possibilita o acesso a uma série de direitos e formas de relação jurídica com efeitos em diversos âmbitos do direito, como o apoio mútuo nos casos de desemprego, invalidez ou doença das pessoas casadas. Essa forma de união civil repercute especialmente no âmbito do direito de família e na regulação da filiação²²⁷.

A viabilidade do casamento também não foi o objetivo do movimento em sua atuação na Assembleia Nacional Constituinte de durante 1987 e 1988. A participação dos grupos focou em incluir a proibição da discriminação por orientação sexual no texto constitucional. O ativista João Antônio de Souza Mascarenhas, integrante do grupo carioca Triângulo Rosa e um dos fundadores do jornal *O Lampião da Esquina*, esteve presente em duas audiências públicas da ANC. Ele discursou pela inclusão do item na “Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais”, ligada à “Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, e na “Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”, relacionada à “Comissão da Ordem Social”²²⁸.

O movimento também articulou outras estratégias políticas para alcançar a inclusão do termo na Constituição. Além das falas de Mascarenhas, as organizações sociais Triângulo Rosa, Lambda – Movimento pela Livre Orientação Sexual e o Grupo Gay da Bahia submeteram propostas de emendas constitucionais. Elas também pressionaram constituintes com o envio direto de mais de 600 cartas e a realização de centenas de ligações. Ademais, os grupos realizaram práticas de *advocacy* e Mascarenhas esteve presente na audiência pública “O homossexual e a Constituição:

²²⁷ PÉREZ, Gloria Careaga. Prefácio: direito à sexualidade e seus contextos. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17; FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²²⁸ FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

Instrumentos de participação direta e de iniciativas populares como garantia da cidadania”²²⁹.

Contudo, apesar da campanha do movimento para a inclusão da cláusula contra a discriminação por orientação sexual, o termo foi retirado da redação final do artigo 3º da Constituição Federal. Segundo Sérgio Carrara e Adriana Vianna²³⁰, essa ausência no texto constitucional dificultou a elaboração posterior de direitos e políticas públicas direcionadas aos grupos. Ou seja, a inclusão de uma cláusula contrária à discriminação pela sexualidade na Constituição brasileira poderia ter facilitado a construção futura de direitos e políticas sociais no país.

Além de naturalizar a heterossexualidade monogâmica como a única forma de vida conjugal, a adoção das expressões “homem” e “mulher” no texto constitucional foi uma opção política das pessoas constituintes diretamente relacionada à atuação de Mascarenhas na ANC. Inicialmente, o projeto em votação relacionado à união civil não definia no texto constitucional o instituto como uma união “entre o homem e a mulher”. Porém, após a manifestação do Mascarenhas com o objetivo de inserir na Constituição a proibição da discriminação por sexualidade, parlamentares decidiram restringir o texto. O exame dos anais da ANC sugere uma preocupação com a imprensa do país, conforme é possível notar no excerto seguinte, referente à fala do constituinte Gastone Righi:

Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o Artigo 225, § 3º. Este parágrafo prevê: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional,

²²⁹ FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²³⁰ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359.

recomendo a V. Ex.^a que me permitam aprovar pelo menos uma emenda²³¹.

Os projetos de legalidade relacionados aos temas de gênero e sexualidade, seja em relação às reivindicações de grupos feministas ou nas proposições do MHB, eram referidos com ironia e escárnio pelos constituintes²³². O contexto político da época favorecia o tratamento desdenhoso na ANC. Afinal, foi um dos primeiros momentos políticos do país em que grupos vulnerabilizados pelas relações sociais de dominação puderam se manifestar amplamente no interior das instituições políticas e jurídicas brasileiras.

Se, por um lado, o constante desprezo às falas e reivindicações desses grupos dificultava a ação de ativistas, por outro, ele marcava a abertura da ANC para novos debates na gramática jurídica²³³. As mais de 120 emendas populares, 70 mil sugestões da sociedade, além das 180 audiências públicas expressaram a pluralidade social do Brasil, cujo reflexo mais evidente está no texto final heterogêneo e contraditório da Constituição Federal de 1988²³⁴.

Apesar de não apresentarem a demanda do casamento entre pessoas do mesmo sexo à ANC, o MHB já debatia a necessidade de proteção jurídica das relações desde a década de 1980 no Brasil. O principal motivo da reflexão era as consequências discriminatórias da ausência de regulação das relações no contexto da epidemia de HIV/AIDS. Gloria Careaga Pérez relata episódios de violência em que familiares de pacientes sequestravam a pessoa diagnosticada de sua casa, tomavam posse de suas propriedades e impediam o seu contato com sua pessoa companheira. Segundo a autora, “milhares de homens gays viveram o trauma da doença e da morte

²³¹ BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Ata circunstanciada. In: *8ª REUNIÃO ORDINÁRIA*, 1988, Brasília. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: ANC, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²³² BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Ata circunstanciada. In: *8ª REUNIÃO ORDINÁRIA*, 1988, Brasília. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: ANC, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²³³ FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019; BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2012. 328 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Departamento de Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/>. Acesso em: 8 fev. 2022.

do cônjuge, além da negação de visitas hospitalares e de despejos de imóveis onde viviam por estarem registrados no nome do parceiro falecido”²³⁵. Eram comuns também casos de discriminação sexual contra mulheres lésbicas que disputavam a guarda dos filhos de uniões anteriores.

Em 1995, alguns anos após a promulgação da Constituição, a deputada federal Marta Suplicy, então integrante do Partido dos Trabalhadores, apresentou o Projeto Lei n.º 1.151 para regular a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Foi a primeira tentativa brasileira de legislar sobre o tema e a reação política de rejeição foi bastante destacada. Segundo Carrara e Vianna²³⁶, “o projeto explicita em seu primeiro artigo o quanto a defesa dos direitos à propriedade é preocupação central”. O objetivo da ênfase na dimensão patrimonial era refletir o debate já presente à época no judiciário e “ampliar as possibilidades de aceitação do projeto por outros políticos e partidos”²³⁷.

O projeto sofreu diversas modificações, como a substituição do termo “união” por “parceria”, uma espécie de igualação subalternizada em relação aos casais heterossexuais já mencionados pelo texto constitucional. O destaque das alterações, contudo, foi a inclusão de um parágrafo no artigo 3º do projeto, segundo o qual seriam “vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros”²³⁸.

Segundo Carrara e Vianna²³⁹, a inclusão do parágrafo refletia a tensão política entre o projeto apresentado e os debates sobre o Estatuto da Família. O projeto de lei enfatizava a não equiparação da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo à união

²³⁵ PÉREZ, Gloria Careaga. Prefácio: direito à sexualidade e seus contextos. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 11.

²³⁶ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359. p. 345.

²³⁷ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359. p. 345.

²³⁸ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359. p. 346.

²³⁹ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359.

estável ou ao casamento. Com o parágrafo, o projeto também impediria a atribuição dos efeitos jurídicos relacionados aos direitos de família à “parceria civil”.

O projeto de lei tramita há mais de duas décadas em meio a muitos debates no Brasil. A última tentativa de levar o projeto ao plenário do poder legislativo foi em 2007, o que nunca ocorreu. O projeto também não foi arquivado e segue até os dias de hoje em tramitação ao lado de outros projetos de lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja para tentar regularizá-lo ou para vedá-lo no ordenamento jurídico brasileiro²⁴⁰.

No debate parlamentar sobre a elaboração do Código Civil, é interessante destacar a atenção a cada termo escolhido para as previsões normativas. O jurista Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, dissertou sobre considerar inadequada a expressão “o casamento se realiza”. Já o deputado Erasmo Martins Pedro questionou a restrição à emancipação pelo casamento para exercício de atividade comercial. Porém, em nenhum momento juristas ou parlamentares destacaram a previsão restrita do casamento a casais formados por um homem e uma mulher. A heterossexualidade monogâmica foi tão naturalizada como base do casamento civil, em especial após a promulgação da Constituição²⁴¹.

A possibilidade jurídica de união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil só foi elaborada em 2011 com o julgamento da ADI n.º 4.277 e da ADPF n.º 132 pelo STF. O fundamento das decisões foi diversificado, com a citação da ausência de proibição constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de que a inexistência de menção não importaria em proibição, e com o destaque do princípio da igualdade de todas as pessoas sem discriminação por sexo, conforme artigo 3º, inciso IV, da Constituição.

Ou seja, o tribunal decidiu pela possibilidade de união civil a todos os casais, independentemente do seu sexo. Na decisão, foi considerado que reservar a união civil somente a casais de pessoas do diferentes sexos civis seria discriminatório e,

²⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Federal n.º 1.151, de 1995*. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Autoria: Deputada Federal Marta Suplicy. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 19 fev. 2022; FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²⁴¹ MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012a. (Tomos I a IV). v. 1; MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012b. (Tomos I a IV). v. 2.

portanto, inconstitucional. A especificação do texto constitucional em relação a união civil entre “um homem” e “uma mulher” não significaria, portanto, a proibição da união entre casais de pessoas do mesmo sexo.

Mesmo após a decisão, houve resistência de autoridades em reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo e sua conversão em casamento. Por essa razão, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n.º 175 em 2013, pela qual vedou a recusa de habilitação ou de celebração da união civil e da sua conversão para o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁴².

Reivindicações como essa são frequentemente compreendidas como esforços de grupos sociais pela legitimação de suas formas de vida no direito. No caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, haveria uma demanda subjacente de legitimação jurídica de uma sexualidade desviante. Como adverte Judith Butler²⁴³, é fundamental investigar as ações dos movimentos sociais de aproximar as práticas sexuais à regulação do Estado e também avaliar as estratégias políticas utilizadas por eles.

Mario Pecheny recorda como a linguagem de questionamento dos movimentos sociais direcionada à ordem sexual era emancipatória no Brasil dos anos de 1960 e 1970. Ela criticava a opressão, o controle e a repressão sexual da ditadura civil-militar, além de se afastar dos modelos de relação únicos e homogêneos defendidos por grupos hegemônicos. Após o período, no entanto, Pecheny identifica uma mudança de foco da agenda política dos movimentos. Outras demandas, como a defesa da vida em relação aos “crimes perpetrados ou consentidos pelo Estado, a demanda por um estado de direito, a exigência de regras democráticas de funcionamento político”²⁴⁴ tornam-se mais urgentes.

Sem uma gramática jurídica e instituições democráticas, essas reivindicações provocaram nos movimentos sociais a mobilização da linguagem internacional dos direitos humanos. Quando as demandas sexuais voltaram ao foco dos movimentos

²⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022; FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

²⁴³ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003.

²⁴⁴ PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 21.

no contexto de redemocratização dos anos de 1980, elas estavam substancialmente implicadas no discurso dos direitos humanos. O uso de normas jurídicas passou a informar novas reivindicações, “cujo processamento político exigia a formulação das aspirações políticas em forma de direitos”²⁴⁵.

Além disso, as demandas de reivindicação por direitos sociais ou de família no lugar de uma defesa ampla da pluralidade sexual estão relacionadas, conforme Roger Raupp Rios, ao contexto político do Brasil. Em muitos países ocidentais, a luta por direitos sexuais foi pautada pelo combate às restrições jurídicas da liberdade individual. No caso brasileiro, contudo, “a afirmação da proibição da discriminação por orientação sexual”²⁴⁶ foi a ênfase do movimento. Segundo o jurista, essa característica pode estar ligada à história das políticas públicas no país, muitas vezes elaboradas em contextos autoritários e com pouca perspectiva sobre a liberdade individual. Em suas palavras, “os indivíduos eram concebidos muito mais como objetos de regulação estatal do que sujeitos de direitos”, razão pela qual “essas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade e da liberdade individuais”²⁴⁷.

Ainda assim, em 2006, ativistas e intelectuais do movimento de combate à discriminação em razão da sexualidade no Brasil publicaram uma declaração chamada “Além do Casamento”, pela qual reivindicavam a autenticação jurídica de formas alternativas de convivência além da normatizada pelo casamento civil. O documento ainda exigia o acesso universal, independentemente do estado civil, aos programas de apoio e assistência do governo, “assim como”, nas palavras de Gloria Careaga Pérez²⁴⁸, “o fim da regulação do Estado sobre a nossa vida sexual e o estímulo ao apoio às organizações sociais de cuidado, ao invés de privatizar os serviços sociais”.

Nesta pesquisa, no entanto, procuro examinar outro aspecto das críticas às reivindicações pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo. São questões menos

²⁴⁵ PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 21.

²⁴⁶ RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 135–178. p. 141.

²⁴⁷ RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 135–178. p. 141.

²⁴⁸ PÉREZ, Gloria Careaga. Prefácio: direito à sexualidade e seus contextos. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 14.

diretamente focadas em uma crítica sobre a atuação dos movimentos sociais e mais voltadas à construção da possibilidade da gramática jurídica de expressar de forma democrática direitos fundamentados nos processos de subjetivação.

Em sua investigação sobre como o direito lida com os processos de subjetivação relacionados ao parentesco, Judith Butler²⁴⁹ buscou explorar as questões provocadas pelos debates em torno do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A autora faz notar, em um primeiro momento, como a união civil disponibilizada pelo direito parece organizar as relações de parentesco nas sociedades ocidentais. Em suas palavras, o parentesco é um “conjunto de práticas que estabelece relações de vários tipos que negociam a reprodução da vida e as demandas da morte”²⁵⁰.

Por organizar necessidades humanas tão primordiais, as práticas de parentesco engendram relações de grande significação para as pessoas envolvidas. Se existe um limite de vulnerabilidade que determina a relação entre os seres humanos, também há uma possibilidade de escolha na construção dessas relações. Afinal, o parentesco como fundamento do casamento pretende “dirigir as formas fundamentais da dependência humana”²⁵¹. Segundo Butler, questionar o papel cultural do casamento é também indagar sobre sua relação com a estruturação do parentesco nas sociedades ocidentais.

Na escolha política de não prever no texto constitucional a união civil entre pessoas do mesmo sexo ou outros arranjos sociais plurais está naturalizada a função do casamento, qual seja, a construção do parentesco. Significa dizer que também é naturalizada a ideia de que o parentesco é viabilizado por relações monogâmicas e heterossexuais. Para Butler²⁵², as ideias de que o casamento origina o parentesco e de que ele é necessariamente monogâmico e heterossexual estão fundamentadas nos entendimentos culturais hegemônicos europeus da proibição de miscigenação e da heterossexualidade compulsória para a reprodução social.

Contudo, embora historicamente as práticas de parentesco tenham sido ligadas no Ocidente a um modelo de família nuclear, elas nem sempre foram construídas com

²⁴⁹ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003.

²⁵⁰ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 221.

²⁵¹ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 221.

²⁵² BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003.

base nesse enquadramento. Diferentes “relações biológicas e não-biológicas”²⁵³, como afirma a autora, serviram de fundamento para o parentesco. As formulações jurídicas que naturalizam a família nuclear nem sempre foram capazes de expressar relações realizadas a partir de outras bases. Para Judith Butler, o parentesco dessas relações funciona de acordo com regras não formalizáveis, portanto incapazes de expressão pelo direito.

Ela observa como o casamento foi afastado das questões de parentesco nos ordenamentos jurídicos em que a possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo não contemplava direitos à adoção ou às tecnologias de reprodução. No mínimo, um instituto supostamente direcionado a organizar o parentesco no direito ocidental pareceu poder organizar também outras formas de relação social.

A crítica mais interessante de Judith Butler, no entanto, é sobre os efeitos de buscar no Estado a legitimação de uma forma de vida. Assim como nas críticas do dilema da diferença, para a autora, a reivindicação de direitos baseados em processos de subjetivação pode ser compreendida como uma busca por legitimidade estatal. Embora Butler questione essa prática pela via da psicanálise, um aspecto jurídico chama a atenção em seu argumento. Para ela, “ser legitimado pelo Estado é aceitar os termos de legitimação oferecidos e descobrir que o senso público e reconhecível da personalidade é fundamentalmente dependente do léxico dessa legitimação”²⁵⁴.

Como já mencionado, Butler²⁵⁵ considera de forma explícita a possibilidade de uma relação crítica com as normas sociais. Ou seja, um uso crítico das normas com a intenção de subvertê-las e transformá-las. Poderíamos considerar também as normas jurídicas, afinal, elas são uma forma das normas sociais. O que se faz notar neste seu argumento é a relação de dependência entre os termos disponibilizados pelo regime de verdade, nesse caso, o direito, e a inteligibilidade viável pela sua gramática. Em outras palavras, a capacidade do direito de construir uma subjetivação jurídica apreensível pelos sujeitos sociais depende necessariamente dos termos disponibilizados em sua gramática. Se estes termos não são suficientes, se impõem determinadas condições para a subjetivação ou se são constituídos de forma fixa, sem

²⁵³ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 221.

²⁵⁴ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 226.

²⁵⁵ BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001]; BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003].

abertura para a sua disputa na sociedade, eles se tornam incapazes de expressar juridicamente as reivindicações dos sujeitos.

Para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a disponibilização de termos limitados para a subjetivação define os limites da disputa do seu significado jurídico. Se não há a possibilidade de união civil, essa forma de relação social é constituída como ininteligível pelo direito. Se há a possibilidade, mas ela não prevê outros direitos garantidos pelo casamento fundado na heterossexualidade, ela restringe a expressão jurídica das relações entre pessoas do mesmo sexo. É uma prática de redução da subjetivação no direito.

Além disso, essa operação também circunscreve quais relações entre pessoas poderão ser expressas pelo direito. Segundo José Rodrigo Rodriguez²⁵⁶, “a definição legal do que seja o casamento retira poder da sociedade de atribuir determinadas consequências jurídicas a relações que não se enquadrem na definição legal”. A restrição é feita de variadas formas. Em relação aos casais de pessoas do mesmo sexo civil, ela ocorre pela imposição de aproximar suas relações ao ideal normativo da heterossexualidade naturalizado no casamento civil. Algumas formas de viver as relações são mais inteligíveis pela norma jurídica por corresponderem melhor a essa idealização.

Nas palavras de Judith Butler²⁵⁷, “o campo da sexualidade inteligível e que pode ser falada é circunscrito” e apenas algumas formas de relação entre as pessoas podem ser expressas pelo direito. Para autora, os termos disponibilizados para a subjetivação jurídica estão imbricados nos “estritos debates sobre quem e o que serão incluídos na norma”²⁵⁸, em uma hierarquização das relações sexuais. Butler toma como sua principal tarefa crítica avaliar essa ação de delimitação provocada pela construção de direitos baseados em determinadas compreensões idealizadas dos sujeitos sociais e em condições de subjetivação especificadas previamente no material jurídico. Por essa razão, sugere outras maneiras de organizar direitos independentemente do estado civil.

²⁵⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 141-142.

²⁵⁷ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 227.

²⁵⁸ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 227.

Diversos modos de relação são excluídos da relação jurídica de mútuo apoio constituída pela forma jurídica do casamento. Pessoas em relações não monogâmicas ou pessoas que não fazem parte de um relacionamento afetivo-sexual não podem constituir uma comunidade jurídica de apoio íntimo, porque os termos disponibilizados pelo direito não expressam suas experiências de vida.

Em um exemplo sobre direitos à saúde vinculados à união civil, Butler²⁵⁹ questiona se a defesa do casamento como única forma de assegurar esses direitos não afirma também “que um direito tão importante quanto a atenção à saúde deve continuar sendo alocado com base no estado civil”. No direito brasileiro, por exemplo, Roger Raupp Rios²⁶⁰ lembra como o instituto jurídico do casamento constrói o acesso a diversos direitos específicos, os quais não são oferecidos pela gramática jurídica de forma individual:

inclusão em planos de saúde, previdência, associação como dependente em clubes e sociedades, dever de alimentos em caso de necessidade, divisão de bens adquiridos na constância da união, direito à herança, usufruto dos bens do falecido e acompanhamento de parceiro em instituições hospitalares.

No argumento de Butler, há uma crítica à determinação das relações sociais pela gramática jurídica. O direito impele a sociedade à formação de uniões específicas pelas quais é possível a constituição de vínculos de parentesco com efeitos jurídicos, como os direitos e deveres de apoio mútuo. Contudo, se a prática de formular relações de apoio ligadas à vulnerabilidade e à dependência humana é plural, construída de diversas formas na sociedade, por que a gramática jurídica estabelece um modo único de formular essas relações? Por que o direito deveria determinar maneiras específicas de viver esses relacionamentos?

Segundo Judith Butler, a impossibilidade de expressar outros arranjos sociais íntimos no interior da gramática jurídica é experimentada pelos sujeitos sociais como forma de “desrealização”. O problema está, para Butler²⁶¹, no controle hegemônico dos termos da subjetivação pelo Estado, ou seja, no monopólio estatal dos recursos

²⁵⁹ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 231.

²⁶⁰ RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 135–178. p. 147.

²⁶¹ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 238-239.

de reconhecimento. Para a autora, a aposta social nos processos de subjetivação disponibilizados pelo direito restringe o domínio dos arranjos sexuais reconhecíveis como legítimos e fortalece o poder estatal como fonte normativa dos termos de inteligibilidade. Sua sugestão é lutar por outras possibilidades de reconhecimento na sociedade civil e na vida cultural. Sem identificar a possibilidade de mudança nos termos da subjetivação do direito, ela reitera a importância de reivindicar pela via política outras formas de inteligibilidade. Para tanto, a autora propõe a manutenção de uma relação crítica e transformadora com as normas sociais que regem as relações de parentesco.

Por fim, Judith Butler identifica como o parentesco não indica nenhum objeto muito específico quando é regulado pelo direito. A gramática jurídica parece apontar vagamente, para ela, “modos de relacionamentos duradouros”²⁶². Em suas palavras, ainda que nem todas as relações de parentesco durem, elas “partilham uma norma ou convenção que tem alguma durabilidade, e essa norma adquire sua durabilidade graças a sua reiterada reposição”²⁶³. Ou seja, a autora ressalta como o parentesco e, portanto, o casamento é caracterizado por uma *reiteração* subjetiva da relação.

A partir dessa crítica, Butler afirma o parentesco como um laço durável, cuja forma não precisa ser estabelecida pelo casamento, mas pode ser elaborada por laços comunitários não redutíveis à família. Direitos ligados ao casamento, como a adoção e as tecnologias reprodutivas, devem ser assegurados a pessoas individualmente e em relações fora do enquadramento jurídico do casamento. Para a autora, seria uma grave redução da pluralidade sexual “permitir que o casamento e a família, ou mesmo o parentesco, fossem os parâmetros exclusivos dentro dos quais se pode pensar a vida sexual”²⁶⁴.

Essa também é a proposta de “contratualização dos vínculos familiares” criada por Daniel Borrillo²⁶⁵, em que os sujeitos sociais são diretamente responsáveis pela “organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural”, seja de família ou mesmo de casamento. considerar a

²⁶² BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 254.

²⁶³ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 254.

²⁶⁴ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 260.

²⁶⁵ BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 237–273. p. 241.

união civil “. Em outros termos, o jurista sugere que a união civil seja considerada um “contrato *intuitu personae* (celebrado em especial consideração da pessoa com quem se obriga)”²⁶⁶, em que a definição do sexo civil não apresenta relevância para o Estado. Seria uma forma de organização jurídica dos vínculos de parentesco, de dependência e de vulnerabilidade mais ampla e democrática, aberta para a pluralidade de relações sociais e que não naturaliza no direito um determinado modelo de relação social.

Parece ser fundamental, portanto, interrogar o casamento como a única forma possível de garantir os vínculos de parentesco e familiares e todos os direitos ligados a eles. Talvez os direitos relacionados aos arranjos sociais de apoio mútuo possam ser garantidos de uma forma mais ampla, sem depender da configuração jurídica do casamento ou mesmo de uma entidade familiar. Ou seja, talvez direitos como guarda da filiação, compartilhamento de bens e mútua assistência pudessem ser previstos a qualquer formação social com propósito de apoio mútuo, seja nas relações entre pessoas do mesmo sexo, nas relações de arranjos não-monogâmicos ou em qualquer relação social com o mesmo objetivo.

Nas palavras de Butler²⁶⁷, esta seria uma forma de considerar arranjos sociais em que o parentesco e, portanto, o casamento são considerados uma “intensificação de laços comunitários, que podem, ou não, ser baseados em relações sexuais exclusivas ou duradouras”. Se não compreendermos o casamento civil como a única estruturação jurídica possível do parentesco e do vínculo familiar, talvez seja possível elaborar outras formas de garantia de direitos para múltiplos arranjos sociais. Nesse caso, a previsão restritiva dos sujeitos com direito à formação de arranjos sociais de apoio mútuo é desnecessária.

Daniel Borrillo destaca como o casamento foi uma forma de relação jurídica impossibilitada para vários sujeitos sociais na história jurídica ocidental, em particular, sujeitos cuja subjetivação jurídica já não era garantida de qualquer forma. Na Idade Média, afirma o autor, “escravos, protestantes, judeus, mas também comediantes, viúvas e muçulmanos foram excluídos do matrimônio antes da sua secularização”²⁶⁸.

²⁶⁶ BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77. p. 63.

²⁶⁷ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 255.

²⁶⁸ BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 237–273. p. 246.

Como uma forma ocidental de acesso a determinados direitos somente reivindicáveis por este instituto, o casamento é um espaço jurídico de poder. Também a constituição de uma família, nos termos normatizados pelo direito, é a garantia de um espaço previsto de cidadania na gramática jurídica. O casamento e família garantem o acesso e a proteção jurídica a partir de determinados direitos não viabilizados para as pessoas individualmente.

A cidadania proporcionada pela subjetivação jurídica do casamento não pode ser substituída pela naturalização da responsabilidade de cuidado na constituição familiar, ainda mais em uma relação familiar específica, pois perverte a promessa democrática de igualdade perante a lei. Em outras palavras, a construção de uma família, uma relação social determinada, não pode ser imposta pelo direito para o acesso a direitos. Para Borrillo²⁶⁹, a construção jurídica dos vínculos familiares precisa ser democratizada, pois “a contestação da ordem familiar ‘natural’ não é, em definitivo, mais do que radicalização da modernidade, conforme a qual a vontade, e não a diferença de sexos, constitui a base da instituição matrimonial e da paternidade”.

Daniel Borrillo²⁷⁰ defende uma “teoria contratualista dos afetos” porque entende o contrato como um instrumento jurídico fundamental para expressar a sexualidade de forma individual e, ao mesmo tempo, plural. O contrato, para ele, é um formato do direito em que as pessoas podem construir relações de maneiras mais abertas, sem a necessidade de vinculação a categorias jurídicas rígidas previamente definidas nas normas do direito.

O jurista ainda afirma a necessidade de uma “indiferença moral do Estado” em relação à liberdade sexual das pessoas. Segundo Borrillo²⁷¹, “o Estado deve se abster de nos dizer o que é bom e o que mau para nós mesmos e se limitar estritamente a punir os comportamentos prejudiciais ao próximo”. Em democracia, para o autor, o Estado de Direito não deveria constituir previamente as escolhas dos indivíduos, especialmente nos casos de relações íntimas protegidas pela âmbito particular da vida. O foco de regulação estatal precisa ser, em uma perspectiva democrática, ligado

²⁶⁹ BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 237–273. p. 267.

²⁷⁰ BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77. p. 70

²⁷¹ BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 120–134. p. 124.

à garantia de consentimento, ou seja, “se o indivíduo é maior de idade, não está sob pressão física ou psíquica e não foi induzido ao erro”²⁷². O consentimento comumente é o limite principal regulado pelo Estado na constituição de contratos no direito dos ordenamentos ocidentais.

Além disso, como lembra Roger Raupp Rios, a Constituição Federal brasileira de 1988 oferece um novo paradigma regulatório para a dinâmica familiar no país. Em vez de subordinar as relações sociais ao cumprimento de objetivos “de uma única e determinada cosmovisão estatal”²⁷³, o texto constitucional defende o pluralismo, a liberdade e a dignidade da pessoa humana na construção de suas formas de vida. A Constituição confere ao direito brasileiro, portanto, abertura e mobilidade para o estabelecimento de vínculos sociais, sem exigir “a fixidez de um modelo único que desconheça a pluralidade de estilos de vida”²⁷⁴.

Os debates provocados pela reivindicação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo parecem confundir, portanto, o combate à naturalização jurídica da heteronormatividade com a própria forma direito, como se não houvesse alternativas fundadas na construção de uma gramática jurídica mais plural e não imbricada à relação heterossexual e monogâmica. Como questiona Mario Pecheny²⁷⁵, “dar fim à heteronormatividade implica acabar com qualquer normatividade ou implica acabar com o componente ‘hetero’ da heteronormatividade?”. Para o autor, parte dos movimentos sociais de combate à discriminação em razão da sexualidade compartilha a ideia de que qualquer forma de normatividade estatal relacionada à subjetivação é indesejável e ignoram que “a ausência de regulação ou de normatividade deixa as

²⁷² BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 120–134. p. 125.

²⁷³ RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 215–234. p. 220.

²⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 215–234. p. 220.

²⁷⁵ PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 22.

práticas e os vínculos à mercê da violência de quem é mais forte ou à mercê do mercado”²⁷⁶.

No entanto, uma crítica ainda mais abrangente do que os debates sobre a regulação do casamento entre pessoas do mesmo sexo civil está relacionada à afirmação da incapacidade de elaborar direitos subjetivos sem a fixação prévia de características da subjetivação no material jurídico. Organizei essas críticas em torno do chamado “dilema da diferença” do direito, segundo o qual a regulação jurídica da subjetivação tornaria os sujeitos sociais reféns da decisão de uma autoridade jurídica ou política. Essa maneira de construir direitos seria uma violência à liberdade de subjetivação e naturalizaria e imobilizaria processos sociais de subjetivação que são contingentes e relacionais.

2.2 Dilemas da diferença

Para o “dilema da diferença” do direito, só seria possível elaborar direitos subjetivos a partir da previsão de características dos sujeitos no material jurídico. Para regular o casamento, por exemplo, o direito precisaria definir previamente quem são os sujeitos hábeis a realizar a união civil. Os efeitos dessa forma de normatização, contudo, perverteriam o objetivo de proteção jurídica, porque criariam estereótipos ao impor uma forma específica de subjetivação. Ou seja, os efeitos da normatização seriam de normalização.

Para Martha Minow²⁷⁷, o “dilema da diferença” é causado pela gramática jurídica em sua tentativa de garantir direitos ligados aos processos de subjetivação. Segundo a jurista, o dilema da diferença aparece quando construímos no material jurídico categorias subjetivas de definição de sujeitos ou grupos sociais com o objetivo de proteger ou criar direitos, como, nos seus exemplos, “a mulher”, “a mulher negra” ou “os homossexuais”. Esse dilema surge, para a autora, quando formas de subjetivação disputadas e construídas socialmente sofrem tentativas de fixação no material jurídico, seja pela legislação ou por decisão jurídica.

²⁷⁶ PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 23.

²⁷⁷ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

Ainda que o objetivo dessa forma de regulação seja enfrentar desigualdades sociais pelo direito, Martha Minow²⁷⁸ questiona se tratar pessoas de maneiras jurídicas diferentes não enfatizaria as desigualdades sociais e fortaleceria a estigmatização de grupos socialmente vulnerabilizados. A jurista também examina, por outro lado, se desconsiderar as diferenças entre os sujeitos e destinar a eles o mesmo tratamento jurídico não tornaria o direito insensível à diferença e permissivo à exclusão social.

O dilema da diferença parte da ideia de que, nas palavras de Minow²⁷⁹, “a análise jurídica simplifica o mundo”. Para a autora, a gramática jurídica sempre opera a partir da criação de categorias específicas. O processo de expressão da realidade social para o direito seria de subsunção²⁸⁰ dos fenômenos sociais às normas jurídicas. O procedimento é o mesmo nos casos de formas jurídicas relacionadas aos processos de subjetivação. Por exemplo, há direitos direcionados a determinados grupos sociais, como crianças e indígenas. Para que o direito possa operar nesses casos, segundo a jurista, as normas jurídicas precisariam definir seu processo de subjetivação e prever no material jurídico quem é considerado criança e indígena pelo direito.

Definir rigidamente no material jurídico os processos de subjetivação cria uma forma potencial de exclusão de novas formas de subjetivação e pode impedir mudanças do próprio processo de subjetivação regulado. A jurista também ressalta como a classificação foca somente em algumas características dos sujeitos sociais em detrimento de variados outros aspectos subjetivos. Nas palavras de Minow²⁸¹, “quando simplificamos e classificamos, focamos em alguns traços em vez de outros, e atribuímos consequências à presença e ausência dos traços que tornamos significativos”.

²⁷⁸ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

²⁷⁹ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990. p. 2, tradução minha.

²⁸⁰ A autora utiliza o termo “*to fit*” e não “*subsumption*” como normalmente aparece nos trabalhos de teoria do direito ligados à tradição do *civil law*. Contudo, sua ideia parece indicar o mesmo sentido, conforme é possível verificar em suas próprias palavras no original em inglês: “*Legal analysis is a process of perceiving and selecting traits of a given conflict, and analogizing and distinguishing prior decisions. Legal rules announced in statutes and in judicial opinions provide definitions and categories; legal precedents appearing in prior court judgments provide constellations of fact patterns and competing normative rules that allow advocates to fit a new case to the rule-or to an exception*” (MINOW, 1990. p. 2).

²⁸¹ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990. p. 3, tradução minha.

A perversão do direito, para utilizar a expressão de José Rodrigo Rodriguez²⁸², ocorreria, para Minow²⁸³, porque a gramática jurídica fortaleceria assim as categorias de diferença atribuídas socialmente em vez de desafiá-las ou garantir espaço para sua disputa. Seriam reproduzidas no direito, portanto, caracterizações estigmatizantes que provocam ininteligibilidade e exclusão social.

Conforme Martha Minow²⁸⁴, na reivindicação de termos para o processo de autodescrição, estamos reféns de uma linguagem prévia compartilhada socialmente, mesmo quando oferecemos resistência às palavras utilizadas por outras pessoas. A possibilidade de nomear a si está circunscrita pela autoridade e pelo poder de quem definiu a diferença. No direito, isso significa que a possibilidade de autodefinição está restrita a quem constrói o material jurídico e impõe quais são os significados sociais relevantes para gerenciar as relações no direito. O principal destaque de Minow²⁸⁵ entre os problemas do dilema da diferença é o foco do direito na categorização e na hierarquização de pessoas, procedimentos mais ligados ao estabelecimento de limites rígidos do que à construção de relações.

Segundo Martha Minow, o método jurídico de lidar com os conflitos demanda a simplificação dos problemas sociais, pois foca em alguns traços da relação social para compará-los com regras vigentes e a jurisprudência aplicável. Uma das ferramentas do direito, sugere a jurista, é a criação de categorias para estreitar litígios sociais, as quais “são usadas para atribuir consequências às pessoas em uma disputa do mundo real, uma vez que os fatos de sua disputa são classificados nas categorias jurídicas”²⁸⁶.

Minow não defende a perspectiva de que a linguagem dos direitos é ilusória ou insuficiente, porém, tampouco sustenta a necessidade de preservação das formas jurídicas existentes. Seu argumento é pela incorporação dos direitos no interior das relações sociais. Para ela, é fundamental uma “autoconsciência em relação aos conceitos que usamos e aos seus efeitos sobre o que pensamos que sabemos e sobre

²⁸² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

²⁸³ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

²⁸⁴ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

²⁸⁵ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

²⁸⁶ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990. p. 3, tradução minha.

quem somos”²⁸⁷. Sua sugestão parece um direcionamento à atuação das instituições do direito, ainda que não seja possível verificar como a orientação seria realizada.

Wendy Brown, por outro lado, apresenta uma posição mais cética em relação à previsão de direitos relacionados aos processos de subjetivação. Para a cientista política, “os direitos quase sempre servem como uma mitigação – mas não uma resolução – dos poderes que nos subordinam”²⁸⁸. Brown critica o papel da construção de caracterizações subjetivas na gramática jurídica, pois elas “constroem uma cerca ao nosso redor, regulando ao invés de desafiar as condições internas”.

A inversão do objetivo de construir direitos para sujeitos para o efeito de limitar a atuação dos sujeitos na gramática jurídica está diretamente ligada, para Brown, às características do discurso liberal dos direitos. A partir do exemplo da elaboração de direitos direcionados às mulheres, ela explica como a tentativa de especificar esses direitos só limita mais seu processo de subjetivação. Direitos destinados às mulheres, realça Brown²⁸⁹, “são mais propensos a codificar uma definição de mulheres baseada em nossa subordinação no discurso trans-histórico da jurisprudência liberal”.

Contudo, a autora também identifica problemas em não destacar as diferenças na construção dos direitos ou de políticas públicas. Ainda em relação aos direitos das mulheres, Brown²⁹⁰ pondera como elaborar um direito específico de forma neutra em relação ao gênero torna provável que “ele realce o privilégio dos homens e eclipse as necessidades das mulheres como subordinadas”. A autora percebe na gramática jurídica uma forma de reinscrever as designações sociais para criar condições de proteção e posterior regulamentação.

Ela destaca, entretanto, os efeitos totalizantes da previsão de direitos ligados a processos de subjetivação. Nos direitos relacionados ao gênero, por exemplo, ela salienta como não apenas a gramática jurídica interpela as mulheres a partir do significado jurídico disponível de “mulher”. A interpelação é exercida, em suas palavras, “por todas as agências, clínicas, empregadores, discursos políticos, meios

²⁸⁷ MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990. p. 15, tradução minha.

²⁸⁸ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 426.

²⁸⁹ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 461.

²⁹⁰ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 462.

de comunicação de massa, etc. que são acionados pelo nosso exercício de tais direitos”²⁹¹.

Brown entende essa prática como uma dimensão regulatória dos direitos, pois os direitos baseados na subjetivação não são elaborados “livremente”, mas a partir de um contexto discursivo e normativo. Em suas palavras, a materialização dos direitos depende de um contexto “no qual ‘mulher’ (e qualquer outra categoria de identidade) é iterada e reiterada”²⁹². Em síntese, afirma Brown²⁹³, se a elaboração de “direitos que abarcam alguma especificação de nosso sofrimento, dano ou desigualdade nos prendem à identidade definida por nossa subordinação”, a construção de direitos pretensamente neutros ou “que evitam essa especificidade não apenas sustentam a invisibilidade de nossa subordinação, mas a tornam potencialmente mais profunda”.

Brown²⁹⁴ ainda acrescenta o argumento de que o dilema da diferença restringe o potencial dos direitos elaborados para grupos vulnerabilizados. Como a gramática jurídica consolida a posição do indivíduo neutro para os direitos em geral e destina a sujeitos específicos o acesso a determinados direitos, ocorre uma naturalização sobre as necessidades de sujeitos historicamente vulnerabilizados.

Para a cientista política, os direitos operam em forma de abstração do contexto social apesar de emergirem de condições historicamente específicas. O resultado é uma cisão das múltiplas formas de dominação possíveis que uma mesma pessoa pode sofrer. No seu exemplo, os direitos direcionados ao gênero pretendem reparar o sofrimento das mulheres, “mas apenas fragmentando esse sofrimento – e a nós mesmas – em componentes unitários, uma fratura que viola ainda mais vidas já violadas pela imbricação de poder racial, de classe, sexual e de gênero”²⁹⁵. Ou seja, os direitos ligados ao gênero, por focarem em um único aspecto do processo de subjetivação das mulheres e por trata-lo como um processo homogêneo por si só, não consegue considerar outras características subjetivas e tende a uniformizar sujeitos em grupos sociais.

²⁹¹ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 462.

²⁹² BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 462.

²⁹³ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 463.

²⁹⁴ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021.

²⁹⁵ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 471.

O argumento final de Wendy Brown questiona as possibilidades emancipatórias de direitos imbricados a processos de subjetivação. Para a autora, a gramática jurídica tende a reescrever as desigualdades que pretende combater e destina somente um espaço específico para a sua articulação no direito. Ou seja, a previsão de direitos específicos para determinados sujeitos ou grupos sociais não é capaz de construir condições para abordar os problemas sociais em toda a sua complexidade. Segundo Brown²⁹⁶, esses direitos “raramente articulam ou abordam as condições que produzem ou fomentam essa violação”.

De toda forma, a autora faz notar a centralidade do direito na articulação das desigualdades sociais. Para ela, o sofrimento expressado pelo direito “não pode ser significado de nenhuma outra maneira dentro do discurso político existente”²⁹⁷. Sua sugestão, portanto, é lidar com os direitos de forma crítica. Não entender o discurso jurídico como um instrumento ou um fim em si mesmo, mas emprega-lo como uma ferramenta de articulação das desigualdades. Ou seja, considerar sua instanciação, rearticular sua proposta simultânea de igualdade e liberdade e manifestar o que essa proposta não consegue atender.

As observações de Elisabeth Holzleithner²⁹⁸ sobre o dilema da diferença estão na mesma perspectiva. Para a jurista, conferir direitos a sujeitos específicos como, por exemplo, para as mulheres, constrói um obstáculo à sua proteção. Segundo Holzleithner²⁹⁹, “a invocação dessa categoria significa antes de tudo uma regulação imobilizadora”. A previsão de direitos específicos para mulheres, como argumenta, dispõe à categoria “mulher” um significado determinado com efeitos sobre todas os sujeitos daquele grupo social. Ou seja, o material jurídico constituiria, nesses casos, um padrão de subjetivação para grupos sociais específicos.

Para Holzleithner³⁰⁰, “o dilema da diferença não será superado, pois a regulação jurídica precisa se vincular a certas características”. Em outros termos, as críticas apresentadas por Holzleithner a partir do dilema da diferença afirmam que o direito

²⁹⁶ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 473.

²⁹⁷ BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021. p. 473.

²⁹⁸ HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016.

²⁹⁹ HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016. p. 894.

³⁰⁰ HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016. p. 895.

necessariamente precisa imobilizar em normas jurídicas os processos de subjetivação para garantir direitos a grupos socialmente vulnerabilizados. Os problemas da naturalização e da fixação dos significados jurídicos de processos de subjetivação, portanto, não poderiam ser enfrentados pela criação de direitos. Ao contrário, seriam reforçados por ela. Em suas palavras, “enquanto direitos forem conferidos a pessoas enquanto mulheres, não será fácil possibilitar sua proteção ou apoio”³⁰¹.

O argumento de Holzleithner apresenta o mesmo fundamento das críticas de Wendy Brown, segundo o qual direitos direcionados a grupos específicos a partir de categorias jurídicas como “mulher” constroem formas essenciais e, portanto, restritivas de subjetivação com repercussão a todos os sujeitos do grupo social. Essa é um modo de tratamento jurídico, segundo Holzleithner³⁰², em que “estereótipos são incentivados, o que, por outro lado, pode levar a mais desfavorecimento”. Portanto, ainda que reconheça a possibilidade de deslocamento do poder por meio da gramática jurídica, para Holzleithner, o direito “repreende os conflitos em um ‘espartilho terminológico’”³⁰³. Ou seja, ele dispõe caracterizações alheias aos sujeitos sociais com o objetivo de definir aspectos relevantes para a decisão jurídica.

Algumas críticas de Sonja Buckel sobre os processos de subjetivação no direito vão ao encontro dos argumentos de Minow, Brown e Holzleithner. No entanto, sua perspectiva marxista provoca outras conclusões importantes. Para Buckel, o direito é uma forma ambígua em que as relações de dominação podem ser expressas, mas também garantidas. Nas suas palavras, o direito “estabelece modos de viver de cada uma das posições dominantes como universais no interior da hierarquia de poder”³⁰⁴.

Na perspectiva de Buckel, a estabilização das posições de poder proporcionada pelo direito também torna a gramática jurídica capaz de invisibilizar sua forma de funcionamento. Ou seja, a proposição de igualdade do direito é o meio pelo qual, para a autora, “a desigualdade material dos sujeitos em sociedade é invisibilizada”³⁰⁵. Se a

³⁰¹ HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016. p. 894.

³⁰² HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016. p. 894.

³⁰³ HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016. p. 898.

³⁰⁴ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3096.

³⁰⁵ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3098.

relação jurídica entre os sujeitos sociais é construída a partir da abstração, para Buckel, sua individualidade concreta também é abstraída.

Por outro lado, a autora identifica um papel importante do direito no processo de organização das relações sociais. A gramática jurídica possibilita a conexão dos sujeitos sociais por meio de processos formais e normas abstratas. De uma certa forma, “a sociabilidade se torna possível, e os indivíduos vedados em relação aos outros são ligados a um tecido social”³⁰⁶.

Para Sonja Buckel³⁰⁷, o direito naturaliza os processos de subjetivação de forma que “o sujeito de direito produzido nos processos aparece como se precedesse o direito e fosse meramente regulado por este”. Essa crítica ressalta sua visão sobre o caráter relacional da subjetivação e sobre a participação do direito no processo. O sujeito, portanto, não existiria antes da subjetivação jurídica, porque os significados de “pessoa” oferecidos pelo direito também informam nossas ideias sobre ser um sujeito nas relações sociais. A subjetivação também é fruto da nossa relação com as normas do direito, embora ele opere, segundo Buckel, como se regulasse um objeto anterior à norma.

