

# PODERÁ O DIREITO SER INCLUSIVO? O SUJEITO DE DIREITO E A PRODUÇÃO JURÍDICA DE SU- JEITOS MARGINAIS

*CAN LAW BE INCLUSIVE?*

*THE SUBJECT OF LAW AND THE LEGAL PRODUCTION OF  
MARGINAL SUBJECTS*

MARCELO MACIEL RAMOS\*

## RESUMO

O artigo propõe uma análise crítica da categoria *sujeito de direito*, dos significados, pressupostos e usos que lhe são dados pelas teorias e práticas jurídicas hegemônicas. Ele investiga as contradições, os limites e o papel dessas teorias e práticas na produção de incapacidades e marginalizações jurídicas. Procura-se chamar atenção para a estreita relação entre as capacidades jurídicas e as capacidades econômicas, sociais e políticas, demonstrando como a pobreza, a desigualdade econômica, o gênero, a raça e a sexualidade são condições históricas e presentes de diminuição ou incapacitação jurídica. A análise se utiliza de múltiplas tradições críticas, do marxismo aos estudos queer, dos feminismos aos estudos raciais, reunindo diferentes olhares para refletir sobre o papel do direito na produção e sequestro de capacidades, na inclusão e marginalização de sujeitos concretos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sujeito de Direito. Capacidades. Desigualdade Econômica. Sexismo. Racismo. LGBTfobia.

## ABSTRACT

*The article proposes a critical analysis of the category subject of law, of the meanings, assumptions and uses given to it by the hegemonic legal theories and practices. It investigates the contradictions, limits and role of these theories and practices in producing legal incapacities and marginalization. Attention is drawn to the close relationship between legal capacities and economic, social, and political capacities, demonstrating how poverty, economic inequality, gender, race, and sexuality are historical and present conditions of legal incapacity. The analysis uses multiple critical traditions, from Marxism to queer studies, from feminisms to racial studies, bringing together different perspectives to reflect on the role of Law in the production and removal of capacities, in the inclusion and marginalization of concrete subjects.*

**KEYWORDS:** Subject of Law. Capacities. Economic Inequality. Sexism. Racism. Homophobia.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Sujeito de Direito, a Personalidade e as Capacidades Jurídicas. 2. Os Sujeitos Marginais e a Produção de Incapacidades. 3. Os Mecanismos Jurídicos de Marginalização Econômica. 4. Os Mecanismos Jurídicos de Marginalização

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Faculdade de Direito da UFMG desde 2012. Professor Visitante na *Duke University*, 2019-2020. Coordenador do Grupo de Pesquisas *Kritikos* e do Projeto de Extensão Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero. Coordenador do Doutorado Interinstitucional em Direito da UFMG na Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mais informações em [www.mmramos.com](http://www.mmramos.com). E-mail: [mmramos@ufmg.br](mailto:mmramos@ufmg.br).

Baseados no Gênero, Raça e Sexualidade. 5. Os Paradoxos e Limites da Inclusão Jurídica.

## INTRODUÇÃO

O direito se tornou nos últimos séculos o mecanismo hegemônico de regulação da vida social em praticamente todos os Estados do mundo contemporâneo. Em toda parte, os poderes públicos e privados passaram a se submeter às regras do direito e a seus mecanismos de solução de conflitos. No contexto de um Estado de Direito, tanto os deveres que nos são impostos quanto os poderes que são reconhecidos em nós tiram sua obrigatoriedade de leis ou de decisões judiciais, ou de contratos que pactuamos uns com os outros, cujos limites e validades dependerão em última análise da chancela legal ou jurisprudencial.

O direito é na contemporaneidade um aparato institucional que submete praticamente todos os aspectos das nossas vidas, seja para proibir ou permitir determinadas ações, seja para punir, obrigar ou respaldar o exercício de certas prerrogativas. Quando examinamos o caráter negativo do direito, o da proibição, o do dever fazer, o da punição, a sua força parece invadir todos os espaços e alcançar todos os indivíduos. De maneira geral, todos estamos potencialmente submetidos ao universo das obrigações jurídicas e do poder impositivo dos seus aparatos de força. Todavia, quando analisamos o aspecto positivo dos instrumentos jurídicos, o da permissão ou do reconhecimento, ou da viabilização de uma prerrogativa ou capacidade de agir, a força do direito parece não alcançar ou incluir a todos de modo igual. Há uma série de circunstâncias sociais produzidas ou reproduzidas pela ordem jurídica que promove exclusões e que são redutoras de prerrogativas e capacidades.