Em sua perspectiva, as características jurídicas do sujeito de direitos presente nos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais, tais como igualdade, liberdade, autonomia e imputabilidade, também são naturalizadas e despolitizadas, dispostas na gramática do direito como intrínsecas aos sujeitos sociais e não como resultados de decisões políticas. Sonja Buckel enfatiza como o sujeito de direitos é constituído somente no procedimento, ainda que aparente existir antes dele. “Possuir direitos”, afirma Buckel³⁰⁸, “aparece como característica natural, o que explica porque, na genealogia da forma jurídica, teorias do direito natural desempenharam um papel significativo”.

A construção da ordem normativa do direito opera, para a autora, a partir da normalização de modos específicos de vida, assim como de categorias específicas de subjetivação. Essas caracterizações orientam as práticas sociais de autogoverno e as

³⁰⁶ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3104.

³⁰⁷ BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 366–385, 2014. p. 377.

³⁰⁸ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3105.

relações de força social, segundo Buckel³⁰⁹, “inscrevem-se nessa ordem normativa enquanto consenso hegemônico”. A hegemonia, porém, é aparente, é fruto da forma jurídica e não resultado das forças sociais. A subjetivação jurídica está sempre em disputa para a autora, motivo pelo qual não seria possível definir de forma permanente “quem pertence a ela”, ou seja, “a quem se atribui a capacidade de ser sujeito de direito”³¹⁰.

Outra crítica de Buckel em relação à construção jurídica dos processos de subjetivação está relacionada à operação do direito como técnica neutra. Para a autora, a neutralidade é elaborada para esconder a política das decisões jurídicas. Em suas palavras, “os procedimentos mascaram na forma de decisões técnicas a impregnação política de seus resultados”³¹¹. Nos processos de subjetivação, a forma jurídica também lida de maneira a neutralizar as desigualdades, o que provoca efeitos ambíguos de igualdade e normalização.

Para Sonja Buckel³¹², a partir da ambiguidade jurídica entre soberania e liberdade, “projetos contra-hegemônicos de formas alternativas de vida, de relações e de subjetivação podem inscrever-se no direito, ainda que assimetricamente, justamente devido a essa estrutura fundamental contraditória da forma jurídica”. Essa ambiguidade, segundo a autora, constitui um lugar importante do direito na sociedade ocidental atual, pois “possibilita por meio de sua infraestrutura universalizante que projetos contra-hegemônicos tenham entrada e sejam então dotados com a dignidade da validade normativa”³¹³.

Finalmente, Buckel explica como o direito, em razão de sua autonomia sempre relacional, oferece um “adiamento do poder”, ou seja, um lugar de mobilização das relações de dominação da sociedade. Portanto, a sugestão de Sonja Buckel³¹⁴ a fim de tornar os processos de subjetivação jurídica mais democráticos é a “apropriação

³⁰⁹ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3107.

³¹⁰ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3104.

³¹¹ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3110.

³¹² BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 366–385, 2014. p. 382.

³¹³ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3110.

³¹⁴ BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019. p. 3111.

social do direito, para garantir institucionalmente formas de subjetivação ativadoras de projetos originados em modos de viver alternativos”.

As críticas organizadas no “dilema da diferença do direito” destacam problemas no processo de fixação prévia de características de sujeitos e grupos sociais no material jurídico com o objetivo de viabilizar direitos. Eles indicam, em primeiro lugar, uma perspectiva limitada do direito em relação à pluralidade social, segundo a qual não seria possível reproduzir toda a complexidade da sociedade contemporânea no interior da gramática jurídica. Além disso, afirmam que a regulação jurídica da subjetivação produziria uma idealização e uma naturalização de determinadas formas de existência.

Entendo, no entanto, que essas críticas naturalizam a própria gramática do direito e apresentam limitações da imaginação institucional. Segundo José Rodrigo Rodriguez³¹⁵, as gramáticas do direito são “desenhos institucionais que em tal código se encontram configurados a cada vez”. Porém, a modificação das instituições está imbricada à dinâmica dos conflitos sociais, os quais podem transformar o direito e seus desenhos institucionais. Rodriguez³¹⁶ relembra como esse processo já ocorreu na mudança do estado liberal para o estado social pelos movimentos da classe operária, conforme investigou Franz Neumann³¹⁷.

Os problemas da construção da subjetivação no interior do direito apontados pelo dilema da diferença podem ser compreendidos como críticas radicais a uma gramática específica do direito ocidental, a gramática de regras. Porém, essa não é a única gramática encontrada nos ordenamentos jurídicos atuais e tampouco precisa constituir a forma jurídica de institutos caros à subjetivação como a união civil.

Conforme Rodriguez, há pelo menos duas gramáticas identificáveis atualmente no direito ocidental. A primeira é denominada por ele de *gramática das regras*, pela qual o direito regula comportamentos sociais de forma abstrata e prevê efeitos jurídicos positivos e negativos. Como atua diretamente sobre o comportamento dos sujeitos sociais, a depender das relações sociais que expressa, essa gramática pode produzir efeitos de normalização e violentar formas de vida, como no caso da

³¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 179.

³¹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³¹⁷ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 109, p. 13–83, 2014.

regulação do parentesco e dos vínculos familiares pelo casamento. Para lidar com conflitos familiares e escolares, exemplifica Rodriguez³¹⁸, “a utilização da gramática de regras pode destruir os laços sociais ao invés de restaurá-los”. A gramática de regras parece apresentar problemas também na criação de normas por organizações da sociedade fora dos centros de poder tradicionais e por poderes locais que não se enquadram no modelo clássico de separação de poderes. Em geral, a gramática de regras parece limitada para lidar com comportamentos e práticas sociais subjetivas.

Rodriguez³¹⁹ identifica, no entanto, outra gramática jurídica presente no direito ocidental, a gramática da regulação social, em que o poder estatal reconhece o caráter jurídico de normas produzidas de forma autônoma pela sociedade civil a partir da formulação de alguns limites. Ele indica como os ordenamentos jurídicos ocidentais já lidam com centros de regulação autônoma dentro da forma direito, ainda que afirmem a primazia das instituições estatais na produção das normas jurídicas. Nesses casos, algumas fontes tradicionais do direito como os costumes e a autonomia privada constituem um papel subordinado às normas estatais.

Para não destruírem a forma direito e assim impedirem a reivindicação social contínua, as normas produzidas na gramática da regulação social precisam cumprir, segundo Rodriguez, alguns requisitos e procedimentos específicos. Elas não podem violar elementos fundamentais dos ordenamentos jurídicos, “seja por estarem ligados diretamente à forma direito ou porque a sociedade decidiu assim ao estabilizar temporariamente determinadas avaliações normativas”³²⁰. Dessa maneira, novas reivindicações de igualdade perante a lei são protegidas e a gramática da regulação social opera dentro da forma democrática do direito.

A gramática da regulação social pode ser uma perspectiva interessante para a união civil. Sem definir previamente no material jurídico sujeitos e relações passíveis de proteção pela união civil e respeitados os critérios mais fundamentais para a forma direito, como a capacidade jurídica – instituto jurídico que regula, não por acaso, os

³¹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 359.

³¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

³²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 365.

sujeitos passíveis de estabelecer vínculos contratuais no direito brasileiro³²¹ –, seria possível uma normatização mais democrática do casamento. Ou seja, é necessário realizar uma mudança de foco do instituto, em que os sujeitos e as relações sociais não são *definidos* pelo direito no material jurídico, mas sim sejam previstos os efeitos jurídicos da adoção do casamento. Nas palavras de Rodriguez³²², ao Estado caberia apenas “garantir os efeitos jurídicos decorrentes do mero registro administrativo de qualquer união denominada de ‘casamento’ pelos agentes sociais, abstendo-se de defini-la”.

A partir da gramática da regulação social, as críticas ao dilema da diferença do direito e à normalização resultante das normas do casamento podem ser rearticuladas para uma mudança institucional do direito. Ou seja, elas podem contribuir, nos termos de Rodriguez³²³, para “desenvolver outra narrativa de justificação que permitisse ao sujeito reformular determinados problemas de acordo com uma outra gramática jurídica, por exemplo, a gramática da regulação social”.

A gramática da regulação social viabiliza pelo direito um espaço de disposição à sociedade de um controle descentralizado e ativo sobre a regulação dos processos de subjetivação. Em vez de normalizar as formas de vida, como a gramática de regras, essa gramática possibilita aos sujeitos sociais enriquecer a experiência humana e manejar a sua complexidade. É uma alternativa de regulação jurídica em que não seja necessário constituir no direito *determinados modos de subjetivação* para garantir *determinados efeitos jurídicos* nas relações sociais.

Outro problema indicado pelas críticas ao dilema da diferença é o modo de funcionamento do direito ocidental, em que seria realizado um processo de subsunção dos casos concretos às normas abstratas a partir de uma racionalidade técnica. A partir do trabalho do jurista alemão Klaus Günther³²⁴, Rodriguez indica o erro desse diagnóstico. Como a norma abstrata não é capaz de prever todos os casos concretos

³²¹ BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 jan. 2022; CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84.

³²² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 371.

³²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 371.

³²⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004 [1988].

futuros, a racionalidade jurisdicional se pauta muito mais no caso concreto do que nas próprias normas. A decisão sobre um caso concreto, portanto, não é abstraída de seu contexto social. Ao contrário, a conjuntura de um conflito social formulado pelo direito é reconstituída no debate jurídico para viabilizar as decisões pelo direito.

Nos casos relacionados aos processos de subjetivação, múltiplos conceitos e categorias jurídicas podem ser reivindicados para expressar as questões debatidas. A norma presente no texto legal ou constitucional, portanto, não determina sozinha as possibilidades de constituição do processo jurídico de subjetivação. Também o poder judiciário e qualquer centro de decisão jurídica apresentam um papel fundamental na construção do direito. Por essa razão, o direito impõe sobre a pessoa juíza o dever de justificar suas decisões e saturar a análise do caso da forma mais completa possível em detrimento do prazo para proferir a sentença. “Seu trabalho deve procurar”, nas palavras de José Rodrigo Rodriguez³²⁵, “adequar o caso à norma e não ignorar as especificidades do caso em nome de um padrão abstrato e rígido”.

Klaus Günther³²⁶ descreve a racionalidade jurídica do direito ocidental como um procedimento marcado pelo senso de adequação do caso à norma. Tal racionalidade marca a diferença entre a argumentação no direito e a argumentação moral, pois é própria da gramática jurídica a tarefa de construir uma estabilidade temporária dos significados jurídicos capaz de gerir os conflitos sociais. Não há, desta maneira, uma pretensão do direito em estabelecer de modo permanente os significados jurídicos, mas sim de estabilizá-los de forma provisória a fim de possibilitar alguma organização social mínima pela decisão jurídica. Nas palavras de Rodriguez³²⁷, a argumentação jurídica “precisa terminar a tempo de produzir decisões que sirvam de orientação para a vida social”.

Mesmo nas decisões relacionadas à gramática das regras, portanto, “não é mais possível pensar a solução dos casos concretos tendo a racionalidade lógico-formal como modelo”³²⁸, em razão da centralidade atual da atividade interpretativa na criação de exceções a normas gerais. A construção de sentido para normas abertas

³²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 287.

³²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004 [1988].

³²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 326.

³²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 360.

com relativa indeterminação não é resultado de um raciocínio lógico-formal, o que parece ser um problema em um modelo tradicional de separação dos poderes. O judiciário não apresenta uma relação política aberta com a sociedade, por isso, também é necessário reavaliar o seu desenho institucional que expressa a restrição teórica de sua competência para a criação normativa.

Como último ponto a ser destacado nas críticas sobre o dilema da diferença, está a desconsideração da participação da sociedade na formulação das normas e a própria função democrática dessa operação, que também é, podemos dizer, uma prática crítica. Se por um lado é possível criticar o desenho institucional em relação a sua abertura social para processo de criação de regras, não é possível compreender toda a gramática jurídica como arbitrária e autárquica. Ela está fundamentada na possibilidade de engajamento social na construção normativa. Se essa participação é obstaculizada pelos desenhos institucionais existentes, parece necessário reformular as instituições ou construir novas possibilidades institucionais.

As críticas elaboradas pela perspectiva do dilema da diferença naturalizam a constituição da subjetivação como um processo realizado fora da experiência social, ou seja, por autoridades e instituições diferentes dos sujeitos sociais que vivem as normas. Para essas posições, seria inviável elaborar alternativas. A possibilidade de caracterização jurídica dos sujeitos sempre estaria restrita pela autoridade de quem definiu a diferença. Ou seja, o direito fatalmente restringiria o processo de subjetivação ao entendimento da autoridade julgadora, na maior parte das vezes, da autoridade judiciária. Uma limitação capaz de infringir imposições sobre quais são os termos relevantes para a subjetivação no direito.

O principal argumento contrário a essa crítica é de que os sujeitos sociais, antes de poder atuar sobre seu processo de subjetivação, já são assujeitados pelas normas sociais, sejam elas jurídicas ou não. Tanto no direito quanto nos variados espaços sociais normativos em que são produzidas as redes de significação da experiência em sociedade, o “Outro” define o sujeito antes que ele tenha condições de recusar ou negociar essa definição. Variados significados sociais e jurídicos estão em disputa ou temporariamente estabilizados e integram a constituição subjetiva. As normas sociais, dentre elas as normas jurídicas, fazem parte das condições de possibilidade dos sujeitos na sociedade. Como explica Judith Butler³²⁹, as pessoas nascem em meio a

³²⁹ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003].

práticas normativas das quais não participam da construção, mas cujos usos provocam as condições necessárias para habitá-las e até transformá-las.

O processo não é diferente com as normas do direito. O material jurídico está sempre *temporariamente* estabilizado e, portanto, disponível para os usos sociais e aberto à transformação. As críticas do dilema da diferença, no entanto, presumem a reivindicação de direitos somente com base em identidades específicas, previamente formuladas no material jurídico e sem possibilidade de ressignificação. Se esse processo pode ser entendido como um “movimento pelo qual um aparelho jurídico produz o campo de possíveis sujeitos políticos”, nas palavras de Butler³³⁰, é necessário destacar que essa produção não precisa ser imutável e permanente. Tampouco esse processo deve ser realizado sem a participação social, especialmente dos sujeitos sociais envolvidos.

Para garantir a participação plural na subjetivação jurídica, ou seja, possibilitar uma forma democrática de relação crítica com as normas do direito, as mudanças nas instituições jurídicas são fundamentais. É necessário construir continuamente formas institucionais capazes de viabilizar a participação de todas as pessoas na definição dos seus processos de subjetivação. A indeterminação do direito ocidental, portanto, longe de ser uma característica a ser combatida, faz parte do aspecto democrático do direito, porque viabiliza a transformação da sociedade ao expressar os contínuos conflitos sociais. Por isso, o direito em seu caráter democrático torna possível que as “contradições possam se mover”, como pondera Sonja Buckel³³¹.

Contudo, sem naturalizar os desenhos institucionais, “mover” não significa apenas a expressão dos conflitos da sociedade por outros termos, mas a própria possibilidade de mudança social. Ou seja, a função de um direito democrático em sociedades desiguais não seria a dissolução das contradições sociais a partir da formação de consensos jurídicos, ao menos não de forma definitiva, mas sim organizar os conflitos da sociedade para viabilizar outras formas de vida.

³³⁰ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 107.

³³¹ BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 366–385, 2014.

2.3 Para que serve ser uma pessoa no direito?

Se normatizar o processo de subjetivação na gramática jurídica pode ser a causa de variadas formas de violência institucional, não seria o caso de afastar completamente a regulação jurídica nesses casos? Muitas críticas do direito não identificam nele uma dimensão de liberdade pela qual seria possível reivindicar universos normativos múltiplos e conflitantes entre si. Para considerar esse aspecto da forma direito, parece necessário investigar os efeitos sociais de ser uma *pessoa* no direito.

Na maior parte das obras críticas, o processo jurídico de subjetivação é ligado à ideia de proteção da condição de proprietário, já que a sua elaboração é fruto do direito liberal com o objetivo de garantir os interesses da classe burguesa. Ou seja, essa visão somente identifica os efeitos de ser uma pessoa no direito com o poder de ser proprietário e impor a violência estatal para a proteção de sua propriedade privada. Em geral, essas propostas jurídicas estão relacionadas à transposição direta para o contexto atual do diagnóstico de Karl Marx sobre o papel do direito na sociedade. Em especial, estão vinculadas às interpretações marxistas do jurista soviético Evguiéni Pachukanis sobre a desnecessidade do direito em uma eventual sociedade unitária de economia planificada.

Para Pachukanis³³², normatizar sobre os sujeitos sociais no direito só possui relevância em sociedades capitalistas e por razões econômicas. Em uma sociedade de economia planificada não haveria espaço para qualquer formulação como o sujeito de direitos. Nas palavras de Silvio de Almeida³³³, Pachukanis concebe “o sujeito de direito como uma forma social decorrente das relações de produção capitalistas”. Para Pachukanis, em sociedades não capitalistas, o sujeito não exerce nenhuma função jurídica na condição de indivíduo, mas apenas como parte de uma comunidade, o proletariado.

Segundo Pachukanis³³⁴, a ideia de ser um sujeito de direito “possui uma relação extremamente próxima com os proprietários de mercadoria”. Mais do que isso, sua

³³² PACHUKANIS, Evguiéni. Lênin e os problemas do direito. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1897–1931, 2018 [1925]; PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924].

³³³ ALMEIDA, Silvio Luiz. Crítica da subjetividade jurídica em Lukács, Sartre e Althusser. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 335–364, 2016. p. 353.

³³⁴ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 60.

teoria leva a uma subjetivação única, uma identificação entre ser sujeito de direito e ser proprietário de mercadorias. Ou seja, ser um sujeito no direito é ser proprietário. Por outro lado, esse “profundo vínculo interno entre a forma do direito e a forma da mercadoria”³³⁵ não seria relevante em uma sociedade de economia planificada, pois não haveria propriedade privada. Sem propriedade privada, não faria sentido qualificar os sujeitos sociais como proprietários e a subjetivação jurídica se tornaria dispensável nos termos de Pachukanis.

Para o autor, o direito existe apenas em razão da relação de troca mercantil estabelecida pela economia capitalista, e a subjetivação jurídica esgota seu sentido como meio para a circulação de mercadorias. Sua expectativa é de que a forma jurídica perdure apenas até a realização de uma economia planificada unitária. Essa estreita relação entre direito e capitalismo está expressa em sua concepção da subjetivação jurídica. Se o produto do trabalho humano é qualificado como mercadoria e adquire um valor, ao mesmo tempo “o homem adquire um valor de sujeito de direito e se torna portador de direitos”³³⁶. A economia do tipo capitalista qualifica o valor da mercadoria, produto do trabalho humano, e só esse processo, segundo Pachukanis, possibilitaria aos sujeitos demandar direitos. Apenas esse processo de qualificação do valor do trabalho humano torna as pessoas sujeitos de direitos.

Na obra de Evguiéni Pachukanis, a posição de sujeito nas relações de direito é sempre relacionada com a economia capitalista. É uma forma abstrata e impessoal de subjetivação no domínio jurídico. Para o jurista, as formas de relações humanas no capitalismo são sempre mediadas por transações financeiras entre proprietários e valores de mercadorias, e os vínculos sociais entre os sujeitos sempre se dão por intermédio da troca de mercadorias. Em suas palavras, “o vínculo social da produção apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem de ser sujeito de direito”³³⁷.

O princípio formal da igualdade e da liberdade perante a lei é considerado por Pachukanis³³⁸ um “engodo burguês e um produto da hipocrisia burguesa”, pois, para

³³⁵ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 80.

³³⁶ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 120.

³³⁷ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 121.

³³⁸ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 61.

o autor, é a constante transferência de direitos de propriedade entre as pessoas que demanda a ideia de um sujeito *portador* de direitos. É apenas a relação do sujeito com a sua mercadoria que provoca a necessidade de uma gramática jurídica pela qual ele possa reivindicar direitos. Segundo ele, com esse processo “cria-se a possibilidade de abstrair as diferenças concretas entre os sujeitos de direitos e reuni-los sob um único conceito genérico”³³⁹.

Em outras palavras, a única função da igualdade perante a lei na perspectiva de Pachukanis é viabilizar a construção de relações entre os valores das mercadorias. A subjetivação jurídica é uma necessidade direta da circulação de mercadoria, e ela existe para constituir, modificar e extinguir o seu valor no mercado. A relação jurídica entre os sujeitos sociais é, para Pachukanis³⁴⁰, “apenas outro lado das relações entre os produtos do trabalho tornados mercadoria”.

Esse vínculo tão estreito entre a circulação das mercadorias e os sujeitos de direito não deixa espaço para outras formas de relação social. A liberdade da pessoa está intimamente ligada à liberdade do mercado capitalista. É como se todo o direito, e mesmo todo o conflito intersubjetivo dentro do capitalismo, fosse subsumido à forma do contrato entre proprietários, cuja única função é mediar a relação entre sujeito e mercadoria. Pachukanis³⁴¹ não indica outra forma de relação senão a patrimonial, uma forma de relação social sempre imbricada no processo de dominação que envolve a circulação das mercadorias.

A crítica jurídica de Pachukanis é feita a partir da idealização de uma sociedade homogênea, em que o autor vislumbra uma economia não capitalista, mas planificada. Para sustentar esse entendimento sobre o papel do sujeito no direito de sociedades capitalistas, Pachukanis precisa considerar como únicas demandas sociais possíveis aquelas relacionadas ao modo de produção econômico. Os conflitos e as disputas sociais somente são identificadas por ele em referência aos direitos de propriedade privada.

³³⁹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 125.

³⁴⁰ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 97.

³⁴¹ PACHUKANIS, Evguiéni. Lênin e os problemas do direito. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1897–1931, 2018 [1925]; PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924].

Na visão de Pachukanis³⁴², “uma das premissas fundamentais da regulação jurídica é [...] o antagonismo dos interesses privados”, em que o direito é uma forma social criada para lidar com a oposição de interesses individuais. O jurista identifica a função fundamental do direito na organização dos conflitos sociais ao afirmar que é “o litígio, o conflito de interesses, que traz à vida a forma do direito e a superestrutura jurídica”³⁴³. No entanto, as disputas entre os sujeitos sociais aparecem em sua obra sempre no interior das relações econômicas impulsionadas pela sociedade burguesa. A relação capitalista é sempre, para Pachukanis³⁴⁴, a “fonte natural da relação jurídica, que surge pela primeira vez no momento do litígio”. Por isso, o conflito social é necessariamente um conflito econômico relacionado à propriedade privada.

Esse é o motivo pelo qual o jurista entende que uma sociedade de economia planificada dispensaria a forma jurídica. Se a disputa pela propriedade privada delinea a única relação de dominação possível entre sujeitos, a única fonte de disputa social, a imposição de uma economia não capitalista encerraria por si só os conflitos sociais, sem a necessidade de uma gramática de direitos para regular as divergências.

Em outra passagem, Pachukanis³⁴⁵ compara a função do sujeito de direitos com o indivíduo armado, a pessoa “capaz de defender por meio do conflito, do confronto, tudo aquilo que representa as condições de sua existência”. Esse trecho aponta a percepção do jurista sobre o papel do sujeito de direitos como uma possibilidade de mobilizar o poder estatal para a própria proteção, ainda que em sua obra ele relacione essa possibilidade apenas ao papel de proprietário, ou seja, à defesa da propriedade. Pachukanis não vê no direito o papel de exercer a defesa do indivíduo em relação a conflitos baseados em outras assimetrias sociais.

Em nosso contexto histórico, no entanto, a circulação das formas de poder e de dominação não está restrita somente às relações econômicas. Ao considerar o diagnóstico de Weber³⁴⁶ sobre a pluralização dos processos sociais de subjetivação e de modos de vida, ser pessoa no direito viabiliza uma forma central de resistência, disputa, reivindicação e construção de autonomia na sociedade. Ademais, são plurais

³⁴² PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 94.

³⁴³ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 104.

³⁴⁴ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 104.

³⁴⁵ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924]. p. 125.

³⁴⁶ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2020 [1920].

os próprios efeitos sociais do processo de subjetivação no direito. Sua atuação não se dá apenas na relação entre os sujeitos e eventuais objetos jurídicos, mas também afeta as relações com outros sujeitos e a própria construção social da subjetivação. O diagnóstico de tempo de Weber faz notar, portanto, os variados conflitos sociais possíveis entre os sujeitos sociais e os termos da gramática jurídica.

Ainda que o poder de liberdade constituído pela subjetivação jurídica possa ser limitado, ele atua ativamente sobre as relações intersubjetivas. É a partir da forma direito, ou seja, da subjetivação jurídica que os sujeitos sociais reivindicam e constroem outras formas de vida, lutam por direitos, constituem, mantêm e modificam seus variados processos de subjetivação nos múltiplos ângulos e relações da vida. Em outras palavras, os sujeitos sociais das reivindicações são os protagonistas da forma direito e partir dela são capazes de transformar a si mesmos e ao direito.

O âmbito de liberdade de ser uma pessoa no direito foi construído com o direito liberal das revoluções burguesas na Europa dos séculos XVII e XVIII. As reivindicações de uma classe social específica, a burguesia, formuladas em termos de demanda por direitos e fundamentadas na igualdade perante a lei, alteraram a função do direito na sociedade. O uso social da gramática jurídica pela classe também viabilizou usos alternativos para outras classes sociais. No século XIX, são as reivindicações proletárias que ingressam na estrutura estatal a partir da promessa de igualdade perante a lei. Para Franz Neumann³⁴⁷, esse processo revela como o direito liberal formulado pela burguesia perfaz uma estrutura com capacidade de inclusão para além de uma única e determinada classe social.

Nas palavras de Neumann³⁴⁸, se por um lado “a burguesia precisa da soberania para aniquilar forças locais e particulares”, e assim garantir a segurança jurídica, a autonomia do direito e a previsibilidade das relações econômicas, ela também “precisa da liberdade política para assegurar sua liberdade econômica”. Ambos os elementos jurídicos, soberania e liberdade, elaborados pela burguesia em seu uso da gramática jurídica, constituem a forma direito e caracterizam seus aspectos emancipatórios e conservadores.

³⁴⁷ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]; NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

³⁴⁸ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 16.

Segundo o autor, essa ambiguidade na forma jurídica também foi expressa no duplo sentido do uso do termo “direito” no ordenamento jurídico alemão, que também informaria outros ordenamentos jurídicos como o brasileiro. O uso social do termo “direito” por vezes reivindicava o direito objetivo (*Recht*), relacionado ao poder soberano, e por vez referia um direito subjetivo ou pretensão do sujeito de direitos (*Anspruch*) em relação a esse poder soberano. Para Neumann³⁴⁹, nesses usos, “temos a negação da autonomia do indivíduo e ao mesmo tempo sua afirmação”.

O autor afirma ainda que muitas teorias do direito, elaboradas em diversos países europeus e que influenciariam posteriormente outros ordenamentos jurídicos ocidentais, pretenderam solucionar essa contradição. Em algumas delas, o direito subjetivo é considerado apenas um reflexo do direito objetivo, ou seja, a autonomia individual é negada. O poder, nesse caso, está concentrado como poder soberano e a subjetivação jurídica não viabiliza a construção de diferentes modos de vida. Em outras teorias, direito objetivo e direito subjetivo não são diferenciados, e também não há espaço para a autonomia individual. Mas, para o jurista, “todas essas soluções são aparentes porque desprezam o fato de que ambos os elementos – norma e relação jurídica, direito objetivo e subjetivo – são dados originais do sistema jurídico burguês”³⁵⁰.

Para Franz Neumann³⁵¹, portanto, o princípio fundamental do Estado de Direito é a igualdade perante a lei, ou seja, a formulação da subjetivação jurídica, um espaço de reivindicação individual contra o Estado e contra outros sujeitos sociais. O potencial de autonomia individual inscrito na gramática jurídica está relacionado, segundo o jurista, à generalidade das formulações normativas do direito. A linguagem dos direitos está estruturada em normas gerais, o que possibilita a inclusão contínua de novas demandas da sociedade. A linguagem universal do direito, que constitui sua própria forma, viabiliza um processo incessante de desintegração do estado das coisas, o que garante alguma liberdade individual em sociedades desiguais. Segundo Neumann³⁵², toda norma geral que limita a atividade do poder soberano “contribui necessariamente

³⁴⁹ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 16.

³⁵⁰ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 17.

³⁵¹ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]; NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

³⁵² NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 40.

para a desintegração do *status quo*. Qualquer norma desse tipo é uma faca de dois gumes”.

Mesmo os desenhos das instituições do direito são formulados a partir dos interesses dos sujeitos sociais na forma de reivindicações pela gramática jurídica. Neumann³⁵³ detalha, porém, como somente as instituições do direito não são capazes de garantir necessariamente autonomia individual. Para tanto, é necessário uma sociedade ativa da qual podem emergir diversificadas reivindicações em disputa. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez³⁵⁴, ao possibilitar a construção dos sujeitos e suas formas de vida com uma determinada autonomia, o direito “faz parte da definição dos termos em que a sociedade funciona”.

A realização do potencial emancipatório do direito depende da ação da sociedade, de uma esfera pública ativa com diversas demandas sociais em disputa. Para Neumann³⁵⁵, é fundamental uma efervescência da sociedade civil que depende sobretudo de um elemento de vontade. A falta de participação pública, portanto, geraria um engessamento das instituições e impediria que elas produzissem efeitos emancipatórios. Nos termos de Neumann³⁵⁶, para além do seu aspecto de dominação, o direito é produto de forças sociais, “é produto da atividade humana”. Essa é a razão pela qual “uma fundamentação racional dos poderes coercitivos do Estado e do direito é uma justificação baseada na carência e vontade dos homens”³⁵⁷.

Está no cerne da racionalidade do direito, portanto, a pessoa como centro de imputação pela dominação, como liberdade para atuação social e como possibilidade de participação na construção das normas que regem a vida em sociedade. A ideia de ser uma pessoa no direito marca um lugar social em que o sujeito é ativamente responsável pela sua existência. Não significa a construção de uma abstração das condições sociais, mas a constituição de um espaço mínimo de liberdade individual. Como a subjetivação jurídica está fundada em termos intersubjetivos, ou seja, é baseada em uma perspectiva de igualdade perante a lei, ser uma pessoa no direito também abre espaço para a responsabilização dos sujeitos nas suas relações entre

³⁵³ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

³⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito*: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

³⁵⁵ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

³⁵⁶ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 72.

³⁵⁷ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 72.

si. Em outras palavras, a gramática jurídica viabiliza a imputação de responsabilidade pela exploração. Em nível mais abstrato, ser pessoa no direito garante uma liberdade em relação ao Estado para que as pessoas possam se formar como sujeitos políticos, pois a separação entre sociedade e Estado também é demanda a separação entre o indivíduo e o Estado³⁵⁸.

A possibilidade de responsabilização pela dominação é materializada no direito, para o jurista, pela ideia de contrato, cujos significados e justificações racionais são derivados das vontades dos sujeitos. Segundo Neumann³⁵⁹, em uma sociedade em disputa, “o contrato, a forma jurídica em que a pessoa põe sua liberdade em marcha, é um elemento constitutivo da sociedade burguesa no período da livre concorrência”. Para o jurista, o contrato é um vínculo que “suprime o isolamento dos proprietários, ele serve de mediador entre eles e, assim, torna-se tão importante quanto a própria propriedade”³⁶⁰.

Sobre esse aspecto, é importante diferenciar as contribuições de Neumann dos destaques de Pachukanis sobre ser um sujeito de direito. O jurista soviético também entendia o contrato como um meio de responsabilização e dominação ligado à propriedade privada. A diferença é que Neumann³⁶¹ vê nesse instituto a possibilidade de inscrição social das vontades individuais. Para além do papel jurídico do contrato, Neumann explicita o direito como um processo de realização de desejos sociais não apenas relacionados às relações econômicas, ou seja, o direito como gramática fundamental para a inscrição política e institucional das reivindicações de mudança da sociedade.

Em outras palavras, Franz Neumann identifica na indeterminação do direito a possibilidade de participação política dos indivíduos na sociedade e de construção coletiva das normas de organização social sem ignorar a individualidade subjetiva. Segundo Neumann³⁶², a diluição do indivíduo em uma visão institucionalista do direito, em que a gramática jurídica prescindia da ideia de pessoa sob a alegação de seu

³⁵⁸ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]; NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

³⁵⁹ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 30.

³⁶⁰ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 30.

³⁶¹ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

³⁶² NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

caráter individualista e liberal, impossibilita demarcar o lugar da dominação nas relações sociais. Essa perspectiva retira o papel ativo do sujeito social na construção das normas de organização da sociedade, ou seja, restringe sua atuação política de transformação do direito e da vida.

Para a perspectiva de um direito democrático, limitar a atuação da pessoa na gramática jurídica seria reduzir sua esfera de liberdade. Na teoria juspositivista clássica, segundo Neumann, o Estado também é visto como um sujeito de direito. A soberania não é relacionada à participação dos sujeitos sociais, “mas a própria pessoa do Estado (*Staatsperson*) que atuava por meio de órgãos”, ou seja, “o indivíduo tinha direitos subjetivos públicos perante o Estado”³⁶³.

Em uma perspectiva institucionalista do direito, pela qual o papel da pessoa no direito é restringido ou completamente dispensado, a separação entre sociedade e Estado é ofuscada e a possibilidade de reivindicar injustiças é obstruída. Neumann³⁶⁴ analisa como o apagamento da subjetivação jurídica deixa a “pessoa do Estado” como única titular da soberania, “e é por isso que a teoria positivista do Estado se recusa a falar da soberania de um órgão. Ela esconde que grupos sociais e pessoas dominam outras pessoas”. Em outras palavras, a exclusão do processo de subjetivação jurídica também implica na impossibilidade de demanda de proteção da própria vida frente a projetos sociais de exclusão, violência e extermínio, sejam eles frutos do Estado ou da sociedade civil.

Perspectivas institucionalistas do direito substituem a construção jurídica da subjetivação pela ideia de instituição com a intenção de não encobrir, como o conceito liberal e individualista de sujeito de direitos encobriria, as diferenças concretas entre os indivíduos. O conceito de soberania, nessa visão, também perderia sentido. Para Neumann³⁶⁵, “o Estado passa a ser uma instituição em que um paralelograma de forças tem eficácia, ele passa a ser uma comunidade que se forma organicamente a partir de comunidades inferiores”. Nessas perspectivas há, portanto, uma tentativa de homogeneização social em que o Estado unifica as vontades sociais e virtualmente apaga as desigualdades sociais, sejam elas econômicas ou não.

³⁶³ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 77.

³⁶⁴ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 78.

³⁶⁵ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 78.

Para o Neumann, o problema dessa perspectiva aparece na interiorização da força do Estado nas relações jurídicas. “Além disso”, afirma o jurista, “essa força deve estar submetida ao direito natural perpétuo ou à ‘perpétua lei da vida da nação’”³⁶⁶. Sem a pessoa como centro de imputação pela dominação, os direitos e deveres “não são mais vinculados às vontades dos sujeitos de direito juridicamente iguais, mas a fatos objetivos”³⁶⁷.

Em perspectivas do direito como a de Evguiéni Pachukanis, o potencial crítico da subjetivação jurídica é descartado, pois essa construção é considerada uma forma liberal individualista, ou seja, apenas uma maneira de viabilizar a dominação pelo capital. Esta visão não faz notar a violência da supressão do papel ativo do sujeito no direito, uma restrição praticada por regimes autoritários como, por exemplo, o regime nazista. Franz Neumann³⁶⁸ demonstra como no nazismo a ideia de sujeitos políticos e jurídicos foi diluída, o que impossibilitou a demarcação do lugar da dominação. Sem a figura individualizada da pessoa no direito, a dominação passa a ser atribuída a uma força orgânica não identificável, à “vontade do povo”. Não há mais sujeitos passíveis de responsabilização pelo direito, a separação entre sociedade e Estado é suprimida e a reivindicação de direitos obstruída.

Contudo, se Franz Neumann critica o núcleo da teoria institucionalista pela eliminação da subjetivação jurídica, não o faz sem perceber os problemas da caracterização jurídica da pessoa e sem deixar de ressaltar sua importância. Em suas palavras, “o conceito de sujeito de direito é, sem dúvida, uma máscara social. Mas essa máscara apenas encobre – ela não deixa seu portador desaparecer, ainda é possível percebê-lo”³⁶⁹. Ou seja, ser uma pessoa no direito ainda viabiliza, para o jurista, a reivindicação pela gramática jurídica que o conceito de instituição apaga por completo.

A subjetivação jurídica também é importante por materializar a promessa de igualdade perante a lei do Estado de Direito. Essa promessa, traduzida em normas universais, só pode ser reivindicada com a individualização das demandas por

³⁶⁶ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 78.

³⁶⁷ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 81.

³⁶⁸ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism (1933-1944)*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009 [1942].

³⁶⁹ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937]. p. 82.

direitos. A universalidade das leis marca a diferenciação da gramática jurídica da ordem política de um poder soberano, pois ela garante um mínimo de liberdade para realizar uma narrativa de injustiça pelos sujeitos sociais dentro do direito. Sem essa universalidade, inscrita pela possibilidade de reivindicação dos agentes sociais, a gramática do direito se tornaria tão somente a vontade do poder soberano.

A subjetivação jurídica, ou seja, ser uma pessoa no direito, portanto, é uma formulação que pode ser compreendida como a constituição de um centro de responsabilidade, uma possibilidade de imputação de direitos e deveres, mas também de participação ativa no processo de configuração das instituições do direito. O lugar da subjetivação no direito é diretamente constituído a partir da promessa intersubjetiva de igualdade, ou seja, a partir da possibilidade de relações desiguais e da vontade social de reivindicação de injustiças. Por isso, a pessoa no direito é construída em um processo relacional, não apenas com a sociedade, mas também com as próprias normas do direito, em uma relação direta dos sujeitos com as normas jurídicas.

Em outro nível, a subjetivação jurídica também é uma garantia perante o Estado pela qual as pessoas se constituem como sujeitos políticos. A ideia de democracia como uma separação entre sociedade e Estado exige também uma separação entre indivíduos e Estado, entre os sujeitos e as relações sociais. A forma jurídica constrói um espaço para os sujeitos sociais se identificarem como pessoas e reivindicarem seus desejos e interesses em termos de direitos. Ao fazer uma promessa de igualdade perante a lei, isto é, uma promessa de direitos iguais entre todas as pessoas, a forma jurídica vai além de si mesma e viabiliza demandas sociais contínuas.

Se a subjetivação jurídica expressa a promessa liberal de igualdade universal, ela também possibilita a reivindicação pela gramática jurídica, abre espaço para novos sujeitos sociais e novas formas de subjetivação. Ser uma pessoa no direito garante a constante reivindicação de novos direitos e a desestabilização permanente de direitos já garantidos pelo direito positivo. Os sujeitos e os grupos sociais, em suma, são os verdadeiros autores da forma direito. Ainda que, historicamente, esse processo tenha começado com a formulação das demandas burguesas por igualdade a fim de destruir as hierarquias medievais, essa forma impactou o papel do direito na sociedade para além deste contexto histórico restrito. Um grande indicativo dessa observação são as reivindicações proletárias do século XIX. Seus usos do direito também partiram da promessa de direitos iguais, o que destacou na gramática jurídica a possibilidade de incluir desejos e interesses sociais para além de formulações criadas por uma classe

social determinada. Ou seja, a forma jurídica indicou um potencial emancipatório que se revela especialmente em ambientes de democracia e dissidência.

Parece haver, portanto, uma subjetivação jurídica mínima necessária em regimes democráticos para possibilitar a responsabilização pela dominação na social, a proteção da disputa por diferentes projetos de vida e a participação dos sujeitos sociais na construção das normas do direito. A subjetivação jurídica viabiliza, portanto, um núcleo subjetivo de reivindicação de direitos.

Por essas razões, projetos de legalidade que tentam impedir a participação social na elaboração do material jurídico são considerados perversões do direito pela teoria crítica do direito formulada por José Rodrigo Rodriguez³⁷⁰. Para o jurista, são “projetos de poder levados adiante por atores sociais variados interessados em fugir do estado democrático de direito”. Perversões do direito, portanto, são práticas de agentes “interessados em esquivar-se dos conflitos sociais existentes no âmbito dos diversos estados nacionais e na esfera transnacional com a criação de mecanismos institucionais postos completamente à salvo da influência dos cidadãos e cidadãs”³⁷¹.

Para Rodriguez, é possível identificar atualmente pelo menos três formas de perversão do direito ocidental, a zona de autarquia, a legalidade discriminatória e a despersonalização jurídica. As perversões do direito formam um “direito autocrático”, ou seja, um direito com fundamento apenas na soberania, em contraposição a um “direito democrático”, elaborado a partir da participação social. A diferença também está em considerar democrática a existência de conflitos sociais e em não pretender utilizar o direito para impor de forma autoritária um projeto de homogeneização social. Não há, portanto, uma única forma pervertida do direito, mas sim variadas maneiras de perverte-lo. Segundo Rodriguez³⁷², a perversão é um critério imanente de avaliação do direito a partir do próprio objetivo da regulação jurídica de manter a possibilidade de reivindicações de narrativas de injustiça.

A perversão do direito blinda as normas jurídicas e os desenhos institucionais do direito do debate público na sociedade, em especial, imobiliza instituições que

³⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261–294, 2016.

³⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 212.

³⁷² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261–294, 2016.

influenciam a distribuição de poder. Ela é, nas palavras de Rodriguez³⁷³, “uma afronta à democracia”, porque naturaliza a gramática do direito e impede a possibilidade de sua transformação. Segundo o jurista, é parte da tarefa de uma teoria crítica construir possibilidades para que agentes sociais sejam capazes de formar e transformar a gramática jurídica. Um direito a serviço da democracia precisa oferecer aos sujeitos sociais uma gramática que “nomeie seus desejos e necessidades e os façam atingir e redesenhar constantemente as fronteiras do sistema político”³⁷⁴.

A subjetivação jurídica também é um procedimento fundamental para viabilizar o reconhecimento da igualdade entre as pessoas. A possibilidade de ser um sujeito no direito provoca a construção de estruturas jurídicas com o objetivo de possibilitar a manifestação dos sujeitos sociais em igualdade de condições nas instituições formais. Para Rodriguez³⁷⁵, a figura da pessoa no direito é fundamental para garantir a proteção de sua vida contra a violência sobre seus corpos. Ainda que nem sempre impeça ou evite violações, é a partir da subjetivação jurídica que é possível acusar uma violência como injusta e então reivindicar sua responsabilização.

A promessa de igualdade do direito constrói uma gramática para os sujeitos sociais formularem demandas inclusive contra os sujeitos que já gozam de proteção jurídica. É, portanto, uma gramática de desestabilização de posições de poder. Nas palavras de Rodriguez³⁷⁶, o direito oferece instrumentos para que os sujeitos sociais possam transformar as instituições desde que “sejam desarmados os mecanismos que procuram perverter o direito e estabilizar injustamente determinados indivíduos e grupos em posições de poder”.

A partir dessa crítica, José Rodrigo Rodriguez³⁷⁷ destaca a despersonalização jurídica como uma perversão do direito realizada pela “privação sistemática do pleno acesso às gramáticas dos direitos a determinados grupos sociais”. Ela está relacionada, segundo Rodriguez³⁷⁸, a situações em que “a sociedade classifica um

³⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 217.

³⁷⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 54.

³⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

³⁷⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 55.

³⁷⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 56.

³⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 57-58.

indivíduo ou uma prática como monstruosa, anormal, criminosa, vergonhosa”. Para o jurista, não é por acaso que quase todos os movimentos sociais ocidentais dos últimos séculos foram inicialmente definidos como moralmente indesejados ou ilícitos pelo direito. Seus exemplos são as demandas por regulação do contrato de trabalho, a prática do sexo anal, as reivindicações por igualdade entre pessoas brancas e negras e a busca pelo registro de pessoas sem a identificação pelo sexo civil.

A construção jurídica da subjetivação fornece um espaço social para que novas formas de vida até então discriminadas sejam formuladas em termos de garantia de direitos. Para José Rodrigo Rodriguez³⁷⁹, esse lugar de contestação social garantido pelo direito dá lugar a sujeitos sociais silenciados, viabiliza “identificar o sofrimento dos grupos sociais sem voz e pensar em novas configurações institucionais mais inclusivas, autônomas e, portanto, emancipatórias”. O poder de liberdade constituído pela subjetivação jurídica, portanto, é o de reivindicar e construir formas de vida e de defendê-las tanto do próprio direito quanto da sociedade. A supressão da subjetivação jurídica, ou seja, o afastamento completo do direito do processo de subjetivação, torna as pessoas “altamente vulneráveis à violência de seus pares”³⁸⁰.

Conforme Rodriguez³⁸¹, a forma direito oferece aos sujeitos sociais a condição de pessoa na gramática jurídica como o “primeiro passo para que indivíduos e grupos sejam reconhecidos como iguais por seus pares e possam se manifestar em igualdade de condições junto às instituições formais”. Portanto, ser uma pessoa no direito, nas palavras do jurista, “exerce, ao mesmo tempo, funções morais e jurídicas ao afastar a violência e permitir uma interação que, ao menos potencialmente, se abra à disputa por novos direitos, para além deste status básico”³⁸².

Em um contexto social de desigualdades e pluralidade, o direito media a relação entre sociedade e Estado a partir da forma jurídica de igualdade perante a lei, pela qual possibilita aos sujeitos colocar em questão categorias que provoquem sua ininteligibilidade. Em outros termos, o direito promove um controle democrático do

³⁷⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 58.

³⁸⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 53.

³⁸¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 55.

³⁸² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 55.

próprio processo de subjetivação. Os sujeitos sociais podem gerenciar sua relação com as normas jurídicas e sociais a partir de críticas e projetos de transformação.

O potencial da indeterminação jurídica, portanto, é a possibilidade de revisão constante dos significados do direito. Essa perspectiva formula a democracia menos como uma situação política a ser consolidada e mais como uma construção contínua pelo direito. Ser uma pessoa na gramática jurídica é poder disputar o direito no interior de sua linguagem, ou seja, expressar as demandas sociais por igualdade. Em outras palavras, a forma direito possibilita um modo de subjetivação em transformação constante. Ao propor um lugar universal no direito, e, logo, uma igualdade impossível, o direito liberal abre um espaço para além de si mesmo e permite a disputa por inclusão em sua gramática. A subjetivação jurídica nasce dessa proposição universal de igualdade, e é a própria possibilidade de reivindicação de si nessa proposição que viabiliza a subjetivação na gramática jurídica. O direito exerce assim um papel central em sociedades ocidentais plurais, em razão da sua capacidade de promover a criação de padrões universais disputáveis e em constante reformulação para organizá-las.

Nas palavras de Patricia Williams³⁸³, “a sutileza da real instabilidade dos direitos não inutiliza, portanto, sua persona de estabilidade”. A subjetivação jurídica ainda é fundamental para a participação política e, no limite, para a proteção da vida. Sem ela, conforme Rodriguez³⁸⁴, as pessoas “tornam-se seres matáveis, à disposição para a violação de seus corpos” e sem a possibilidade de reivindicar responsabilização.

2.4 Sujeito, pessoa e subjetivação

A construção jurídica da subjetivação parece fundamental, um núcleo individual de responsabilização no direito importante em nosso contexto social de desigualdades e pluralidade. Ainda que a subjetivação seja um processo social, imbricado nas relações intersubjetivas e nas condições da sociedade em cada contexto histórico, é imprescindível valorizar juridicamente a pessoa como um agente social e como fonte possível de construção de novas formas do direito. Defendo, por isso, que a gramática jurídica não determine condições prévias para a subjetivação no direito, ou seja, não circunscreva a subjetivação jurídica com características essencialistas. Para sustentar

³⁸³ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 149, tradução minha.

³⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 55.

essa perspectiva, examino aqui como a subjetivação é construída no direito brasileiro, como ela é normatizada a partir de categorias da dogmática jurídica tais como *pessoa, sujeito de direitos e personalidade jurídica*.

Compreendo a dogmática jurídica como a construção de conceitos e categorias com a função de informar e organizar o material jurídico para auxiliar nas decisões do direito. Essa função cumpre um objetivo democrático de construir padrões decisórios e possibilitar o tratamento igualitário dos sujeitos sociais no direito. A existência de algum grau de previsibilidade das decisões de autoridades jurídicas exerce uma função importante em Estados Democráticos de Direito. Ela reduz a arbitrariedade das autoridades e constitui uma gramática em comum para a reivindicação de mudanças no direito. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez³⁸⁵, “falar do conceito jurídico é preocupar-se com o exercício de poder”.

Conceitos dogmáticos foram historicamente adotados por autoridades públicas e pela sociedade no contexto de conflitos jurídicos para obstaculizar ou viabilizar a expressão das transformações da sociedade. Em outros termos, a dogmática jurídica é a gramática pela qual o poder é movimentado no direito, seja pelo poder soberano ou pelos sujeitos sociais³⁸⁶. Como ela constitui uma referência na construção jurídica, ela é disputada na interpretação oficial do Estado e nos usos sociais do direito. Ou seja, “os conceitos jurídicos servem de critério para a ação do Estado e são referência para toda a sociedade, sujeita a seu poder”³⁸⁷.

A dogmática jurídica é a elaboração dos termos em debate no direito e formula o próprio material para a disputa dos significados jurídicos. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁸⁸, “o pensamento dogmático é um pensamento tecnológico específico voltado para o problema da decidibilidade normativa de conflitos”. Ao atuar de maneira direta nas dinâmicas de poder do direito, a dogmática assume um papel de controle, um controle da atuação estatal, por meio da justificação das decisões, e um controle social, na medida em que estabelece limites mínimos para o uso do direito. Ou seja,

³⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 54.

³⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁸⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 55.

³⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157.

não apenas as instituições jurídicas oficiais fazem uso da dogmática jurídica para justificar suas decisões no direito. Segundo Rodriguez³⁸⁹, todos os sujeitos sociais participam da construção do direito pelo uso da dogmática jurídica, sejam autoridades públicas, indivíduos ou grupos sociais. Para expressar os próprios interesses a partir da gramática jurídica, é necessário fazer uso de uma linguagem própria do direito, permeada por conceitos e categorias específicas.

O conflito jurídico é formulado por um mesmo conjunto de palavras que não expressam a mesma função das palavras da linguagem cotidiana. Ele exerce funções específicas e organizam regimes de efeitos jurídicos próprios no direito. A dogmática jurídica, portanto, é um recurso para a construção do direito. Se “o direito tem o poder de manipular os conceitos, ampliando ou estreitando seu sentido”, como lembra Rodriguez³⁹⁰, é pela dogmática que ele exerce esse poder.

Não há uma completa liberdade de uso da dogmática pelos sujeitos sociais ou pelas autoridades oficiais, pois, como uma gramática própria, ela é formulada a partir de processos históricos, de esforços para justificar os usos do direito³⁹¹. A liberdade de uso da dogmática está diretamente vinculada a forma política do Estado. Quanto mais democrático o Estado de Direito, mais disponível ela precisa estar para expressar os conflitos jurídicos, pois ela forma o recurso para a disputa dos significados jurídicos. Portanto, a dogmática jurídica está imbricada ao exercício de poder no direito e constrói a tessitura das decisões jurídicas. “Mudar um conceito jurídico”, afirma Rodriguez³⁹², “pode significar ampliar, diminuir ou mudar o foco de sua ação, além de desorientar a ação dos indivíduos que compõem a sociedade sujeita ao seu poder”.

A subjetivação é construída no interior da gramática jurídica a partir de algumas categorias e conceitos dogmáticos com diferentes formas de expressão dos conflitos sociais. Além disso, distintas categorias dogmáticas limitam ou ampliam o uso social do direito pelos sujeitos sociais. Conceitos como “sujeito de direito” ou “personalidade” provocam efeitos jurídicos diversos. A expressão “pessoa” no direito, por exemplo, é

³⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 55.

³⁹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 57.

³⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 56.

fruto de um contexto histórico preciso e, por isso, produz efeitos jurídicos próprios nos usos do direito.

A abstração dogmática no direito serve para lidar com os conflitos sociais, pois cria um espaço comum para a disputa de significados jurídicos, ou seja, ela viabiliza uma linguagem comum de expressão de reivindicações de injustiça pelo direito. Não significa que o direito, a partir da dogmática jurídica, seria capaz de oferecer um fim permanente às disputas sociais, mas sim que a forma jurídica possibilita a expressão constante da insatisfação social e, portanto, forma um meio para a transformação da sociedade. Para exercer sua função de forma democrática, portanto, a dogmática jurídica precisa ser construída com a participação de toda a sociedade e expressar o contexto histórico de sua elaboração. Por essas razões, também as formulações políticas filosóficas, sociológicas e teológicas constituem a construção dogmática³⁹³.

Sem espaços institucionais em que a dogmática jurídica possa ser disputada, os termos pelos quais a sociedade expressa seus conflitos no direito também podem ser engessados e contribuírem para a conservação de espaços de poder. Por isso, em grande parte de sua obra, Luis Alberto Warat³⁹⁴ fez críticas à dogmática jurídica, vez que identificava nela obstáculos para a transformação do direito. Nos seus últimos escritos, porém, relacionados ao contexto brasileiro posterior a Constituição de 1988, ele destacou a diferença entre a crítica à dogmática jurídica e a construção de uma dogmática jurídica crítica.

Para Warat³⁹⁵, no contexto histórico e político da ditadura civil-militar brasileira, a dogmática estava relacionada à criação do direito sem participação social e à serviço de uma repetição conservadora do passado. Sua proposta de uma dogmática crítica foi fundamentada em um novo olhar sobre sua função em um Estado Democrático de Direito. Em um contexto de democracia, a dogmática não é uma iteração irrefletida de práticas de poder passadas, mas constitui o recurso para a própria transformação do direito. Segundo Warat, uma dogmática crítica, viável em sociedades democráticas,

³⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis (Org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21–32.

³⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60.

³⁹⁵ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60.

busca a transcrição e o reordenamento de ideias consolidadas ou naturalizadas no direito.

Nesse novo contexto brasileiro de democracia constitucional, Warat³⁹⁶ procura rejeitar críticas simplistas à dogmática jurídica e propõe então um novo “‘olhar’ sobre a dogmática jurídica” para “resgatar a ilusão, a fantasia, o desejo de um mundo melhor que havia no passado”. Realizar essa tarefa significa para o autor sobretudo investigar os movimentos contradogmáticos dos quais também fez parte nos anos de 1990 no Brasil. Para Warat, insistir nessa posição após a constituinte é manter uma cultura jurídica de aparência, em que a crítica é produzida de passado e tenta reviver um combate inexistente. Em suas palavras, “a dogmática jurídica é nossa herança, temos que aceitá-la. Como toda herança, temos que ver o que fazer com ela. A dilapidamos ou a transformamos?”³⁹⁷.

Warat marca seu novo posicionamento ao questionar a ideia consolidada de que o direito está sempre a serviço de um grupo de poder opressor, como era afirmado pelas críticas de sua época e ainda hoje é defendido por muitas pessoas juristas. Ele propõe lidar com a dogmática jurídica como lugar de indagação e criação, e sugere que o compromisso com o Outro, com a sociedade e com o presente também se exerce a partir do direito. Às falhas e fracassos democráticos da política, Warat opõe uma nova forma de exercício da cidadania, um novo lugar do Estado de Direito na sociedade e da própria dogmática jurídica no direito. Para o jurista, cidadania significa agora o “direito a dizer o indizível”, ou seja, “o direito a que o ‘corpo da lei’ receba seus indizíveis”³⁹⁸. Warat reflete sobre a centralidade do direito e da dogmática nas relações sociais contemporâneas e frisa a função jurídica de construção do compromisso intersubjetivo. Segundo o autor, “o que não pode ser dito pela lei, nunca será dito quando se lhe ignore. Ignorá-la é deixar exposto o indizível aos oportunismos de toda cor. Não existe compromisso com o outro sem a lei”³⁹⁹.

³⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 139.

³⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 140.

³⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 141.

³⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 141.

O jurista elabora uma reflexão sobre os deslocamentos da crítica à dogmática no período de sua obra e reitera sua busca por uma crítica como lugar de efeito de sentido e não apenas efeito de massa. Ou seja, Warat⁴⁰⁰ vê na dogmática jurídica um “recurso ao tempo eterno”, uma forma democrática de construir universalidade, uma iteração criativa capaz de sustentar novos projetos de autonomia social. A dogmática jurídica passa a ser compreendida por ele como uma referência poética, uma fantasia produtora que torna viável repensar as relações das pessoas com o direito. É o que Warat⁴⁰¹ chama de “caráter *performativo* das fantasias dogmáticas”, pelo qual é possível construir formas de relação consigo mesmo, com os outros e com o direito.

A dogmática jurídica fornece, segundo Warat⁴⁰², uma fantasia de realização que não é completamente ilusória, pois “sua impossibilidade vai impregnando a realidade, construindo nossos pensamentos, ordenando nossa experiência e constituindo uma força atuante”. A dogmática jurídica parece oferecer, para o jurista, um lugar de busca de sentido e transformação do direito, a possibilidade de uma relação crítica com as normas jurídicas.

Luis Alberto Warat⁴⁰³ define então a dogmática jurídica, a partir de sua nova perspectiva crítica, como “a representação mental de um ponto de referência racional para a produção dos sentidos da lei de direito”. A dogmática jurídica organiza o direito como garantia abstrata da própria possibilidade do vínculo social. Entre suas funções, ela colabora para a legitimação do poder no direito, garante seu funcionamento aberto para a sociedade e constrói também a fantasia democrática da segurança jurídica. O direito, portanto, oferece um alcance normativo para as relações sociais ao viabilizar a atuação dos indivíduos na sociedade a partir da interpretação normativa de seus atos.

A dogmática jurídica colabora para a desconstrução das certezas sociais, mas ainda assim possibilita marcar um limite para o direito e historicizar a sua prática. Ou

⁴⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 143.

⁴⁰¹ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 143.

⁴⁰² WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 143.

⁴⁰³ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 144.

seja, a dogmática jurídica contextualiza as relações da sociedade no interior da gramática jurídica e entrelaça as redes de significação social que tornam inteligíveis a produção de sentidos normativos. Ela torna viável a significação jurídica das relações e experiências sociais. Seu papel de atribuição de significado jurídico, nas palavras do autor, “não é outra coisa que a expressão de um desejo”⁴⁰⁴.

A “ilusão” provocada pela dogmática jurídica, segundo Warat, é devida à sua capacidade de expressar os desejos de forma a alterar a realidade sem negá-la. Ela constitui “um imaginário radical que prove as condições para que a administração da justiça possa existir e o sujeito de direito seja socialmente fabricado”⁴⁰⁵. Por isso, Warat também percebe uma ambiguidade no direito, uma tensão dogmática em que seu aspecto criativo (erótico) convive com seu caráter alienante (tanático).

Contudo, para o jurista, a releitura epistemológica da função da dogmática jurídica frequentemente realizada em sua época no Brasil não foi satisfatória, porque relacionou essa ambiguidade jurídica à perda total de função democrática da dogmática. Em outras palavras, ela pretendeu reduzir o problema do conhecimento à necessidade de um controle teórico. Na sua perspectiva, a dogmática jurídica é uma instituição e, como tal, precisa pressupor-se instituída para instituir-se, necessita “estabelecer o equilíbrio entre a realidade social e as pulsões do indivíduo, emergir do caos imaginando sentidos e codificando suas transgressões”⁴⁰⁶.

O Estado de Direito, para Warat, é uma espécie de manifestação de um Outro para o sujeito cuja presença restringe a realização de uma liberdade absoluta e constitui a diferença como princípio ético do direito. Nos seus termos, “o outro como razão da lei do direito”⁴⁰⁷. Por esses motivos, a dogmática jurídica cumpre um papel democrático fundamental. Ela introduz nas relações jurídicas a função de justificativa pela palavra e pelos argumentos para a construção de novas possibilidades de vida.

⁴⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 146.

⁴⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 146-147.

⁴⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 146-147. p. 148.

⁴⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. In: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60. p. 146-147. p. 157.

A dogmática jurídica é um dos principais recursos de transformação do material do direito, ou seja, uma forma de responder e provocar as mudanças da sociedade. Seus conceitos, valores e concepções ideológicas, nas palavras de Marcus Eduardo de Carvalho Dantas e Sergio Marcos Carvalho Negri⁴⁰⁸, apoiam a renovação do direito e ajudam a superar “o ranço de um conhecimento fechado em si mesmo”. A fim de expressar as transformações sociais, os procedimentos de elaboração e aplicação do direito também precisam passar por revisões críticas.

Portanto, além da dogmática jurídica, as instituições do direito precisam focar nos interesses materiais dos grupos sociais e participar das alterações do contexto histórico do ordenamento jurídico. Nos termos de Orlando Gomes⁴⁰⁹, elas não devem ser naturalizadas, ou seja, “novas formas de atividades e instituições culturais, em lugar de se cristalizarem independentemente, de acordo com a sua morfologia apropriada, podem instalar-se na estrutura de uma civilização existente”.

Todo o material jurídico, tais como o direito positivado, a dogmática jurídica e a jurisprudência, está condicionado à realidade social em seu determinado contexto histórico. Por essa razão, a pretensa neutralidade das normas do direito precisa ser questionada em detrimento dos interesses da sociedade. Segundo Orlando Gomes⁴¹⁰, “por detrás de conceitos, princípios e normas aparentemente neutras se escondem ou se disfarçam interesses e objetivos que não podem ser ignorados nem menosprezados pelo jurista”.

Orlando Gomes entendia o direito como uma campo eminentemente conceitual, em que as noções jurídicas gerais cumprem um papel comunicativo fundamental para a democracia. Sem as categorias do direito, para o autor, não seria possível entendê-lo e muito menos disputa-lo. Portanto, o jurista defendia o uso de abstrações no direito, mas desde que elas sejam imbuídas da realidade social “para que não percam seu sentido funcional”⁴¹¹. Os conceitos, as categorias e as instituições jurídicas precisam preservar a possibilidade de modificação pela ação dos sujeitos sociais. Eles precisam

⁴⁰⁸ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588. p. 585.

⁴⁰⁹ GOMES, Orlando. A crise do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, Fortaleza, v. 6, p. 183–198, 1952. p. 188.

⁴¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [1957]. p. 11.

⁴¹¹ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955]. p. 127.

expressar as necessidades sociais em cada contexto histórico determinado. A função do direito, para Orlando Gomes⁴¹², é “assimilar aquelas aspirações sociais, que, por sua generalidade e intensidade, se impregnam de substância jurídica”.

Para investigar as possibilidades de uma subjetivação jurídica democrática, desse modo, parece crucial o exame das normas e regulações fundamentadas em categorias dogmáticas como *pessoa, sujeito de direitos e personalidade jurídica*. Cada momento histórico influenciou de diferentes modos a formulação da subjetivação no direito e remeteu a disputa de seu significado jurídico aos diversos sentidos de concepções sociais contemporâneas. Também as mudanças sociais e políticas nas formas de compreender a individualidade e sua relação com a sociedade afetaram a maneira como o direito expressou a subjetivação jurídica.

No geral, a noção de “sujeito” é uma das principais investigações filosóficas do Ocidente. Para Alain Renaut⁴¹³, falar em sujeito atravessa pelo menos dois sentidos comuns do termo, o sujeito político e o sujeito da linguagem. No sentido político, *sujeito* faz alusão às relações de poder e dominação, ou seja, diz respeito à posição de assujeitamento a um poder. Formulações mais contemporâneas sobre o processo de “sujeição”, isto é, de tornar-se ou “ser tornado” um sujeito pelo mundo externo ao indivíduo ressaltam o seu caráter ambíguo. Segundo Judith Butler⁴¹⁴, por exemplo, a sujeição “significa tanto o processo de se tornar subordinado pelo poder quanto o processo de se tornar um sujeito”, uma interpretação crucial para os debates atuais sobre gênero e sexualidade.

Renaut⁴¹⁵ destaca como o estudo da sujeição no sentido político costuma examinar como ela “pode ter uma forma legal, cujas condições são em geral definidas por uma Constituição”, e em que as pessoas estão sujeitas ao poder do Estado. O exercício legítimo da autoridade do Estado por meio de leis é chamado de Estado de Direito, caso em que “o direito intervém ao mesmo tempo como o que delimita o poder do Estado e como aquilo por meio do qual esse poder se exerce”⁴¹⁶. O exercício da sujeição política a partir do direito foi uma construção histórica desenvolvida ao longo dos últimos séculos pelas sociedades ocidentais com o objetivo de fundamentar o uso

⁴¹² GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955]. p. 130.

⁴¹³ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005].

⁴¹⁴ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 10.

⁴¹⁵ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 10.

⁴¹⁶ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 10.

do poder. Em outras palavras, para evitar o exercício do poder sem justificativa e de forma tirânica, com base no arbítrio.

Seja pela submissão ao poder do Estado de Direito ou a um poder autoritário, “a figura política do sujeito”, indica Alain Renaut⁴¹⁷, “remete para uma relação de poder, para uma dominação, legal ou arbitrária, que se exerce sobre indivíduos ou grupos de indivíduos”. Questionar o sujeito, nesse sentido, é investigar sua subjetivação, ou seja, o processo pelo qual ele é caracterizado como sujeito e as formas pelas quais ocorre a sujeição. Nas palavras do filósofo, significa “interrogar-se sobre ‘as diversas formas de submissão’ dos indivíduos ao poder”⁴¹⁸, ou, nos termos de Butler⁴¹⁹, examinar como “nossa própria formação como sujeitos, de algum modo depende desse mesmo poder”. Por esse motivo, as principais questões em torno do estudo do sujeito político comumente são o funcionamento do poder, seus mecanismos e seus efeitos sobre os sujeitos, ou seja, as formas de governo das sociedades.

O sujeito da linguagem, por outro lado, é compreendido como o sujeito de um verbo, o autor de uma ação, o ente que se relaciona com um objeto. Investigar esse tema é examinar as convicções induzidas pela função do sujeito gramatical. Nossos hábitos linguísticos, lembra Renaut⁴²⁰, inferem nos nossos entendimentos sobre o mundo, processo que também pode ser percebido em nossa referência à nossa própria existência. Nossa gramática forja uma crença no próprio “eu” em razão da qual teríamos insulado qualidades e propriedades estáveis no indivíduo. Nossa forma de construir enunciados, em que atribuímos determinações ou imputamos ações a um sujeito, para Renaut⁴²¹, nos leva a “distinguir ‘a coisa’ e os seus ‘atributos’ e a postular a existência, sob esses atributos ou atrás desses atributos, de um substrato que, por assim dizer, os ‘contém’”.

Essa forma de experienciar a vida a partir da gramática permitiu às pessoas um modo interlocução com o mundo e a construção de uma maneira de transformá-lo. Por outro lado, ela também sedimentou o entendimento de que o sujeito é uma substância fixa, sem espaço para mudanças, ou seja, uma base imutável capaz de realizar as transformações no mundo sem sofrer em si essas alterações. Nos termos

⁴¹⁷ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 10.

⁴¹⁸ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 10.

⁴¹⁹ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 9.

⁴²⁰ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005].

⁴²¹ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 12.

de Renaut⁴²², “teríamos pois imaginado que ao sujeito gramatical corresponde uma ‘substância’ dotada de uma identidade permanente para cá das suas aparências e das suas mudanças”. O mesmo efeito aparece na ideia de que “por detrás dos nossos pensamentos, há uma ‘coisa que pensa’”⁴²³. Segundo a crítica de Renaut, o princípio filosófico “penso, logo existo” (*cogito ergo sum*) de René Descartes é a formulação filosófica de um hábito gramatical. Para Renaut⁴²⁴, “teríamos tomado, mais uma vez, a palavra (o pronome ‘eu’) por uma coisa, pelo substrato imutável, ou imortal, dos nossos pensamentos”.

As formulações filosóficas sobre o sujeito nas sociedades ocidentais por vezes pretendem focar em cada um desses aspectos, ou seja, a sujeição política e o sujeito da linguagem. Ambas as perspectivas, porém, aparecem imbricadas na maior parte das elaborações recentes da filosofia ocidental. Enfrentar o tema da subjetivação no direito, por sua vez, parece provocar o debate sobre as duas perspectivas. A sujeição política aparece no *problema da definição* a partir das questões sobre a necessidade de subjetivação jurídica e sobre quem possui o poder de definir no direito. Já o sujeito da linguagem é o eixo de debate no *problema da imutabilidade*, porque a inexistência de um sujeito anterior à sua própria inteligibilidade nas relações sociais revela o caráter transitório e mutável da ontologia jurídica. Ambos os debates produzem questões sobre o papel da interpretação e sobre a formulação do desenho institucional no direito.

O primeiro aspecto a ser explorado nessa pesquisa, portanto, será a dogmática jurídica relacionada à interpretação do processo de subjetivação no direito. A história da construção dogmática da subjetivação passou por diversas transformações. Como em toda a história dos ordenamentos jurídicos ocidentais, ela foi influenciada pelo direito das formações europeias, constituída pelas contribuições filosóficas, teológicas e sociológicas de cada época e marcada pelos eventos históricos de cada período.

A partir dos processos históricos de colonização, as construções dogmáticas sobre a subjetivação jurídica dos ordenamentos de países europeus passaram a constituir o pensamento de outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro⁴²⁵. Os

⁴²² RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 12.

⁴²³ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 12.

⁴²⁴ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 12.

⁴²⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1964]; LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978]; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

diferentes significados jurídicos de sujeito de direitos, pessoa e personalidade jurídica são frutos de disputas sobre o papel dos sujeitos sociais no direito e sobre o lugar do direito na vida social. Além disso, os conflitos políticos na história europeia, como o poder hegemônico da Igreja Católica na Idade Média, as revoluções burguesas do período moderno e as guerras do século XX, foram definitivas para a transformação da constituição jurídica da subjetivação.

Os variados significados jurídicos de *sujeito* ou *pessoa* no direito, como um conceito da dogmática jurídica, não provocam os mesmos efeitos que o uso semântico do termo na linguagem comum. Sua utilização no direito mobiliza um regime de efeitos jurídicos cuja função é organizar os espaços de atuação jurídica, ou seja, os lugares individuais de autonomia. Por essa razão, também não é tautológico falar em *pessoa humana* no direito. A expressão indica uma função ampla do termo *pessoa*, em que é possível referir juridicamente pessoas sem relação necessária com a ideia filosófica de humanidade⁴²⁶.

Sem pretender construir uma historicização detalhada sobre a influência dos eventos políticos e do pensamento social, teológico e filosófico do Ocidente na construção da subjetivação jurídica⁴²⁷, podemos indicar alguns aspectos marcantes para a formulação atual da subjetivação no direito brasileiro.

Uma das afirmações mais reproduzidas sobre a formação do termo *pessoa* nas sociedades ocidentais está relacionada à utilização de uma máscara para o teatro na Grécia Antiga. Os usos dos sentidos de ampliação da voz (*per-sonare*) e da própria ideia da máscara (*prósopon*) teriam levado à construção do termo *persona* para identificar o estado social de um indivíduo humano na antiguidade clássica europeia⁴²⁸. Carlos Fernández Sessarego⁴²⁹, porém, indica a possibilidade de derivação do termo do etrusco *persu* (ou *phersu*), expressão encontrada em inscrições das necrópoles etruscas de Cerveteri e Tarquinia ao lado do desenho de pessoas mascaradas. Já a investigação de Fernanda Frizzo Bragato⁴³⁰ ressalta como as expressões *prósopon* e

⁴²⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84.

⁴²⁷ Para estes fins, conferir a pesquisa de Fernanda Frizzo Bragato (2009).

⁴²⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020.

⁴²⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho? *Derecho PUCP*, Lima, n. 54, p. 289–333, 2001.

⁴³⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa humana e direitos humanos na CF a partir da perspectiva pós-colonial*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2009.

persona não diziam respeito inicialmente à máscara, mas de maneira mais abrangente significavam “aquilo que cai sob os olhos” ou “o que se pode ver”.

Contudo, como afirma o jurista Alexandre dos Santos Cunha⁴³¹, as formulações etimológicas sobre a palavra “pessoa” são de menor relevância para compreender sua função no direito contemporâneo. Debater os significados jurídicos reivindicados para o termo pessoa na formação do direito ocidental, porém, parece auxiliar na tarefa de investigar seu uso atual. Ou seja, é uma maneira de indagar quais normas sociais informaram as normas do direito e “desnaturalizar a norma jurídica por meio da crítica do conjunto dos elementos históricos e jusfilosóficos que participaram da sua naturalização”⁴³².

A variação no uso jurídico do termo *pessoa* e na formulação do seu significado no direito expressam o pensamento hegemônico e as disputas de cada sociedade em seu contexto político, religioso e cultural. Se em alguns momentos a ideia jurídica de pessoa refere um sujeito social *reconhecido* pelo direito – pré-existente, portanto, à gramática jurídica –, em outros, o termo expressa a *construção* de uma capacidade de agir pela gramática jurídica – formulações em que o significado jurídico participa da constituição da gramática social.

Um dos primeiros momentos de formulação da ideia de pessoa no Ocidente é a Antiguidade Clássica, compreendida entre 800 a.C. e 476 d.C. É o período em que Aristóteles afirma o sujeito como uma substância que não pode ser predicado, mas sim sujeito da predicação. A substância do sujeito seria a sua “humanidade”. Renaut⁴³³ explica como Aristóteles focava em compreender o que subsiste inalterado no sujeito, ainda que ele próprio pudesse sofrer alterações. Havia, na perspectiva de Aristóteles, uma substância subjacente sobre a qual incorrem determinações variadas em uma relação lógica de atribuição. Sujeito, nesse sentido, é “aquilo de que se afirmam, pelos enunciados de tipo predicativo, as diversas propriedades e de que se deve presumir a subs(is)tência para compreender que a coisa possa aparecer como tal ou tal”⁴³⁴.

⁴³¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84.

⁴³² BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77. p. 50.

⁴³³ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005].

⁴³⁴ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 13.

O direito ocidental produzido neste período estava ligado ao Império Romano, em que “eram sinônimos os conceitos de pessoa e de ser humano”⁴³⁵. Ou seja, o termo *pessoa* designava os seres humanos com objetivo de diferenciá-los dos animais. A expressão *persona* estava ligada ao *status* e ao exercício de um papel desempenhado na organização social. Por isso, não se dizia que os sujeitos *eram* pessoas, mas sim que eles *tinham persona (habere personam)*⁴³⁶.

Porém, na Roma Antiga, os termos *persona* e *personalitas* não carregavam uma função jurídica como é possível identificar nos ordenamentos jurídicos hoje, ou seja, não eram exatamente expressões técnicas do direito ou parte de uma dogmática jurídica. A condição de pessoa, comum a todos os seres humanos, não impedia a prática da escravização naquela organização social. Ser *persona* não protegia uma “humanidade” dos seres humanos, tampouco construía uma relação de igualdade entre as pessoas. As pessoas escravizadas, por exemplo, não dispunham de seu corpo, não constituíam parentesco e nem recebiam nome ou *cognomen*⁴³⁷.

A possibilidade de atuação jurídica dos sujeitos sociais não estava imbricada a uma ideia de pessoa, mas à atribuição de capacidade jurídica aos homens livres a partir do uso de outras figuras do direito. As funções jurídicas contemporaneamente desempenhadas pelo conceito de pessoa eram realizadas pelas ideias de *caput* e *status*. A figura do *caput* designava a possibilidade de sustentar direitos e indicava como a aquisição de direitos era determinada, ou seja, ela efetivava o *status* jurídico das pessoas⁴³⁸.

Rubens Limongi França afirmava a existência de três estados fundamentais no direito romano, o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. O *status liberatis*, ou estado de liberdade, configurava o modo de existir da pessoa livre, diferente da pessoa escravizada. A escravização impunha a *capitis deminutio maxima*, ou seja, a

⁴³⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 237–263, mar. 2017. p. 239.

⁴³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010.

⁴³⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 118, p. 281–291, jul./ago. 2018; MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010.

⁴³⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 237–263, mar. 2017. p. 239.

pessoa escravizada tinha sua capacidade jurídica reduzida ao máximo e não poderia deter qualquer direito. Segundo Limongi França⁴³⁹, “estava mesmo fora do conceito jurídico de *caput* (pessoa), sendo considerado coisa” ou *res*. Era possível perder o estado de liberdade, por exemplo, com o aprisionamento por algum inimigo.

Já o *status civitatis*, ou estado civil, era uma forma de subjetivação jurídica possível somente para a pessoa livre, ou seja, a possibilidade de ser cidadão romano. Quem não era cidadão, como as pessoas estrangeiras, não fazia jus a esse estado. Sua possibilidade de adquirir direitos era restringida com a *capitis deminutio media*. O exílio também poderia constituir a perda do estado de cidadania.

O *status familiae* ou estado familiar era um modo de subjetivação jurídica possível para a pessoa livre e cidadã enquanto chefe de uma família romana, o *pater familias*. Às mulheres e às pessoas destituídas deste estado era imposta a restrição de direitos *capitis deminutio minima*. O homem cidadão romano livre também poderia perder esse estado. Para Judith Martins-Costa⁴⁴⁰, tal configuração do estado familiar na Roma Antiga culminava no encobrimento das mulheres pela pessoa do marido, uma forma de subjetivação que persistiu até o século XVIII na Inglaterra e influenciou os juristas brasileiros do século XIX.

Os estados romanos configuravam uma espécie de nivelação da capacidade de sustentar direitos. O *status libertatis* era adquirido pelo cidadão romano ao nascer, os chamados *ingenui*, ou era adquirido juridicamente por pessoas chamadas de *liberti*. Também o *status civitatis* era adquirido pelos homens livres nascidos em Roma, os *cives* ou cidadãos. Esse estado possibilitava aos cidadãos invocar a proteção do direito civil romano (*ius civile romanorum*), forma de organização da sociedade pelo direito. As pessoas estrangeiras, ou *peregrini*, “somente podiam praticar os atos do *ius gentium* (direito das gentes)”⁴⁴¹. Parecia haver, pelo estado de cidadania, uma divisão entre a possibilidade de reivindicar o que hoje diferenciamos entre direitos políticos e civis. O *status familiae* diferenciava as pessoas em *sui iuris*, de direito próprio e consideradas independentes, e *alieni iuris*, de direito alheio, consideradas dependentes do *pater familias*.

⁴³⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Estado (Direito civil). In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 442-443. p. 422.

⁴⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010.

⁴⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estado civil. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 455-464. p. 456.

A elaboração jurídica do Império Romano sofreu novas influências já no início da Idade Média, entre anos de 476 a 1000. Boécio, um dos fundadores da Escolástica, rearranja a filosofia aristotélica a partir do cristianismo e, em 512, publica os primeiros escritos nos quais a pessoa é compreendida a partir de uma “natureza racional” no mundo ocidental. A racionalidade é afirmada por Boécio como o aspecto distintivo da pessoa em relação às demais substâncias. Para ele, eram *pessoas* o ser humano, Deus e os anjos. O termo *pessoa* designava nessa época muito mais a singularidade do que a humanidade em geral, ou seja, ser uma pessoa ainda não era uma forma de construir igualdade entre os indivíduos de uma sociedade⁴⁴².

Ainda no século VI, o imperador Justiniano I do Império Bizantino publica o *Corpus Juris Civilis*, também chamado de Digesto ou Pandectas, com o objetivo de reorganizar o antigo direito do Império Romano. No trabalho, é indicado o termo *ius* com o significado de *direito*, ou seja, “*status*, condição, no sentido aristotélico de papel ocupado pela pessoa ou coisa no organismo social”⁴⁴³. O texto não oferecia nenhuma modificação quanto ao significado jurídico da subjetivação. A possibilidade de agir no direito permanecia, no período, ligada “ao *status* que cada um ocupa, por justiça, na ordem social, teleologicamente orientada”⁴⁴⁴. A possibilidade de atuação jurídica era naturalizada como fruto de uma norma divina. O *Corpus Juris Civilis* provoca uma conexão vaga entre as ideias de *pessoa* e *indivíduo* e não fundamentava nenhuma organização social específica pelo direito.

Durante os séculos XI, XII e XIII, o pensamento jurídico ocidental também foi influenciado pelo chamado “renascimento medieval” das atuais cidades italianas. É no período que o termo *sujeito* é formulado a partir do latim escolástico *subjectum*. Seu significado referia sujeição, porque originava do latim *subjectus*, *subjectio* e do verbo *subjicere*, com os sentidos mobilizados de “colocar sob” e “submeter”. A expressão estava relacionada também ao termo grego *hypokeimenon*, usada para referir “o que está embaixo” e ao termo latino *substantia*⁴⁴⁵.

⁴⁴² MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020.

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 82.

⁴⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 82-83.

⁴⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010; MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020.

Para Judith Martins-Costa, este período foi especialmente importante para as transformações do direito no Ocidente. As cidades da renascença medieval sofriam mudanças sociais relacionadas ao comércio e à livre circulação de mercadorias. Eram formuladas novas noções sobre a vida urbana e começava a se formar uma ética do contrato, o que “minava a concepção comunitária medieval”⁴⁴⁶. Segundo a jurista, a forma contratual destacava a atividade individual na sociedade e, portanto, explicitava a ação humana de transformação do seu mundo. O novo contexto ressaltou o “poder de iniciativa” dos sujeitos, cujo significado latino *subiectus* não referia mais somente “o que está embaixo”, mas também “o fundamento”. O termo sujeito passa a designar “o autor – não só ator – do seu mundo”, quem, nas palavras de Martins-Costa⁴⁴⁷, “não mais recebe as leis, mas as formula e as fundamenta a partir da razão”.

A mudança de contexto também influencia Tomás de Aquino a recuperar em Boécio a noção de substância. Sua obra buscou a formular algo permanente e material às expensas das transformações do mundo. Para Tomás de Aquino, a substância que se mantém inerte e imodificável na pessoa é representada pela sua humanidade. Já a subsistência é o aspecto contingente, passível de alterações e capaz de delimitar a construção da pessoa. Na palavras de Rodrigo Pereira Moreira⁴⁴⁸, a pessoa segundo Tomás de Aquino “é um suposto, pois composta por sua humanidade (Substância) e sua capacidade de realização e modificação (Subsistência), possibilitando suas transformações em variados modos de ser”. Tomás de Aquino formula pela primeira vez no pensamento ocidental a ideia de pessoa imbricada a uma noção de igualdade, pois para ele a substância estaria presente em todas as pessoas e formaria “uma igualdade na humanidade”⁴⁴⁹. Tomás de Aquino também relaciona a humanidade das pessoas à ideia de dignidade e, ao mesmo tempo, generaliza e singulariza a pessoa.

Já a Idade Média Tardia, entre os anos de 1300 e 1453, é marcada por um novo movimento destas cidades, o Renascimento, o qual se estenderia até o século XVII, na Idade Moderna. No período, algumas concepções jurídicas da Antiguidade Clássica são reformuladas em razão de um novo contexto social. As noções de

⁴⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 79.

⁴⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 80.

⁴⁴⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1215.

⁴⁴⁹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1216.

personalidade como centro irradiador de direitos e de *pessoa* aparecem vagamente no trabalho de juristas, mas só serão desenvolvidas posteriormente. Durante o século XIV, Guilherme de Ockham reformula a ideia de subjetividade e Petrarca retoma a ideia de cuidado de si baseado em sua leitura de Agostinho. O momento é do “homem novo renascentista”, em que é construído na filosofia o “reconhecimento do ‘valor do homem’ como ser terrestre ou mundano, inserido no mundo da natureza e da história e capaz de forjar em si o próprio destino”⁴⁵⁰.

As ideias de originalidade, singularidade e autenticidade marcam o pensamento político no período e a individualidade é formulada como a característica fundamental do ser humano. Em outras palavras, a pessoa é “um indivíduo, aquele que tem o poder de conformar a sua própria existência ao invés de receber uma concepção de vida pré-determinada”⁴⁵¹. Se antes o pertencimento à sociedade e à natureza era um destino certo e condenatório de toda a pessoa, agora ele passa a significar “um instrumento de liberdade, pressuposto da capacidade do homem para projetar a própria e singular existência, associada à natureza e à história”⁴⁵². No direito, o termo *persona* passa a ser utilizado com uma conotação jurídica própria, segundo a qual o indivíduo poderia *possuir* a pessoa, ou seja, “a faculdade social ou a legitimação processual para atuar no mundo do direito em nome de interesses próprios, de interesses alheios, mediante mandato”⁴⁵³.

Contudo, é durante o século XV que as ideias do Humanismo Renascentista aprofundam a concepção do poder de ação dos sujeitos sobre a ordem da vida social. É na liberdade de mudança de si e do mundo à sua volta que Pico della Mirandola fundamenta a dignidade da pessoa e a relaciona com a subjetividade, a autonomia e a singularidade. Com o seu pensamento, fica reconhecida a “autonomia da pessoa humana que modela e recria a si mesma”⁴⁵⁴. Ele relaciona ser humano e autonomia a

⁴⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 81.

⁴⁵¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1220.

⁴⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 81.

⁴⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 87.

⁴⁵⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1220.

partir da precariedade humana. A dignidade é, pela primeira vez no mundo ocidental, ligada diretamente à pessoa e “não ao *status* por ela ocupado na ordem social”⁴⁵⁵.

A formulação de Charles de Bovelles sobre a singularidade da pessoa em relação à própria consciência de si também é novidade no período. Ela hierarquiza a ordem social com a superioridade da pessoa em relação à natureza, pois ela é o único ser capaz de constituir uma inteligência de si alcançável pela razão. O autor retoma a subjetividade da filosofia escolástica para rejeitar as visões da natureza ordenada pela religião. Com as bases da filosofia do indivíduo e do voluntarismo, “não existe o homem, o pai, o cidadão: existem os indivíduos”⁴⁵⁶, ou seja, é “o indivíduo concreto e não mais o gênero o ponto de partida e o objeto último do conhecimento”⁴⁵⁷.

No final da Idade Média, o pensamento jurídico também segue o mesmo rumo da filosofia do período. A influência das elaborações aristotélicas é dirimida pelo esboço de um pensamento sistemático, ou seja, a construção filosófica de categorias e a recuperação dos estudos de direito romano. Segundo Martins-Costa⁴⁵⁸, a categoria *ius*, direito, é retomada como “*actio* ou posição processual favorável detida por uma pessoa – posição essa que lhe conferia uma particular proteção do Direito”.

Na Idade Antiga, *ius* fazia referência a uma posição substantivada de papel ocupado na ordem social. Neste novo contexto, o termo *jus* ganha complexidade na sua formulação e passa a ser mobilizado para designar faculdade e ordenamento. Ele tanto organiza a sujeição social como a “habilitação do indivíduo dentro da ordem estabelecida”⁴⁵⁹. Em outras palavras, *jus* deixa de referir uma posição substantiva de capacidade de ação processual para indicar “um poder de atuação na ordem social”⁴⁶⁰.

Já no início da Idade Moderna, o pensamento jurídico ocidental é transformado pelos processos de colonização realizados por diversas monarquias europeias em outros continentes. Neste contexto, a ideia cristã de Tomás de Aquino segundo a qual “apenas os seres humanos são pessoas” é desenvolvida por juristas jusnaturalistas

⁴⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 77.

⁴⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 77-78.

⁴⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 78.

⁴⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 82.

⁴⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 83.

⁴⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 83.

espanhóis em razão das novas experiências de colonização⁴⁶¹. Também a concepção de que “todos os seres humanos são pessoas” é formulada como uma “resposta dos representantes do jusnaturalismo cristão à questão inarredável de reconhecer-se ou não os índios como pessoas”⁴⁶².

Segundo o jurista Hans Hattenhauer⁴⁶³, até o século XVI, os ordenamentos europeus não diferenciavam seres humanos e outros entes na formulação jurídica de pessoa. As concepções do direito natural e da ideia de um Deus como criador de todas as criaturas não provocavam a necessidade de construir tal diferenciação. A demanda de criar formas distintas de subjetivação jurídica só é cogitada para essas sociedades com os processos de colonização.

Conforme o autor, juristas do período lidaram pelo direito com a vontade política de exterminar pessoas indígenas como a animais não-humanos. Ainda que para a Igreja todos fossem criaturas de Deus, juristas questionavam os fundamentos das diferenças entre seres humanos e outros animais e a possibilidade jurídica de tratar como objeto os animais não-humanos. O período de formação das colônias marca então uma nova elaboração teológica da Igreja Católica sobre a ideia de pessoa e sua influência para o direito ocidental é fundamental na posterior restrição das formas de subjetivação jurídica.

Sob influência da teologia católica, juristas constroem nesse período a noção de racionalidade para fundamentar a ideia jurídica de pessoa porque a Igreja Católica passa a diferenciar os indivíduos a partir da atribuição ou não da racionalidade. Mais do que isso, essa elaboração ligava racionalidade e humanidade era determinante para a proteção jurídica. Indígenas e animais não-humanos foram considerados seres irracionais, e, portanto, não eram julgados pessoas para o direito. Com esse processo, Hattenhauer⁴⁶⁴ exemplifica como a qualidade jurídica de pessoa dava o benefício da proteção pelo direito e era atribuída a partir das escolhas políticas daquele momento histórico.

⁴⁶¹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 237–263, mar. 2017.

⁴⁶² LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 237–263, mar. 2017. p. 240.

⁴⁶³ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁶⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

Hattenhauer⁴⁶⁵ também faz notar duas correntes em disputa na compreensão da ideia de pessoa nos ordenamentos jurídicos europeus da época. Na primeira, apenas o homem é pessoa no direito, uma concepção que excluía a proteção jurídica de todo ente considerado não-humano e não obrigava a qualificação jurídica de pessoa a todos os seres humanos. Já pelo segundo entendimento, fruto da influência cristã, todos os homens são pessoas no direito e portanto gozam de proteção jurídica. Seu fundamento era a própria bíblia católica e a sua ideia de que a concessão divina da razão era feita a todos os homens. Ou seja, a Igreja passou a defender então uma ligação entre a subjetivação jurídica e a racionalidade.