A contradição fundamental do direito contemporâneo pode ser identificada na principal categoria operativa dos sistemas legais, a do sujeito de direito. Trata-se de uma categoria potencialmente inclusiva, de um status hoje reconhecido a todo ser humano indistintamente. Desse status deriva uma série de prerrogativas e capacidades que permite a alguém utilizar os mecanismos legais e os aparatos de força do Estado para se proteger do poder arbitrário do próprio Estado ou dos demais indivíduos, ou para fazer cumprir um direito ou resguardar um interesse legítimo.

Todavia, a realidade das relações jurídicas concretas, do exercício das capacidades que o direito reconhece aos sujeitos é atravessada por assimetrias de forças e pela exclusão. A marginalização social, econômica, política e jurídica não é, como a palavra faz pensar, um fato realmente marginal, ou uma circunstância acidental ou residual. Mesmo nas sociedades mais afluentes, nos países mais ricos, algum tipo de exclusão sistemática e estrutural atinge a maior parte das pessoas. O gênero, a sexualidade, a pobreza, a vulnerabilidade econômica,

as profundas desigualdades materiais e a raça produzem circunstâncias de marginalização e incapacitação jurídica que desafiam as categorias, os discursos e as práticas supostamente inclusivos das ordens jurídicas.

Embora o direito se sustente teoricamente (em suas justificativas morais e ideológicas) na igual liberdade do sujeito de direito, ele é parte de estruturas sociais marcadas pela desigual liberdade dos indivíduos. O direito não é, todavia, apenas uma parte inocente, vítima ou resultado inevitável das assimetrias de poder de um dado contexto social. O direito nas sociedades contemporâneas é produtor ou garantidor das desigualdades e exclusões existentes. Embora ele se apresente como um mecanismo racional, imune a qualquer ideologia, neutro em relação a qualquer interesse particular, ele está constituído estruturalmente de modo a produzir ou reproduzir desigualdades e exclusões. Ainda que os instrumentos de inclusão jurídica tenham se multiplicado nas últimas décadas, de modo geral, o direito continua a promover ou permitir que se promova condições estruturantes de marginalização. Em resumo, enquanto ele inclui formalmente a todos como sujeitos de direito, o direito produz sistemática e estruturalmente sujeitos marginais, cujas capacidades jurídicas se encontram reduzidas ou eliminadas.

Vale dizer que o exame proposto da categoria sujeito de direito ou do potencial inclusivo das ordens jurídicas contemporâneas inquirir a materialidade das relações de poder estabelecidas ou consagradas institucionalmente pelo direito. Paralelamente, o que interessa aqui é a compreensão da lógica de funcionamento do campo jurídico, de como ele opera concretamente sobre corpos de homens e mulheres, produzindo subjetividades, fomentando ou desabilitando poderes e capacidades.

Embora a análise comece pelos aspectos econômicos que produzem os direitos e os sujeitos, não se propõe qualquer primazia da economia em relação às exclusões baseadas no gênero, raça e sexualidade. A separação que fazemos desses elementos no texto não passa de um recurso didático para facilitar a compreensão de um fenômeno que é multidimensional e que exige um exame interseccional. Por essa razão, a análise se alimenta e se utiliza de múltiplas tradições críticas, do marxismo aos estudos queer, dos feminismos aos estudos raciais, sem qualquer pretensão de compatibilizá-los ou apresentá-los de modo orgânico ou sistemático. Trata-se de reunir diferentes olhares para refletir sobre o papel do direito na produção ou sequestro de capacidades, na inclusão ou marginalização de sujeitos concretos.

De início, partimos da constatação de que nem todo sujeito de direito reúne as condições simbólicas e materiais necessárias para uma fruição igual de prerrogativas e capacidades jurídicas. Por um lado, o direito não opera sobre as condições de igualdade que suas teorias e práticas pressupõem. Por outro, ele não promove condições concretamente iguais para que todos possam fruir

as liberdades fundamentais que ele declara como seus princípios. O argumento principal é o de que o direito produz o contrário do que afirma. Ao invés de igual liberdade e inclusão universal, ele promove liberdade para poucos e reproduz sistematicamente condições estruturais de exclusão.