Segundo Hattenhauer, a palavra *homem* para designar o gênero *pessoa* não era trivial. Ela se referia a concepções jurídicas anteriores à influência católica e ressaltava que “o fundamento das relações dos homens entre si não constitui o reconhecimento de um pertencimento comum ao gênero humano, mas a coincidência de linhagem, tribo e povo”⁴⁶⁶. Esse aspecto é importante porque destaca a prévia ligação entre a proteção jurídica da pessoa e as ideias de parentesco, etnia, raça e até mesmo uma ainda vaga concepção de nacionalidade. A subjetivação jurídica não era formulada para construir espaços de igualdade entre todas as pessoas de uma sociedade. Ela era uma ação de reconhecimento pelo direito de uma subjetivação pretensamente pré-jurídica, em que as relações sociais determinariam a qualificação no direito. Podemos dizer, no entanto, que concepções como parentesco, etnia e povo já estavam imbricadas em noções jurídicas da época e explicitavam a vontade política dos ordenamentos em restringir as possibilidades de subjetivação no direito.

Neste período anterior à influência da Igreja Católica, as relações jurídicas só eram formuladas entre pessoas de uma mesma família ou por algum vínculo de sangue. Uma determinada concepção de parentesco, portanto, era elaborada para atribuir proteção jurídica e influenciar as possibilidades de subjetivação no direito. Não havia a ideia de obrigação jurídica em relação à pessoa estrangeira, motivo pelo qual era possível inclusive matá-la sem consequências jurídicas. Para o autor, a frequente aniquilação de povos inteiros na época não poderia ser reconhecida como genocídio no sentido do direito moderno, “pois além da própria comunidade, não havia relações

⁴⁶⁵ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁶⁶ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 15, tradução minha.

legais com povos e inimigos estrangeiros”⁴⁶⁷. Não havia sido elaborada uma ideia jurídica de pessoa com pretensão de universalidade.

A influência da Igreja Católica altera a formulação de pessoa nos ordenamentos europeus da época. A subjetivação jurídica passa a ser estendida a todos os seres humanos, ou seja, a toda a *humanidade*. Essa mudança de compreensão tornou a “condição humana” o único requisito necessário para a prerrogativa de ser pessoa no direito. O cristianismo influencia a primeira formulação da subjetivação jurídica no mundo ocidental europeu capaz de construir a ideia de igualdade perante a lei. Outras caracterizações sociais, antes tão presentes na elaboração da ideia de pessoa no direito, como “fé verdadeira, consciência correta, linhagem adequada, sexo, posição privilegiada ou origem”⁴⁶⁸, passaram a não modificar a subjetivação jurídica.

A nova questão provocada pela Igreja Católica, no entanto, era a possibilidade de nem todas as pessoas possuírem de fato uma “razão constitutiva da condição humana”⁴⁶⁹, o que colocou em questão o próprio direito natural. Para justificar essa nova forma de atribuição do sentido de pessoa no direito a partir da racionalidade, surgem então as formulações pelas quais o homem individualmente não poderia ser uma pessoa senão em razão de sua interação social com outros homens. No direito natural romano do século XVII, Hattenhauer⁴⁷⁰ ressalta, a concepção de homem surge concomitantemente à ideia de sociedade e de responsabilidade com os demais, ou seja, a formulação mais universal de uma relação de direitos e deveres.

O período também é marcado, de outro lado, por diversas novas contribuições jurídicas. Uma delas, fundamental para a ideia de pessoa no direito ocidental, foi a distinção entre o direito divino e direito natural elaborada por Philippe Melancton. O autor defendeu um fundamento independente, natural e racional para a lei natural. Já Johannes Althusius elabora a teoria do contrato social, o “pacto fundador expresso ou tácito de onde derivam os direitos de que carece o indivíduo isolado, portador, porém, de uma natural sociabilidade”⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 16, tradução minha.

⁴⁶⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 16, tradução minha.

⁴⁶⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 17, tradução minha.

⁴⁷⁰ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 84.

Do mesmo modo, Donellus formula um humanismo jurídico, segundo o qual entre o que ele chamou de “os direitos que são nossos” estão “aqueles que recaem sobre a própria pessoa e os que incidem sobre coisas externas”⁴⁷². Os primeiros ele denominou de *iura in persona ipsa*, e suas quatro manifestações essenciais seriam o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à dignidade. Começava, no período, o germe dos direitos da personalidade⁴⁷³.

É também o período histórico em que o jurista Hugo Grotius relaciona o direito às ciências matemáticas com o objetivo de encontrar “verdades jurídicas inatas” e construir a autonomia do direito. Grotius pretendia afastar o direito “do mundo empírico para construir categorias tão ideais quanto abstratas, então se iniciando o desenho de um sistema lógico-dedutivo”⁴⁷⁴.

Por fim, Thomas Hobbes elabora a concepção do direito subjetivo à liberdade individual, mas cuja atribuição e guarda é de responsabilidade do Estado. Hobbes compôs a concepção jurídica da pessoa como indivíduo que informará os movimentos posteriores do constitucionalismo e da codificação no direito ocidental. Ele altera a ideia estatutária de pessoa, ou seja, de pessoa como “possessão de um estado” para relaciona-la à individualidade humanista. Segundo Judith Martins-Costa⁴⁷⁵, a noção de indivíduo como pessoa “passará a designar o ‘ator jurídico’, isto é, o sujeito de direitos, e de direitos não por acaso denominados “direitos subjetivos”, o primeiro deles sendo o domínio, ou propriedade”. Para Martins-Costa⁴⁷⁶, portanto, foi Thomas Hobbes o “responsável pela identificação entre pessoa, indivíduo e sujeito de direitos” no direito ocidental.

Essa conexão entre humano, indivíduo, pessoa e sujeito de direitos é fruto do início da formação do capitalismo e do interesse na circulação de mercadorias entre as pessoas. Nos termos de Martins-Costa⁴⁷⁷, ser uma pessoa no direito significava eminentemente “ter direito de propriedade e autoridade para fazê-la circular na ordem

⁴⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 84.

⁴⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010.

⁴⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 84.

⁴⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 88.

⁴⁷⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1221.

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 88.

sócio-econômica por meio do exercício de um direito subjetivo, direito dos sujeitos viventes no mundo regado pelo Direito”.

Como o próprio direito liberal, porém, a subjetivação jurídica abre possibilidades jurídicas além de seu fundamento inicial. Ela constrói um espaço de poder e atuação individual para além do mercado e da vida econômica. Em outras palavras, ela contém um potencial de liberdade para a atuação na própria subjetivação. No período, esse germe aparece na concepção de “sujeito de Direito como ser dotado de capacidade para atuar na ordem jurídica assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades”⁴⁷⁸.

Somente entre os séculos XVI e XVIII, sob a influência do Iluminismo, o direito das sociedades europeias atribuiu às pessoas estrangeiras direitos originários, em um processo de laicização das perspectivas da Igreja Católica pelas novas formulações de direito natural. Hattenhauer⁴⁷⁹ destaca como, a partir de então, os ordenamentos jurídicos passaram a determinar que o homem possuía desde seu nascimento direitos inalienáveis, anteriores a qualquer poder do Estado e que deveriam ser respeitados por todos.

O período é influenciado pelas concepções filosóficas de René Descartes sobre o sujeito. Segundo Renaut, o autor desloca o foco da pergunta sobre o que é o sujeito para a questão “quem sou eu”. A mudança no uso do termo é realizada a partir da segunda metade do século XVII e “o sujeito passa a designar aquilo a que Descartes chamava a substância pensante”⁴⁸⁰. A razão deixa de ser um atributo inquirido apenas para considerar o indivíduo uma pessoa no direito, mas é formulada como o próprio núcleo do processo de subjetivação. Portanto, o sujeito passa a ser entendido como um ente dotado de racionalidade. Nas palavras de Alain Renaut⁴⁸¹, um “sujeito cuja subjetividade reside especialmente na capacidade para ser consciente de si mesmo e do mundo”.

O pensamento filosófico passa a expressar mais estreitamente o individualismo presente nas relações sociais do período. A passagem do absolutismo também marca a história do direito das sociedades europeias. Nas palavras de Anderson Schreiber⁴⁸²,

⁴⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 89.

⁴⁷⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁸⁰ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 14.

⁴⁸¹ RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005]. p. 14.

⁴⁸² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2-3.

“como único poder capaz de frear os instintos egoístas do ser humano”, a presença do Estado era defendida como “necessária para controlar a natural tendência dos homens ao conflito”⁴⁸³. As teorias jurídicas ainda eram muito determinadas pelo direito divino e pelo jusnaturalismo.

Se *pessoa* era uma expressão de herança romana, o termo *personalidade* é um neologismo nascido com o Iluminismo no fim do século XVIII. Nas palavras de Hattenhauer⁴⁸⁴, “a personalidade era então a força com a qual os defensores da filosofia iluminista substituíram a autoridade oficial”. Por trás dessa concepção, havia um entendimento crítico de que o rei deveria ganhar a *personalidade de monarca* por mérito pessoal, não por antecedentes régios. A personalidade substituía a autoridade oficial e era usada para formular uma distinção entre as pessoas. Para Hattenhauer⁴⁸⁵, a personalidade uma elaboração ética, porque era fruto da concepção de Immanuel Kant em seu livro *Crítica da razão prática*, e não em sua teoria do direito. Conforme o jurista, portanto, *pessoa* seria um conceito jurídico enquanto *personalidade* seria uma qualidade ética, a capacidade para liberdade que deveria se desenvolver na pessoa. A diferenciação operada pela inclusão do termo *personalidade* no direito subordinou a pessoa à sua própria personalidade segundo Hattenhauer. Em consequência, o conceito de pessoa deixa de ser o valor supremo do direito ocidental em detrimento de uma concepção ética de personalidade. Para Hattenhauer, jusnaturalistas do período pretendiam expressar a fé na liberdade do indivíduo com a definição do conceito de pessoa, mas essa ideologia da liberdade teria transbordado do conceito jurídico.

De qualquer forma, a perspectiva kantiana de pessoa era centrada na sua elaboração sobre a autonomia da vontade. Para ser racional e apresentar validade para o próprio sujeito, ela precisa atuar, ao mesmo tempo, como uma lei universal para todas as pessoas. Ou seja, nas palavras de Rodrigo Pereira Moreira, “para poder ser concebida uma legislação da vontade que determina a si mesma, é preciso que esta mesma legislação também possa ser considerada de forma universal”⁴⁸⁶. Para Kant, a razão é a qualidade distintiva da pessoa e a sua autonomia é o fundamento

⁴⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

⁴⁸⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 21, tradução minha.

⁴⁸⁵ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁸⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1224.

de sua dignidade. Sua concepção de pessoa, portanto, “é um ser racional, autônomo, livre e dotado de dignidade”⁴⁸⁷.

A definição de pessoa elaborada por Immanuel Kant também passa a informar as teorias do direito da época. A pessoa em Kant, segundo Hattenhauer⁴⁸⁸, é “aquele sujeito cujos atos podem ser imputados” e que “não está submetida a outras leis que não as que se deu a si mesma sozinha ou junto com outras pessoas”. A razão, antes o próprio fundamento da ideia de pessoa, é dirimida para dar lugar à capacidade da pessoa de responsabilização pelos seus atos. A ideia civil de liberdade é formulada então pela faculdade subjetiva de responsabilização das concepções kantianas. Segundo Hattenhauer⁴⁸⁹, Kant também passou a utilizar *sujeito* para referir a “pessoa em um marco jurídico predeterminado”, e converteu a formulação de pessoa em sujeito jurídico.

Os debates kantianos influenciaram a formulação jurídica da condição humana na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Seu primeiro artigo estabelece a todas as pessoas humanas liberdade e igualdade de direitos desde seu nascimento. No contexto, a liberdade, a igualdade e a razão, próprias da concepção de humanidade de Kant, “convertem-se, então, nos signos do sujeito do direito forjado a partir do pensamento moral da ilustração que distinguem, no mesmo movimento, a dimensão ética da representação do pacto político e da legalidade instituída”⁴⁹⁰.

Pouco tempo depois dos trabalhos de Kant, é a contribuição de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que influencia a subjetivação jurídica. O filósofo destaca como *pessoa* não é um atributo dado pelo nascimento natural, mas sim um processo que ocorre em interação com a sociedade. Ou seja, a pessoa não carrega consigo uma definição dada, mas ela é construída com a própria experiência intersubjetiva. Segundo Hegel, a atribuição de subjetividade não demanda da pessoa uma qualidade específica e própria. O reconhecimento recíproco, fruto da igual liberdade entre as pessoas, é suficiente para a subjetivação. Sua perspectiva é fundamental para as formulações

⁴⁸⁷ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1225.

⁴⁸⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 18, tradução minha.

⁴⁸⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 19, tradução minha.

⁴⁹⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 22, n. 42, p. 53–64, 2001. p. 55.

atuais de pessoa no direito, porque ressalta a construção do sujeito a partir de um exercício dialético de vontade que considera o outro⁴⁹¹.

Neste contexto do século XVIII, os debates jurídicos no Brasil eram muito escassos. Desde sua publicação em 1603, as Ordenações Filipinas eram as principais normas jurídicas do país. Fruto da dominação espanhola no território português, elas formavam uma legislação para o Portugal do século XVII. Seu deslocamento no tempo representava, segundo Orlando Gomes⁴⁹², a “presença da Idade Média nos tempos modernos” com formulações jurídicas jusnaturalistas e de “reação contra o direito canônico”.

Na Europa, já no final da Idade Moderna, o Iluminismo começa a influenciar a elaboração do significado jurídico de pessoa. Juristas desenvolvem, no período, o jusracionalismo, uma teoria secular do direito natural segundo a qual as formulações religiosas são afastadas dos fundamentos do direito. Estes trabalhos são inspirados pelo estudo do direito romano na baixa Idade Média. O fim deste momento histórico também marca nos ordenamentos jurídicos ocidentais a noção de sujeito de direitos “como ser dotado de capacidade para atuar na ordem jurídica assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades”⁴⁹³.

A partir das revoluções burguesas da Europa no século XVIII, o Estado passa a ser compreendido como uma ameaça às relações econômicas livres e, por isso, os usos sociais do direito são direcionados ao controle do Estado. A gramática jurídica passa a ser influenciada pelos ideais políticos do liberalismo reivindicados pela sociedade para preservar a segurança nas relações sociais e econômicas. O projeto liberal é explicitado no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada na França em 1789, a qual prevê a liberdade das pessoas de forma ampla desde que suas ações não prejudiquem outrem.

Segundo Anderson Schreiber⁴⁹⁴, juristas da época elaboraram “um espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado”. O período de revoluções burguesas também influencia os processos de codificação nos ordenamentos jurídicos da Europa

⁴⁹¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1226.

⁴⁹² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 4.

⁴⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010. p. 89.

⁴⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

continental, em que o foco da atuação jurídica era “a regulação da propriedade, da herança, dos negócios, do comércio e da família”⁴⁹⁵.

Já no século XIX, com a revolução industrial, o direito liberal da classe burguesa mantinha o direito e o Estado afastados dos conflitos sociais e principalmente das relações entre pessoas particulares. Os contratos eram regulados como frutos do livre acordo de vontades, e, por essa razão, eram tomados como justos por definição. A consequência social dessa forma jurídica era explícita. Por boa parte das sociedades europeias, “trabalhadores egressos do campo sujeitavam-se a condições aviltantes de moradia e trabalho”⁴⁹⁶.

A palavra *pessoa* passou a ser cada vez menos utilizada no direito do período. Hattenhauer⁴⁹⁷ entende que a luta contra o direito natural foi esquecida, pois suas vitórias tornaram-se obviedades. Para ele, há uma mudança dogmática a partir da perspectiva funcionalista da doutrina da capacidade jurídica, ou seja, da capacidade da pessoa ser portadora de direitos e deveres. Os termos *pessoa*, *sujeito de direito* e *capacidade jurídica* passaram a ser utilizados indistintamente. Mais do que isso, *pessoa* aparece na gramática jurídica como uma “função do direito”. Ela não era mais considerada um conceito jurídico supremo, mas apenas um nexos entre direitos e obrigações. Nesse período, “a importância da pessoa”, afirma Hattenhauer⁴⁹⁸, “era ser capaz de ter direitos”.

O principal jurista do século XIX é o alemão Friedrich Carl von Savigny, para quem o sujeito das relações jurídicas é definido pela capacidade jurídica. As pessoas não eram mais consideradas o fundamento do direito, pois “o que era decisivo nelas era exclusivamente a qualidade que garantia sua aplicabilidade nas relações jurídicas: capacidade jurídica”⁴⁹⁹. Suas elaborações de fundo determinista sobre um “direito historicamente revelado” e sobre “relações jurídicas pré-estabelecidas” construíram a primazia da ordem jurídica sobre os processos de subjetivação.

⁴⁹⁵ RIOS, Roger Raupp. Por um direito democrático da sexualidade. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 79–117. p. 90-91.

⁴⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

⁴⁹⁷ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁴⁹⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 19, tradução minha.

⁴⁹⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 20, tradução minha.

Como representante da Escola Histórica, Savigny defendia que o direito não era produto da razão humana, mas que ele se desenvolve na história “de acordo com os fenômenos sociais”⁵⁰⁰. Por formular essa naturalidade da construção jurídica, o autor era contrário ao movimento de codificação do direito civil. Além disso, ele fazia uso frequente em sua obra da expressão *sujeito de direitos* para identificar a pessoa humana dotada de capacidade jurídica. Sua intenção não era sinonimizar as expressões, mas identificar a pessoa somente nos casos em que tivesse qualidade para fazer parte de uma relação jurídica.

Nem todas as pessoas, pela concepção de Savigny, poderiam participar das relações jurídicas, somente as pessoas tornadas sujeitos de direito com a atribuição de capacidade jurídica pelo ordenamento jurídico. Sua teoria enfatiza no direito a relação intersubjetiva em detrimento das pessoas, ou seja, torna “a relação jurídica o principal instrumento de definição de direitos, deveres e sujeição assumidos pela vontade do próprio sujeito de direitos”⁵⁰¹. O conceito de pessoa é aqui marcado pela perspectiva patrimonialista da relação jurídica e transforma a subjetivação jurídica em um recurso técnico vazio de significado jurídico. Posteriormente, a teoria da relação jurídica de Savigny influenciou a Escola dos Conceitos, também denominada de pandectística alemã.

Já em 1804 é promulgado o Código de Napoleão ou o Código Civil francês, “o que mais larga e penetrante influência exerceu sobre a codificação do Direito Civil nos países da civilização ocidental” nas palavras de Orlando Gomes⁵⁰². A legislação expressava o triunfo da Revolução Francesa com a consolidação dos seus ideais políticos na organização da vida privada. Com o fim do antigo regime, o Código de Napoleão representava um instrumento do progresso social na França. O sentimento geral de juristas do período era de satisfação com os valores e as normas destacadas na legislação. Sua impressão era de que o Código fora capaz de reunir todo o direito civil francês. Portanto, sua aplicação deveria buscar responder apenas à intenção do

⁵⁰⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1229.

⁵⁰¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1231-1232.

⁵⁰² GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955]. p. 123.

legislador. Em outros termos, juristas da França passaram a defender como sua principal tarefa a interpretação textual do Código de Napoleão⁵⁰³.

Essa percepção provoca a formação da Escola da Exegese por Charles Aubry e Frédéric-Charles Rau, uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista no direito ocidental. A partir de um culto ao texto do Código, à sua infalibilidade e à vontade e onipotência do legislador, a Escola da Exegese reduz a função jurídica à interpretação legal, o que provoca necessariamente, para Orlando Gomes⁵⁰⁴, uma “estatolatria” e o “monismo das fontes do Direito” no contexto francês. A ausência de trabalho crítico de juristas colaborou para o rápido desgaste do instrumental jurídico. E já na última década do século XIX, a “dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais”⁵⁰⁵ era explícita.

Ainda na segunda metade do século XIX, países europeus formularam a noção jurídica de *personalidade* a partir da distinção de dois aspectos, um caráter subjetivo relacionado à “capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações”⁵⁰⁶, e uma dimensão objetiva, em que o direito apresenta um “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”⁵⁰⁷. Os ordenamentos formulam então uma cisão entre o aspecto político-jurídico de responsabilização dos sujeitos e a dimensão de proteção da subjetivação. O caráter protetivo da personalidade é relacionado a caracterizações naturalizadas da pessoa e dá origem aos direitos da personalidade.

Em 1866, o jurista alemão Georg Carl Neuer propôs que a capacidade jurídica seria uma condição prévia (de direito público) para o direito da personalidade. Ou seja, só as pessoas juridicamente capazes possuiriam direito de personalidade e todos os demais possuiriam direitos privados. Baseado em suas leituras de Savigny e Kant, Neuer cunhou a expressão *direito da personalidade*⁵⁰⁸. Posteriormente, a expressão também foi utilizada na França por juristas de posição jusnaturalista com o objetivo de

⁵⁰³ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955].

⁵⁰⁴ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955]. p. 124.

⁵⁰⁵ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955]. p. 121.

⁵⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

⁵⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

⁵⁰⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

“designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado”⁵⁰⁹.

O objetivo de juristas liberais da época era enraizar a liberdade jurídica das pessoas no direito apesar de sua ausência nos textos constitucionais. Os direitos da personalidade no direito privado formulavam uma personificação desejada pela classe burguesa ainda sem muito espaço no direito público. Por essa razão, os direitos da personalidade ganharam caráter constitucional mesmo sem receberem previsão nas constituições. Era uma forma de destacar sua importância no ordenamento jurídico ainda que a mudança da constituição não fosse possibilitada.

Contudo, segundo Hattenhauer⁵¹⁰, o conceito de direito da personalidade nunca encontrou uma base teórica sólida, e “as palavras *pessoa, personalidade e direito da personalidade* continuaram sombriamente entrelaçadas, e todas poderiam ter significados idênticos”. Os direitos da personalidade eram formulados como essenciais à pessoa e sua humanidade, “sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa”⁵¹¹. Com um caráter tão fundamental, os direitos da personalidade foram determinados como absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis.

Além disso, a previsão dos direitos da personalidade nos materiais jurídicos dos ordenamentos europeus explicitou a compreensão da época sobre a rigidez e os limites dos processos de subjetivação. Os direitos da personalidade, para além de constituírem lugares de proteção das pessoas em face do Estado e conterem relações de exploração, passaram a ser interpretados de forma essencialista como a expressão de um “núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana”⁵¹².

Hattenhauer⁵¹³ explica que a ideia de um direito geral de personalidade surgiu em 1895 com Otto von Gierke, para quem os direitos da personalidade estariam na esfera de direito privado e garantiriam ao sujeito um domínio sobre sua própria esfera de personalidade. Não seriam, contudo, o mesmo que um direito geral de personalidade, o qual consistiria em uma reivindicação geral garantida por ser uma

⁵⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

⁵¹⁰ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 22, tradução minha.

⁵¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

⁵¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

⁵¹³ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

pessoa no ordenamento jurídico. Seu objetivo era garantir novas formas de proteção jurídica mesmo sem previsão legal. A doutrina de um direito geral de personalidade conferia um valor de reserva no silêncio da legislação sem preocupação com a tipicidade dos direitos. Conforme Hattenhauer⁵¹⁴, no entanto, o direito geral de personalidade não produziu efeitos na prática. Com a construção do Código Civil alemão no século XIX, é rechaçada a teoria de um direito geral de personalidade e incorporada a teoria de Savigny, em que a expressão *pessoa* é substituída pela capacidade jurídica.

Todas as transformações jurídicas do século XIX não foram imediatamente vividas no direito brasileiro em razão da sua permanência legislativa das Ordenações Filipinas. Segundo Orlando Gomes⁵¹⁵, isso “impediu que o país se integrasse no movimento de renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais no século XIX”. Mesmo com a proclamação da Independência do Brasil, em 1822, o primeiro processo de codificação no Brasil só seria concluído em 1916, ou seja, no século seguinte.

Apesar da ordem da Constituição brasileira de 25 de março de 1824 para a organização de um Código Civil para o país, “sobreviveu a República, em 1889, sem se ter realizado a reforma legislativa de base, aspirada desde a proclamação da Independência”⁵¹⁶. Ou seja, as Ordenações Filipinas, embora alteradas, perpassaram o movimento de independência e a queda do Império no Brasil. Nas palavras de Orlando Gomes, “em pleno século XX, a nossa legislação civil continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603”⁵¹⁷.

O direito brasileiro permanecia subjugado às escolhas jurídicas portuguesas para a sua colônia. Enquanto grande parte dos ordenamentos jurídicos da Europa expressava as transformações de suas sociedades, no mesmo período, a gramática jurídica do direito no Brasil não articulava sua nova condição republicana. Ao contrário, ela destacava a perene sociedade colonial baseada no trabalho escravo do país.

⁵¹⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁵¹⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 3.

⁵¹⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 8.

⁵¹⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 8.

Durante o Império, houve três tentativas de codificação da legislação brasileira. O trabalho de Teixeira de Freitas em 1859, a obra de Nabuco de Araújo em 1872 e o empreendimento de Felício dos Santos em 1881. Em 15 de fevereiro de 1855, o governo imperial do país atribuiu a Teixeira de Freitas a consolidação das leis civis. O jurista deveria “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Brasil”⁵¹⁸ para um produzir um material preparatório da codificação. Segundo Orlando Gomes, o chamado *Esboço* de Teixeira de Freitas foi um marco fundamental para o direito brasileiro porque, “por seu intermédio, o Direito português conservou-se no Brasil”⁵¹⁹.

Apesar de não ter sido finalizada, a obra do jurista influenciou e facilitou a obra do codificador anos mais tarde. Em seu *Esboço*, Teixeira de Freitas utiliza os conceitos de *pessoa* e de *sujeito de direitos* como sinônimos, pois não diferencia a pessoa como ser humano e o sujeito de direitos como pessoa com capacidade jurídica, consoante a então corrente teoria de Savigny. Para o autor, “toda pessoa já poderia ser titular de direitos e a capacidade jurídica era apenas relativa à possibilidade de aquisição de direitos específicos”⁵²⁰.

O trabalho de Teixeira de Freitas foi baseado fundamentalmente no direito civil oitocentista, a teoria geral do direito civil europeu do século XIX, e influenciou a codificação civil brasileira de 1916 realizada mais tarde pelo jurista Clóvis Beviláqua. Sua concepção da subjetivação jurídica com foco restrito ao aspecto técnico-operativo do conceito de sujeito de direitos também fica explícita no Código de 1916. Outra figura jurídica que chama a atenção no código é a presença do *status* do direito romano⁵²¹.

Para Teixeira de Freitas a identificação entre pessoa e sujeito de direitos era fruto da própria “humanidade” da pessoa, a qual já garantia a condição de sujeito de direitos no ordenamento jurídico. Contudo, para Beviláqua, a correspondência dizia respeito à identificação entre personalidade e capacidade jurídica. Nas palavras de

⁵¹⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 11.

⁵¹⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 12.

⁵²⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1234.

⁵²¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Rodrigo Pereira Moreira⁵²², “como todos os homens possuíam capacidade de direito todos seriam pessoas”.

A inspiração de Teixeira de Freitas na teoria geral do direito civil da Europa do século XIX também é identificada na formulação da subjetivação jurídica no direito brasileiro. A partir da teoria da relação jurídica de Savigny e do viés patrimonialista de Aubry e Rau, a dogmática jurídica do direito civil brasileiro foi elaborada com foco nas relações patrimoniais da pessoa⁵²³. Não há uma proteção jurídica mais complexa da pessoa no Código Civil de 1916, somente a previsão da possibilidade de fazer parte das relações de direito⁵²⁴.

Para Orlando Gomes⁵²⁵, a sociedade colonial brasileira era “dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática”, porque foi constituída a partir de um modo de organização social que impedia a sua politização. A elite política era representada por famílias com propriedades territoriais e monopólio do poder econômico. As classes intelectuais respondiam à essa elite de forma subserviente e agiam na defesa de seus interesses. O Código Civil de 1916, segundo Orlando Gomes, sofre influência determinante dos costumes dessa sociedade. Em seus termos, ele “constitui, em pleno século XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica lusitana do que a que pode representar o próprio Código Civil português promulgado cerca de cinquenta anos antes”⁵²⁶.

Além disso, o Código expressa o período em que foi elaborado, pois carrega os interesses privatistas da elite política patriarcal, o que foi denominado por Orlando Gomes de “privatismo doméstico”⁵²⁷. A legislação expressa a preocupação marcante com o círculo social da família e a “filosofia e os sentimentos da classe senhorial”⁵²⁸ do contexto brasileiro. Para Orlando Gomes, contudo, o Código é fruto mais de uma imagem idealizada da elite letrada do que de uma representação adequada da vida social no país.

⁵²² MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020. p. 1236.

⁵²³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

⁵²⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020.

⁵²⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 18.

⁵²⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 10.

⁵²⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 14.

⁵²⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 22.

Ainda que apresentasse perspectivas de justiça também presentes nos códigos europeus, o direito do Código Civil de 1916 não considerava as condições de vida e as necessidades de grande parte da população brasileira no período, em particular, das pessoas escravizadas ou em condições de extrema exploração pelas elites coloniais agrárias. Nas palavras de Orlando Gomes⁵²⁹, “a população em geral era pobre, na sua maioria, mas eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não eram operários rurais ou fabris”.

Em acordo com fazendeiros, os comerciantes eram responsáveis pelo mercado internacional e interno dos insumos agrários no país. Portanto, também dependiam dos interesses da elite do campo. A classe média era escassa e com pouco poder econômico. Estava ligada a cargos burocráticos viabilizados pela urbanização recente de algumas regiões do país. Conforme Orlando Gomes⁵³⁰, “a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos”.

A exploração de riquezas agrícolas pelos proprietários de terra para o comércio externo possibilitou aos poucos a formação de uma burguesia mercantil focada na importação de mercadorias e especialmente atuantes no litoral do país. No geral, a economia brasileira foi mantida em seu aspecto colonial ainda no início da República. Para Orlando Gomes⁵³¹, tanto a elite agrícola quanto a burguesia mercantil estavam interessadas em manter o Brasil subdesenvolvido “porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam”.

Somente com a abolição da escravatura e os efeitos sociais posteriores da Proclamação da República, o país passou a ser palco de conflitos mais explícitos na política institucional. Para Orlando Gomes⁵³², “a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação”. No entanto, a elite agrária não estava interessada em qualquer ação de fundo liberal que pudesse dirimir seus privilégios na sociedade. O regime político representativo da

⁵²⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 22.

⁵³⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 25.

⁵³¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 26.

⁵³² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 29.

época era desconfigurado pela prática do coronelismo, a qual mantinha assegurados os interesses dos proprietários de terra e também o sistema de franquias da burguesia mercantil.

O desenvolvimento de uma classe média no Brasil só ocorre com a urbanização provocada pela expansão do comércio de produtos agrícolas a partir da construção de portos para escoar os produtos para o comércio exterior. No período da República, são criadas Escolas Superiores nas cidades litorâneas, o que estimula a formação de uma classe média voltada aos serviços militar e burocrático. A elite agrária recrutava entre essa classe pessoas de confiança para administrar o Estado, o que provocou uma postura conservadora desse grupo social⁵³³.

O jurista Orlando Gomes ressalta como o Código Civil de 1916 está mergulhado na realidade social deste período no país. Obra de homens brancos da classe média, mas de confiança da elite agrária, a legislação enfatizava, nas palavras do autor, a “preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção”⁵³⁴. Para Orlando Gomes⁵³⁵, essa também foi a postura conservadora de Clóvis Beviláqua, que “assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social”.

No outro lado do Atlântico, as transformações sociais inspiravam as mudanças nos ordenamentos jurídicos europeus. Já em meados do século XX, Hans Kelsen formulou sua *Teoria Pura do Direito* e construiu uma nova função para a subjetivação jurídica. Kelsen formula o significado jurídico de pessoa diretamente ligado à figura do sujeito de direitos, ou seja, o indivíduo portador de direitos subjetivos. Para o jurista, no entanto, esse conceito foi criado “essencialmente para a figura do proprietário”⁵³⁶.

Na elaboração de sua Teoria Pura, Kelsen identifica a relação jurídica como um modo de interpretar as relações sociais. A relação jurídica, para ele, é uma “‘relação de vida’, que experimenta, através do direito, apenas sua delimitação exterior”⁵³⁷.

⁵³³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

⁵³⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 30.

⁵³⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948]. p. 37.

⁵³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 134.

⁵³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 136.

Sobre esse aspecto, poderíamos dizer, a teoria kelseniana dialoga com a perspectiva de Robert Cover sobre as camadas de significado jurídico das relações sociais⁵³⁸. Em especial, Kelsen enfatiza o contexto em que as relações são praticadas. É famosa a passagem de sua obra em que o autor debate os significados jurídicos possíveis de ações humanas corriqueiras:

Em um salão se encontram seres humanos que discursam, alguns deles se levantam de seus lugares, outros permanecem sentados; esse é o evento exterior. Seu sentido é: foi aprovada uma lei. Um homem em um lugar elevado, vestindo uma toga, profere palavras sobre um ser humano que está diante dele. Esse evento exterior tem o significado de uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, o outro responde com uma carta-resposta; isso significa: eles celebraram um contrato. Alguém causa a morte de outrem por meio de uma ação qualquer; isso significa, juridicamente, um homicídio⁵³⁹.

A teoria de Kelsen reconhece a concepção de sujeito de direito ou mesmo de pessoa apenas como “um recurso artificial de pensamento”, ou seja, “um conceito auxiliar que o conhecimento jurídico criou [...] com o fim de representar o material a ser apreendido”⁵⁴⁰. Também a ideia de pessoa, para Kelsen, expressa somente uma unidade personificadora de um “feixe de deveres jurídicos e autorizações”⁵⁴¹. O jurista não identifica o ser humano com a concepção jurídica de pessoa, pois afirma que a pessoa no direito “expressa apenas a unidade de uma pluralidade de direitos e deveres, ou seja, a unidade de uma pluralidade de normas que estatuem esses deveres e direitos”⁵⁴².

Apesar aparente semelhança com a teoria da relação jurídica de Savigny, a Teoria Pura kelseniana não liga a subjetivação jurídica somente a uma posição nas relações de direito. Kelsen formula *pessoa* o como um conceito propriamente jurídico, ou seja, o núcleo de um regime jurídico próprio. As ações e omissões do ser humano, seu comportamento ou mesmo sua personalidade jurídica, para Kelsen, constituem

⁵³⁸ FLORES, Maurício Pedrosa. *Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover*. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

⁵³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 100.

⁵⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 142.

⁵⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 142-143.

⁵⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 144.

somente o conteúdo de normas jurídicas organizadas em torno da figura jurídica da pessoa. Em suas palavras, “o comportamento humano não pode ser outra coisa senão o comportamento de seres humanos individualizados”⁵⁴³.

Alguns anos após a formulação de Hans Kelsen, com a tomada do nacional-socialismo na Alemanha, a doutrina da pessoa foi marcada pela convicção de que o indivíduo era apenas uma “função de condicionante social”. Nas palavras de Hans Hattenhauer⁵⁴⁴, “o adeus ao conceito iluminado-burguês de pessoa ocorreu no direito público, e os primeiros a perdê-lo, junto com os judeus, foram os comunistas, que logo seriam marginalizados”.

No regime do Reich, era considerada *pessoa* apenas o “nacional de sangue alemão ou afim”. Como a nacionalidade constituída por origem e não pelo nascimento no território alemão, o sistema de capacidades jurídicas escalonadas retorna ao direito da Alemanha. Era explícito, segundo Hattenhauer⁵⁴⁵, que essa nova normativa estava dirigida em especial para as pessoas nacionais alemãs de origem judaica. No entanto, o Reich não desejava prescindir de sua força de trabalho e então retirou das pessoas judias seus direitos políticos. Normas que constituíam esse âmbito de “não-pessoas”, como afirma o jurista, aumentaram com o desenrolar da Segunda Guerra Mundial para incluir todas as pessoas a quem Hitler queria matar. Pessoas que eram consideradas pessoas apenas no limite de sua força de trabalho.

Em 1942, o projeto de um novo código civil alemão não apresentava a palavra *pessoa*. Em seu lugar, constava a expressão “*der Volksgenosse*” (o camarada). Nas palavras de Hattenhauer⁵⁴⁶, “a doutrina nacional-socialista do dever trouxe todos os direitos imagináveis do camarada”, mas não só, sua influência também “evitou no projeto a palavra ‘capacidade jurídica’, substituindo-a por ‘posição jurídica’”. Para o Hattenhauer, a expressão *posição jurídica* indicava uma determinada situação dos indivíduos na totalidade da sociedade como um todo coeso e coerente, uma unidade. Ou seja, foi necessário o afastamento do conceito de pessoa e a defesa de uma

⁵⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939]. p. 145.

⁵⁴⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 24, tradução minha.

⁵⁴⁵ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

⁵⁴⁶ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 25, tradução minha.

sociedade homogênea para fundamentar a prática de um sistema de capacidades jurídicas escalonadas.

Hattenhauer explica como, após 1945, juristas alemães passaram a defender a primazia do indivíduo sobre a sociedade sem retornar à doutrina liberal-iluminista expressa pelo termo *pessoa*. “No seu lugar”, analisa o autor, “os juristas, eticamente purificados, buscaram sua salvação em uma exegese constitucionalista do Código Civil”⁵⁴⁷. Em 1950, o jurista alemão Heinrich Hubmann elabora um direito geral da personalidade e o diferencia da capacidade e da personalidade jurídica. Para Hubmann, a capacidade jurídica era o reconhecimento da pessoa como ser autônomo e a personalidade era o seu contínuo aperfeiçoamento, sua possibilidade de adquirir valores. Hattenhauer afirma que o judiciário alemão desejava reparar o período do regime nazista e entendia como sua missão principal a proteção dos direitos humanos. Em seu entendimento, o judiciário escolheu então estabelecer a doutrina do direito geral de personalidade, uma proteção de valores sem maior elaboração teórica. Se, por um lado, não havia um conceito inequívoco de direito da personalidade, por outro estava abandonada a *pessoa* como um conceito jurídico.

Para Anderson Schreiber⁵⁴⁸, os eventos históricos das guerras mundiais, do holocausto e o disparo das duas bombas atômicas no Japão formaram uma “sensação tão generalizada de fragilidade” das sociedades ocidentais que provocou o interesse de juristas em recuperar a teoria dos direitos da personalidade no século XX. Segundo Schreiber⁵⁴⁹, o novo contexto político e social era de “anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade”.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas retoma o uso do termo *pessoa* em conjunto com a expressão *ser humano* no contexto jurídico. O afastamento da interferência estatal proposta pelo liberalismo jurídico passou a ser criticado nas teorias do direito dos ordenamentos jurídicos ocidentais. A herança do direito liberal, segundo as críticas, chancelaria uma submissão imposta pelas forças econômicas. A renúncia de direitos fundamentais, formulados juridicamente a partir das necessidades humanas básicas, era legitimada

⁵⁴⁷ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982]. p. 26, tradução minha.

⁵⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

⁵⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

pela “livre manifestação de vontade” do renunciante⁵⁵⁰ e precisava ser dirimida nesse novo contexto social.

Outros tratados internacionais de direitos humanos também apresentam uma perspectiva personalista, tais como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Para Schreiber, as proteções das pessoas contra a atuação estatal e contra a violência de outros membros da sociedade não eram mais suficientes. Em suas palavras, a nova conjuntura social tornou necessário “evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais”⁵⁵¹.

As teorias do direito civil passam a incorporar novas categorias capazes de assegurar a proteção relativa aos direitos humanos. Mais ainda, novas formulações jurídicas surgem no direito civil de diversos ordenamentos no Ocidente com o objetivo de resguardar “direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos”⁵⁵², em uma espécie de movimento de naturalização da pessoa.

Nesse período pós-Segunda Grande Guerra Mundial também são formuladas as novas constituições de países ocidentais, como na Alemanha e na Itália e, mais tarde, na Espanha, em Portugal e no Brasil. O uso constante do termo *pessoa* e a preocupação de sua proteção nestes textos constitucionais levam juristas a identificar o período como a época da “constitucionalização da pessoa”⁵⁵³. Essas constituições passam a afirmar a dignidade humana como fundamento da própria liberdade da pessoa e o valor central dos ordenamentos jurídicos. Para Schreiber⁵⁵⁴, a dignidade humana é “a verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito” e abre espaço para “um viés mais principiológico e valorativo”⁵⁵⁵ do direito contemporâneo.

Apesar de tomar a dignidade humana como um “valor-síntese” capaz de reunir as esferas mais importantes de realização da pessoa humana, Anderson Schreiber⁵⁵⁶

⁵⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

⁵⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

⁵⁵² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

⁵⁵³ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97–112. p. 97.

⁵⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

⁵⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

⁵⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

afirma que “seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural”. Por isso, ela também apresenta uma abertura conceitual nas formulações jurídicas. É “contrário à dignidade humana”, afirma Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁵⁷, “tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

Os direitos da personalidade, nesse contexto, são formulados para auxiliar o caráter aberto da dignidade da pessoa humana a partir da indicação dos atributos que a compõem. Se a simples menção de lesão à dignidade não é capaz de expressar os diversos conflitos jurídicos, a elaboração dos direitos da personalidade poderia indicar, em cada caso concreto, o efetivo conteúdo da dignidade. “Foi com esse propósito, afirma Schreiber⁵⁵⁸, “que, em diversos países, a antiga doutrina dos direitos da personalidade passou a ser revisitada”.

No Brasil, a proteção da dignidade da pessoa humana prevista no texto da Constituição de 1988 provoca a retomada dos direitos da personalidade no direito civil. O posterior Código Civil de 2002 dedica a eles um capítulo inteiro e incorpora em seu texto expressamente cinco direitos da personalidade, o direito ao corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Também ganha lugar no país a influência do jurista italiano Pietro Perlingieri e sua metodologia do direito civil-constitucional e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade elaborado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁵⁵⁹.

O período de redemocratização após a constituinte também é marcado pela elaboração de diversas legislações específicas com tutelas direcionadas à pessoa humana em variados modos de subjetivação jurídica, como as normas para a proteção de crianças, indígenas e idosos⁵⁶⁰. Essa é a razão pela qual Ana Luiza Maia Naves e Anderson Schreiber ressaltam a frequente afirmação contemporânea da mudança de foco do direito civil do *sujeito* para a *pessoa*. Para os autores, a “categoria unitária e generalista” do sujeito de direitos passou a ser “gradativamente substituída pela

⁵⁵⁷ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.

⁵⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

⁵⁵⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁵⁶⁰ FURTADO, Gabriel Rocha; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77–95.

tutela da pessoa, compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade”⁵⁶¹.

Alexandre dos Santos Cunha⁵⁶², no entanto, considera a atual definição jurídica de pessoa simplesmente “como um ente investido de capacidade jurídica”. A “capacidade jurídica”, por sua vez, “designa a aptidão genérica para a aquisição de situações jurídicas objetivas, ou seja, direitos, obrigações, poderes e deveres jurídicos”⁵⁶³. Contudo, Cunha destaca como essa afirmação expressa desde já uma concepção normativa de pessoa, pela qual o direito é responsável por determinar o que ou quem deve ser compreendido juridicamente como pessoa. O autor lembra que existem também concepções naturalistas de pessoa, segundo as quais o direito não poderia atribuir sozinho a personalidade jurídica. Ela deveria derivar da ideia de humanidade⁵⁶⁴.

Para o jurista, porém, se o ordenamento jurídico decide sobre a atribuição da capacidade jurídica de cada ente, ele também é responsável por decidir sobre sua personalidade jurídica. A concepção de pessoa, portanto, carrega consigo um aspecto patrimonial, já que, com a personalidade jurídica, a pessoa pode adquirir direitos e poderes jurídicos, além de ser imputada em obrigações e deveres no direito.

A definição jurídica de *pessoa*, no final das contas, é uma definição dogmática, pela qual um regime normativo de comportamentos, bens, relações e capacidades jurídicas é gerido no direito. Porém, ela também pode ser compreendida a partir de um caráter político-jurídico, vez que distribui e gerencia o poder jurídico da autonomia individual. A atribuição de personalidade jurídica, seja compreendida como natural ou como outorgada pelo Estado, não possibilita apenas uma maneira de lidar com o patrimônio no direito. Ela provoca um espaço de caráter político para a formulação da

⁵⁶¹ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39–56. p. 39.

⁵⁶² CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84. p. 67.

⁵⁶³ CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84. p. 67.

⁵⁶⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84. p. 67.

própria cidadania, ou seja, de participação na construção das normas que regem a vida em sociedade.

Estar em relações jurídicas é uma forma de subjetivação, em que a pessoa também está em relação com as normas jurídicas, com a sociedade e com o Estado. Por isso, também é uma maneira de construção social da dignidade e da cidadania. Ou seja, é possível identificar uma função política do significado jurídico de pessoa. A subjetivação jurídica também seria uma maneira de construir, negociar e transformar os significados jurídicos das ações e sujeições na vida social.

Como um processo dinâmico carregado de função política, é preciso que a subjetivação jurídica esteja aberta às reivindicações sociais. Para tanto, o material jurídico não poderia definir previamente uma caracterização ontológica da pessoa. A construção do sujeito como um centro autônomo de imputação não pode determinar um substrato rígido da pessoa “como se existisse um ente a ser protegido por trás do rótulo”⁵⁶⁵. A unidade e a estabilidade de categorias jurídicas como a *pessoa* e o *sujeito de direito* são forjadas artificialmente para possibilitar um tratamento igualitário pela gramática jurídica. Nas palavras de Marcus Eduardo de Carvalho Dantas e Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri⁵⁶⁶, quando o estudo do direito civil assume que “não há ‘essência’ a ser nomeada por meio da utilização de um conceito”, ele abre espaço para a crítica de que “a utilização de um nome ou de outro condiciona-se ao modo pelo qual a comunicação realmente se desenvolve”.

Os conceitos e as categorias jurídicas, por sua vez, fazem parte da própria construção do sujeito social, ou seja, são também formas de subjetivação na vida em sociedade. Por essa razão, não é a materialidade da pessoa o que a qualifica como pessoa no direito, mas sim, em paralelo com o estudo dos autores, o entendimento jurídico de que ela exerce uma função socialmente relevante no ordenamento

⁵⁶⁵ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588. p. 580.

⁵⁶⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588. p. 583.

jurídico⁵⁶⁷. Nas palavras dos juristas, “é a função concretamente desempenhada que permite a identificação daquilo que interessa”⁵⁶⁸.

A partir dessa perspectiva, é possível identificar como a influência do direito dos países europeus na construção da subjetivação apresenta limitações para lidar de forma democrática com os problemas de definição e mutabilidade da subjetivação jurídica no direito brasileiro. Grande parte das formulações jurídicas sobre pessoa, sujeito de direitos e personalidade jurídica excluiu sujeitos e grupos sociais inteiros da participação da criação do direito. Além disso, na tentativa de lidar com os efeitos sociais das escolhas políticas de cada período, as teorias do direito construíram formulações essencialistas da subjetivação na gramática jurídica.

As dimensões de poder e linguagem da subjetivação indicam como ser um sujeito é lidar de forma ativa com os processos sociais de sujeição. Na expressão de Judith Butler⁵⁶⁹, a “sujeição é um tipo de poder que não só unilateralmente age sobre determinado indivíduo como uma forma de dominação, mas também ativa ou forma o sujeito”. Em parte, ser uma pessoa é suportar a rede normativa, inclusive jurídica, de significados sociais prévios à subjetivação. Por outro lado, também é construir práticas de autodefinição e tomar como recurso o material social existente. Nas palavras de Camilla de Magalhães Gomes⁵⁷⁰, há tanto violência como agência no processo de subjetivação e ser uma pessoa é “efeito tanto de sua prática quanto dessa violência”.

Não há, portanto, um processo de subjetivação previamente constituído pelas relações sociais e fora do direito em que a função da gramática jurídica seja somente o reconhecimento. Pelo contrário, o direito também é recurso para a subjetivação e pode criar obstáculos e estímulos para a construção da subjetivação de forma mais ou menos democrática.

⁵⁶⁷ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588. p. 584-585.

⁵⁶⁸ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588. p. 585.

⁵⁶⁹ BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 90.

⁵⁷⁰ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 12.

A perspectiva de uma *subjetivação jurídica* como a construção da pessoa, da personalidade ou do sujeito de direitos também pretende expressar que o sujeito não preexiste à sua ação. Nem o sujeito social preexiste à prática de constituição na vida em sociedade, tampouco o sujeito de direito preexiste à sua construção na gramática jurídica. A pessoa, para Gomes⁵⁷¹, “recebe, atua e talvez possa mesmo subverter as ‘mensagens’ cultural e historicamente recebidas. Herança e agência são tomadas em conjunto”.

A previsão de categorias rígidas de subjetivação no direito impõe aos sujeitos sociais lugares de existência e possibilidade de ação não necessariamente desejados e comportamentos não fundamentalmente assumidos. A fixação jurídica dos sentidos da subjetivação é efeito de modelos teóricos que desconsideram a pluralidade dos conflitos sociais e os novos processos de subjetivação constantemente reivindicados.

A gramática das regras parece exigir da pessoa uma expressão somente como sujeito de direitos, em que a subjetivação não é considerada como um processo, mas como um sujeito completo a partir do qual o direito apenas atesta o reconhecimento. No entanto, a forma jurídica atual das sociedades ocidentais, além de elaborar outras gramáticas no e pelo direito, também não exige sua inalterabilidade ou certeza. Ao direito atual é possível “nem procurar uma fundamentação da norma jurídica em outra instância que não seja a deliberação política”⁵⁷².

Para José Rodrigo Rodriguez⁵⁷³, a própria formalização do direito não supõe a existência empírica de um conceito de pessoa para a constituição de direitos e de um processo de subjetivação jurídica. Por essa razão, ela rompe com a perspectiva mais ontológica do sujeito, deixa de imbricar a subjetivação jurídica a uma concepção substantiva de pessoa e viabiliza a disputa social da subjetivação. É a formalização do direito que possibilita a luta por diferentes narrativas de constituição da pessoa no material jurídico.

Além disso, elaborações dogmáticas tradicionais ligadas à subjetivação jurídica ignoram o lugar fundamental da corporeidade na constituição da pessoa no direito. O corpo é a singularidade historicamente construída que as formulações jurídicas

⁵⁷¹ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 89.

⁵⁷² BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77. p. 49.

⁵⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

procuram proteger e a partir do qual são elaborados limites e lugares de liberdade. A pessoa, o sujeito e a personalidade jurídica, antes de ontologias exatas pelas quais o direito apenas “reconhece” a realidade social, são formulações jurídicas para referir a vulnerável singularidade corporal humana. Ao falar em atributos da personalidade, o direito expressa o corpo individual em toda a sua rede de significação social. Os corpos em ação nas relações sociais incorporam e inscrevem entre si novos sentidos de subjetivação e “podem reinaugurar a cadeia histórica dos sentidos dados”⁵⁷⁴.

Para Camilla de Magalhães Gomes, a pessoa compreendida pelo direito não como processo, inclusive jurídico, mas como um sujeito com valor intrínseco por sua humanidade, autonomia e racionalidade, é uma herança conceitual de um período histórico que ignora os limites e as possibilidades do corpo. É também uma formulação divisionista, pela qual “a mente que controla e domina o corpo, a racionalidade que funciona e se universaliza *apesar e para além* da corporeidade”⁵⁷⁵. Sua proposta então é considerar a pessoa não como uma existência prévia aos espaços normativos dos quais provém atributos identificáveis pelo direito, mas como mesmo um processo de subjetivação em que a construção desses atributos constitui o próprio sujeito e é concretizada também pelas normas jurídicas.

O processo de subjetivação é, portanto, sempre relacional e incompleto, e pela ação do corpo encontra sua constituição como pessoa no direito. Para expressar essa experiência de forma democrática, o direito precisa garantir o espaço de participação dos sujeitos sociais nos seus processos de autodefinição, assim como considerar seu caráter de transformação nas relações sociais. Nas palavras de Gomes⁵⁷⁶, não apenas “não há um sujeito por trás ou antes do processo de subjetivação” como “o processo de subjetivação é um processo corporificado”.

Na formulação da dignidade da pessoa humana como fundamento central dos ordenamentos ocidentais contemporâneos a pessoa também é expressa como um sujeito fixo e acabado. A dignidade é, ao mesmo tempo, a principal característica da pessoa e a sua condição intrínseca. No entanto, passar a lidar com ideia de pessoa no direito como um constante processo de subjetivação jurídica também é transformar

⁵⁷⁴ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 83.

⁵⁷⁵ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 157.

⁵⁷⁶ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 166.

a gramática da dignidade humana. Ela não pode ser formulada a partir de significados jurídicos imutáveis e presumivelmente conhecidos, mas precisa ser construída em cada caso concreto e “nunca alcançada na sua totalidade”⁵⁷⁷.

A dignidade também é, portanto, uma prática jurídica, em que os sujeitos sociais inscrevem suas noções de dignidade em cada conflito social, seja nas lutas intersubjetivas ou nas disputas com as próprias normas do direito. Afirmar a dignidade como efeito de uma prática jurídica é compreender a corporificação do processo de subjetivação, mas igualmente considerar a participação do direito na constituição da pessoa. Portanto, a dignidade da pessoa humana também é um processo relacional e continuamente constituível para cada sujeito social.

Segundo a jurista Camilla de Magalhães Gomes⁵⁷⁸, “todas as pessoas vivem nesse modo de *fazer e falar* os próprios corpos, repetida e continuamente”, ou seja, “somos a vivência de corpos modificados, transformados, corpos *em processo de*”⁵⁷⁹. Essa visão sobre a subjetivação é expressa inclusive pelo texto constitucional, em seu artigo 216, inciso II. As normas da Constituição de 1988 construíram um espaço no ordenamento jurídico brasileiro para a pluralidade e os “modos de criar, fazer e viver”⁵⁸⁰ em que a subjetivação é compreendida desde já como um processo instável, múltiplo, transitório e criativo.

As normas e ausências jurídicas do direito brasileiro sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo provocam os modos de criar o processo de subjetivação jurídica. Elas são o recurso para repensar os termos disponibilizados pelo direito para a expressão das relações sociais de parentesco e apoio mútuo. Se essas normas e silêncios para a definição jurídica não são escolhas completas dos sujeitos sociais, elas fornecem uma gramática possível para agir e transformar tanto o processo de subjetivação jurídica quanto as próprias normas disponibilizadas. Em outras palavras, não seria viável construir a subjetivação no direito sem que esse processo não fosse contínuo, recursivo e subversivo das normas sociais e jurídicas já existentes.

⁵⁷⁷ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 176.

⁵⁷⁸ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 197.

⁵⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

⁵⁸⁰ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; [...]” (BRASIL, 1988).

A proteção oferecida pelo direito para grupos sociais vulnerabilizados, como as pessoas que lutam pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo, disponibiliza não só os termos pelos quais é possível disputar a subjetivação. Ela também viabiliza uma proteção da violência contra o próprio corpo e constrói materialmente a existência de uma nova forma de subjetivação no interior da gramática do direito. Ela possibilita a formulação jurídica de necessidades que nunca são estritamente do indivíduo em sua singularidade, mas sim de relações sociais contextualizadas, como nas relações de parentesco e apoio mútuo do casamento. Por essa razão, como Judith Butler⁵⁸¹ afirma, falar em direitos sexuais não é fazer referência apenas a direitos de grupos individuais, “mas às normas das quais nossa própria individualidade depende”.

Por fim, podemos entender o direito como afirmação da dependência humana na construção do seu processo de subjetivação. Se nossa constituição como pessoa é um processo estritamente relacional, “um modo de estarmos nas mãos dos outros, um modo de ser com e para os outros sem o qual não podemos ser”⁵⁸², a busca pela gramática jurídica é uma forma de garantir a nossa participação de forma autônoma nesse processo eminentemente social e formular de maneira um pouco mais ativa os termos do conflito. Usar, transformar, negociar e subverter os termos disponíveis na gramática do direito para construir nosso processo de subjetivação jurídica.

A proposta então é “passar da linguagem dos direitos à linguagem do direito”⁵⁸³, em que não seja necessário definir um sujeito para cada direito e sim construir um processo democrático de subjetivação jurídica. A subjetivação jurídica não precisa corresponder a uma única compreensão política, filosófica, sociológica ou teológica da ideia de pessoa ou de sujeito. A naturalização de qualquer entendimento sobre a pessoa pode fechar o direito para novas reivindicações sobre si em uma sociedade plural e com constantes disputas de significados jurídicos. Além disso, ser uma pessoa no direito possibilita o exercício de determinados papéis nas relações sociais, cujas fundamentações normativas nem sempre serão coerentes.

Como afirma José Rodrigo Rodriguez, muitos significados jurídicos designam apenas uma forma de organizar regimes normativos no ordenamento jurídico. No seu exemplo, “a palavra ‘imóvel’ não designa uma característica física das coisas, mas um

⁵⁸¹ BUTLER, Judith. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004. p. 33, tradução minha.

⁵⁸² BUTLER, Judith. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004. p. 33, tradução minha.

⁵⁸³ PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17. p. 23.

regime jurídico”⁵⁸⁴. Nesse mesmo sentido, a construção dogmática de subjetivação jurídica não precisa estar imbricada a formulações substantivas para viabilizar as funções do conceito de pessoa na gramática jurídica.

Para uma construção democrática da subjetivação jurídica, é fundamental não naturalizar nenhum entendimento do que é ser um sujeito e impedir a disputa social do seu significado jurídico. A subjetivação no direito não serve exatamente ao fim de identificar a humanidade, como é possível verificar no exemplo das pessoas jurídicas, mas sim auxilia na proteção da vida, no processo de responsabilização e na garantia de participação na construção das normas jurídicas.

Por essas razões, Rodriguez afirma a impossibilidade de uma subjetivação democrática sem o suporte da gramática jurídica. Em uma sociedade desigual com disputa contínua de projetos de vida muitas vezes incompatíveis entre si, o direito funciona como uma estrutura democrática para os conflitos de subjetivação. Em suas palavras, “a condição de pessoa é uma condição simultaneamente jurídica e moral, um pressuposto necessário para estes dois campos, e não se pode ser pessoa sem ser reconhecido como ‘pessoa de direito’”⁵⁸⁵.

Se há um potencial democrático na subjetivação jurídica que não pode ser negado a ninguém, ser uma *pessoa* no direito não pode depender de qualquer característica individual específica. Ou seja, precisa ser um processo construído sem qualificações substantivas que impeçam os usos do direito pela sociedade civil. A possibilidade de subjetivação jurídica deve ser disponibilizada no direito sem imposição de condições para a sua caracterização. As diferentes construções sociais da subjetivação não são estáveis, mas variam durante a vida da pessoa nas relações sociais. Como afirma Patricia Williams⁵⁸⁶, “o que é necessário, portanto, não é o abandono da linguagem dos direitos para todos os fins, mas uma tentativa de se tornar multilíngue na semântica da avaliação de direitos”.

Desse modo, quando o direito interpela a pessoa para que ela responda *quem* é, parece mais democrático garantir espaço para uma resposta aberta do que definir previamente possibilidades jurídicas de existência carregadas de conteúdo subjetivo.

⁵⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61. p. 54.

⁵⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 55.

⁵⁸⁶ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 149, tradução minha.

Em outras palavras, é como se a única resposta que o direito pudesse antever no material jurídico é de que a pessoa é uma *pessoa*. Para ser democrática, qualquer resposta mais substantiva ou, poderíamos dizer, ontológica, precisa ser construída com a participação social em toda a formação do significado jurídico e também com a consideração da possibilidade de sua transformação.

Essa maneira de lidar com o processo de subjetivação no direito não só possibilita que todo ser humano seja considerado juridicamente pessoa, ou seja, uma pessoa no direito. Quem sabe também possa auxiliar na tarefa de caracterizar como pessoa no direito outras entidades assim não identificadas pelo entendimento jurídico ocidental hegemônico, caso dos animais e outros entes da natureza⁵⁸⁷.

Talvez essas últimas possibilidades soem exageradamente *fora* dos debates do direito, muito além de sua habilidade de construir capacidade de ação e proteção jurídicas. Porém, nunca é demais lembrar a convenção de caracterizar no direito entes federativos, autarquias, entidades e associações públicas e privadas como pessoas jurídicas, conforme o Código Civil brasileiro e normas semelhantes em diversos outros ordenamentos jurídicos. Como indica Patricia Williams⁵⁸⁸, essas *escolhas* jurídicas estão baseadas na premissa de que direitos empoderam, garantem espaços sociais de atuação e tornam as reivindicações visíveis na sociedade.

Christopher D. Stone⁵⁸⁹ inclusive argumenta como naturalizamos a ausência de direitos de entes socialmente considerados *coisas*. Entendemos essa inexistência como natural, um “decreto da Natureza”, e não como uma convenção jurídica parte de nosso contexto social. Para o jurista, a ideia de conferir direitos a novos entes jurídicos ainda pode soar estranha porque a ausência de direitos colabora para nossa perspectiva utilitária sobre eles. Ou seja, a própria inexistência de direitos contribui para que vejamos esses entes como nada além de objetos para o nosso uso. Ainda que a caracterização como pessoa no direito seja uma máscara abstrata incapaz de representar toda a complexidade de um ser, ela guarda o poder democrático da

⁵⁸⁷ AZEVEDO, Maria Cândida Simon. *Democracia animal: os direitos animais: do conflito à reivindicação*. Curitiba: Appris, 2020; TOLA, Miriam. Between Pachamama and Mother Earth: Gender, Political Ontology and the Rights of Nature in Contemporary Bolivia. *Feminist Review*, v. 118, n. 1, p. 25–40, 2018; STONE, Christopher D. *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

⁵⁸⁸ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

⁵⁸⁹ STONE, Christopher D. *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

autonomia individual. Na metáfora de Patricia Williams⁵⁹⁰, “em muitas mitologias, a máscara do feiticeiro também é a sua fonte de poder. Desmascarar o feiticeiro é tirar o seu poder”.

Por esses motivos, em democracia, parece ser fundamental a pessoa poder formular sua própria experiência e poder participar de forma ativa do seu processo de subjetivação no meio social. Se há um potencial em *normatizar* a pessoa no direito, não há em *normalizar* sua experiência, ao menos não sem sua participação direta e sem considerar o caráter contingente de sua subjetivação. Se é importante, portanto, regular o processo de subjetivação da pessoa no direito, como essa regulação deve ser feita? O que exatamente precisa ser regulado e de que forma?

⁵⁹⁰ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 164, tradução minha.

3 NÃO ME DIGA PARA PERMANECER O MESMO

O pensamento europeu foi o fundamento para a criação normativa no Brasil e influenciou uma determinada forma de normatizar sobre o processo de subjetivação, a partir de critérios substantivos enraizados em práticas sociais hegemônicas. Isso porque esse processo foi historicamente repetido na tentativa de manter posições sociais de poder⁵⁹¹. O segundo objetivo desta pesquisa é investigar o *problema da imutabilidade* da forma de lidar com os processos de subjetivação no direito. O caso da mudança do registro civil de pessoas trans e travestis auxiliará no exame das críticas e das tentativas de lidar com essa questão no direito brasileiro.

A transposição cultural que informou a teoria do direito no Brasil foi sustentada ao longo do tempo por elites locais a fim de favorecer suas posições de poder. Ou seja, o direito também foi utilizado por grupos sociais já privilegiados em relações de desigualdade, como as relações econômicas, de gênero, sexualidade e étnico-raciais, para sustentar seus espaços de poder na hierarquia social. Franz Neumann⁵⁹² já havia identificado movimento semelhante a seu tempo nas escolhas políticas e jurídicas feitas pela burguesia com o objetivo de impedir o uso do direito liberal pela classe operária.

Quando as normas jurídicas correspondem integralmente aos interesses de determinados grupos sociais, elas legitimam suas posições de poder e esses grupos tendem a tentar naturalizar e fixar suas conquistas no material jurídico. Segundo Franz Neumann⁵⁹³, “após conquistar essas posições, os representantes de classes particulares abandonam o Império do Direito, ou simplesmente o apoiam falsamente com a finalidade de somente encobrir a dominação de uma classe”.

Práticas de conservação do material jurídico e das instituições do direito são projetos de manutenção do poder, pois tentam parar o movimento de transformação contínua do direito, fruto do acolhimento de novos projetos sociais de legalidade⁵⁹⁴. Em relação aos processos de subjetivação, essas práticas limitaram ou mesmo

⁵⁹¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1964]; LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978]; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

⁵⁹² NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

⁵⁹³ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937]. p. 40.

⁵⁹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

impediram as reivindicações jurídicas de alguns grupos sociais, o que os posicionou em situações de violência institucional recorrentes.

Patricia Williams destacou esse procedimento de conservação do poder no uso do direito pela forma como o ordenamento jurídico estadunidense incorporou em suas normas as práticas de escravização e segregação de pessoas negras. A jurista indica como só a partir da reivindicação pelos direitos civis essas pessoas puderam disputar os espaços institucionais de poder e o próprio entendimento de si nas relações sociais. Em suas palavras, “para os historicamente destituídos de poder, a atribuição de direitos simboliza todos os aspectos negados de sua humanidade”⁵⁹⁵.

Ela faz notar como as experiências históricas de violência contra as pessoas negras não estão ligadas à afirmação de direitos, mas à falha das sociedades em sustentar compromissos pelo direito. Portanto, para Williams⁵⁹⁶, “o problema com o discurso de direitos não é que o discurso seja ele próprio constritivo, mas que ele exista em um universo referencial constrito”. Ou seja, para a autora, a violência surge no direito com as tentativas de restringir as possibilidades plurais de subjetivação na gramática jurídica.

Essas práticas jurídicas de conservação do poder de alguns grupos sociais muitas vezes assumem feições literais nos processos de subjetivação. É comum encontrar nos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais inscrições no texto legislativo sobre *quem são* os sujeitos considerados pessoas no direito ou ainda *quais são suas características* esperadas pelo direito. Essa é uma maneira de lidar com a experiência subjetiva cujo resultado é a construção de condições jurídicas para o exercício da cidadania. Porém, se essas práticas são fixadas no direito, elas ignoram os fluxos sociais contínuos dos processos de subjetivação⁵⁹⁷.

3.1 Nome, sexo civil e gênero

No caso de exclusão normativa da união civil entre pessoas do mesmo sexo, o problema surge na tentativa de restringir as relações de mútuo apoio com a inscrição das expressões “mulher” e “homem” no texto constitucional e nas demais normas

⁵⁹⁵ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 153, tradução minha.

⁵⁹⁶ WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 159, tradução minha.

⁵⁹⁷ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

jurídicas. Porém, a exclusão das formas de subjetivação de pessoas trans e travestis no direito está relacionada a pelo menos dois institutos jurídicos diferentes no direito brasileiro, o prenome civil e o sexo civil. Se o prenome geralmente acompanha as significações de gênero que circulam na sociedade, inclusive os significados jurídicos do sexo civil, este último está fundamentado em um processo de naturalização de uma determinada forma de compreender a experiência de subjetivação sexual.

No direito brasileiro, diversas normas estão baseadas no instituto jurídico do sexo civil. São exemplos a Lei Maria da Penha, cujas normas seriam direcionadas às pessoas registradas com o sexo feminino, e o alistamento militar obrigatório (artigo 2º, §2º, da Lei n.º 4.375, de 17 de agosto de 1964), uma obrigação voltada somente às pessoas registradas com o sexo masculino. O sexo civil exerce, portanto, uma importante função na subjetivação das relações jurídicas no direito do país, o que também ocorre com diversos outros ordenamentos jurídicos ocidentais. Segundo Pietro Perlingieri⁵⁹⁸, o sexo civil é considerado uma qualidade da personalidade jurídica, é capaz de identificar uma pessoa e caracterizar diversos direitos e obrigações. Mesmo com uma função tão determinante nas relações jurídicas, as normas sobre o registro do sexo civil estão esparsas na legislação do Brasil.

A Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973) determina a necessidade de constar o sexo nos registros públicos de identificação, mas não especifica como funciona esse procedimento de designação sexual. Ao consultar outros regulamentos oficiais, é possível compreender que seu registro é feito com base na Declaração de Nascido Vivo (DNV), um documento mencionado pela Lei para outros fins.

Criada na década de 1990 pelo Ministério da Saúde brasileiro, a DNV é um documento confeccionado para alimentar o Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC). O objetivo desse sistema é “coletar dados sobre os nascimentos ocorridos em todo o território nacional e fornecer informações sobre natalidade para todos os níveis do Sistema de Saúde”⁵⁹⁹. Dessa forma, o sistema torna possível a elaboração de indicadores para o planejamento de gestão dos serviços de saúde no país.

⁵⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

⁵⁹⁹ BRASIL, Ministério da Saúde. *Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC)*. Brasília, 2021. Site. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svs/sistemas-de-informacao/sinasc>. Acesso em: 9 fev. 2022.

A DNV é preenchida por profissional da saúde ou parteira quando uma pessoa nasce em território brasileiro. Se inicialmente ela foi criada para fornecer informações para indicadores da saúde, a DNV também passou a ser solicitada pelos cartórios no momento do registro civil da pessoa recém-nascida. Em 2009, com a Portaria n.º 116 do Ministério da Saúde, essa prática foi validada. E, em 2012, a Lei n.º 12.662 passou a exigir que na DNV conste o “sexo do indivíduo”, além de conferir validade oficial ao documento antes do assento do registro de nascimento⁶⁰⁰.

Em geral, a DNV dispõe um campo denominado “sexo” com as opções “masculino”, “feminino” e “ignorado” a ser marcado pela pessoa profissional de saúde ou parteira. Essa designação é realizada a partir da percepção imediata da anatomia externa da genitália, ou seja, a partir do dimorfismo genital esperado da pessoa recém-nascida. Em outras palavras, a prática utiliza como referência de procedimento um ideal normativo chamado dimorfismo sexual⁶⁰¹.

O dimorfismo sexual é uma forma de conceber o corpo humano que considera inteligível apenas dois tipos complementares de genitália externa e interna, ainda que os seres humanos possam apresentar outras formações corporais, como ocorre com as pessoas intersexo⁶⁰². Além disso, ele apresenta o sexo humano a partir de uma congruência binária entre cromossomos, genitália, gônadas e hormônios, mesmo que exista na sociedade indivíduos com variadas combinações dessas características. O dimorfismo também impõe a verificação de uma coerência necessária entre corpo, comportamento social e desejo sexual, prática que ficou conhecida pela expressão *heterossexualidade compulsória*⁶⁰³. Por fim, o dimorfismo sexual oculta como as leituras biológicas do corpo humano também são influenciadas por concepções

⁶⁰⁰ RICHTER, Vitor Simonis. *Seguindo as vias: Declaração de Nascido Vivo, Identificação e Mediação*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2012.

⁶⁰¹ BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

⁶⁰² FAUSTO-STERLING, Anne. *Sex/gender: biology in a social world*. New York: Routledge, 2012; MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249–281, 2005.

⁶⁰³ RICH, Adrienne. *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence* (1980). In: *Blood, bread, and poetry: selected prose 1979-1985*. New York: Norton, 1994; WITTIG, Monique. *The straight mind and other essays*. Boston: Beacon Press, 1992.

sociais, culturais e históricas do que significa ser “homem” ou “mulher”⁶⁰⁴ em cada sociedade.

A DNV, portanto, é um documento de saúde guiado por compreensões do sexo pretensamente neutras, mas que expressa o ideal normativo do dimorfismo sexual. As investigações e categorizações realizadas no campo das ciências naturais também são influenciadas pelas práticas sociais e culturais de cada contexto histórico em que são produzidas. Nas palavras de Camilla de Magalhães Gomes, “biologia e medicina não são campos de mera descrição, mas áreas de conhecimento que produzem significado sobre os corpos e sua humanidade”⁶⁰⁵.

A categoria sexo mobiliza múltiplas histórias de subjetivação construídas em diferentes contextos sociais. Isolar essa categoria das práticas de sua constituição na sociedade é uma forma de naturalização e, portanto, uma tentativa de imobilização de significados sociais fatalmente mutáveis e em disputa. Quando parte da teoria social feminista elabora o conceito de *gênero* com o objetivo de diferenciá-lo de uma ideia natural do sexo, ela rearticula o sexo para configurá-lo como um atributo natural do corpo humano. Ou seja, ela separa desta categoria as imbricações sociais que levam à sua significação. A influência do contexto social sobre o conceito de sexo é isolada na criação da ideia de *gênero*, esse sim, segundo parte da teoria, uma leitura sobre os significados sociais do sexo⁶⁰⁶.

Contudo, o sexo não é o oposto natural do gênero, mas é tão cultural quanto ele. Como afirma Judith Butler⁶⁰⁷, a “produção do sexo como pré-discursivo deve ser compreendida como efeito do aparato de construção cultural que designamos por gênero”. A prática de designação de um sexo a um corpo humano é uma decisão social, pois os critérios das ciências naturais estão imbricados às concepções sociais sobre gênero e sexualidade. Nas palavras de Anne Fausto-Sterling⁶⁰⁸, “aqueles sinais

⁶⁰⁴ BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade); FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books, 2000; FAUSTO-STERLING, Anne. *Sex/gender: biology in a social world*. New York: Routledge, 2012.

⁶⁰⁵ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 75.

⁶⁰⁶ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018 [1990]; BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos do “sexo”*. São Paulo: n-1, 2019 [1993].

⁶⁰⁷ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018 [1990]. p. 27-28.

⁶⁰⁸ FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 17-18, p. 9-79, 2002 [2000]. Disponível em: <https://doi.org/10/bm2jv3>. Acesso em: 19 fev. 2022. p. 19.

e funções corporais que definimos como masculinos e femininos já vêm misturados em nossas idéias sobre o gênero”. A determinação de um sexo ou de um gênero para um corpo é um processo carregado de significados sociais dinâmicos e imbricados na cultura de cada momento histórico, os quais são disputados em lutas morais, sociais e políticas.

Além disso, a construção dos significados sociais do sexo e do gênero não é obra apenas de autoridades científicas. A sociedade civil também participa da sua significação ao corporificar os variados elementos dessas disputas em sua própria fisiologia. Diversos aparatos significantes ligados à cada cultura são utilizados pelos sujeitos sociais para sustentar uma comunicação de gênero, como roupas, adereços, práticas de comportamento, cirurgias e hormonização. A construção e a reconstrução constante do gênero no corpo em diálogo com as normas de cada contexto social é chamada por Judith Butler de *performatividade*. A subjetivação sexual é elaborada, portanto, por atributos e atos de gênero que “constituem efetivamente a identidade que pretensamente expressariam ou revelariam⁶⁰⁹.

Assim, a subjetivação individual é formada pela incorporação da experiência intersubjetiva pelos corpos. Um corpo generificado é sempre um corpo social, cujo sexo é significado também pela sua história e não somente pelo saber científico. Nos hormônios, genes, próstatas, úteros e outras fisiologias comumente indicadas para diferenciar “macho” e “fêmea” e imobilizar os seus significados também atuam ideias socialmente dissonantes sobre as diferenças corporais. Não há um corpo preexistente à subjetivação, a qual está imersa em uma rede de significados sociais sobre sexo, gênero e sexualidade⁶¹⁰.

Os significados sociais de gênero e sexualidade são impostos em forma de normas sociais aos sujeitos, mas posteriormente são utilizados como recurso para sua disputa e transformação. O corpo, portanto, é generificado e sexualizado por diversos atos renovados, negociados e revisados durante toda a existência humana. Ou seja, o “gênero não é uma escolha ou projeto radical que reflete uma escolha meramente individual, mas tampouco é imposto ou inscrito sobre o indivíduo”⁶¹¹. Nos termos de

⁶⁰⁹ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018 [1990]. p. 239.

⁶¹⁰ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018 [1990].

⁶¹¹ BUTLER, Judith. Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory. *Theatre Journal*, Santa Cruz, v. 40, n. 4, p. 519, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10/c8v4g9>. Acesso em: 19 jan. 2022.

Berenice Bento⁶¹², o “gênero só existe na prática, na experiência” com a mobilização ambígua e contraditória de práticas interpretadas socialmente como masculinas ou femininas. Sexo, gênero e sexualidade constituem o processo de subjetivação e, tal como ele, não estão presentes nos sujeitos antes de sua ação intersubjetiva no mundo social. Nas palavras de Daniel Borrillo⁶¹³, “o sujeito não preexiste à ação [...] e, portanto, não há qualquer original verdadeiro (o sexo biológico) por trás do gênero (constituído socialmente)”.

Como a DNV expressa o ideal do dimorfismo sexual, ela provoca uma prática de significar o sexo como se ele fosse um dado natural do corpo humano. Por isso, nos casos em que a anatomia externa da genitália da pessoa recém-nascida não é passível de compreensão no interior da enquadramento do dimorfismo genital, as autoridades responsáveis utilizam um campo da DNV em que é possível inserir uma observação suplementar relacionada ao sexo. A autoridade pode indicar neste campo a constatação de uma “genitália ambígua”, de uma “genitália incompletamente formada” ou de um “estado intersexual”. Nesses casos, o campo sexo da DNV é preenchido como *ignorado*. Esse aparentemente simples procedimento é um dos aparatos jurídicos hábeis a colocar em risco de violência médica, já nos primeiros meses de vida, pessoas intersexo, ou seja, pessoas cujas genitálias são identificadas por autoridades de saúde como fora do ideal normativo do dimorfismo sexual⁶¹⁴.

As normas do direito brasileiro que regulam o registro do sexo civil, portanto, determinam o significado jurídico do sexo a partir de uma naturalização de base biológica, pois estão baseadas no ideal do dimorfismo sexual. Segundo esse ideal, a apresentação de algumas características corporais leva à classificação jurídica da pessoa como do sexo “masculino” ou “feminino”. A construção jurídica do sexo, dessa maneira, “define os corpos possível e inteligíveis e, ao mesmo tempo, esconde o

⁶¹² BENTO, Berenice. Da transexualidade oficial às transexualidades. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (Org.). *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 143-172. p. 144.

⁶¹³ BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77. p. 48.

⁶¹⁴ MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249–281, 2005; ALBAN, Carlos Eduardo de Oliveira. *A reificação nas práticas biomédicas em intersexos: a violação de direitos e a luta pela despatologização*. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2017.

caráter arbitrário dessa operação ao ser apresentado como uma categoria natural em si”⁶¹⁵.

Segundo Daniel Borrillo⁶¹⁶, a força normativa da categoria “sexo” na gramática jurídica formula o conceito como uma categoria evidente e substancial, capaz de guiar de forma natural as funções da pessoa nas instituições e relações jurídicas. Além disso, outro problema democrático nessa construção jurídica do sexo é a prática de essencializar tipos biológicos e utilizá-los para uma classificação eminentemente jurídica. Os efeitos sociais dessa prática são a legitimação jurídica de determinados corpos e modos de vida sexual em detrimento da hierarquização de outras formas plurais.

A própria utilização do instituto do sexo civil nos registros das pessoas, afirma Borrillo, indica a pressuposição jurídica de uma “realidade biológica do corpo” na qual os sujeitos estariam restringidos. Em suas palavras, “o sexo como elemento identificatório das pessoas conserva a ilusão da naturalidade da diferença entre os homens e as mulheres e, sobretudo, da necessária complementaridade”⁶¹⁷. O jurista ainda ressalta como a inscrição jurídica de um determinado pertencimento sexual, ao ser utilizada como forma de identificação, provoca o efeito de “irrefutabilidade das características ligadas ao gênero”⁶¹⁸.

As reivindicações e disputas dos significados jurídicos do sexo são recentes nos ordenamentos jurídicos ocidentais. No final do século XX e início do século XXI, movimentos sociais organizados de pessoas trans e travestis passaram a reivindicar a incapacidade dessa caracterização jurídica do sexo civil baseada no dimorfismo sexual em expressar suas experiências de subjetivação. Eles denunciaram como a maneira jurídica atual de regular o sexo civil, baseada em uma leitura dimórfica dos corpos, exclui formas plurais de subjetivação ligadas ao gênero. Por isso, esses movimentos formularam projetos de legalidade para transformar a imutabilidade do nome e do sexo civil e construir a possibilidade jurídica de uma autodeterminação. Em

⁶¹⁵ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 80.

⁶¹⁶ BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 181–212.

⁶¹⁷ BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 181–212. p. 204.

⁶¹⁸ BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 181–212. p. 204.

outras palavras, essas lutas buscaram um maior controle pela sociedade na regulação do nome e do sexo civil⁶¹⁹.

No Brasil, em especial, mulheres trans e travestis passaram a organizar suas pautas políticas em torno da produção de novas perspectivas teóricas denominadas de *transfeminismo*. Seu objetivo foi disputar os efeitos sociais de uma compreensão radical da diferença entre as categorias de sexo e gênero, segundo a qual haveria um modo natural de subjetivação do gênero capaz de expressar todas as formas de opressão das mulheres⁶²⁰.

Apesar da organização das lutas de grupos sociais de combate à discriminação sexual iniciarem no Brasil ainda durante o regime civil-militar, na década de 1970, apenas no início da década de 1990 surgem organizações políticas construídas eminentemente por travestis no país⁶²¹. Isso porque era comum que as organizações contra a discriminação sexual proibissem a participação de “gays afeminados” e de travestis em uma tentativa de sobrevivência pelo alinhamento à política eugenista da ditadura civil-militar⁶²².

Fruto das disputas internas de grupos sociais contra a discriminação sexual, é criada em 1992 a primeira organização brasileira focada nas lutas de travestis, a Associação das Travestis e Liberados do Rio de Janeiro (ASTRAL)⁶²³. Suas principais reivindicações políticas eram o combate à violência policial nos locais urbanos de prostituição e políticas públicas de saúde para o enfrentar o HIV/AIDS. A exclusão do mercado de trabalho formal e a vulnerabilidade social provocada pela discriminação contra travestis eram e são causas até hoje do seu abandono familiar e do exercício compulsório de trabalhos socialmente precarizados, como o trabalho sexual⁶²⁴.

⁶¹⁹ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁶²⁰ JESUS, Jaqueline Gomes de (Org.). *Transfeminismo: teorias & práticas*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014.

⁶²¹ FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

⁶²² GREEN, James Naylor. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019; GREEN, James Naylor. *Revolucionário e gay: a extraordinária vida de Herbert Daniel – Pioneiro na luta pela democracia, diversidade e inclusão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

⁶²³ SILVA, Jovanna Cardoso da. Movimento político social da população T no Brasil. In: CAETANO, Márcio et al. (Org.). *Quando ousamos existir: itinerários fotobiográficos do movimento LGBTI Brasileiro (1978-2018)*. Tubarão: Copiart; Rio Grande: FURG, 2018. p. 92-99.

⁶²⁴ CARVALHO, Mário; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 319–351, 2013; PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2018. (Coleção Baderna).

A identificação com pelo termo *transexual* só seria reivindicada posteriormente no país por organizações sociais como o Grupo Brasileiro de Transexuais (GBT), criado em 1995, e o Movimento Transexual de Campinas (MTC), de 1997. Suas pautas políticas principais eram a despatologização das suas vivências de gênero e as demandas de saúde relacionadas à hormonização e às cirurgias de redesignação genital, procedimentos realizados por algumas pessoas trans e travestis como parte de sua transição de gênero⁶²⁵.

Já a identificação pelos termos *transgênero* e *trans* aparece no mesmo período no Brasil por influência de ativistas estrangeiras, assim como a expressão *identidade de gênero*, apropriada de estudos médicos pelos movimentos sociais com o objetivo de indicar de forma positiva seus processos de subjetivação. Alguns movimentos de travestis, contudo, criticavam as expressões *transexual* e *transgênero* por entender que elas colocavam em prática uma “estratégia de ‘higienização’ do sujeito político do movimento, que estaria assim desvinculado do estigma sexual da prostituição e do escândalo que caracterizariam as travestis”⁶²⁶.

Em suas reivindicações, também está presente a utilização do termo *travesti* para referir um processo de subjetivação engendrado historicamente no Brasil, sem correspondência necessária com o termo *transvestite* utilizado em outros países⁶²⁷. Outra pauta debatida pelos movimentos é a formação de processos de subjetivação de gênero sem expressão direta de significantes femininos ou masculinos, ou seja, formas de identificação de gênero não-binárias⁶²⁸. Por fim, esses grupos também passaram a lutar pelo emprego da expressão *intersexo* para designar pessoas cujos corpos não são reconhecidos dentro dos termos do dimorfismo sexual⁶²⁹.

Os principais fundamentos desses movimentos para reivindicar uma abertura da regulação jurídica do sexo foram a violência e a discriminação causadas pelo seu

⁶²⁵ CARVALHO, Mário; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 319–351, 2013.

⁶²⁶ CARVALHO, Mário; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 319–351, 2013. p. 342.

⁶²⁷ CARVALHO, Mário; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 319–351, 2013; GREEN, James Naylor. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019.

⁶²⁸ NASCIMENTO, Letícia. *Transfeminismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

⁶²⁹ MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249–281, 2005.

registro civil sem modificação. Em razão da transição de gênero, processo pelo qual há uma mudança do entendimento de si em relação às normas sociais sexuais, os documentos jurídicos de pessoas trans e travestis deixam de exercer sua função de identificação. Em vez de possibilitar o acesso a serviços públicos e privados, como a instituições de saúde, educação e trabalho, esses documentos passam a impedir o exercício pleno da cidadania. A alteração do registro civil, seguida dos documentos gerais de identificação pretende, portanto, viabilizar os efeitos jurídicos de ser uma pessoa no direito⁶³⁰.

Em um Estado Democrático de Direito, o nome, o sexo ou qualquer dado de identificação da pessoa precisa ser capaz de remeter à sua singularidade sem causar discriminação. Se a apresentação do sexo civil em documentos de identificação indica uma experiência relacionada ao gênero sem inteligibilidade social, ele causa violência, o que impede uma vivência plena da cidadania. Por essa razão, documentos civis que não acompanham as vivências de gênero das pessoas trans e travestis provocam sua exclusão das instituições sociais, em um processo progressivo de despersonalização no direito⁶³¹.

Em razão da violência, pessoas trans e travestis deixam de utilizar serviços públicos e privados cujo acesso é feito com documentos de identificação oficiais. Elas são impedidas de realizar tarefas simples como transações bancárias, matrículas em escolas e universidades e consultas médicas no sistema de saúde pela incongruência do seu registro civil. São impossibilitadas de trabalhar pela exclusão no mercado de trabalho formal, principalmente no momento da contratação, em que seus documentos são apontados como ilegítimos. São frequentemente expulsas das casas de suas famílias em razão do preconceito e muitas vezes sofrem violência fatal⁶³².

Para lidar com esse contexto de violência social no país, pessoas trans e travestis começaram a reivindicar a mudança do seu registro civil no judiciário. Em outros termos, esse grupo social passou a levar às instituições do direito um projeto

⁶³⁰ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁶³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

⁶³² JESUS, Jaqueline Gomes de. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. *História Agora*, v. 16, n. 2, p. 101–123, 2013.

de legalidade, cuja formulação assumiu a nomenclatura de “direito à identidade de gênero”⁶³³.

Quando essas ações chegaram ao judiciário brasileiro, as primeiras respostas institucionais determinavam uma maneira *correta* de “comprovar” a transexualidade. Como consequência, a jurisprudência instituiu a figura do *transexual verdadeiro* em diálogo com as concepções patológicas da época sobre a transexualidade. Ou seja, decisões judiciais em todo o país passaram a criar de forma arbitrária *condições de subjetivação* que deveriam ser cumpridas pelas pessoas requerentes a fim de alterar seu nome e sexo⁶³⁴.

Essas condições foram construídas por meio da exigência de provas nos processos judiciais, dentre as quais havia a solicitação de comprovação de cirurgia de redesignação genital ou de fotos para que a autoridade judiciária pudesse avaliar uma imagem “suficientemente” feminina ou masculina da pessoa e deferir a alteração do registro⁶³⁵. Essas práticas passaram a ser interpretadas pelos grupos como contrárias ao mandamento de não-discriminação da Constituição Federal brasileira, vez que pretendiam controlar de forma arbitrária e sem a escuta das pessoas requerentes os termos da subjetivação relacionados ao sexo civil. Ou seja, essas práticas criaram condições ilegais, consubstanciadas em pedidos de prova discriminatórios, para a mudança do registro⁶³⁶.

Somente em 2018, com a decisão da ADI n.º 4.275, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da exigência de provas patologizantes – constroem a narrativa da transexualidade ou da travestilidade como doenças – para a alteração do registro civil de pessoas trans e travestis. A ação foi fruto de conflitos dos grupos sociais com as instituições do direito nas tentativas anteriores de alterar o registro nas primeiras instâncias do judiciário no Brasil. Quando essas demandas chegaram ao judiciário,

⁶³³ A formulação de um “direito à identidade de gênero” é fruto dos projetos de legalidade levados às instituições jurídicas pelos movimentos sociais. Investiguei com maior detalhe esse processo em Silva (2021).

⁶³⁴ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁶³⁵ BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

⁶³⁶ BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade); CIDADE, Maria Luiza Rovaris. *Nomes (im)próprios: registro civil, norma cisgênera e racionalidades do Sistema Judiciário*. 2016. 182 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2016; SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

elas instauraram disputas sobre o significado jurídico do sexo. A principal resposta institucional a essas ações foram os requerimentos de provas de “comprovação da transexualidade”, processo de subjetivação compreendido até então pelo judiciário como uma patologia mental. A ação no STF, portanto, declarou a inconstitucionalidade desses requerimentos, além de viabilizar a alteração direta em cartórios⁶³⁷.

Os efeitos jurídicos da ADI são ainda mais amplos do que a possibilidade de mudar o registro civil. A interpretação fundada na contingência dos processos de subjetivação transformou não só os debates sobre a regulação jurídica do sexo no país como o próprio caráter de imutabilidade do registro civil brasileiro. De uma certa forma, a decisão abriu espaço para incorporar no direito as mudanças dos processos de subjetivação das pessoas, ou seja, sua maleabilidade nas relações sociais. Casos como esse destacaram uma maneira jurídica estática de lidar com experiências sociais necessariamente contínuas e instáveis⁶³⁸. Contudo, eles também indicam as possibilidades de transformação da gramática do direito para lidar com a contingência dos processos de subjetivação.