Para demonstrar esse argumento, começamos pelos significados e pelo contexto humanista e liberal de produção das categorias sujeito de direito, personalidade e capacidades jurídicas. Em seguida, a partir da compreensão de marginalidade social de Aníbal Quijano e de capacidades de Amartya Sen, propomos uma teoria dos sujeitos marginais e de incapacidades produzidas juridicamente. Na terceira parte, põe-se em exame a relação entre capacidades econômicas e capacidades jurídicas. Recorrendo às críticas marxistas do sujeito, bem como à análise da pobreza e da desigualdade econômica como circunstâncias de incapacitação e marginalização, discutimos as contradições e limites dos instrumentos de inclusão econômica pelo direito. Na quarta parte, utilizamos de elementos das críticas feministas, negra e queer para examinar como o gênero, a raça e a sexualidade constituem circunstâncias estruturais de exclusão, bem como o direito tem um papel ativo na produção de incapacidades econômicas, sociais, políticas e jurídicas para mulheres, negros e pessoas LGBT. Por fim, conclui-se com um exame dos paradoxos e limites da inclusão jurídica.

## 1. O SUJEITO DE DIREITO, A PERSONALIDADE E AS CAPACIDADES JURÍDICAS

Apesar do reconhecimento universal de capacidades jurídicas iguais para todos, o direito reproduz estruturas econômicas e sociais que estabelecem uma divisão entre os indivíduos. De um lado, aqueles que estão em condições de encarnar concretamente as promessas de liberdade do *sujeito de direito*. De outro, *sujeitos marginais* com capacidade muito reduzida de fruição das prerrogativas e proteções oferecidas pelos mecanismos jurídicos.

O sujeito de direito (ou a pessoa de direito) é aquele a quem se reconhece a capacidade (o poder) de realizar atos jurídicos; é aquele cuja vontade, que se supõe livre, tem eficácia jurídica. Em termos práticos, só um sujeito de direito efetivamente capaz, apto a manifestar livremente sua vontade, tem o poder de contratar (comprar, vender, alugar *etc.*), de apresentar suas pretensões contra outros sujeitos ou de reclamar em condições de igualdade o respeito dos seus direitos perante os aparatos institucionais de solução de conflitos.

Sujeito é uma palavra polissêmica cheia de ambiguidades. Ela pode significar: 1) *tema, objeto* ou *coisa* (aquilo sobre o que se fala, se discute, ou ao qual se atribui qualidades); 2) *eu, pessoa, homem, consciência, princípio determinante do mundo, do saber e da ação, ente com capacidade de iniciativa* (em contraposição ao objeto ou coisa); e 3) *aquele que está subordinado (sujeito) ao poder alheio*. A palavra *subiectum* em latim ou o correspondente

grego ὑποκείμενον (*hypokeimenon*) eram usados na antiguidade ou na idade média europeia para se referir à matéria ou substância que compõem uma coisa. O uso da palavra com o sentido do *eu que é princípio do pensamento e da ação* só aparece na modernidade. É com René Descartes, segundo Martin Heidegger, que sujeito (*subiectum*) e eu (*ego*) se tornam sinônimos<sup>1</sup>. Mas é com Immanuel Kant que aparece de modo claro e definitivo o uso do termo sujeito para se referir ao eu, à consciência ou à capacidade de iniciativa<sup>2</sup>.

O sujeito se constitui no pensamento filosófico e político a partir da modernidade como o princípio determinante do mundo, como o fundamento da verdade e do direito. Ele encarna de modo abstrato a potência racional do humano, do eu, da pessoa. Ele passa a ser pensado como o ente com capacidade de iniciativa em oposição à coisa ou ao objeto. Enquanto ente ontologicamente livre, isto é, em sua liberdade essencial, os indivíduos concretamente diferentes passam a ser considerados em abstrato como sujeitos iguais.