3.2 Formas dogmáticas da subjetivação jurídica

Conforme investigado, para atender a uma forma democrática, a subjetivação jurídica não poderia ser construída a partir da imposição de uma definição prévia dos sujeitos sociais. Qualquer disposição de termos classificatórios ou caracterizações da subjetivação no material jurídico precisa lidar com a inerência deste processo ao contexto social, ou seja, com a capacidade de mudança da subjetivação de acordo com as transformações da sociedade. Para ser democrático, portanto, esse processo precisa considerar a participação social na reformulação constante de seus termos.

Se ser uma pessoa no direito é um processo contínuo de constituir-se em conflito com as relações e as normas sociais, ele não pode ser compreendido a partir de uma estabilização jurídica permanente com a positivação de termos estáticos para referir formas de vida. E mesmo que esses termos da subjetivação estejam presentes no material jurídico, eles também estarão em disputa por diferentes interpretações

⁶³⁷ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁶³⁸ Esse mesmo raciocínio focado nas relações de subjetivação e não em uma ontologia essencialista do sujeito também está presente na ADI n.º 5.543 julgada pelo STF em 2020. O objeto da ação foi a inconstitucionalidade da restrição administrativa da doação de sangue por pessoas que mantêm relações sexuais com pessoas do mesmo sexo.

sobre seu significado. Em outras palavras, a estabilização do significado jurídico das normas de subjetivação tende a ser temporária, porque permanece em reformulação constante.

Para gerir esse processo de disputa de significado normativo, a interpretação ganha centralidade no direito contemporâneo. A atividade interpretativa possibilita um diálogo da norma, construída no passado, com o caso e o contexto do presente. Ela estende a construção do significado jurídico para novos espaços jurídicos, como o Poder Judiciário, e com isso viabiliza a influência de outros agentes na construção do sentido. Por essa razão, parece ser fundamental que os sujeitos da subjetivação dos casos jurídicos também possam participar desse momento de construção normativa do direito.

Como uma das principais instituições de decisão jurídica, o judiciário é a arena oficial do Estado para a disputa dos significados jurídicos. Os sentidos normativos da legislação ordinária e da própria Constituição são discutidos na atividade cotidiana do Poder Judiciário e com as formulações jurídicas dos processos de subjetivação não é diferente. Contínuas controvérsias sobre o significado jurídico de categorias rígidas da subjetivação como o instituto do sexo civil alteraram sua previsão de imutabilidade positivada na LRP. Além disso, elas destacaram a possibilidade de um papel ativo dos sujeitos na sua definição jurídica.

Projetos de legalidade como a demanda de alteração do sexo civil indicam que a subjetivação jurídica não precisa ser formulada com a cristalização normativa de acontecimentos pontuais da vida das pessoas, como o momento do nascimento. No entanto, os ordenamentos jurídicos europeus, fundamento do direito brasileiro⁶³⁹, tradicionalmente consideraram as formulações jurídicas relacionadas ao processo de subjetivação como “inerentes” ou “intrínsecas” ao ser humano. Suas normas pressupunham um sujeito social finalizado, cujo *reconhecimento* posterior pelo direito seria suficiente para possibilitar às pessoas a construção de projetos de legalidade.

A partir de diversas reivindicações sociais em que a estabilidade de categorias da subjetivação foi questionada e pelas quais a possibilidade de mudança nas formas de vida foi reiterada, esses ordenamentos jurídicos passaram a elaborar novas formas

⁶³⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1964]; LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978]; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

de lidar com subjetivação com foco na sua mutabilidade e contingência. Sem impor ou determinar um único modo de vida no material jurídico, essas formas focaram em lidar com o pluralismo social a partir de metodologias interpretativas e buscaram estabelecer limites para o poder estatal de definir a subjetivação no direito.

Na Itália, foram criados o *direito fundamental à identidade pessoal* e um método de interpretação do direito chamado de *direito civil-constitucional*. Já na Alemanha, a Suprema Corte criou o *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*. Essas novas formas dogmáticas da subjetivação jurídica são construídas para lidar com a dinamicidade da subjetivação e passam a ser reivindicadas também no direito brasileiro com fundamento na Constituição Federal de 1988.

O direito à identidade pessoal foi elaborado por juristas da Itália em meados da década de 1970. Ele foi formulado a partir de concepções teóricas sobre a função do nome da pessoa no direito. Em sua concepção original, o direito à identidade pessoal foi caracterizado na literatura jurídica italiana como a proteção jurídica da “incessante capacidade da personalidade humana se exteriorizar no ambiente social, em como da também incessante necessidade de protegê-la e promovê-la nesse meio”⁶⁴⁰. Contudo, a partir de novas decisões judiciais no período, o significado jurídico de identidade pessoal foi ampliado e desvinculado do modelo dogmático tradicional dos direitos da personalidade⁶⁴¹.

Em 1974, uma decisão do Tribunal de Roma afirmou o direito à identidade pessoal como uma tutela da “paternidade dos próprios atos”, em que a pessoa estaria protegida da atribuição de autoria de “atos que não são próprios do titular”. Nos termos de Ligia Fabris Campos⁶⁴², uma proteção “a não ver distorcida a própria personalidade individual, especialmente quando envolvendo as convicções políticas, éticas e sociais do indivíduo, por estarem ligadas à esfera mais íntima da personalidade”. A decisão indicava, portanto, a possibilidade de identificar uma determinada *essência* da pessoa cuja marca poderia ser percebida em seus atos.

Outas decisões do judiciário italiano também passaram a ser fundamentadas em um direito a “ser conhecido por quem é na realidade” e em um direito “à verdade

⁶⁴⁰ KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1–11, 2018. p. 4.

⁶⁴¹ KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1–11, 2018. p. 2.

⁶⁴² CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p. 53.

peçoal”⁶⁴³. Segundo esta interpretação, o nome civil não apenas representa a pessoa socialmente, mas caracteriza a própria *identidade* da pessoa humana. Os constantes usos oficiais da formulação do direito à identidade pessoal também o desvincularam de uma relação direta com o nome da pessoa e ampliaram sua abrangência.

Segundo Anderson Schreiber⁶⁴⁴, a dogmática da identidade pessoal passou a ser utilizada para proteger a relação da pessoa com os diferentes traços pelos quais ela é representada no meio social. Ela também aparece no material jurídico como o direito de “ser si mesmo” (*diritto ad essere se stesso*), pelo qual juristas demandam a proteção direta do processo de subjetivação. Para Schreiber, a identidade pessoal protege tanto as ideias e experiências pessoais quanto as convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam e qualificam as pessoas.

Esse direito também passou a ser utilizado em outros ordenamentos jurídicos para proteger a pessoa contra atos que a apresentem na sociedade de forma contrária ao seu processo de subjetivação. Por essa razão, alguns ordenamentos relacionam a proteção da identidade pessoal ao direito à privacidade. Nas palavras de Schreiber⁶⁴⁵, “por contemplar, em última análise, a genuína relação entre a pessoa e seus dados pessoais”. Outros ordenamentos, contudo, reservam um espaço próprio para o direito à identidade pessoal, pois ele representaria a proteção do nome da pessoa.

Para Carlos Fernández Sessarego⁶⁴⁶, a identidade pessoal é caracterizada, em especial, por sua exterioridade, pois constitui a proteção jurídica da pessoa na sua dimensão de coexistencialidade, ou seja, na sua intersubjetividade. Por essa razão, o jurista defende que o direito à identidade pessoal não compreenderia a pessoa como uma unidade totalizada em si, mas como parte da vida comunitária. Nesse caso, o fundamento da identidade pessoal seria a própria defesa da solidariedade como valor humano a ser realizado nas relações sociais.

No direito brasileiro, não há previsão expressa do direito à identidade pessoal. Se fosse diretamente relacionado à gramática tradicional do direito civil, o direito à identidade pessoal deveria estar elencado como um direito da personalidade, já que também exerce a função de proteção da pessoa. O Código Civil de 2002, no entanto,

⁶⁴³ CAMPOS, Lígia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

⁶⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215.

⁶⁴⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

previu somente os direitos ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. Porém, na interpretação de Anderson Schreiber⁶⁴⁷, o direito à identidade pessoal está presente no direito brasileiro na cláusula geral de proteção da dignidade humana, prevista no texto constitucional no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Ou seja, a função normativa de proteção da dignidade incluiria também a proteção da identidade pessoal em seu sentido mais amplo.

Já a dogmática do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é anterior, e foi formulada primeiramente em 1957 pelo tribunal constitucional da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, na Decisão Elfes (BVerfGE 6,32 de 16 de janeiro de 1957) sobre a liberdade geral de ação⁶⁴⁸. Contudo, ele aparece novamente na jurisprudência da Corte apenas em 1989, na Decisão Beschluss (BVerfGE 80,137 de 6 de junho de 1989) sobre o mesmo tema.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi formulado a partir de dois aspectos principais. Por um lado, ele criou um direito geral de personalidade, pois a proteção jurídica da pessoa não estava expressa no ordenamento jurídico alemão antes dessas decisões do tribunal. Nesse caso, a personalidade foi apresentada como *inerente* à pessoa humana e sua tutela pretendeu proteger a pessoa da lesão aos seus “bens de personalidade”. O segundo aspecto do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi relacionado a uma liberdade geral de ação do sujeito. Ou seja, o direito alemão pretendeu proteger a liberdade da pessoa em construir sua própria *essência* e a sua liberdade de comportamento para, nas palavras de Felipe Arady Miranda⁶⁴⁹, “garantir que essa personalidade se materialize em atos, como seja, manifestação objetiva e concreta da personalidade”.

Contudo, se o direito à identidade pessoal é criado em diálogo com a dogmática civil tradicional dos direitos da personalidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é formulado a partir da teoria das limitações horizontais dos direitos fundamentais, ou seja, em debate com a dogmática constitucional contemporânea dos direitos fundamentais.

⁶⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁴⁸ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo; WOISCHNIK, Jan. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005; MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013.

⁶⁴⁹ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013. p. 11184.

Segundo Miranda⁶⁵⁰, o livre desenvolvimento da personalidade seria um direito amplo cuja definição foi construída no contexto de sua restrição pelo poder soberano. Para tanto, a limitação deve ser realizada no contexto do caso concreto por um método de ponderação de princípios e bens constitucionais. Também com base em uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, a Decisão Tonband (BVerfEG 34,238 de 31 de janeiro de 1973), o jurista entende que os atos públicos do Estado devem observar o princípio da proporcionalidade em relação ao prejuízo desse direito. A proporcionalidade, em suas palavras, deve ser elaborada a partir da escolha da medida “menos agressiva ao direito fundamental restringido” e deve ser “proporcional em sentido estrito”⁶⁵¹. Ou seja, qualquer restrição ao direito do livre desenvolvimento da personalidade deve ser justificada em termos de sua relevância, razoabilidade, proporcionalidade e adequação.

Felipe Arady Miranda⁶⁵² destaca as diferenças dogmáticas entre os direitos da personalidade, os quais ele relaciona ao direito civil, e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, formulado na gramática constitucional. Como um direito fundamental, o livre desenvolvimento da personalidade constitui um direito de defesa, de proteção do indivíduo das ingerências do Estado e da ação de indivíduos com maior poder nas relações sociais.

Conforme o autor, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental porque tem caráter constitucional e parte de uma perspectiva publicística, ou seja, ele pressupõe uma relação hierárquica de poder. Os direitos da personalidade, por sua vez, têm caráter privatístico e pressupõem uma relação de igualdade. Contudo, para o jurista, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade poderia ser aplicado tanto ao direito público, como um direito fundamental, como ao direito privado, como um direito da personalidade, tendo em vista sua perspectiva de que “a tutela geral da personalidade é apenas uma dimensão do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade”⁶⁵³.

⁶⁵⁰ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013.

⁶⁵¹ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013. p. 11198.

⁶⁵² MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013.

⁶⁵³ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013. p. 11205.

Para lidar com a disputa dogmática entre as diferentes perspectivas jurídicas, Miranda sugere que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possa ser utilizado como um argumento constitucional para o direito geral de personalidade do direito civil. Ou seja, o jurista defende a aplicação direta do direito para os conflitos entre pessoas particulares. Na relação entre a pessoa e o Estado, por outro lado, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade seria somente um apoio interpretativo para o direito civil. Ele protegeria a liberdade individual relacionada à constituição da personalidade tanto da ingerência do Estado quanto da violência por outros indivíduos. Em suas palavras, um direito de “desenvolver sua personalidade de forma livre, sem a intervenção de terceiros, agindo, ou deixando de agir de acordo com a sua convicção”⁶⁵⁴. Em seu conteúdo positivo, portanto, o direito fundamental ao livre desenvolvimento protegeria a liberdade de agir da pessoa, e em seu conteúdo negativo, proibiria a interferência do Estado.

Por fim, a dogmática do método do direito civil-constitucional pretende mudar, em geral, o foco das relações privadas para os temas da liberdade e da solidariedade. Nessa interpretação, a personalidade em si não é um direito, mas um conceito jurídico sobre o qual direitos *inerentes* são reconhecidos na gramática jurídica, entre eles, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A obra *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, de 1975, do jurista italiano Pietro Perlingieri é comumente indicada como a principal referência da metodologia do direito civil-constitucional. Segundo o autor, o ponto de referência do direito é o “homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com outros homens”⁶⁵⁵. Em outras palavras, o próprio fundamento do direito civil-constitucional é a dinâmica das relações intersubjetivas.

O direito, para Perlingieri, apresenta a dupla função de conservar situações existentes na sociedade e de modificar a realidade social. Ele defende que diferentes interesses sociais podem provocar a transformação das estruturas preestabelecidas pela gramática jurídica. Perlingieri sustenta uma perspectiva crítica do direito ao afirmar que ele é produto das demandas sociais, contudo, ele também entende que

⁶⁵⁴ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013. p. 11207.

⁶⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 1.

cada ordenamento jurídico é caracterizado por uma filosofia de vida, ou seja, “por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora”⁶⁵⁶.

Sua principal proposta está baseada no diagnóstico de perda da centralidade do Código Civil no papel de unificação dos ordenamentos jurídicos ocidentais, função reservada atualmente aos textos constitucionais. A unidade do ordenamento jurídico seria construída agora na atividade de interpretação do direito, tarefa que deve ser realizada, segundo Perlingieri⁶⁵⁷, a partir dos valores da Constituição.

Seu entendimento sobre a relação entre moral e direito está fundamentado no respeito à dignidade da vida de cada pessoa e na primazia desse valor sobre qualquer razão política de organização social. Para Perlingieri⁶⁵⁸, portanto, a forma adequada de lidar com a indeterminação do direito é construir uma unidade jurídica a partir dos valores constitucionais. Se ele sustenta uma posição crítica de centralidade da função interpretativa no direito, o autor também conserva a demanda clássica por unidade jurídica ao direcioná-la para a constituição.

Perlingieri⁶⁵⁹ defende que essa unidade valorativa do ordenamento jurídico deve ser construída pelas decisões judiciais com base no texto constitucional. Para o direito civil, essa posição é bastante inovadora em relação à tradicional defesa da codificação, procedimento segundo o qual a tentativa de unidade valorativa do direito deveria ser realizada pelo legislativo, o único poder com legitimidade política para a criação das normas e para a escolha dos valores unificadores.

Segundo Pietro Perlingieri⁶⁶⁰, a pluralidade das normas especiais de direito civil esconderia variadas opções valorativas que tenderiam a fragmentar a unidade do direito. As normas gerais da constituição, contudo, poderiam sustentar a centralidade interpretativa no direito e garantir a unidade jurídica a partir dos seus valores. Ou seja, às normas jurídicas ainda estariam sujeitas à interpretação, subordinadas aos valores jurídicos eleitos pela sociedade para constar no texto constitucional e guiar a atividade interpretativa.

⁶⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 5.

⁶⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

⁶⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

⁶⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

⁶⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

Outro ponto importante na metodologia de Pietro Perlingieri é o movimento conhecido como despatrimonialização do direito civil, em que o foco da regulação civil muda e os valores subjetivos e existenciais relacionados à pessoa devem prevalecer sobre qualquer valor patrimonial. Segundo o jurista, esta é uma tendência normativa de fundamento cultural, com base no constrangimento em dispor no mesmo plano valorativo interesses patrimoniais e interesses existenciais. Seu argumento pretende compelir a atividade interpretativa à justificação com base no livre desenvolvimento da pessoa em qualquer decisão, em razão da “passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”⁶⁶¹.

Para realizar esta tarefa, Perlingieri sustenta que a tutela civil da pessoa precisa ser qualitativamente diversa, baseada nos valores constitucionais. Em suas palavras, a proteção da personalidade deve ser orientada pelos “direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento”⁶⁶². Os interesses individuais, para o autor, devem ser instrumentos para construir uma comunidade, cujo objetivo é ser um meio para a realização da pessoa.

Este também seria o papel do Estado de Direito para o autor, ou seja, proteger direitos fundamentais e favorecer o pleno desenvolvimento do indivíduo. A intervenção estatal só poderia ocorrer sob o fundamento de facilitar a realização de interesses existenciais e individuais. Pietro Perlingieri propõe então uma “interpretação crítico-construtiva do direito”⁶⁶³, pela qual esta atividade está vinculada às escolhas e aos valores presentes no ordenamento jurídico e cujo controle está na necessidade de justificação.

Pietro Perlingieri compreende como fato jurídico toda situação considerada relevante para o ordenamento jurídico. Ou seja, para o jurista, as normas preveem as hipóteses de verificação do evento social e a possibilidade de sua relevância jurídica. A qualificação dos fatos deve ser realizada com base em sua função prático-social. É com fundamento na análise da função jurídica de uma determinada situação que é

⁶⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 33.

⁶⁶² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 38.

⁶⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 80.

possível qualifica-la juridicamente. Por isso, Perlingieri⁶⁶⁴ afirma que “a função do fato jurídico é expressa não pela descrição, mas pela *síntese* dos seus efeitos *essenciais*”. O efeito jurídico é determinado às situações sociais pelo direito, que é um “instrumento de avaliação do agir humano entendido segundo categorias”⁶⁶⁵.

Em relação às formulações dogmáticas tradicionais dos estados da pessoa, Perlingieri afirma uma mudança em seu sentido original, em razão de sua defesa dos princípios da igualdade formal e da dignidade da pessoa. Ele propõe uma noção instrumental do conceito, em que o estado seria uma “técnica idônea para criar ou dar tratamentos desiguais, estatutos singulares”⁶⁶⁶. Pietro Perlingieri diferencia então as qualidades da pessoa, como o sexo e a nacionalidade, da titularidade da função dos estados. Ou seja, ele propõe um uso polivalente da formulação a fim de que as distinções realizadas pelos estados não sejam apenas formais e descritivas, mas baseadas nos seus conteúdos e funções.

Para Perlingieri, os estados da pessoa são situações subjetivas autônomas. O estado pessoal, por exemplo, originalmente chamado de *status personae*, seria o valor intrínseco da pessoa em situações subjetivas e individuais no ordenamento jurídico. É o valor primordial do direito e sustenta a própria unidade de direitos e deveres fundamentais da pessoa. Ele exprime a singularidade da pessoa e configura a sua personalidade. Segundo Perlingieri, o estado pessoal é um *valor humano* adquirido desde o momento da existência da pessoa. Ao mesmo tempo, ele está imbricado no contexto e na formação da pessoa e não está relacionado à capacidade civil adquirida com o nascimento nem é perdido com sua morte. Nas palavras do jurista, “ele é a tradução subjetiva de um valor objetivamente tutelado”⁶⁶⁷.

Conforme Perlingieri, o estado pessoal representa a pessoa em sua titularidade de situações existenciais. É uma garantia expressa por uma cláusula geral de tutela, uma situação *permanente* de base, adquirida originalmente e que resume “direitos

⁶⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 96.

⁶⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 96.

⁶⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 134.

⁶⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 135.

invioláveis e deveres inderrogáveis”⁶⁶⁸ *sem necessidade de previsão* no ordenamento jurídico.

Já o estado civil, denominado no direito romano como *status civitatis*, para Perlingieri, é o estado da pessoa em relação à sua cidadania em uma organização política estatal. É compreendido por ele como uma situação subjetiva autônoma e constituída de direitos e deveres. Sem este estado, a pessoa não é capaz de exercer direitos e deveres de cidadania, mas ainda assim conservaria o estado pessoal. Por fim, a qualificação pelo estado familiar, ou *status familiae*, é traduzida, para o autor, como a “posição de um sujeito no âmbito de uma determinada comunidade familiar”⁶⁶⁹.

O autor diferencia, contudo, o sexo civil como uma qualidade da pessoa que não incide sobre os estados. A partir das regras do ordenamento jurídico italiano, Perlingieri afirma que o sexo não pode ser considerado um estado pessoal, porque resulta do ato de nascimento e sua modificação não se dá por ação contenciosa, “mas com o procedimento *camerale* de retificação”⁶⁷⁰. Sua conclusão sobre a imutabilidade do sexo civil está baseada no entendimento de que sua retificação seria uma simples correção do registro, ou seja, um procedimento para corrigir o documento e adequá-lo à realidade existente desde o momento do nascimento da pessoa. O jurista não explora a possibilidade de disputa do significado jurídico do sexo civil como parte do processo de subjetivação.

Perlingieri ainda apresenta duas concepções diferentes sobre os direitos da personalidade. A primeira refere a existência de um direito geral da personalidade, ou seja, uma norma geral de proteção da pessoa no ordenamento jurídico. Na segunda concepção, o direito positivo prevê os direitos da personalidade, concepção chamada pelo jurista de atomística. Essa previsão pode ser atípica, em que o material jurídico prevê uma série aberta de direitos da personalidade, ou típica, em que a legislação

⁶⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 135.

⁶⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 136.

⁶⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 138. O procedimento mencionado é similar à jurisdição voluntária prevista no ordenamento jurídico brasileiro que foi utilizado nas ações de modificação do sexo civil antes da decisão do STF em 2018. Com este procedimento, é possível ajuizar uma ação judicial sem litígio, ou seja, uma ação sobre uma situação em que não há conflito entre as partes ou mesmo em que não há partes para formar um conflito, como no caso da mudança do registro civil. Nestes casos, a função do judiciário é apenas fiscalizar a legalidade do procedimento. Para conferir detalhes sobre o procedimento de jurisdição voluntária no Brasil, ver Gonçalves (2021). Para uma investigação sobre os efeitos deste procedimento na mudança do sexo civil, ver Silva (2021).

positiva cada um dos direitos da personalidade protegidos no ordenamento jurídico. Segundo Perlingieri⁶⁷¹, a tipicidade dos direitos da personalidade “exaure a relevância de tais direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento dos danos”. A partir de sua metodologia do direito civil-constitucional, o autor afirma que a norma constitucional relativa aos direitos da personalidade é aberta e pode ser aplicada diretamente. A constituição italiana expressa, para o jurista, uma cláusula geral de tutela da pessoa e seu conteúdo não estaria limitado a direitos tipicamente previstos, mas se estenderia a situações atípicas. Este argumento também é defendido no uso da metodologia no ordenamento jurídico brasileiro a partir da proteção da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal brasileira de 1988.

Conforme a perspectiva existencial dos direitos da personalidade defendida por Pietro Perlingieri⁶⁷², não há uma dualidade entre sujeito e objeto no direito, pois “ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica”. A pessoa constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o seu ponto de referência objetivo. A tutela da pessoa, para o autor, deve ser unitária para corresponder à unidade do seu valor. Perlingieri⁶⁷³ explicita então seu entendimento do conceito de pessoa no direito, que não seria somente uma concepção jurídica do sujeito social, mas o próprio *valor fundamental do ordenamento* que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”.

No Brasil, a metodologia do direito civil-constitucional passou a ser defendida por juristas e a aparecer em parte da jurisprudência brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conforme Gustavo Tepedino⁶⁷⁴, a dignidade da pessoa humana, princípio positivado no texto constitucional do país, reestruturou o direito civil brasileiro. A principal orientação do princípio seria funcionalizar as situações jurídicas patrimoniais às existenciais. Nas palavras de Tepedino, “a Constituição da República de 1988 inaugurou ordem pública caracterizada pela precedência das situações

⁶⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 154.

⁶⁷² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 155.

⁶⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975]. p. 156.

⁶⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35.

existenciais sobre as patrimoniais”⁶⁷⁵. Segundo o argumento, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constrói uma hierarquia constitucional em que a proteção da pessoa está no topo do ordenamento jurídico brasileiro e deve submeter as atividades legislativa e interpretativa. Para Tepedino⁶⁷⁶, o princípio garante uma forma de lidar com a indeterminação do direito, porque “a harmonização das fontes normativas a partir da primazia hierárquica da Constituição revela-se como único método capaz de garantir estabilidade ao Direito”.

Esta também é a perspectiva de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a Constituição de 1988 inaugura um novo período do direito brasileiro em que o Código Civil não é mais o centro das relações jurídicas. Em suas palavras, o núcleo do direito no Brasil passa a ser “a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”⁶⁷⁷. Ou seja, para a jurista, os novos princípios constitucionais oferecem uma unidade sistêmica para o direito do país a partir de uma hierarquização das fontes normativas em que a Constituição impõe-se sobre as demais normas jurídicas.

A ideia de unidade e sistematização hierárquica do ordenamento jurídico pelo texto da Constituição fundamenta a metodologia do direito civil-constitucional sobre a primazia dos princípios constitucionais. Bodin de Moraes⁶⁷⁸, no entanto, vai além ao defender a presença dos *valores* da Constituição em todo o direito brasileiro. Segundo a autora, sem os valores constitucionais haveria um mundo fragmentado “logicamente incompatível com a ideia de um sistema unitário” por ela defendido.

Para a metodologia civil-constitucional brasileira, os direitos da personalidade constituem um lugar fundamental de proteção do processo de subjetivação no direito. Segundo Schreiber⁶⁷⁹, os direitos da personalidade “consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”. As diferentes designações previstas por esses direitos, para o jurista, pretendem contemplar atributos da pessoa humana identificados pelo direito como relevantes para a proteção da subjetivação.

⁶⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Prefácio: do sujeito à pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 15–16. p. 15.

⁶⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. O Prefácio: do sujeito à pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 15–16. p. 15.

⁶⁷⁷ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 8.

⁶⁷⁸ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 9.

⁶⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

Anderson Schreiber ainda diferencia os direitos da personalidade e as demais formas jurídicas da proteção da subjetivação. Enquanto os direitos humanos seriam reivindicados no âmbito jurídico internacional e, portanto, dependeriam também do ordenamento jurídico de cada Estado nacional, os direitos fundamentais são de ordem constitucional e estão especialmente vinculados à proteção da pessoa em relação ao poder do Estado. Já os direitos da personalidade, conforme Schreiber⁶⁸⁰, fariam uma “alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas”, ainda que sejam fundamentados na Constituição e nos direitos humanos. Apesar dessa diferenciação de âmbitos de proteção jurídica, segundo o autor, o valor tutelado pelo direito é, em todas as formulações, a dignidade da pessoa humana.

Apesar de presente na jurisprudência brasileira e de ser defendida por muitas pessoas juristas, a metodologia civil-constitucional sofreu resistência de perspectivas mais tradicionais do direito civil no Brasil. O viés liberal e patrimonialista de boa parte da herança civilista germânica no país só passou a ser disputado com a atuação do STJ. Conforme Anderson Schreiber⁶⁸¹, foi o tribunal que passou a aplicar de forma direta os princípios constitucionais da Constituição de 1988 para resolver conflitos em casos entre pessoas particulares.

No entanto, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal em 1988, o direito civil brasileiro já era disputado por distintas visões sobre a configuração jurídica das relações particulares. A eminência de um texto constitucional plural e centrado no princípio da dignidade da pessoa humana apenas fortaleceu os esforços de parte de juristas para voltar o foco da nova codificação civil à promoção e proteção da pessoa no direito. Contudo, conforme Schreiber⁶⁸², “o Congresso Nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de 1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil”. Para o jurista, a aprovação do Código foi conduzida de forma discreta em 2001 e sem um efetivo debate com a sociedade e a comunidade jurídica brasileiras sobre o seu conteúdo e seu papel após a Constituição Federal e o recente período de redemocratização do país. Schreiber afirma que a comissão de juristas encarregada da redação do projeto original foi orientada a consolidar no Código somente institutos e soluções normativas já estabilizados na tradição jurídica do Brasil.

⁶⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

⁶⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁸² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

Não obstante esse direcionamento, o Código Civil brasileiro de 2002 dedicou um capítulo inteiro da parte geral aos direitos da personalidade. Para Schreiber⁶⁸³, essa inserção foi bastante representativa de uma mudança de perspectiva em relação ao anterior Código Civil de 1916. Além disso, a proteção à pessoa em seus aspectos existenciais presente no texto do Código significou, para o jurista, uma orientação à interpretação constitucional do direito civil do país. Em suas palavras, uma “afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana”⁶⁸⁴.

O capítulo dedicado à pessoa, no entanto, não impediu previsões contrárias à perspectiva do direito civil-constitucional, em especial com relação aos direitos da personalidade. Para Anderson Schreiber⁶⁸⁵, o texto do Código formulou esses direitos de modo “excessivamente rígido e puramente estrutural”. As soluções normativas propostas pelo Código, segundo o jurista, são elaborações fechadas e absolutas dos problemas da sociedade, o que não expressaria as relações sociais contemporâneas e a própria função dos direitos da personalidade em um contexto de diálogo do direito civil com o texto constitucional.

Por isso, a aposta da metodologia do direito civil-constitucional no Brasil passou a ser na atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário, em que os valores da Constituição poderiam ser o critério de avaliação dos conflitos sobre os direitos da personalidade. O exame ativo da dinâmica desses direitos com base no princípio da dignidade da pessoa humana tornaria viável à gramática jurídica, nas palavras de Schreiber⁶⁸⁶, “contribuir de modo decisivo para a construção dos parâmetros e balizas que permitirão enfrentar os difíceis casos concretos que se multiplicam na realidade contemporânea”.

O judiciário, nos termos de Schreiber⁶⁸⁷, “é chamado a participar de modo mais ativo da construção e da aplicação do direito, contribuindo criativamente para a solução de cada caso concreto”. O texto constitucional e o novo Código Civil de 2002, influenciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, também afetariam a atuação do Poder Legislativo a partir de uma ênfase na construção de normas mais abertas e genéricas. Segundo o jurista, os enunciados normativos, em sua maioria,

⁶⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

⁶⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

⁶⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

⁶⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 224.

deixaram de descrever hipóteses fáticas específicas e de prever consequências jurídicas determinadas. As novas normas civis, nas palavras do autor, “ditam um norte valorativo para a atuação do interprete”⁶⁸⁸.

Além da elaboração de cláusulas gerais, a legislação, segundo o direito civil-constitucional também passou a apresentar formulações jurídicas indeterminadas e a conviver com outras fontes normativas abertas. Para Schreiber⁶⁸⁹, os princípios voltam a ser aplicados diretamente nas decisões judiciais e “as Constituições, recheadas de princípios, deixam de ser ‘cartas políticas’ para se tornarem normas fundamentais do sistema jurídico”. Neste novo contexto jurídico, os textos constitucionais orientam a interpretação do direito infraconstitucional e são aplicáveis diretamente nos conflitos sociais.

A centralidade dos princípios leva a metodologia civil-constitucional a sustentar a ponderação como o principal método interpretativo em detrimento da tradicional subsunção. A ponderação, conforme Schreiber⁶⁹⁰, “busca um caminho intermediário, equilibrado, que não exclua por completo a aplicação de nenhum dos dois princípios em conflito, mas que imponha um sacrifício recíproco e proporcional entre eles”. De certa forma, é possível identificar uma aposta da metodologia civil-constitucional na possibilidade de encontrar no texto constitucional a melhor resposta para os conflitos sociais.

Por fim, como Gustavo Tepedino⁶⁹¹ destaca, a metodologia civil-constitucional propõe uma “atuação proativa do magistrado” na atividade interpretativa das normas jurídicas, ainda que também provoque debates sobre os “limites de intervenção da magistratura na construção da norma jurídica”. Segundo Tepedino⁶⁹², os princípios encontrados na Constituição oferecem ao judiciário os critérios necessários para “delimitar categorias e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a assegurar eficácia jurídica às cláusulas gerais positivadas pelo legislador”.

⁶⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 224.

⁶⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 225.

⁶⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 225.

⁶⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35. p. 19.

⁶⁹² TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35. p. 21.

Nas situações em que diferentes princípios constitucionais são considerados conflitantes para a solução do caso concreto, a pessoa julgadora deverá utilizar, segundo a metodologia, a técnica da ponderação para encontrar na Constituição a melhor resposta para o caso. No entanto, “a atuação jurisdicional”, nas palavras de Tepedino⁶⁹³, deve ser “direcionada à concretização dos valores e fins constitucionais, com interferência crescente no espaço de atuação dos demais poderes”. Ou seja, para o autor, ainda que a pessoa intérprete esteja diante de um amplo espaço de atuação, ela “não poderá se afastar do dever de promoção da axiologia constitucional”⁶⁹⁴.

Nessas três formas dogmáticas elaboradas no direito ocidental contemporâneo para lidar com o processo de subjetivação, é possível identificar uma ampliação da dinâmica regulatória, mas ainda existem alguns problemas para gerir essa regulação de maneira democrática. O foco na mutabilidade da proteção à pessoa foi formulado no direito italiano a partir da dogmática civilista, mas como parte integrante do texto constitucional. O direito à identidade pessoal foi construído na jurisprudência da Itália como um direito fundamental e a metodologia do direito civil-constitucional apostou na superioridade normativa e na unidade valorativa da Constituição. Na Alemanha, a fim de ampliar a dinâmica da regulação jurídica da pessoa, a Suprema Corte fez uso direto da dogmática constitucional para criar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, nos três casos, a regulação dinâmica da subjetivação foi construída sobre as bases de uma espécie de *direito natural* da pessoa ou da dignidade da pessoa humana. Ou seja, se a forma regulatória fornece à subjetivação a possibilidade de mudança, esta transformação só pode ser realizada a partir de conceitos jurídicos essencialistas, como o de *identidade*. O direito à identidade pessoal, por exemplo, indica uma concepção eminentemente existencialista do sujeito social, enquanto a subjetivação é um processo intersubjetivo, constituído no interior das relações sociais. Na forma dogmática do direito à identidade pessoal, a subjetivação é realizada de

⁶⁹³ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35. p. 24.

⁶⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35. p. 25.

modo unilateral a partir da ação de um sujeito prévio sobre o qual recai o contexto social.

O direito à identidade pessoal, portanto, pretende proteger uma forma estável da pessoa, a sua *identidade*, em oposição ao processo mutável da subjetivação. Essa abordagem não considera a relação dinâmica da pessoa com as próprias normas jurídicas. Ainda que a criação do direito à identidade pessoal procure “garantir não apenas o direito a construir a própria identidade, mas também de reconstruí-la, já que a identidade é dinâmica e mutável”⁶⁹⁵, ele não expressa a característica processual da subjetivação. A *identidade* protegida não poderia ser protegida como um núcleo mutável da pessoa. A identidade seria o próprio processo de identificação. Em outras palavras, não é a identidade que precisa de tutela do ordenamento jurídico, mas o processo de subjetivação que precisa ser garantido de forma democrática. É o próprio fazer-se no direito, ou seja, fazer-se como *pessoa no direito*. O direito à identidade pessoal só consideraria a mudança da pessoa nas relações sociais, mas não atentaria para a sua atuação sobre os termos de subjetivação disponibilizados pelo direito.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, também é formulado a partir do pressuposto de que um sujeito social pode transformar sua subjetivação ao longo do tempo e construir variados projetos de vida. No entanto, ele está fundamentado em naturalizações sobre a forma de constituição do sujeito, em que sua capacidade de mudança intersubjetiva seria uma *característica inerente* e sua liberdade estaria limitada a construir a sua *essência*. A própria terminologia utilizada para elaborar o direito indica uma ideia de existência prévia às normas jurídicas. Ao direito caberia somente *reconhecer* uma personalidade já existente. Novamente a gramática jurídica constrói obstáculos para as lutas sociais por mudança nos termos da subjetivação.

Dessa maneira, os significados jurídicos de conceitos como *identidade* ou *sexo civil* estão apenas *virtualmente* abertos à dinâmica social, porque só podem ser determinados por autoridades jurídicas. Eles não estão acessíveis à disputa pela sociedade. Em outras palavras, mesmo com uma mecânica jurídica mais maleável para o processo de subjetivação, as formas dogmáticas do direito à identidade pessoal, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a metodologia do direito civil-constitucional não viabilizam a reivindicação de diferentes significados

⁶⁹⁵ KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1–11, 2018. p. 6.

jurídicos da subjetivação pelos sujeitos sociais e resguardam os sentidos desses processos às decisões de autoridades jurídicas.

Outro problema dessas abordagens é não considerar a pluralidade da própria Constituição, especialmente quando falamos da Constituição brasileira de 1988. Elas naturalizam uma certa imagem coesa das constituições e do seu papel no direito. A promessa destas perspectivas de produzir a unidade do ordenamento jurídico a partir da atividade interpretativa parte do pressuposto de que os valores apresentados no texto constitucional são coesos. Porém, ao contrário do que afirmam essas visões, as normas gerais dos ordenamento jurídicos também provocam conflitos normativos e disputa de significados jurídicos.

As três formas dogmáticas em muitos momentos partem da pressuposição de uma determinada unidade constitucional, seja em respeito aos seus valores como em suas regras. Ou seja, elas partem da existência de uma “unidade axiológica” da Constituição ou de uma “identidade cultural da sociedade”, das quais sempre poderiam retirar uma resposta constitucional correta para cada caso concreto. Quando admitem a possibilidade de conflito entre os princípios da Constituição, elas sugerem que a atividade interpretativa realizada pelo judiciário seja justificada, que a aplicação de um ou outro princípio seja associada a um discurso de justificação para “fundamentar a preferência de um princípio em detrimento de outro princípio que na hipótese atua de forma concorrente”⁶⁹⁶.

Para realizar essa tarefa de escolha entre os princípios constitucionais, essas formas dogmáticas apostam na função da doutrina jurídica de construir critérios de justificação e suporte às decisões do direito. Para Gustavo Tepedino⁶⁹⁷, o papel da literatura jurídica é “definir o perfil aplicativo dos princípios e cláusulas gerais no sistema”. A doutrina precisaria analisar, segundo Marina Celina Bodin de Moraes⁶⁹⁸, como “os institutos jurídicos nacionais devem ser interpretados à luz da normativa constitucional”, além de “oferecer instrumentos argumentativos, lógicos e racionais” para a atividade jurisdicional. Ou seja, a função da literatura jurídica seria estabelecer

⁶⁹⁶ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. XI.

⁶⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35. p. 19.

⁶⁹⁸ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. XIII.

parâmetros para a *apreensão* da realidade social pelo direito e para a realização da atividade interpretativa pelas autoridades jurídicas.

Bodin de Moraes ainda determina quais seriam os passos necessários para que a literatura jurídica seja capaz de prescrever com qualidade os critérios para a escolha entre princípios constitucionais. Segundo a autora, saber relacionar as regras do ordenamento jurídico *corretas* para o caso concreto, conhecer a Constituição e os institutos jurídicos e dominar a metodologia jurídica garantiriam às pessoas juristas a realização de um trabalho de excelência no suporte às decisões jurídicas:

Parece claro que a excelência acadêmica hoje está em i) saber como localizar as regras que podem ser pertinentes ao caso; ii) adquirir um profundo conhecimento principiológico; iii) conhecer a função dos institutos jurídicos; e iv) obter a competência metodológica necessária à solução de problemas jurídicos⁶⁹⁹.

Outro destaque de sua abordagem é a defesa de que, para apoiar a atividade de interpretação no alcance das respostas adequadas aos valores da Constituição, a literatura jurídica precisa ser produzida por pessoas juristas dotas, capazes de fazer uso da sua própria experiência de vida:

Nesta proposta, o jurista em formação deverá voltar-se decididamente para a realidade nacional, para as nossas controvérsias, nossos conflitos, nossa cultura e nossas tradições, e para tanto precisará ser capaz de utilizar a totalidade da sua experiência de vida, cabendo-lhe ser, embora de forma leiga, também sociólogo, psicanalista, político, economista etc.: em uma palavra, "*culto*", buscando sempre o ter a visão do conjunto⁷⁰⁰.

Em geral, contudo, essas formas dogmáticas não explicam como o trabalho doutrinário seria impositivo ou ao menos vinculante para o Poder Judiciário a fim de garantir que a escolha entre os princípios constitucionais seja justificada e capaz de levar a pessoa intérprete à resposta certa e adequada da Constituição. A partir da suposição de que a doutrina jurídica seria seguida nas decisões jurídicas e de que ela também não apresentaria conflitos interpretativos, como o próprio texto constitucional, essas abordagens apenas apostam no conhecimento da realidade social por juristas.

⁶⁹⁹ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. XIV.

⁷⁰⁰ BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. XIV, grifo meu.

Uma confiança que poderia ser relacionada ao que José Rodrigo Rodriguez⁷⁰¹ chamou de *posição institucionalista e moralista* para gerir indeterminação do direito. Em outras palavras, essas abordagens defendem que a interpretação jurídica deve ser realizada por pessoas com “excepcional senso de justiça”⁷⁰², o que ignora as disputas sociais pelos significados jurídicos e pode expressar uma perspectiva aristocrática do direito.

A valorização da superioridade normativa da Constituição Federal e da função central de proteção da pessoa no ordenamento jurídico são ferramentas fundamentais para democratizar os processos de subjetivação no direito. Porém, elas não parecem suficientes. Sugiro que essas formas dogmáticas sejam acompanhadas de desenhos institucionais para garantir a elaboração de decisões jurídicas mais democráticas. Em outras palavras, admitida a pluralidade normativa da Constituição e a inconstância dos termos para regular a subjetivação, as formas dogmáticas do direito à identidade pessoal, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da metodologia do direito civil-constitucional podem ser produtivas para uma regulação democrática da subjetivação jurídica. Para tanto, além dessas abordagens, proponho a formulação de desenhos institucionais pelos quais os sujeitos sociais possam participar do processo de construção de si na gramática jurídica.

3.3 Lugares para uma ontologia incerta

Historicamente, quando os ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais regularam os processos de subjetivação relacionados à vivência da sexualidade e do gênero, eles fizeram uso de categorias e formas de relação jurídica excludentes. A determinação jurídica dos termos “masculino” e “feminino” e a referência normativa do casamento monogâmico heterossexual veicularam, por uma gramática de regras, a prescrição de um modo único de vida. No entanto, elas não exauriram a experiência plural de gênero e sexualidade no interior das relações sociais, ou seja, não impediram

⁷⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187.

⁷⁰² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187.

a formação de “zonas intermediárias e formações híbridas”⁷⁰³ que desafiam e colocam em crise os campos de legitimidade e ilegitimidade formados pela gramática jurídica das regras.

A pluralidade de formas de vida sexual e de gênero está presente na história das diversas sociedades ocidentais e orientais, antigas, modernas e contemporâneas. Ela é especialmente rica entre as sociedades latino-americanas como a brasileira, em que os processos de colonização e escravização ampliaram a profusão cultural e os conflitos entre a vivência do gênero e da sexualidade e outras formas de subjetivação, como as práticas religiosas, políticas e artísticas⁷⁰⁴. Nas disputas de poder dos países colonizados como o Brasil, uma forma autoritária de lidar com essa multiplicidade de experiências culturais foi o uso da gramática jurídica das regras para criar regimes de legitimidade e inteligibilidade para algumas formas de vida sexuais em detrimento de outras. Uma prática que contribuiu para a naturalização de maneiras hegemônicas de viver o gênero e a sexualidade.

Por isso, não entendo a vivência de formas sociais de “zonas intermediárias e formações híbridas” das práticas sexuais e de gênero protegidas pelos ordenamentos jurídicos ocidentais como demandas por ampliação do espaço de legitimidade jurídica. Elas configuram uma crítica à gramática sexual existente e “mudam a topografia na qual uma reivindicação questionavelmente audível emerge, a reivindicação do ‘não-ainda-sujeito’ e do quase reconhecível”⁷⁰⁵. Ou seja, elas são demandas ligadas à possibilidade de atuação sobre a própria construção do processo de subjetivação, em especial, à construção da subjetivação no direito, espaço social em que os domínios de inteligibilidade foram elaborados ao longo da história brasileira recente para tentar homogeneizar a pluralidade social.

As práticas sexuais e de gênero alternativas às normatizadas pelo direito não necessariamente reivindicam formulações afirmativas de seus modos de vida na gramática jurídica. Elas parecem muito mais tentar construir um espaço jurídico de atuação, em que possam participar da construção do significado jurídico do gênero e

⁷⁰³ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 229.

⁷⁰⁴ MOREIRA, Luciana; WIESER, Doris (Org.). *A flor de cuerpo: representaciones del género y de las disidencias sexo-genéricas en Latinoamérica*. Madrid, Frankfurt am Main: Iberoamericana, Vervuert, 2021. Para um exemplo brasileiro, ver a pesquisa de Jaqueline Gomes de Jesus (2019).

⁷⁰⁵ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 229.

da sexualidade e impedir a criação de variadas formas de domínios de inteligibilidade que causam violência e exclusão social.

Se essas demandas estão relacionadas a práticas sexuais “que não aparecem imediatamente como coerentes no léxico de legitimação disponível”⁷⁰⁶, é porque atuam diretamente na objeção desse léxico. Elas contestam os termos disponibilizados pela gramática jurídica das regras e desafiam a prática jurídica de circunscrever formas determinadas de viver o gênero e a sexualidade.

A pluralidade sexual e de gênero configura “lugares de ontologia incerta”⁷⁰⁷ porque sua nomenclatura sem normalização é um desafio. Definir essa pluralidade nas normas jurídicas ou a partir da atividade de interpretação nas decisões jurídicas constitui riscos de exclusão e violência que só poderiam ser amenizados com a participação dos sujeitos da subjetivação.

As formas sociais de subjetivação estão imbricadas no diverso contexto cultural recente, fruto de muitas transformações históricas, por isso são apenas “ontologias provisórias” dinâmicas e “carregadas de poder”⁷⁰⁸. Para construir uma subjetivação jurídica democrática, é fundamental não ignorar o poder da definição e tornar possível a participação dos sujeitos sociais nesse processo. Os acordos jurídicos sobre quais são ou devem ser as formas de subjetivação expressas pelo direito da mesma forma precisam ser temporários e sujeitos à mudança.

Tal pluralidade cultural oferece uma nova camada de questões jurídicas que não estava presente nas formulações tradicionais do direito liberal. Ela provoca uma multiplicidade de ordens normativas e formas de subjetivação que desafia o monopólio do Estado na criação do direito. “Se o movimento operário obrigou o Parlamento a se abrir à democracia de massas”, explicam José Rodrigo Rodriguez e Marcos Nobre⁷⁰⁹, “os chamados ‘novos movimentos sociais’ obrigaram o próprio Estado a se abrir à participação”.

Portanto, além de construir formas dogmáticas como o direito fundamental à identidade pessoal, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade

⁷⁰⁶ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 229.

⁷⁰⁷ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 230.

⁷⁰⁸ BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003. p. 250.

⁷⁰⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo; NOBRE, Marcos. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 177–199. p. 181.

ou a metodologia do direito civil-constitucional, é necessário implicar nas gramáticas do direito os sujeitos sociais envolvidos nos conflitos normativos. Para que os projetos de legalidade disputem o significado dos institutos da dogmática jurídica, é preciso considerar as práticas formais e informais na atividade de interpretação das normas e criar novos desenhos institucionais para imbricar os sujeitos nessa tarefa.

A importância da interpretação jurídica para configurar a subjetivação no direito está ligada à iteração das formas de vida, uma “repetição de discursos construídos historicamente” como explica Camilla de Magalhães Gomes⁷¹⁰. Essa repetição apenas possibilita uma estabilização temporária e precária do significado jurídico de ser uma pessoa e não a construção permanente de uma identidade. A subjetivação, portanto, é “produto e produção em iterabilidade a respeito da qual não há uma *verdade*”⁷¹¹, ao menos não uma verdade imutável. Ou seja, a subjetivação configura somente uma ontologia temporária que está sempre em risco nas relações sociais.

A continuidade do processo de subjetivação está relacionada à “rearticulação de si mesmo como sujeito, e o fato de a coerência do sujeito depender dessa repetição pode constituir a incoerência desse sujeito, seu caráter de incompletude”⁷¹². O direito não descreve de forma neutra um processo de subjetivação do qual não participa. Pelo contrário, ele dispõe termos para a identificação social e provoca processos de afirmação, negociação, recusa e subversão das expressões que dispõe. Ou seja, a gramática do direito integra o processo de subjetivação. O significado jurídico, entre outros significados sociais, faz parte de “uma linguagem na qual nascemos, uma linguagem em que somos inseridos independente de escolha ou decisão: somos formados na violência de uma linguagem que nunca escolhemos”⁷¹³.

A condição de iterabilidade da subjetivação é, segundo Gomes⁷¹⁴, a “condição de poder ser repetido sendo sempre outro sendo o mesmo”, ou seja, um potencial pelo qual “seu sentido é sempre instaurado e adiado ao mesmo tempo”. A iterabilidade constitui, desse modo, um lugar de agência e de possibilidade de transformação para

⁷¹⁰ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 88.

⁷¹¹ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 93.

⁷¹² BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997]. p. 107.

⁷¹³ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 7.

⁷¹⁴ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 127.

os sujeitos sociais. A iteração é a reinscrição normativa dos significados sociais, um processo pelo qual o sujeito, ainda que pretenda afirmar as normas, sempre introduz novos significados, em razão da singularidade do processo de subjetivação. Por essa razão, a iteração das normas jurídicas da subjetivação viabiliza a mudança da própria pessoa, pois rompe com os contextos primeiramente delimitados de sua condição de produção. Ademais, a iteração possibilita a transformação das próprias normas, pois, nos termos de Camilla de Magalhães Gomes⁷¹⁵, “a ruptura é possível e é dentro da norma que ela acontece, com a agência que o performativo permite”.

Para garantir a liberdade da iteração, tanto em relação à sociedade civil quanto em relação ao Estado, é fundamental um processo democrático garantido por algum nível de institucionalidade. Ou seja, para que a reinscrição normativa dos significados sociais seja plural, baseada em formas sociais e institucionais de liberdade e não em relações autoritárias, é necessário construir iterações democráticas. Segundo Seyla Benhabib⁷¹⁶, as iterações democráticas são processos pelos quais a gramática dos direitos humanos é reencenada na esfera pública “não apenas no legislativo e no judiciário, mas muitas vezes de forma mais eficaz por movimentos sociais, atores da sociedade civil e organizações transnacionais”.

As iterações democráticas garantem ao processo de subjetivação o debate e a deliberação públicos entre toda a sociedade, pois as reivindicações por direitos são “contestadas e contextualizadas, invocadas e revogadas, postuladas e posicionadas em instituições jurídicas e políticas, bem como nas associações da sociedade civil”⁷¹⁷. Elas formulam os processos sociais de subjetivação no interior das instituições do direito e por isso impedem a privatização do poder de definição. Em outras palavras, elas garantem a participação coletiva dos sujeitos e grupos sociais em decisões que afetam toda a comunidade.

Para Benhabib⁷¹⁸, a repetição de um termo ou de um conceito nunca produz uma simples réplica de seu uso original, mas configura um novo uso. Ou seja, ela é uma “forma de variação” do significado da norma, um modo de interpretação capaz

⁷¹⁵ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 127.

⁷¹⁶ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 15, tradução minha.

⁷¹⁷ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 16, tradução minha.

⁷¹⁸ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 129.

de transformar sutilmente os termos do debate. Portanto, a iteração é a prática de oferecer, a partir de outro contexto social, novas interpretações a normas constituídas originalmente sem a participação do sujeito. Os diferentes usos normativos, chamados também pela autora de apropriações criativas, aprimoram o significado da norma e são capazes de alterá-la completamente. Quando o sentido inicial da norma, figurado sem a participação dos sujeitos, é transformado, ela perde também a sua autoridade. Portanto, a iteração constitui processos de repetição e de transformação das normas em uma invocação que também é revogação.

As iterações democráticas, conforme Seyla Benhabib, são tanto um diagnóstico empírico dos procedimentos políticos e jurídicos de construção coletiva na sociedade quanto uma formulação normativa. Isso porque elas permitem a avaliação de conflitos sociais a partir de critérios normativos de justificação e de participação social. Elas indicam, para a autora, como sujeitos e grupos sociais “considerando-se vinculados a certas normas e princípios orientadores, os reapropriam e reinterpretam, mostrando-se, assim, não apenas sujeitos ao direito, mas também seus autores”⁷¹⁹.

Segundo Benhabib, a participação na construção do direito é uma forma de contextualizá-lo e garantir a atividade de interpretação a partir de processos públicos e democráticos de formação da vontade. As iterações democráticas não são imunes às transformações sociais, mas um processo de diálogo contínuo “que desafia o pressuposto de completude de cada cultura, ao possibilitar que seus membros se vejam a partir da perspectiva dos outros”⁷²⁰.

Quando sujeitos ou grupos sociais reivindicam a si mesmos como sujeitos de direitos sem haver previsão normativa de sua inclusão ou ainda contra uma previsão restritiva e excludente, eles constroem iterações democráticas de suas formas de vida e constituem novas possibilidades normativas no interior da gramática do direito. Os processos de subjetivação e a apropriação criativa da dogmática jurídica, portanto, podem ser entendidos como iterações democráticas. A atividade de interpretação no direito desempenha um novo papel, em que a decisão jurídica “dependerá sempre de

⁷¹⁹ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 15-16, tradução minha.

⁷²⁰ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 76.

ouvir aquele que *vive a norma*, ouvir o que o sujeito em suas condições acredita ser necessário para a dignidade e a autonomia”⁷²¹.

Por essas razões, entendo que as formas dogmáticas do direito à identidade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade e da metodologia do direito civil-constitucional não aprofundaram os efeitos jurídicos da dinâmica da subjetivação. Ou seja, não tomam os projetos sociais de autodefinição e mutabilidade da subjetivação como críticas ao direito e, portanto, demandas de transformação da gramática jurídica. Intensificar os efeitos críticos dessas reivindicações por não discriminação devido ao gênero ou à sexualidade é, na minha perspectiva, explorar a importância da atividade interpretativa na construção da subjetivação jurídica. Em outras palavras, é investigar a necessidade de criar mudanças no desenho institucional das instâncias decisórias do direito, pois a principal crítica provocada por esses projetos de legalidade é ligada à possibilidade de disputar, negociar e transformar os significados jurídicos da sua subjetivação no interior do direito.

Cada desenho institucional figura as demandas sociais de maneira diferente, pois as instituições são mecanismos de escuta dos interesses e das necessidades da sociedade que as expressam a partir de suas próprias características. No entanto, os desenhos institucionais também podem ser transformados em função de cada objetivo normativo. No caso da subjetivação jurídica, a mudança do desenho institucional “não significa apenas repensar práticas de decisão, mas também e principalmente reinserir as vivências, expandir o humano, permitir o tempo da experiência dentro do Direito”⁷²². A participação social nas decisões relacionadas aos processos de subjetivação é uma maneira de garantir sua construção de forma democrática. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez⁷²³, é uma “possibilidade de democratizar o judiciário via desenho institucional, mais especificamente, por meio da participação das pessoas cidadãos no processo decisório”.

Geralmente as investigações sobre a necessidade de mudança no desenho das instituições de decisão focam na jurisdição constitucional. Minha proposta aqui, no entanto, é ampliar essa perspectiva para própria configuração da política jurídica e

⁷²¹ GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 175.

⁷²² GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11.

⁷²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 328.

da atividade interpretativa do direito como um todo. Ou seja, sugerir a possibilidade de uma *construção democrática do significado jurídico* não apenas nos tribunais constitucionais, como o STF no caso brasileiro, mas também no interior das instâncias decisórias do direito, sejam elas ligadas ao judiciário ou aos demais poderes do Estado. Isso porque algumas decisões relacionadas aos processos de subjetivação não são realizadas apenas pelos tribunais, mas também na efetivação de políticas públicas pelo executivo e na promulgação de normas pelo legislativo.

Em sede de jurisdição constitucional, dois obstáculos para a participação da sociedade são a impossibilidade de emenda constitucional popular e o acesso restrito ao controle de constitucionalidade. Segundo Juliana Cesario Alvim Gomes⁷²⁴, o debate constitucional no Brasil apresenta uma permeabilidade seletiva para a sociedade. Ou seja, apenas alguns grupos sociais conseguem participar das discussões sobre o significado da Constituição. Um dos principais fatores dessa abertura restritiva é, para Gomes⁷²⁵, “a jurisprudência acerca da legitimidade para a propositura de ações no controle abstrato de constitucionalidade”. As decisões do STF sobre as organizações que podem propor ações de constitucionalidade limitam a previsão constitucional das entidades de classe de âmbito nacional às de caráter econômico e profissional. Por essa razão, grupos sociais organizados em torno de outras pautas, como o gênero e a sexualidade, estão impossibilitados de propor as ações. Para tentar contornar essa restrição, eles criam acordos internos com outras instituições legitimadas para realizar a propositura em conjunto. No entanto, a ressalva da jurisprudência do STF fortalece ainda mais a influência política de atores corporativos, cujo uso das vias formais e informais ao tribunal é facilitado.

Para as organizações sociais de combate à discriminação, grupos comumente ligados às pautas de subjetivação tais como gênero, raça, sexualidade e etnia, os mecanismos institucionais previstos para a atuação no significado constitucional são o *amicus curiae*, as audiências públicas e a mutação constitucional. Contudo, esses “mecanismos de permeabilidade social no significado constitucional”, segundo Juliana Cesario Alvim Gomes⁷²⁶, “sofrem críticas por sua insuficiência que ocorre, em especial,

⁷²⁴ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

⁷²⁵ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 165.

⁷²⁶ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 165.

em razão da desimportância atribuída na prática pelos ministros aos argumentos aventados na decisão”. Nos *amici curiae*, por exemplo, ainda que as manifestações escritas sejam recebidas com antecedência pelas autoridades, as sustentações orais do instituto ocorrem na data do julgamento “quando, em geral, os votos já encontram-se redigidos, o que reduz seu peso na decisão que será tomada”⁷²⁷.

Gomes destaca ainda que as questões informais da jurisdição constitucional também reduzem a ação da sociedade civil na interpretação da Constituição. A realização de audiências informais privadas entre as partes e as autoridades judiciárias, conhecida no direito como “despachos”⁷²⁸, é inacessível a organizações sem recursos financeiros e o agendamento dessas audiências não é transparente. A pauta de audiências oficiais do tribunal também é elaborada sem transparência e não garante o julgamento das ações indicadas na sessão prevista, o que dificulta a atuação de organizações sem recursos. Por fim, a exigência de trajes formais para participação das sessões e para a entrada nos gabinetes das autoridades judiciais contribuem para afastar a população geral do acesso ao STF, especialmente grupos étnicos como as organizações indígenas.

Nesse contexto, a proposta de Juliana Cesario Alvim Gomes⁷²⁹ é a mudança do desenho institucional do STF para possibilitar uma *interpretação constitucional difusa*, ou seja, uma interpretação constitucional social, realizada por pessoas cidadãos e por movimentos sociais. Não são tão explícitas as razões pelas quais essa interpretação social seria possível somente em âmbito constitucional. É possível identificar, contudo, a defesa de que a Constituição não seria um documento eminentemente jurídico ou técnico, cuja interpretação demandaria o conhecimento da dogmática jurídica. Para a jurista, o texto constitucional seria uma carta política com força normativa apenas no momento em que seus valores são compartilhados pelas pessoas comuns.

Se, por um lado, esse argumento mantém a ideia de direito como um sistema autônomo, pressuposto não sustentado na defesa de uma interpretação constitucional difusa, por outro, ele também não expressa o pluralismo valorativo da Constituição de 1988. Um pluralismo tão contundente a ponto de somente não atingir o núcleo de

⁷²⁷ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 88.

⁷²⁸ GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020.

⁷²⁹ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

direitos fundamentais e garantias da democracia, institutos pelos quais a forma direito é protegida para que novas disputas sociais possam continuar sendo pleiteadas. A questão aparece com a sugestão da jurista de valorizar a legitimidade da Constituição de 1988 em razão do seu processo histórico. Em suas palavras, afirmar a instauração da ANC e a promulgação da Constituição como “momentos passíveis de tomada e articulação”⁷³⁰ e defender “a apropriação da Constituição e o resgate do contexto de sua elaboração” para “para aperfeiçoar um projeto coletivo de rompimento com o autoritarismo, calcado na democracia e nos direitos humanos, e para fornecer fundamentos comuns para sua releitura constante e crítica”⁷³¹.

Essa também é a visão de José Rodrigo Rodriguez⁷³² sobre a interpretação constitucional no Brasil. Sua proposta é transformar a experiência democrática da ANC em um modelo de procedimento replicável em todas as decisões constitucionais, chamado de *originalismo democrático*. Rodriguez explica como a supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas está fundamentada pelo grande debate público e pela mobilização social ocorridos em sua elaboração. A ANC provocou, segundo o jurista, a movimentação e a organização de grupos sociais e de diversos setores da sociedade, os quais participaram da construção do texto constitucional por comissões e audiências públicas em dois anos de debates. Além disso, não houve um anteprojeto da Constituição elaborado por representantes do legislativo ou por juristas, tampouco uma agenda prévia com limites ou objetivos para a sua produção, o que explicita a importância fundamental do engajamento da sociedade civil.

Ademais, Rodriguez⁷³³ explora a indeterminação do próprio texto constitucional no Brasil como produto de uma crise de hegemonia política ocorrida no período de sua elaboração. O contexto era de fragmentação do bloco político no poder até então com o regime de ditadura militar, ocorrido entre 1964 e 1985, sem a formação de um bloco político alternativo. Essa indeterminação da Constituição pode ser verificada pelo seu texto longo com princípios contraditórios e dificilmente organizáveis em um todo coerente, o que representa a expressão da pluralidade dos conflitos sociais do

⁷³⁰ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 192.

⁷³¹ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 193.

⁷³² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

⁷³³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

país. Ao acolher as disputas da sociedade sem eleger nenhuma em específico, a Constituição brasileira também construiu, para o jurista, um fator de estabilidade a partir de sua indeterminação com a oferta de instrumentos para mediar as disputas sociais por meio do direito. Por fim, o próprio desenho institucional do STF indica a indeterminação da Constituição apontada por José Rodrigo Rodriguez⁷³⁴. O voto individual e a decisão por maioria de votos impedem julgamentos fundamentados em argumentações coerentes, ou seja, das quais não é possível extrair uma unidade argumentativa.

No entanto, para elaborar uma *construção democrática do significado jurídico*, parece necessário enfrentar as questões da atividade de interpretação como um todo e não apenas no âmbito da jurisdição constitucional. Um dos problemas da política jurídica brasileira na participação social da construção da subjetivação é a efetivação de políticas públicas integrais, capazes de acolher toda a complexidade dos sujeitos sociais. A criação de normas jurídicas e a construção dogmática são procedimentos fundamentais de combate à discriminação. Como destaca Fabiana Severi⁷³⁵, “apesar dos limites do trabalho dogmático, é nele que se dão as disputas pela racionalidade jurídica e pela produção dos sentidos da lei”. Entretanto, a elaboração de normas ou institutos do direito não é suficiente para institucionalizar os projetos de legalidade dos sujeitos sociais, ou seja, não implicam a concretização de políticas públicas integrais.

Para a construção da Lei Maria da Penha, por exemplo, os movimentos sociais de mulheres fizeram uso intenso das estruturas de participação jurídica da sociedade previstas na Constituição brasileira. Conforme explica Fabiana Severi⁷³⁶, os grupos se engajaram em conferências e comissões, criaram conselhos, realizaram *advocacy*, participaram de audiências públicas e ingressaram como *amicus curiae* na tentativa de efetivar as diretrizes de um projeto jurídico feminista no texto e na implementação da LMP. No entanto, esses instrumentos são caracterizados como consultivos e/ou deliberativos no direito brasileiro e, por isso, não vinculam o judiciário, o executivo ou

⁷³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

⁷³⁵ SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 147.

⁷³⁶ SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; SEVERI, Fabiana Cristina. *Jornadas do judiciário na implementação da Lei Maria da Penha*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2022.

qualquer instância decisória do Estado⁷³⁷. Eles não são efetivos para estabelecer a perspectiva feminista, fruto da participação da sociedade realizada na elaboração da LMP, nos processos decisórios que a envolvem.

Juliana Cesario Alvim Gomes⁷³⁸ lembra outras importantes questões de política jurídica que também impactam negativamente a participação social, como a ausência de interferência da sociedade na determinação das autoridades judiciais, o diálogo insuficiente do judiciário com os outros poderes do Estado e a falta de uma atuação institucional em rede. Além disso, algumas questões de procedimento das decisões judiciais também podem ser destacados como problemas à participação da sociedade civil na caracterização da subjetivação. Um exemplo é a impossibilidade das partes discutirem as provas devidas nos processos de retificação do registro civil de pessoas trans e travestis⁷³⁹. Todos estes entraves dificultam de algum modo o envolvimento de sujeitos e grupos sociais nos processos decisórios e, em relação à subjetivação no direito, criam espaço para atos de despersonalização jurídica.

No entanto, um dos principais obstáculos da política jurídica brasileira para a configuração de uma subjetivação democrática é a ausência de uma cultura política de democracia baseada, especialmente, nos direitos fundamentais e humanos. Para Gomes⁷⁴⁰, essa falta é devida particularmente à inexistência de acesso a informações sobre funções, procedimentos e decisões das instituições jurídicas, o que demandaria a criação de “medidas informativas e plataformas de comunicação”, pois a própria linguagem do Estado pode ser uma adversidade para o diálogo social.

Em uma perspectiva da teoria crítica, é fundamental que essa cultura política democrática seja construída a partir da gramática jurídica para que a sociedade civil possa usá-la a fim de disputar os significados jurídicos das normas e transformar o próprio desenho institucional no interior das instituições do direito. Em geral, o papel de pessoas advogadas populares, da defensoria pública, dos juizados especiais, de

⁷³⁷ ANTONIETTO, André Luis Gomes. *Contornos político-jurídicos do poder decisório dos conselhos populares: análise após 30 anos da Assembleia Nacional Constituinte*. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

⁷³⁸ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

⁷³⁹ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021. Esta questão é chamada de “gestão antidiscriminatória do direito processual civil” e discutida a partir das demandas dos povos indígenas por Raffaella Cássia de Sousa e Roger Raupp Rios (2022).

⁷⁴⁰ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 163.

assessorias jurídicas gratuitas e da formação de agentes comunitários é fundamental para a construção de uma cultura política democrática por criar maior acesso à justiça pela sociedade civil⁷⁴¹.

No entanto, além do acesso às instituições, os usos variados da gramática jurídica por sujeitos e grupos sociais oferecem formas mais autônomas de gerir a vida sem necessariamente a utilização de instituições formais. É uma dinâmica chamada por José Rodrigo Rodriguez⁷⁴² de uso social do direito, em que “agentes sociais podem mobilizar o direito em seus discursos sem ter o objetivo prévio de propor uma ação judicial futura, mas apenas para delimitar e articular sua relação com seus pares”.

Ainda no exemplo do projeto jurídico feminista de construção da Lei Maria da Penha, Fabiana Severi recorda a importância do aspecto de nomeação ofertado pelas normas jurídicas. Como a violência contra as mulheres foi uma prática naturalizada ao longo da história da sociedade brasileira, o projeto jurídico precisou “enquadrar as situações vividas em outros termos” e oferecer pela LMP “subsídios importantes para a nomeação de vivências de sofrimento contra as mulheres para que elas possam romper com a relação violenta”⁷⁴³. Além de proporcionar maior acesso às instituições jurídicas, a LMP foi capaz de propor novos termos para o uso social do direito pelas mulheres, em que a elas puderam “redefinir a relação familiar ou afetiva”⁷⁴⁴ com maior autonomia. Em outras palavras, a LMP possibilitou às mulheres o enquadramento da violência de gênero contra elas como uma ação indevida e, portanto, a reivindicação de uma vida sem violência⁷⁴⁵.

A subjetivação jurídica democrática, portanto, não pode ser um *reconhecimento unilateral* dos sujeitos sociais pelo Estado. Para que alguém se torne uma pessoa no direito é fundamental que ela se reconheça assim, ou seja, que construa individual e coletivamente uma subjetivação jurídica. É o aspecto volitivo da liberdade política de

⁷⁴¹ Sobre as questões de acesso à justiça, ver a obra clássica de Cappelletti e Garth (1988).

⁷⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 334.

⁷⁴³ SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 157.

⁷⁴⁴ SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 157.

⁷⁴⁵ O uso social da LMP para a construção autônoma de projetos de vida menos violentos também aparece nas ações de empoderamento legal do projeto Promotoras Legais Populares. Sobre esse aspecto, ver Dora (2020).

que falava Franz Neumann⁷⁴⁶. Já nos termos de Juliana Cesario Alvim Gomes⁷⁴⁷, esse é “o empoderamento de indivíduos a partir da experiência de se fazerem reconhecer como cidadãos”.

Uma *construção democrática do significado jurídico*, portanto, envolve também uma interpretação social, realizada pelos sujeitos e grupos sociais, mas não dispensa a interpretação oficial elaborada pelas autoridades decisórias do direito. Ela considera a característica ambígua de toda a gramática jurídica, não apenas da Constituição, que reinscreve no direito os aspectos políticos de cidadania, diretamente maleáveis pela sociedade, e os aspectos técnicos da dogmática jurídica, cujo uso é gerido pelo Estado. Em outros termos, uma construção democrática do significado jurídico dos processos de subjetivação precisa acomodar também a chamada *função jurisprudencial* das instâncias decisórias do direito.

Para o jurista Robert Cover⁷⁴⁸, o processo de criação dos significados jurídicos, por ele denominado como *jurisgenesis*, ocorre essencialmente em um meio cultural. Diferentes grupos sociais articulam narrativas que comportam preceitos normativos. Esses preceitos podem ser compreendidos como jurídicos, pois envolvem distinções entre o que é certo ou errado, lícito ou ilícito. Em outras palavras, são entendimentos que organizam o espaço normativo, o *nomos*, em que estes grupos desejam habitar. Segundo Maurício Pedroso Flores⁷⁴⁹, a visão de Cover se aproxima dos debates sobre o pluralismo jurídico, pois a partir de sua perspectiva “o Estado não possui qualquer privilégio hermenêutico na criação do direito”, no sentido de que as interpretações das instituições “não são qualitativamente melhores do que a de grupos e comunidades que articulam seus próprios entendimentos jurídicos”.

Portanto, Robert Cover⁷⁵⁰ não toma a perspectiva do direito estatal para analisar os diferentes grupos sociais e seu potencial para modificar os contornos do direito na sociedade. Em vez disso, o jurista pretende investigar o direito “de baixo para cima”, em que a tarefa histórica do Estado desde a sua formação é controlar a proliferação

⁷⁴⁶ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

⁷⁴⁷ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 182.

⁷⁴⁸ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983.

⁷⁴⁹ FLORES, Maurício Pedroso. *Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover*. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. p. 44.

⁷⁵⁰ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983.

indiscriminada de sentidos jurídicos criados pelas coletividades que o compõem. Ou seja, o Estado ocupa sim um lugar de centralidade na oficialização dos significados jurídicos, mas isso é devido à sua capacidade de dispor de instituições organizadas, coercitivas e frequentemente violentas para impor os sentidos jurídicos que considera mais adequados.

Cover⁷⁵¹ não idealiza a livre criação de significado jurídico pela sociedade com uma ideia de que ela seria indevidamente oprimida pelas estruturas institucionais do Estado. Para o jurista, o Estado e sua capacidade institucional de organizar a violência não são necessariamente o problema. Conflitos normativos são inevitáveis, pois a interpretação jurídica não é uma mera imputação de sentido, mas uma orientação para que determinadas ações sejam tomadas. Ou seja, são diretrizes sempre passíveis de conflito com outras visões de mundo. Conforme explica Flores⁷⁵², “muitos universos normativos são possíveis, mas nem sempre eles são possíveis”. Nas palavras de Robert Cover⁷⁵³, “sempre haverá um limite trágico em relação ao significado comum que pode ser alcançado”.

Por isso, Cover conclui que o problema que os tribunais estatais são chamados a responder não é exatamente o da indeterminação do direito, mas sim o da existência de direito em demasia. Em outras palavras, as autoridades decisórias lidam com os efeitos de uma multiplicidade cultural de significados jurídicos, fruto da capacidade inesgotável do processo de renovação contínua da *jurisgenesis*. Segundo Flores⁷⁵⁴, quando um grupo interpreta o direito de determinada maneira e se compromete a viver de acordo com essa interpretação, “ele a transforma em uma realidade objetiva que, futuramente, pode vir a ser contestada por uma nova interpretação do preceito anteriormente fixado, e assim sucessivamente”.

Essa também é a leitura de Seyla Benhabib⁷⁵⁵ sobre o processo de *jurisgenesis*. Com base em Cover, ela afirma a “jurisgeneratividade” como “a capacidade do direito

⁷⁵¹ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983.

⁷⁵² FLORES, Maurício Pedroso. *Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover*. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. p. 18.

⁷⁵³ COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedroso Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986]. p. 33.

⁷⁵⁴ FLORES, Maurício Pedroso. *Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover*. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. p. 14.

⁷⁵⁵ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011. p. 15.

de criar um universo normativo de significado que muitas vezes pode escapar da ‘origem do legislar formal’ para expandir o significado e o alcance do próprio direito”. Como a profusão de sentidos sociais das normas é contínua, ela também exerce uma forma de desestabilização do poder. Nos processos de subjetivação, em particular, os variados tratados e declarações de direitos humanos dos últimos séculos contribuíram para a participação de novos grupos sociais na construção dos significados jurídicos. Para Seyla Benhabib⁷⁵⁶, esses novos atores puderam participar da esfera pública ao elaborar novos vocabulários de reivindicação de justiça.

Nesse processo plural de proliferação de sentidos, portanto, cabe aos tribunais estabilizar temporariamente os significados jurídicos considerados válidos em cada contexto por meio de suas interpretações do direito. A estabilização não acontece sem o afastamento de significados jurídicos concorrentes, o que leva Cover⁷⁵⁷ a afirmar que os tribunais são “jurispáticos”, já que eles eliminam algumas interpretações jurídicas possíveis em favor de outras. Esse caráter violento do exercício da jurisdição pode ser entendido, nos casos de processos de subjetivação, como a eliminação de formas de vida da gramática do direito.

Ao decidir, a pessoa intérprete destrói múltiplas outras interpretações e exclui da gramática jurídica direitos e modos de vida existentes na sociedade. Por essa razão, é fundamental que a decisão sobre quem é uma pessoa no direito, ou seja, sobre seu processo jurídico de subjetivação, não seja completamente entregue ao poder do judiciário, tampouco restrita aos termos estabilizados no material jurídico. É necessário para elaborar uma forma democrática que à caracterização da pessoa no direito seja garantida uma ampla abertura à dinâmica social.

Ao admitir não apenas a existência mas também a relevância democrática de um aparato jurisdicional estatal como uma forma de controlar significados jurídicos em disputa, é possível compreender como as estruturas institucionais do Estado podem facilitar a resolução de conflitos normativos da forma menos violenta possível. Se, nos termos de Robert Cover⁷⁵⁸, “a interpretação jurídica tem lugar em um campo de dor e morte”, as estruturas de decisão sustentam o compromisso democrático de justificar a violência que produzem, seja física ou epistêmica, como absolutamente necessária,

⁷⁵⁶ BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011.

⁷⁵⁷ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983. p. 40.

⁷⁵⁸ COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedroso Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986]. p. 2.

pois representam um *nomos* estatal sob o qual diferentes sujeitos e grupos sociais vivem.

Para Cover⁷⁵⁹, “a interpretação jurídica é uma atividade prática desenhada para gerar ameaças críveis e atos reais de violência de maneira efetiva”, por isso existe uma grande responsabilidade ao se mobilizar, por meio dela, a estrutura organizada de violência do Estado. As instituições estatais são capazes de retirar de um indivíduo sua propriedade, sua liberdade ou até, em alguns ordenamentos jurídicos, sua própria vida. O direito estatal, ao proibir a justiça privada e a vingança como formas legítimas de responsabilização, não torna a violência menos violenta, embora muitas vezes seja esse o caso. Porém, mesmo nos casos em que a violência do direito seja semelhante a qualquer violência social, sua organização e coordenação representa, para Cover, uma importante conquista.

A organização da violência estatal por meio do direito possibilita às autoridades judiciais não verem a si próprias como executoras de uma sentença. Afinal, elas estão cumprindo um papel institucional diferente da própria prática da violência estatal, cuja perpetração será feita por outras autoridades que compõem as instituições do Estado. Ao mesmo tempo, não há espaço para que as autoridades que executam a sentença mudem a interpretação jurídica que foi oficializada pelas autoridades judiciais. Isto é, existe uma expectativa jurídica do devido cumprimento da sentença nos exatos termos em ela foi proferida. Esta circunstância ambígua permite dizer, segundo Cover⁷⁶⁰, que a autoridade judicial está ao mesmo tempo separada e inextrincavelmente ligada aos atos por ela autorizados.

A separação entre o julgamento e a execução da sentença constitui uma função democrática fundamental, “algo intrínseco”, conforme Cover⁷⁶¹, “a qualquer sucesso possível na tarefa de domesticar a violência”. Para o jurista, as instituições obrigam quem interpreta a seguir estritamente as regras jurídicas aplicáveis. No direito brasileiro, por exemplo, estas regras determinam, entre outras coisas, que as pessoas não estarão sujeitas a uma única interpretação proferida por uma autoridade judicial, por mais coerente que ela seja. Sempre será possível, por meio do sistema recursal,

⁷⁵⁹ COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedrosa Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986]. p. 12.

⁷⁶⁰ COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedrosa Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986].

⁷⁶¹ COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedrosa Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986]. p. 31.

fazer com que uma “ordem hierárquica de vozes judiciais”⁷⁶² julgue a mesma questão jurídica para que eventualmente produza entendimentos distintos.

Na perspectiva de democratizar os processos de subjetivação no direito, o benefício da multiplicidade de vozes judiciais pode ser estendido não apenas para o desenho institucional de tribunais colegiados e todo o aparato do sistema recursal. É possível construir em configurações institucionais que impulsionem a participação democrática de agentes não estatais. Os textos normativos tradicionais, longe de ser o ponto de chegada das formas jurídicas de lidar com os conflitos sociais, são apenas seu ponto de partida, ou seja, sua base e fundamento⁷⁶³. Podem, no entanto, sofrer transformação e deslocamentos pelos projetos sociais de legalidade e, no caso dos processos de subjetivação, ser questionados em seus próprios termos.

A proposta é repensar a própria relação entre direito, política e sociedade, em particular sobre o papel político do judiciário na elaboração do direito. Segundo José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁴, muitas teorias da racionalidade jurídica tentaram “ocultar a fragilidade, a indeterminação, a impotência, a personificação que caracteriza o ato de interpretar as leis diante de um caso concreto”. Em outros casos, teorias do direito esboçam tentativas de simplesmente afirmar a autoridade do judiciário e de juristas “na condição de legítimos possuidores da prática e da reflexão a respeito do direito”⁷⁶⁵. Em vez de lidar com a indeterminação jurídica, essas propostas tentaram suprimi-la e acabaram fechando os espaços de participação social na construção do direito.

Enfrentar os problemas de normatizar de forma democrática os processos de subjetivação implica uma visão crítica da indeterminação jurídica, considerada um dos principais problemas para a teoria do direito desde a diferenciação kelseniana entre textos legais e normas jurídicas. A interpretação, antes uma prática textualista em que a norma jurídica era apenas o texto da lei, é sustentada por Hans Kelsen⁷⁶⁶ como uma prática normativa, pela qual a interpretação apenas parte do texto da lei.

⁷⁶² COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedroso Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986]. p. 28.

⁷⁶³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 319.

⁷⁶⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 330.

⁷⁶⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 330.

⁷⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939].

Se a norma é constituída somente no final do processo conflitivo de disputa dos significados jurídicos em relação aos casos concretos, não é mais possível assentar a neutralização política do judiciário a partir do processo de mera aplicação de uma lei produzida pelo legislativo. Conforme Rodriguez⁷⁶⁷, portanto, “o poder de legislar e de julgar ganham assim uma nova configuração”.

A produção da coerção no direito é deslocada do legislativo para o judiciário e a nova racionalidade jurídica passa a ser fundamentada na necessidade de decisão pelo judiciário, ou seja, no poder-dever de decidir. As tentativas falhas de estabilizar os conflitos sociais e as disputas políticas passam a ser levadas ao judiciário, cujas autoridades acabam dispondo da última palavra. Em certo sentido, a sociedade civil, que tenta garantir sua vontade pelo processo legislativo, perde poder para a atividade subjetiva de interpretação realizada pela autoridade judicial. Segundo José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁸, a partir da perspectiva de que a atividade interpretativa é uma tarefa de atribuição de sentido, “não é mais possível dizer que ‘aplicar’ a lei significa respeitar a vontade do povo, pois a ‘aplicação’, na verdade, passa a ser construção de sentido”.

Contudo, ainda que a subjetividade presente na interpretação jurídica torne o direito indeterminado, é possível construir formas de controle das decisões jurídicas. Algumas propostas para lidar com a questão procuram sustentar a legitimidade das decisões no próprio indivíduo com autoridade judicial. Portanto, focam em desenvolver procedimentos interpretativos capazes de depurar a melhor interpretação para cada caso concreto. Essas propostas pretendem manter a relação entre o material jurídico, a atividade interpretativa e a teoria clássica da separação dos poderes. José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁹ entende essas perspectivas como projetos de uma elite da razão, em que as teorias “advogam mudanças no modelo de racionalidade jurídica para reafirmar a cientificidade da aplicação do direito”.

Por outro lado, algumas propostas procuram reforçar a autoridade da função judicial e do ordenamento jurídico como um todo. O judiciário é compreendido como a instituição especializada na interpretação e aplicação do material jurídico, ainda que seja impossível a unidade de métodos interpretativos entre as autoridades judiciárias.

⁷⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 320.

⁷⁶⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 325.

⁷⁶⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 324.

Segundo Rodriguez⁷⁷⁰, porém, essas perspectivas são projetos de uma elite do poder por “defendem o reforço da autoridade dos juízes e juízas e seus atos de interpretação compreendidos como mero poder, concentrando em suas mãos o poder de interpretar as normas jurídicas”.

Ambas as estratégias ainda apostam no monopólio da interpretação por um judiciário idealizado, em que o direito é operado por um poder técnico e especializado. Elas ignoram ou mesmo ocultam o necessário reconhecimento da personalização do judiciário. Se as leis expressam a participação política da sociedade na construção da organização social, para realizar a atividade interpretativa de forma democrática, o judiciário precisaria assumir uma perspectiva neutra em relação ao debate político. Dessa forma, ele não macularia as escolhas políticas da sociedade estabilizadas nas leis. Por essa razão, afirma Rodriguez⁷⁷¹, as propostas defendem atos de interpretação especializados, os quais, inseridos no desenho institucional da separação tradicional dos poderes, “seriam tomados como impessoais e politicamente neutros”.

No entanto, com a centralidade da prática da interpretação no direito, não é suficiente a participação popular apenas na elaboração das leis. Para uma perspectiva democrática, é fundamental sua participação em todo o processo de construção das normas jurídicas, ou seja, seu engajamento também no momento da interpretação. Para Rodriguez⁷⁷², a mudança do contexto social do período da modernidade provoca do mesmo modo uma transformação no modelo de racionalidade do direito para “uma racionalidade jurídica que pense legislação e interpretação como espaços democráticos”.

As teorias da argumentação podem apresentar potencial democrático, segundo Rodriguez⁷⁷³, se forem “comprometidas com a consideração dos mais diversos pontos de vista no processo de solução dos casos judiciais”. Ou seja, se não tentarem frear o processo dinâmico de construção dos significados jurídicos a partir do dissenso social e se não pretenderem extinguir a indeterminação do direito com métodos e procedimentos de interpretação.

⁷⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 324.

⁷⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 325.

⁷⁷² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 330.

⁷⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 326.

Conforme José Rodrigo Rodriguez⁷⁷⁴, a tentativa de resolver a indeterminação pode levar a posições demofóbicas da atividade interpretativa, ou seja, propostas de interpretação do direito com o objetivo de “restaurar visões hierárquicas de direito, incompatíveis com a ideia moderna e contemporânea de um estado democrático de direito”. Para o jurista existem pelo menos seis visões atuais na teoria do direito sobre como lidar com a indeterminação jurídica.

Para Rodriguez⁷⁷⁵, duas posições lidam com a indeterminação de modo a tentar eliminá-la, ou seja, são anticonstrutivistas, porque acreditam que não há criação de normas jurídicas fora do tradicional processo legislativo. A *posição anti-interpretação* pretende garantir o protagonismo do poder legislativo na produção das normas jurídicas. Já a *posição positivista renovada* adota um método de interpretação positivista para que não haja uma postura ativista do judiciário.

Em contrapartida, existem quatro posições, segundo o jurista, que entendem a indeterminação como uma característica própria do direito, mas que precisa ser gerida para evitar arbitrariedades nas decisões. Nas posições construtivista-institucionalista, ou a indeterminação deve ser gerida por autoridades jurídicas especializadas ou por constrangimentos institucionais. Na perspectiva de lidar com a indeterminação a partir de autoridades jurídicas especializadas, a *posição institucionalista aristocrática e tecnológica* defende a adoção de métodos rigorosos de interpretação do direito. Já a *posição institucionalista e moralista* sustenta que a atividade interpretativa deve ser realizada por pessoas com “excepcional senso de justiça”.

Na visão de gerir a indeterminação com constrangimentos institucionais não são utilizados modelos hermenêuticos. A *posição institucionalista aristocrática pró-tribunais superiores* afirma o uso de constrangimentos técnicos realizados desde o topo da hierarquia judiciária para sua base. E a *posição institucionalista democrática* defende o emprego de constrangimentos de caráter deliberativo e participativo abertos à sociedade.

⁷⁷⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187. p. 176.

⁷⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187.

No pano de fundo da construção desse diagnóstico de Rodriguez⁷⁷⁶, está uma visão desnaturalizada da separação dos poderes, o que leva o jurista a reconstruir o ideal de segurança jurídica em outros termos. Cada modo de gerir a indeterminação do direito leva a efeitos muito diferentes de distribuição de poder entre as autoridades e os grupos sociais em disputa. Somente a última visão, a *posição institucionalista democrática*, admite a indeterminação como resultado do processo da modernidade, da fragmentação da sociedade em esferas de valor. Ela é a única posição que procura lidar com a indeterminação de forma democrática, a partir do aumento da participação social na decisão das normas que organizam a sociedade, procedimento fundamental para os processos de subjetivação.

Essa posição rompe com a concepção do direito como um sistema fechado, completo e coeso, e considera que o processo argumentativo determina o direito, ou seja, constrói sua *estabilidade temporária*. Ou seja, ela não exige que a autoridade judicial determine a coerência entre as normas jurídicas, até porque essa tarefa é um risco político, já que atribui a vitória definitiva a um valor ou grupo social específico em detrimento de outro⁷⁷⁷. O objetivo não é tentar mudar por força teórica a realidade de que o poder judiciário não goza da mesma legitimidade política do legislativo para a construção normativa. O intuito é ampliar o desenho institucional do judiciário para construir essa legitimidade em um procedimento político de ampliação da participação social.

Rodriguez⁷⁷⁸ relaciona a perspectiva de interpretação constitucional contida no *originalismo democrático* com a *posição institucionalista democrática* de lidar com o caráter de indeterminação normativa. Seu objetivo é reproduzir a mesma intensidade política da elaboração da Constituição brasileira de 1988 no desenho institucional do STF com o uso de mecanismos de participação direta da sociedade na interpretação do texto constitucional. Ou seja, a ideia é construir para a interpretação constitucional um grau de legitimidade democrática análogo ao da ANC.

⁷⁷⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187.

⁷⁷⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas*: Democracia, Diversidade, Multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 176.

⁷⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas*: Democracia, Diversidade, Multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 187.

Entretanto, essa perspectiva poderia ser ampliada não apenas para a atividade de interpretação do texto constitucional, mas nas decisões jurídicas como um todo. Afinal, a exigência democrática de inclusividade argumentativa parte da identificação de que toda atividade interpretativa é uma tarefa argumentativa e participativa. Em outras palavras, para realizar qualquer interpretação no direito, em uma perspectiva democrática, é fundamental incluir o máximo de argumentos possíveis no processo.

Uma perspectiva crítica da indeterminação do direito viabiliza o uso de uma gramática da regulação social para a subjetivação jurídica. Ela expressa no direito e no contexto jurisdicional uma defesa normativa da pluralidade social e da democracia radical. Sem essa possibilidade de participação da sociedade nas decisões jurídicas, o poder de decidir quem é pessoa no direito e quais qualidades jurídicas uma pessoa precisaria apresentar para poder gozar de determinados efeitos jurídicos ficaria completamente restrito a um judiciário de especialistas, sem qualquer possibilidade de engajamento social.

Em vez de solucionar a indeterminação do direito, portanto, o direito pode ser ele mesmo um organizador do dissenso social. Não apenas do dissenso entre os sujeitos e os grupos sociais, mas também dos conflitos da sociedade com as próprias normas jurídicas. A subjetivação no direito viabiliza que os sujeitos e grupos sociais se reconheçam como *sujeitos reivindicativos*⁷⁷⁹. Reiteradas novas demandas sociais consubstanciam um processo contínuo de relação com a normatividade do direito. A subjetivação jurídica é uma *relação crítica* com as normas do direito porque expressa uma resistência às normas pela própria gramática do direito. Os sujeitos e os grupos sociais são provocados pelo direito a produzirem eles mesmos os termos de sua subjetivação, mas, apesar da disponibilização de alguns termos pela gramática do direito, os sujeitos não necessariamente constroem sua subjetividade restrita a eles, o que caracteriza a prática de uma relação crítica.