A categoria *sujeito de direito*, ao constituir-se sobre essas ideias, permite potencialmente o reconhecimento universal de todos os homens e mulheres como igualmente livres, isto é, igualmente capazes de agir juridicamente, de ter suas vontades legítimas protegidas contra o arbítrio de outros sujeitos ou dos poderes públicos. O humano se coloca através dessa categoria jurídica como sujeito cuja autonomia (cuja capacidade de autodeterminação racional) deve ser igualmente garantida e protegida.

O problema surge quando a atribuição teórica e legal do status de sujeito de direito a todos homens e mulheres não implica concretamente no *empoderamento* de todas mulheres e homens das prerrogativas e proteções que decorrem desse status. Ao contrário, o que se vê na realidade da vida social é um enorme espaço de exclusão, a reunir sujeitos impedidos de fruírem em condições de igualdade dos direitos que lhes são atribuídos formalmente. Embora se pressuponha abstratamente a igualdade desses sujeitos em praticamente toda elaboração teórica e toda prática do direito contemporâneo, esses sujeitos estão diante das instituições políticas e jurídicas incapacitados (ou, ao menos, assimetricamente capacitados) em razão da pobreza, da desigualdade econômica, do gênero, da sexualidade ou da raça.

Diante de condições materiais de extrema desigualdade, de capacidades econômicas, sociais e políticas radicalmente assimétricas, o direito acaba funcionando como uma estrutura garantidora e reprodutora dessas desigualdades concretas. Mesmo que ele equalize formalmente capacidades jurídicas, os mecanismos do direito acabam servindo, de modo geral, à manutenção das vantagens

---

1 HEIDEGGER, 1991, p. 9, 73-80.

2 ABBAGNANO, 2007, p. 1097; LIBERA, 2008, p. 181-220, p. 198; LIBERA, 2013.

e privilégios daqueles que concretamente conseguem operar socialmente como sujeitos de direito.

O efeito real disso é a produção de uma divisão social entre sujeitos de direito e sujeitos marginais<sup>3</sup>. De um lado, temos homens e mulheres com capacidade de agir juridicamente para garantir a fruição de suas liberdades, como por exemplo: 1) da liberdade de se constituírem e se manterem como proprietários (direito de adquirir e fruir privadamente de bens); 2) da liberdade de fazer comércio e negócios (direito de fazer render os próprios bens ou trabalho); 3) da liberdade de trabalhar (direito de poder produzir o necessário para viver, ou de escolher e ter uma atividade produtiva, uma profissão); 4) da liberdade de consumir (direito de escolher e adquirir bens de que se precisa); 5) da liberdade de fruir dos espaços e estruturas públicas (direito de ir e vir com segurança e sem obstruções arbitrárias); 6) da liberdade de saber e pensar (direito de adquirir, produzir e se beneficiar dos saberes sociais disponíveis sem qualquer cerceamento); 7) da liberdade de se desenvolver plenamente (direito de nutrir e viver as próprias aspirações e potenciais), *etc.*

De outro lado, temos homens e mulheres despossuídos ou com capacidade muito diminuída de ter, acumular ou fazer negócios; homens e mulheres submetidos a condições degradantes e expropriatórias de trabalho, sem qualquer autonomia real no que se refere à escolha da atividade laboral ou ao sustento da própria vida; homens e mulheres sem capacidade de consumir nem mesmo o suficiente para uma existência saudável; homens e mulheres materialmente impossibilitados de saírem da posição precária em que se encontram, sem qualquer capacidade de se constituírem, a partir da fruição dos saberes e espaços sociais comuns, enquanto sujeitos plenamente autônomos. São homens e mulheres que vivem à margem das instituições jurídicas e que, em grande medida, são mantidos à margem com a cumplicidade delas.

Para as doutrinas jurídicas, o sujeito de direito ou a personalidade jurídica são conceitos centrais<sup>4</sup>. Nos manuais de direito, vamos encontrar a afirmação de que a personalidade é a capacidade genérica de ser sujeito de direitos<sup>5</sup>. Toda pessoa de direito é sujeito de direitos. O código civil brasileiro (Lei nº. 10.406/2002) estabelece em seu primeiro artigo que “toda pessoa é capaz

---

3 Utilizamos aqui a expressão sujeito marginal, pensando-a a partir da compreensão de marginalidade de Aníbal Quijano, mas ela poderia ser substituída por outras expressões correlatas ou afins como sujeito subalterno ou subalternizado, sujeito precário ou precarizado, sujeito dissidente *etc.*

4 Alguns autores, como o jurista austríaco Hans Kelsen, entendem, todavia, que o sujeito de direito não é o centro da doutrina jurídica. Ele é uma construção secundária à norma, um conceito auxiliar. Trata-se de uma ficção, uma criação doutrinária que não se confunde com o indivíduo real. Ele é a personificação do conjunto de normas que impõem obrigações e direitos. KELSEN, 1949, p. 93.