A relação de pessoas trans e travestis com as normas jurídicas de gênero ilustra esse argumento. Seu processo de subjetivação ligado ao sexo e ao gênero não é incorporado pelos termos “feminino” e “masculino” disponibilizados pela gramática jurídica do sexo civil. Formular uma demanda dentro de um espaço normativo pelos

⁷⁷⁹ SILVA, Simone Schuck da. Judith Butler para uma teoria crítica do direito: o esboço de um diálogo. In: ÁLVARES, Amanda et al. (Org.). *Performatividade, precariedade, política: desdobramentos interdisciplinares do pensamento de Judith Butler*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2020. p. 150–158. Disponível em: bit.ly/3OmEcfD. Acesso em: 13 mai. 2022.

seus próprios fundamentos, mas com uma diferente interpretação das normas, pode ser entendido, portanto, como uma operação crítica. O sujeito usa a gramática jurídica na intenção de modifica-la e acaba por modificar também a si mesmo.

No contexto dos processos de subjetivação, tanto da perspectiva do problema da definição quanto do problema da imutabilidade, não seria possível guardar todo o poder de decisão em uma suposta neutralidade da autoridade judiciária. Ainda que os valores constitucionais sirvam de direcionamento para as decisões jurídicas, eles são plurais e dependentes do debate social. Por isso, não há método de interpretação que possa garantir uma expressão do texto constitucional na atuação do judiciário. Parece necessário, dessa forma, considerar a subjetividade da pessoa julgadora no ato de interpretação para construir formas institucionais capazes de viabilizar a legitimidade política da participação social.

Além de considerar a subjetividade da autoridade judicial, as decisões sobre os processos de subjetivação também precisam levar em consideração as formulações de significado jurídico dos sujeitos e grupos sociais em sujeição. A proposta, portanto, é pensar também a pessoa e sua prévia caracterização jurídica como ponto de partida, não como ponto de chegada. O sujeito performativo, que faz a si mesmo em relação social, também é um *sujeito reivindicativo*, que parte das possibilidades jurídicas de reivindicação para construir a sua subjetivação. Para estabelecer uma racionalidade jurídica democrática nos processos de subjetivação, portanto, é necessário considerar “todos os argumentos pertinentes e relevantes para solucionar os casos concretos que venha a enfrentar”⁷⁸⁰.

Nos espaços de decisão jurídica como o judiciário, é preciso reformular as instituições para construir possibilidades de participação social, tal como no desenho de políticas públicas são criados lugares institucionais de intenso engajamento social. Ou seja, viabilizar para a sociedade, como nas políticas públicas, uma “participação que abrange a identificação dos problemas, a eleição de prioridades, a tomada de decisões, o planejamento, a adoção e a avaliação de estratégias”⁷⁸¹. Essas são materializações de uma racionalidade jurídica focada na densidade e na amplitude da

⁷⁸⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 330.

⁷⁸¹ RIOS, Roger Raupp. Por um direito democrático da sexualidade. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 79–117. p. 95.

justificação das decisões e menos preocupada com modelos, procedimentos e fontes argumentativas.

Uma *construção democrática do significado jurídico* considera o resultado das decisões jurídicas realizadas por autoridades como a elaboração de uma *estabilidade temporária dos sentidos do direito*, não como uma determinação definitiva e integral da realidade social. A abstração normativa é necessária para possibilitar a igualdade perante a lei e viabilizar uma operacionalização democrática do direito pela sociedade. Contudo, sozinha ela não é capaz de garantir a constante expressão da subjetivação no direito. Os procedimentos de construção normativa, dos quais a interpretação das normas também fazem parte, precisam ser constantes para expressar as mudanças sociais.

Ainda que sejam temporários, esses arranjos de estabilidade da subjetivação são cruciais para a democracia. Garantir a construção da subjetivação no interior da gramática jurídica, para Rodriguez, está relacionado à centralidade do direito para a reprodução racional da sociedade. Em suas palavras, “nem costumes, nem tradição, nem a religião, nem concepções morais abrangentes parecem ser capazes de evitar que sociedades pluralistas se desagreguem violentamente”⁷⁸². Por isso, o direito oferece uma “forma potencialmente coercitiva, um determinado acordo, temporário e parcial, sobre qual deve ser o regime, ou seja, o conjunto de normas que organizam a vida em uma determinada sociedade”⁷⁸³. Em um contexto de pluralidade social, a coerção disponibilizada pelo direito é fundamental para garantir que novas formas de vida possam se expressar e transformar as normas jurídicas.

Por outro lado, para oferecer essa possibilidade de forma democrática, continua Rodriguez⁷⁸⁴, “o direito não pode ser meramente norma posta, positivada, passível de imposição pela força estatal. Ele precisa ter um papel também como móbil da ação”. Ele necessita de uma abertura para os usos sociais de sua gramática, a fim de que a própria sociedade possa participar dos processos de criação e interpretação do direito. Para tornar isso possível, não é suficiente encarregar às decisões judiciais o dever de observar princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa, ainda

⁷⁸² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 52.

⁷⁸³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 52.

⁷⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 52.

que esta seja uma tarefa importante. É preciso produzir nas decisões relativas aos processos de subjetivação momentos de alta participação social na elaboração do direito. Ou seja, a proposta é de “abandono de um padrão tecnocrático na atuação judicial em favor de um modelo de racionalidade aberto à deliberação”⁷⁸⁵.

No caso da alteração do registro civil de pessoas trans e travestis, é preciso investigar os novos desenhos institucionais possíveis provocados pelos projetos de legalidade dos grupos sociais. A forma de mudança do registro elaborada na decisão da ADI n.º 4.275 pelo STF, apesar da sua fundamental importância, deixou em aberto diversos conflitos relacionados ao tema. A possibilidade de registro de sexo neutro, por exemplo, não foi tratada na decisão, mas passou a ser objeto de diversas ações individuais no país⁷⁸⁶. Mesmo o debate sobre a mutabilidade dos chamados atributos da personalidade não foi enfrentado no tribunal, ainda que, possamos dizer, a decisão tenha dirimido o rigor da regulação.

Segundo Daniel Borrillo, a regulação jurídica do sexo serve a diversas funções nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Entre elas, o sexo como identidade “alimenta a ilusão natural da existência de duas realidades sociais claramente distintas”⁷⁸⁷, a feminina e a masculina, e, portanto, deveria ser abandonada pelo direito. Já a função de proteção “é uma categoria provisória que responde a uma necessidade pontual: a igualdade material”⁷⁸⁸. Ou seja, para o jurista, a indicação jurídica do sexo com fins de combate da discriminação seria uma medida temporária e pontual.

Em relação à mutabilidade da subjetivação, destacada no caso de mudança do registro do sexo civil de pessoas trans e travestis, parece fundamental considerar a autodeclaração como técnica de identificação civil. A autodeclaração já é uma forma de regulação presente no ordenamento jurídico brasileiro de grupos étnico-raciais em razão da recepção da Convenção n.º 169 da OIT e da elaboração do Estatuto da

⁷⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo; NOBRE, Marcos. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 177–199. p. 182.

⁷⁸⁶ MEDEIROS, Ângelo. Nem homem, nem mulher, pessoa obtém o direito de registrar que seu gênero é neutro. *Imprensa do Poder Judiciário de Santa Catarina*, Florianópolis, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro>. Acesso em: 19 mai. 2022.

⁷⁸⁷ BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p.181–212. p. 199.

⁷⁸⁸ BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p.181–212. p. 195.

Igualdade Racial (Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010). Além da previsão normativa de diretrizes relacionadas à subjetivação dos grupos sociais, cuja criação contou com a sua participação⁷⁸⁹, essas normas dispõem o instrumento da autodeclaração para possibilitar a reivindicação de pertencimento aos grupos étnico-raciais.

Não há previsão legislativa no Brasil que reconheça a autodeclaração como possibilidade de subjetivação jurídica em relação ao sexo civil ou à sexualidade⁷⁹⁰. A decisão do STF sobre a mudança do registro civil de pessoas trans e travestis, no entanto, adotou alguns critérios de autodeclaração para viabilizar a alteração registral. O tribunal proibiu, por exemplo, a utilização judicial e administrativa de provas que patologizavam a experiência de gênero dessas pessoas e, portanto, retiravam sua autonomia ao restringir à autoridade judiciária a decisão sobre o sexo civil. Além disso, o Provimento n.º 73, de 28 de junho de 2018, publicado pelo CNJ para complementar a decisão do STF, destacou em seu artigo 4º que “o procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar [...] a vontade de proceder à adequação da identidade”⁷⁹¹. Ou seja, uma técnica de autodeclaração um pouco mais restrita do que as de grupos étnico-raciais.

Segundo Alice Resadori e Roger Raupp Rios, as atuais regulações de proteção jurídica contra a discriminação por sexo ou sexualidade determinam a necessidade de correspondência dos sujeitos a uma identidade rígida genericamente prevista. Uma previsão que impõe de determinadas características e provoca processos de exclusão em vez de inclusão. Dessa forma, em suas palavras, “o direito contribui para criar esta mesma perspectiva que exclui aquelas pessoas que não correspondem aos padrões tidos como normais”⁷⁹².

A partir de sua pesquisa, Resadori e Rios identificam dois aspectos importantes na técnica da autodeclaração. Em uma primeira dimensão negativa de relação entre a declaração da pessoa e a regulação de sua subjetivação pelo Estado, ao direito

⁷⁸⁹ Para uma abordagem ampla dos debates sobre a identificação étnico-racial no direito e na política do Brasil, ver a obra organizada por Dias e Tavares Júnior (2018).

⁷⁹⁰ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018.

⁷⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Provimento n.º 73*. Regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil. Brasília, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf. Acesso em: 12 mai. 2022.

⁷⁹² RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018. p. 14.

seria vedado, pelo direito fundamental à privacidade, a criação de identidades oficiais e mandatárias. Ou seja, o Estado “não pode negar o direito dos indivíduos a não se afiliarem involuntariamente a algum grupo dado”⁷⁹³, porque as categorias suscitadas no processo de subjetivação são parte da vida privada das pessoas. Essa perspectiva sugere a não obrigatoriedade da declaração jurídica do sexo e da sexualidade, em uma dessexualização da gramática jurídica. Em outras palavras, é uma proposta de “abandono da categoria obrigatória do sexo nos documentos estatais e na própria organização do direito”⁷⁹⁴.

Por outro lado, na dimensão positiva da autodeclaração, o direito deve garantir a liberdade das pessoas de formar grupos e comunidades para a construção coletiva dos processos de subjetivação, em que aspectos pontuais de suas experiências são por vezes estabilizados para constituir reivindicações na sociedade. A autodeclaração, para Resadori e Rios, precisa então proteger a privacidade e a autodeterminação com fundamento no direito fundamental à liberdade. “A escolha das identidades”, portanto, “não pode estar restrita a uma lista fechada, deve haver a liberdade de os sujeitos escolherem sua identidade de forma ilimitada”⁷⁹⁵.

Para garantir a autodeclaração na atividade interpretativa, é preciso considerar o sexo e a sexualidade em função dos conflitos discriminatórios presentes nos casos concretos. A caracterização de ambos não pode depender das definições oferecidas pelas normas ou pelas autoridades judiciais. A tarefa da interpretação precisa focar na comprovação de que a discriminação ocorreu em razão do sexo e da sexualidade e não em definir a identidade da pessoa discriminada. Nos casos de discriminação, a identificação por sexo ou sexualidade não é a expressão da autonomia das pessoas, ou seja, não é um processo de subjetivação. Ao contrário, nesses casos, os sujeitos e os grupos sociais sofrem a imposição violenta de uma caracterização sexual. Para Resadori e Rios⁷⁹⁶, portanto, a técnica da autodeclaração não deveria ser aplicada em

⁷⁹³ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018. p. 20.

⁷⁹⁴ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018. p. 20.

⁷⁹⁵ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018. p. 20.

⁷⁹⁶ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018. p. 22.

situações de discriminação, quando “a identidade atribuída de forma heterônoma deve ser levada em conta para a proteção do sujeito discriminado”.

Essa proposta dialoga com a perspectiva de que o direito e o Estado não devem interferir no processo de subjetivação, em que o sujeito constrói uma relação crítica com as normas sociais de gênero e sexualidade. Contudo, nos casos em que essas formas de subjetivação são instadas como imposição de violência, o direito deve atuar para proteger os sujeitos e grupos sociais contra a discriminação. Em outras palavras, para a proteção jurídica, as sujeições heterônomas de gênero e sexualidade usadas para discriminar devem ser debatidas nas decisões judiciais. Já no caso de construção de direitos, a técnica da autodeclaração é mais democrática.

Por essas razões, a autodeclaração não deve ser utilizada somente na criação de políticas públicas de afirmação, como na reserva de vagas em processos seletivos. A técnica precisa encontrar espaço no interior das instituições do direito. Nas decisões jurídicas em que os processos de subjetivação são objeto de definição e estabilização temporária com o objetivo de garantir efeitos jurídicos a determinadas práticas sociais subjetivas, a autodeclaração é fundamental para realizar o procedimento de forma democrática.

A autodeclaração não deve ser vista somente como um momento específico no interior de uma decisão no direito, seja ela no judiciário ou fora dele. Além disso, ela não pode apenas corresponder a um espaço determinado e limitado pela autoridade judiciária para o momento de escuta dos sujeitos e grupos sociais. A autodeclaração precisa servir de critério para a elaboração dos procedimentos jurídicos e do desenho das instituições do direito a fim de viabilizar o tratamento democrático das formas de subjetivação. Em outros termos, a autodeclaração pode ser não apenas uma nova fonte normativa para as decisões judiciais, mas também uma forma de participação dos sujeitos e grupos sociais na interpretação das normas jurídicas da subjetivação.

O caso da alteração do registro civil de pessoas trans e travestis apresenta um exemplo em que a autodeclaração poderia servir como critério para repensar a estrutura jurídica do procedimento. Antes da decisão do STF na ADI n.º 4.275, quando a modificação do registro exigia o ajuizamento de ações no judiciário, algumas provas eram requeridas nos processos de retificação ajuizados por pessoas trans e travestis. Alguns exemplos são as declarações de testemunhas para afirmar o conhecimento prévio da pessoa requerente conforme o nome e o sexo civil pleiteados; as fotos da pessoa requerente para que a autoridade judiciária pudesse “confirmar a identidade

de gênero da pessoa”; os atestados de cirurgia de redesignação genital; e os laudos médicos com o diagnóstico de “transexualismo”⁷⁹⁷.

Todas essas provas técnicas formulavam um procedimento de terceirização do processo de subjetivação da pessoa requerente para a autoridade do judiciário. Elas distorciam a autodefinição reivindicada e patologizavam as experiências subjetivas das pessoas. O conflito jurídico entre o que o projeto de legalidade configurado pelas ações reivindicava e a forma como ele era expresso pelas respostas institucionais era explicitado pelas diferentes concepções sobre qual seria a pergunta a ser respondida em um processo de retificação do registro civil de pessoas trans e travestis. A partir de compreensões diversas sobre a pergunta, a estruturação das provas técnicas também era modificada.

Para o judiciário, a ação de retificação do registro deveria apresentar provas suficientes de que as pessoas requerentes eram trans ou travestis, o que, segundo as autoridades judiciais, levaria à necessidade de um diagnóstico médico-psiquiátrico de “transexualismo”. O laudo, portanto, servia como uma prova judicial para responder à pergunta sobre a subjetivação da pessoa requerente. Contudo, o projeto de legalidade esboçado nas ações era de uma demanda de autodefinição formulada a partir do constrangimento de sofrer cotidianamente discriminação e violência por apresentar um registro em desacordo com seu processo de subjetivação⁷⁹⁸. Essas diferenças na formulação jurídica das demandas só foram levadas em consideração com a decisão do STF, em que parte do movimento social de pessoas trans e travestis pôde ser ouvido sobre seu projeto de legalidade fundamentado na autodeclaração.

A autodeclaração como crítica à forma como o direito lida com o processo de subjetivação provoca outros desenhos institucionais para além do formato litigioso do processo judicial, em que as provas produzidas recaem inevitavelmente e de forma violenta sobre o corpo das pessoas requerentes. Conforme a própria decisão do STF, tomar o problema como uma formulação jurídica da subjetivação modificou o modo como o tema deve ser considerado pelo direito e deslocou a autodeclaração para o interior dos cartórios brasileiros. Por isso, uma alternativa democrática seria expressar a autodeclaração também nos procedimentos decisórios relacionados à subjetivação.

⁷⁹⁷ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

⁷⁹⁸ SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

A participação da sociedade na construção jurídica da subjetivação oferece aos *lugares de ontologia incerta* não só a possibilidade de uma estabilização democrática e temporária dos seus projetos de legalidade e dos significados jurídicos reivindicados por eles, mas também viabiliza a própria transformação do direito. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez⁷⁹⁹, “a capacidade de mobilizar os agentes para a ação de que são dotadas as normas de direito advém do fato de que estes agentes tenham a oportunidade real de tomar parte em sua formulação e reformulação constante”.

Em um contexto de perda da centralidade do Estado na criação e interpretação do direito, Rodriguez⁸⁰⁰ questiona se o modelo institucional atual é suficiente “e como seria uma teoria da decisão judicial que partisse de outros pressupostos institucionais”. No caso dos processos de subjetivação, o uso social dos significados jurídicos precisa ser protagonista na criação e na interpretação do direito para que a gramática jurídica seja mais democrática. É uma maneira de participação dos sujeitos e grupos sociais não apenas da elaboração do direito, mas do seu próprio processo jurídico de subjetivação.

⁷⁹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 52.

⁸⁰⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 151.

5 FECHO

A primeira parte da pesquisa buscou enfrentar as questões provocadas pelos debates sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e os problemas de formular os processos de subjetivação previamente no material jurídico. Também investigou as críticas da teoria social sobre o dilema da diferença no direito, segundo as quais as formas de subjetivação disputadas socialmente sofrem tentativas de fixação no direito e, em vez de garantirem a proteção jurídica da pessoa, impossibilitam a participação social nos processos de autodefinição. Organizei essas questões sob a denominação de o *problema da definição* dos processos de subjetivação no direito.

Os debates sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e as críticas do dilema da diferença do direito destacam alguns problemas na caracterização prévia da pessoa no material jurídico para viabilizar direitos. As críticas contestam a definição de características subjetivas no direito porque esse procedimento provoca processos sociais de exclusão. Os espaços fechados de previsão de direitos para determinados sujeitos geram, na perspectiva do dilema da diferença, lutas sociais com o objetivo de obter legitimação jurídica de suas formas de vida. Segundo essas críticas, a complexa pluralidade social contemporânea não poderia ser reproduzida pela gramática jurídica. Além disso, afirmam, esse processo produziria uma idealização e uma naturalização de algumas formas de existência.

No entanto, conforme exposto, as críticas do dilema da diferença naturalizam o direito a partir da gramática de regras, bem como a constituição jurídica dos processos de subjetivação como um procedimento realizado apenas por sujeitos e instituições alheias à autodefinição. Essas críticas desconsideram outras possibilidades plurais de participação da sociedade na formulação das normas jurídicas. E, em relação aos debates de gênero, as críticas parecem confundir o esforço social em combater a naturalização jurídica da heteronormatividade com a própria linguagem normativa do direito.

Por fim, o dilema da diferença parte do pressuposto de que os conflitos sociais são atualmente solucionados no direito a partir do processo de subsunção dos casos concretos às normas abstratas, ou seja, com uma racionalidade técnica. Contudo, a pesquisa examinou como a interpretação das normas abstratas é pautada por uma racionalidade jurisdicional, em que o foco está no exame do caso concreto e nos seus conflitos normativos. O debate e a disputa entre os significados jurídicos, portanto,

são frutos tanto do material jurídico já disponível quanto das provocações trazidas em cada caso por sujeitos e grupos sociais.

No caso da união entre pessoas do mesmo sexo civil, a regulação jurídica do casamento poderia ser transformada para lidar de forma democrática com o problema da definição da subjetivação jurídica. A mudança normativa demandada nos projetos de legalidade contra a discriminação por sexualidade pode ser interpretada como uma crítica à restrição do poder de autodefinição na regulação jurídica do casamento. Uma limitação que despersionaliza os sujeitos do instituto e atinge a forma democrática da sua regulação.

Portanto, uma sugestão democrática seria considerar a união civil um contrato entre particulares com desejo de proteção jurídica dos vínculos íntimos. Um formato em que o sexo civil não seria determinante para o instituto. Os ordenamentos jurídicos ocidentais historicamente construíram formas diversas de constituição do parentesco além do casamento tradicional. O próprio instituto da adoção, por exemplo, afastou a clássica necessidade de vínculo biológico entre os sujeitos para estruturar de outro modo as relações jurídicas de filiação. As normas do direito que interpretam laços sanguíneos como vínculos familiares também são fruto de uma escolha política das sociedades ocidentais atuais e estão sujeitas à transformação. Ou seja, tanto os casos da institucionalização da adoção quanto da união civil entre pessoas do mesmo sexo destacam como as relações de parentesco são eminentemente jurídicas, realizadas a partir da vontade dos sujeitos sociais e não subjugadas a “fatos naturais”.

Por essa razão, democratizar a subjetivação jurídica no instituto da união civil é um projeto de crítica à naturalização dos vínculos familiares do parentesco. Assim como a adoção não está ligada a um *reconhecimento* jurídico de relações *naturais* de parentesco, mas à *constituição* jurídica dos vínculos familiares, a união civil é fruto de projetos legais de vínculos íntimos. Ela não pode, portanto, sofrer restrições subjetivas por parte do Estado, como a determinação prévia de quais sujeitos estão aptos ao uso da união civil. Ao contrário, uma constituição jurídica democrática de vínculos íntimos não retira o poder de autodefinição dos sujeitos sociais.

A tese também explorou o potencial democrático da reivindicação jurídica como pessoa a partir das possibilidades de proteção e responsabilização dos indivíduos pelo direito e de participação social na construção normativa. O poder de ser pessoa no direito, portanto, é o poder de reivindicar e construir formas de vida e de defendê-las perante o Estado e a sociedade. Com a construção da subjetivação jurídica, os

sujeitos sociais podem gerenciar sua relação com as normas a partir de críticas e projetos de transformação.

O trabalho também investigou as formulações tradicionais de *sujeito de direitos*, *pessoa* e *personalidade jurídica* para avaliar os fundamentos democráticos de uma substantivação da pessoa na gramática de direitos. Ou seja, analisou a necessidade de inscrever previamente no material jurídico o processo de subjetivação dos sujeitos sociais com caracterizações essencialistas. Para uma construir de modo democrático a subjetivação jurídica, é fundamental não naturalizar nenhuma concepção biológica ou racionalizante do que é ser uma pessoa. Isso porque essa prática impede a disputa do significado jurídico de pessoa pela sociedade civil. Nos Estados Democráticos de Direito, a subjetivação jurídica não pode servir para *identificar* humanidade nos entes sociais. Ela precisa viabilizar a proteção da vida humana a partir da responsabilização individual e da garantia de participação na construção das normas jurídicas. Ao final, a subjetivação jurídica contribui para a própria *constituição* da humanidade nos entes sociais e não apenas para o *reconhecimento* de uma humanidade pré-existente.

Na segunda parte, a pesquisa organizou as questões jurídicas provocadas pela mudança do nome e do sexo civil de pessoas trans e travestis e as tentativas de lidar com as mudanças da subjetivação no direito. Denominei esse arranjo de o *problema da imutabilidade* produzido pela formulação jurídica da subjetivação. A partir do caso da alteração do registro civil, procurei apresentar as críticas sociais contemporâneas sobre os fundamentos democráticos da previsão de imutabilidade das caracterizações dos sujeitos sociais no material jurídico.

Após, o trabalho examinou as formulações dogmáticas recentes que tentaram lidar com a dinâmica da subjetivação no direito, quais sejam, o direito fundamental à identidade pessoal, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e a metodologia do direito civil-constitucional. Contudo, essas tentativas jurídicas de lidar com a subjetivação contingente no direito apresentam alguns problemas.

Pelo direito fundamental à identidade pessoal, a subjetivação é considerada um processo intersubjetivo, constituído no interior das relações sociais. No entanto, ela é efetivada pela ação de um sujeito prévio sobre o qual recai o contexto social. Essa visão sobre a subjetivação leva juristas a afirmar que o direito à identidade pessoal é a proteção da própria “identidade” da pessoa. Ou seja, o direito à identidade pessoal seria a regulação jurídica de um lugar fixo e estável em oposição ao processo mutável da subjetivação.

Já segundo o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, ao direito caberia somente *reconhecer* um processo social já existente, como se a gramática do direito não constituísse também a subjetivação nas relações sociais. Novamente o direito é afastado da construção da pessoa, o que desconsidera as lutas sociais por mudança nos termos da subjetivação.

Por fim, a metodologia do direito civil-constitucional interpreta a pessoa como um conceito sobre o qual direitos *inerentes* são *reconhecidos* pela gramática jurídica. Ela apresenta, por isso, problemas semelhantes às outras propostas. Além disso, a metodologia naturaliza uma certa imagem coesa da constituição e da sua função nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Sua promessa de produzir a unidade do direito a partir da interpretação pressupõe que os valores apresentados no texto constitucional são uníssonos e não são disputados pela sociedade.

Essas formulações dogmáticas, portanto, não são suficientes para construir a subjetivação jurídica de forma democrática, tendo em vista a centralidade atual da atividade interpretativa na gerência da indeterminação do direito. Os processos de subjetivação jurídica precisam ser encarados como iterações democráticas. Ou seja, processos em que o significado normativo da subjetivação é construído no interior do conflito do caso concreto e não somente em razão das normas jurídicas prévias. O papel do direito, portanto, não é *reconhecer* formas de subjetivação como atributos da personalidade. Ao direito cabe viabilizar múltiplas formas de uso social da gramática jurídica para a construção da subjetivação.

Em razão da *estabilidade temporária dos significados jurídicos*, é necessário criar novos desenhos institucionais mais democráticos para constituir a subjetivação no direito. Formas institucionais nas quais sujeitos e grupos sociais possam participar das decisões do direito. Em outras palavras, é fundamental, em termos democráticos, considerar a capacidade de transformação social da subjetivação e construir espaços jurídicos de autodefinição contínua a fim de gerir a subjetivação como um processo relacional em articulação permanente durante toda a vida humana. Se ser uma pessoa no direito é um processo contínuo de constituir-se em conflito com as relações e as normas sociais, ele não pode ser compreendido a partir de uma estabilização jurídica permanente. E porque a interpretação é central no direito, no sentido de que a norma só adquire significado jurídico estável a partir de sua interpretação, a participação dos sujeitos e grupos sociais também precisa ser viabilizada nesse momento.

Nos casos da mudança do nome e do sexo de pessoas trans e travestis, o uso da técnica de autodeclaração pode ser qualitativamente aprofundado. Ela não deve ser restringida pela autoridade jurídica somente ao momento de escuta dos sujeitos e grupos sociais no interior das decisões jurídicas. A autodeclaração pode servir de critério para a elaboração de procedimentos jurídicos e de desenho das instituições do direito a fim de viabilizar o tratamento democrático das formas de subjetivação.

A autodeclaração assume uma forma plural nas situações em que estão em disputa tanto o modo como o direito lida com a subjetivação quanto o deslocamento de recursos, sejam simbólicos ou materiais, de grupos sociais inteiros. Nesses casos, as autoridades jurídicas podem construir formas de participação e debate direto dos sujeitos e grupos sociais nas decisões. De uma certa forma, o desenho das instâncias decisórias do direito precisa reproduzir em menor escala a arena social democrática de construção dos processos de subjetivação.

A autodeclaração, portanto, não seria uma fonte normativa inovadora para as decisões jurídicas, mas um modo de participação social na criação e na interpretação do direito. Ela pode ser útil, em especial, nos momentos em que a gramática jurídica lida diretamente com a subjetivação. A técnica da autodeclaração pode estar presente na formulação da pessoa no direito e dos efeitos jurídicos provocados por ela.

Em síntese, o trabalho tentou explicitar a prescindibilidade de uma construção homogênea de formas de subjetivação jurídica para que o direito ofereça espaços de igualdade material. Os projetos sociais de vida, as visões de mundo, as perspectivas políticas, sexuais e religiosas são plurais e podem ser expressos também de forma plural na gramática jurídica. Para tanto, é preciso transformar o próprio corpo jurídico, ou seja, tanto o material do direito, como as leis e a dogmática jurídica, quanto as instituições do direito. A mudança nos desenhos institucionais para constituí-los de forma plural é a maneira mais direta de concretizar as diferenças no interior do direito. O acesso à justiça não pode estar relacionado somente à possibilidade de pessoas cidadãs acessarem as instituições jurídicas oficiais. Ele precisa representar também a própria construção de novos lugares institucionais pela sociedade civil.

A proteção jurídica da subjetivação não será democrática se for relacionada ao indivíduo enquanto ontologia finda, mas precisa garantir o potencial e a capacidade de ação social dos sujeitos e grupos sociais. Para tanto, o uso social do direito, ou seja, as disputas sobre os significados jurídicos elaborados pela sociedade precisam ser levadas em consideração nas decisões jurídicas. Para incrementar a democracia,

é preciso criar espaços institucionais para que esses significados sejam discutidos nas instituições.

A subjetivação jurídica está ligada a normas, conceitos, estruturas e instituições do direito, as quais, em democracia, expressam os conflitos e as contradições sociais para viabilizar as mudanças da sociedade. Para construir as condições necessárias para uma *estabilização temporária do significado jurídico*, portanto, será necessário transformar o desenho institucional dos espaços de decisão no direito para viabilizar a participação da sociedade na construção jurídica do processo de subjetivação.

No entanto, apenas a ação social é capaz de transformar a subjetivação jurídica e torná-la um lugar de construção criativa de si e de produção de novas formas de vida. Ou seja, apenas os projetos de legalidade da sociedade civil podem criar novos lugares institucionais para a *construção democrática do significado jurídico*. Portanto, a caracterização da pessoa no direito precisa ser realizada a partir de uma perspectiva da regulação social, em que há espaço para o processo de subjetivação contínua e abertura para as transformações ocorridas em confronto com a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Juliana Ortegosa. Práticas críticas de si: Foucault e Butler. *Veritas*, Porto Alegre, v. 67, n. 1, p.1–13, jan./dez. 2022.

ALBAN, Carlos Eduardo de Oliveira. *A reificação nas práticas biomédicas em intersexos: a violação de direitos e a luta pela despatologização*. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2017.

ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 115–132, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500030006>. Acesso em: 25 set. 2022.

ALLEN, Amy. *The end of progress: decolonizing the normative foundations of critical theory*. New York: Columbia University Press, 2016.

ALMEIDA, Silvio Luiz. Crítica da subjetividade jurídica em Lukács, Sartre e Althusser. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 335–364, 2016.

ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15–33, 2015.

ANZALDUÁ, Gloria. *Borderlands / La frontera*. Madrid: Capitán Swing, 2016.

ANTONIETTO, André Luis Gomes. *Contornos político-jurídicos do poder decisório dos conselhos populares: análise após 30 anos da Assembleia Nacional Constituinte*. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estado civil. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 455-464.

AZEVEDO, Maria Cândida Simon. *Democracia animal: os direitos animais: do conflito à reivindicação*. Curitiba: Appris, 2020.

BENHABIB, Seyla. *Critique, norm, and utopia: a study of the foundations of critical theory*. New York: Columbia University Press, 1986.

BENHABIB, Seyla. *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

BENTO, Berenice. Da transexualidade oficial às transexualidades. *In*: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (Org.). *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 143-172.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002 [1995].

BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *In*: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 237–273.

BORRILLO, Daniel. Para uma teoria do direito das pessoas e da família emancipada do gênero. *In*: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 181–212.

BORRILLO, Daniel. Por uma teoria *queer* do direito das pessoas e das famílias. *In*: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 45–77.

BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. *In*: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 120–134.

BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa humana e direitos humanos na CF a partir da perspectiva pós-colonial*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2009.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2012. 328 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Departamento de Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Ata circunstanciada. *In*: 8ª REUNIÃO ORDINÁRIA, 1988, Brasília. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: ANC, 1988. Disponível em:

<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC)*. Brasília, 2021. Site. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svs/sistemas-de-informacao/sinasc>. Acesso em: 9 fev. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Federal n.º 1.151, de 1995*. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Autoria: Deputada Federal Marta Suplicy. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 19 fev. 2022

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

BROWN, Wendy. Sofrendo de Direitos Como Paradoxos. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 97, p. 459–474, 2021.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97–112.

BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 366–385, 2014.

BUCKEL, Sonja. Entre Proteção e Máscaras: Crítica(s) do direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3092–3115, 2019.

BUENO, Winnie. *Imagens de controle: um conceito do pensamento de Patricia Hill Collins*. Porto Alegre: Zouk, 2020.

BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [1997].

BUTLER, Judith. Changing the Subject: Judith Butler's Politics of Radical Resignification [Entrevista cedida a] Gary A. Olson e Lynn Worsham. *JAC: A Journal of Composition Theory*, v. 20, n. 4, p. 727–765, 2000.

BUTLER, Judith. *O clamor de Antígona: parentesco entre a vida e a morte*. Florianópolis: UFSC, 2014 [2000].

BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos do “sexo”*. São Paulo: n-1, 2019 [1993].

BUTLER, Judith. Critique, crises, and the elusive tribunal. In: GORDON, Peter Eli (Org.). *The Routledge companion to the Frankfurt school*. New York: Routledge, 2018. p. 542–553.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 219–260, 2003.

BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 159–179, 2013 [2001].

BUTLER, Judith. Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory. *Theatre Journal*, Santa Cruz, v. 40, n. 4, p. 519, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10/c8v4g9>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018 [1990].

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015 [2009].

BUTLER, Judith. Regulações de gênero. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 42, p. 249–274, 2014 [2004]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400420249>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017 [2003].

BUTLER, Judith. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004.

CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A abertura do sistema. In: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 [1983], p. 103–126.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRARA, Sérgio Luis. O movimento LGBTI no Brasil, reflexões prospectivas. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 13, n. 3, p. 450–456, jul./set. 2013.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. Os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal Bezerra (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008, p. 334–359.

CARVALHO, Mário; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 319–351, 2013.

CIDADE, Maria Luiza Rovaris. *Nomes (im)próprios: registro civil, norma cisgênera e racionalidades do Sistema Judiciário*. 2016. 182 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2016.

COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 99–127, 2016.

COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. 2. ed. New York: Routledge, 2002.

COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality as critical social theory*. Durham: Duke University Press, 2019.

COLLINS, Patricia Hill. Intersectionality’s Definitional Dilemmas. *Annual Review of Sociology*, San Mateo, v. 41, n. 1, p. 1–20, 2015.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE PESQUISAS E ESTUDOS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil*, São Paulo, n. 10, 20 jan. 2021. Disponível: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/03/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf. Acesso em: 14 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Provimento n.º 73. Regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil. Brasília, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf. Acesso em: 12 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022

CORRÊA, Sônia. Algumas palavras sobre Ideologia de gênero: rastros perdidos e pontos cegos. *In: Colóquio Gênero Ameaça(n)do. Análises e Resistências*, 30 e 31 out. 2017, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://youtu.be/VWBJ6GX2Umo>. Acesso em: 22 set. 2022.

COSTA, Lorena Xavier da. Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade? *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 75–87, 2013.

COSTA, Sergio. Desigualdade, diferença, articulação. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 33–45, 2019.

COSTA, Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, v. 3, n. 2, p. 8–32, 2016.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p. 4–68, 1983.

COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução: Maurício Pedroso Flores. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1–33, dez. 2019 [1986].

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. *In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65–84.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto; et al (Org.). Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 575–588.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1964].

DAVIDSON, Arnold I. Archaeology, Genealogy, Ethics. *In: HOY, David Couzens (Org.). Foucault: a critical reader*. Oxford: Basil Blackwell, 1986. p. 221–233.

DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS, 2018.

DORA, Denise Dourado. Os direitos das mulheres são direitos humanos: gênero e empoderamento legal na América Latina. *In*: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (Org.). *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. v. 2. Novos olhares, outras questões. p. 466-506.

DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Archives Museum. *Declaration of Independence: A Transcription*. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 9 set. 2022.

FACCHINI, Regina. De homossexuais a LGBTQIAP+: sujeitos políticos, saberes, mudanças e enquadramentos. *In*: FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins (Org.). *Direitos em disputa: LGBTI+, poder e diferença no Brasil contemporâneo*. Campinas: UNICAMP, 2020, p. 31–69.

FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 17-18, p. 9-79, 2002 [2000]. Disponível em: <https://doi.org/10/bm2jv3>. Acesso em: 19 fev. 2022.

FAUSTO-STERLING, Anne. *Sex/gender: biology in a social world*. New York: Routledge, 2012.

FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Ivanilda. A Conquista do direito ao casamento LGBTI+: da Assembleia Constituinte à Resolução do CNJ. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of Print, p.1–29, 2021.

FLORES, Maurício Pedroso. *Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover*. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2018.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. 3. ed. São Paulo: Educ, 2016.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008 [1969].

FOUCAULT, Michel. De espaços outros. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n. 79, p. 113–122, 2013 [1984]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142013000300008>. Acesso em: 21 set. 2022.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1997].

FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade [1984]. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos & Escritos, v. 5). p. 264-287.

FOUCAULT, Michel. Gerir os ilegalismos. In: POL-DROIT, Roger (Org.). *Michel Foucault: entrevistas*. São Paulo: Graal, 2006 [1975], p. 41–52.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. [Entrevista cedida a] Bob Gallagher e Alexander Wilson. *Verve*, v. 5, p. 260–277, 2004 [1982].

FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Conferência pronunciada por Michel Foucault na Sociedade Francesa de Filosofia em 27 de maio de 1978. In: FRUCHAUD, Henri-Paul; LORENZINI, Daniele (Org.). *O que é a crítica? Seguido de a cultura de si*. Lisboa: Texto & Grafia, 2017 [1978]. p. 31–68.

FOUCAULT, Michel. O que são as Luzes? In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005 [1984], v. 2, p. 335–351. (Coleção Ditos & Escritos).

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L; RABINOW, Paul (Org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995 [1983], p. 231–249.

FRANÇA. Legifrance. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 9 set. 2022.

FURTADO, Gabriel Rocha; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77–95.

GREEN, James Naylor. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019.

GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan Honório; CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa (Org.). *História do Movimento LGBT no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018.

GREEN, James Naylor. *Revolucionário e gay: a extraordinária vida de Herbert Daniel – Pioneiro na luta pela democracia, diversidade e inclusão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis travesti: as relações de gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

GOMES, Orlando. A crise do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, Fortaleza, v. 6, p. 183–198, 1952.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121–134, mai. 2005 [1955].

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [1957].

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1948].

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2: Processo de conhecimento e procedimentos especiais.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004 [1988].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992]. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2012 [1981]. v. 2.

HALLEY, Janet E. *Split decisions: how and why to take a break from feminism*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2008.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 5, p. 7–41, 1995.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987 [1982].

HOLZLEITHNER, Elisabeth. Emancipação por meio do direito? *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 889–900, 2016.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional, teoria crítica. In: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor (Org.). *Textos escolhidos: Max Horkheimer, Theodor W. Adorno*. São Paulo: Nova Cultural, 1989 [1937], p. 31–75.

JESUS, Jaqueline Gomes de (Org.). *Transfeminismo: teorias & práticas*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. *História Agora*, v. 16, n. 2, p. 101–123, 2013.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Xica Manicongo: a transgeneridade toma a palavra. *Revista Docência e Cibercultura*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 250–260, 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1939].

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1–11, 2018.

LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007 [1981].

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Estado (Direito civil). In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 442-443.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978].

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 237–263, mar. 2017.

MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249–281, 2005.

MARCUSE, Herbert; NEUMANN, Franz. Teorias da mudança social. In: KELLNER, Douglas (Org.). *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999 [1941?], p. 153–191.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69–95, 2010.

MEDEIROS, Ângelo. Nem homem, nem mulher, pessoa obtém o direito de registrar que seu gênero é neutro. *Imprensa do Poder Judiciário de Santa Catarina*, Florianópolis, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro>. Acesso em: 19 mai. 2022.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar*. elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012a. (Tomos I a IV). v. 1.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar*. elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012b. (Tomos I a IV). v. 2.

MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion, and American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11175–11211, 2013.

MONTEAGUDO, Marcos. Anti-hegelianismo e representação em Michel Foucault. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 281–295.

MOREIRA, Luciana; WIESER, Doris (Org.). *A flor de cuerpo: representaciones del género y de las disidencias sexo-genéricas en Latinoamérica*. Madrid, Frankfurt am Main: Iberoamericana, Vervuert, 2021.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. O conceito de pessoa: dos gregos ao positivismo de Hans Kelsen. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 1207–1247, 2020.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000.

NALLI, Marcos. Foucault: um fenomenólogo *malgré lui?*. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 263–279.

NASCIMENTO, Leticia. *Transfeminismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 109, p. 13–83, 2014 [1937].

NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism (1933-1944)*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009 [1942].

NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, v. 22, p. 107–154, 2013 [1950].

NEUMANN, Franz. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1937].

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39–56.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

NOBRE, Marcos. Apresentação. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2018, p. 5–7.

NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2018, p. 8–25.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *Universal Declaration of Human Rights - Portuguese*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 9 set. 2022.

PACHUKANIS, Evguiéni. Lênin e os problemas do direito. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1897–1931, 2018 [1925].

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017 [1924].

PECHENY, Mario. Apresentação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17.

PÉREZ, Gloria Careaga. Prefácio: direito à sexualidade e seus contextos. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 7–17.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1975].

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 22, n. 42, p. 53–64, 2001.

PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2018. (Coleção Baderna).

RENAUT, Alain. *A Filosofia*. Lisboa: Piaget, 2010 [2005].

RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10–25, 2018.

REVEL, Judith. O pensamento vertical: uma ética da problematização. In: GROS, Frédéric (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola, 2004 [2002]. p. 65-87.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence (1980). In: *Blood, bread, and poetry: selected prose 1979-1985*. New York: Norton, 1994.

RICHTER, Vitor Simonis. *Seguindo as vias: Declaração de Nascido Vivo, Identificação e Mediação*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2012.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 215–234.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 135–178. p. 147.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

RIOS, Roger Raupp. Por um direito democrático da sexualidade. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 79–117.

RIOS, Roger Raupp; SEFFNER, Fernando. Introdução. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 25–42.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 118, p. 281–291, jul./ago. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividade*. São Paulo: LiberArs, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis (Org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21–32.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Multinormatividade como teoria do direito: para um universalismo sensível. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 251–276.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. *In*: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org.). *Uma Organização das Relações Privadas: Introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49–61.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261–294, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*: n. 15. São Leopoldo: Karywa, 2019. p. 175-187.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; NOBRE, Marcos. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 177–199.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Simone Schuck da. Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans. *In*: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da (Org.). *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 103–114.

SCHOLARS AT RISK NETWORK. New York University. *Free to Think: Report of the Scholars at Risk Academic Freedom Monitoring Project*, New York, dez. 2021. Disponível: <https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2021/12/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2021.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2022.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo; WOISCHNIK, Jan. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho? *Derecho PUCP*, Lima, n. 54, p. 289–333, 2001.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Jornadas do judiciário na implementação da Lei Maria da Penha*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2022.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Jovanna Cardoso da. Movimento político social da população T no Brasil. In: CAETANO, Márcio et al. (Org.). *Quando ousamos existir*: itinerários fotobiográficos do movimento LGBTI Brasileiro (1978-2018). Tubarão: Copiart; Rio Grande: FURG, 2018. p. 92-99.

SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas: Papyrus, 2008.

SILVA, Simone Schuck da. *Fora da norma? A construção do “direito à identidade” de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

SILVA, Simone Schuck da. Judith Butler para uma teoria crítica do direito: o esboço de um diálogo. In: ÁLVARES, Amanda et al. (Org.). *Performatividade, precariedade, política*: desdobramentos interdisciplinares do pensamento de Judith Butler. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2020. p. 150–158. Disponível em: bit.ly/3OmEcfD. Acesso em: 13 mai. 2022.

SORJ, Bila. O feminismo na encruzilhada da modernidade e pós-modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 99-107.

SOUSA, Andrea L. Harada; TEIXEIRA, Gabriel; GENTIL, Plínio. Professores de faculdades privadas: categoria em extinção? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 13 mai. 2022. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/professores-de-faculdades-privadas-categoria-em-extincao>. Acesso em: 14 mai. 2022.

SOUSA, Raffaella Cássia de; RIOS, Roger Raupp. A gestão antidiscriminatória no direito processual civil e os povos indígenas. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 20, n. 35, p. 61–82, 2022.

STONE, Christopher D. *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–35.

TEPEDINO, Gustavo. O Prefácio: do sujeito à pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 15–16.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

TOLA, Miriam. Between Pachamama and Mother Earth: Gender, Political Ontology and the Rights of Nature in Contemporary Bolivia. *Feminist Review*, v. 118, n. 1, p. 25–40, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil. *In*: GREEN, James Naylor et al. (Org.). *História do Movimento LGBT no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018. p. 449-470.

WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de Direito. *In*: *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 3, p. 137–60.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2020 [1920].

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, São Paulo: Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 [1956]. v. 2.

WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights*. 8. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WITTIG, Monique. *The straight mind and other essays*. Boston: Beacon Press, 1992.