5 BEVILÁQUA, 1980, p. 58; GOMES, 1998, p. 142.

de direitos e deveres na ordem civil”. Trata-se de uma fórmula praticamente universal nas leis civis contemporâneas. A palavra pessoa se refere a qualquer indivíduo, mas também a entidades públicas, como os Estados nacionais, ou a entidades privadas, como empresas, associações, fundações, igrejas etc. A capacidade jurídica que desdobra da personalidade começa para seres humanos com o nascimento.

Embora nas legislações contemporâneas a capacidade jurídica seja reconhecida a todos indistintamente, trata-se de uma capacidade em abstrato ou potencial. O exercício pleno de capacidades jurídicas pressupõe certas condições. De modo geral, são considerados plenamente capazes os maiores de idade. A idade legal varia conforme o país, mas normalmente a capacidade plena começa entre 14 e 21 anos. A segunda condição geral é o gozo de faculdades mentais e a possibilidade de manifestar vontade. Aqueles que não atingiram a idade legal ou, por alguma razão, estão impossibilitados de manifestar sua vontade são considerados incapazes ou relativamente capazes. Nesses casos, a proteção da personalidade ou o exercício de direitos deverá ser feito por um representante legal.

As normas que regulam a personalidade e a capacidade são normalmente extensas e cheias de detalhes, mas a lógica geral é relativamente simples: a todo ser humano vivo é reconhecido personalidade jurídica; a personalidade jurídica é o que confere a um indivíduo a capacidade genérica de ser sujeito de direitos; essa capacidade genérica não tem existência concreta, ela é uma promessa geral de que a ordem jurídica respeitará os direitos desse sujeito e protegerá a fruição de suas liberdades; por fim, o exercício concreto da capacidade jurídica depende do reconhecimento legal de uma certa capacidade racional de manifestação de vontade. É aqui que as exclusões concretas ganham vida, conforme veremos mais adiante.

Antes de explicar essas exclusões com mais detalhes, voltemos brevemente ao contexto de formação dessas ideias. A noção de sujeito de direito se desenvolve na contemporaneidade no quadro de um humanismo racionalista e liberal, que aposta em uma essência humana abstrata, fundada nas capacidades de razão e de autodeterminação. O sujeito dos direitos humanos é esse homem abstrato, separado de todas as suas características substantivas, de sua humanidade concreta. Conforme Costas Douzinas, para constituir uma identidade humana, o sujeito de direito tem o mínimo de humanidade possível. Esse mínimo de humanidade “é o que permite o homem reclamar autonomia, responsabilidade moral e subjetividade jurídica”. É sobre ele que a igualdade pôde ser afirmada pelas declarações de direito<sup>6</sup>.

---

6 DOUZINAS, 2009, p. 187.

A declaração de independência dos Estados Unidos de 1776 é um dos primeiros documentos legais a afirmar textualmente que “todos os homens são criados iguais, que eles são dotados por seu Criador com certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirma que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. A liberdade e a igualdade do sujeito de direitos (ou do homem) são afirmadas expressamente em praticamente todas as constituições contemporâneas. Em quase todas estará escrito “todos são iguais perante a lei”. Eis a grande farsa jurídica do nosso tempo!

## 2. OS SUJEITOS MARGINAIS E A PRODUÇÃO DE INCAPACIDADES

Não faltam na história recente exemplos da nefasta compatibilização da noção humanista de sujeito (supostamente inclusiva) e da exclusão sistemática e institucional de determinados indivíduos ou grupos sociais. Tudo com a cumplicidade do direito, do legislador, dos tribunais, de doutrinadores e da força policial.

Nos últimos dois séculos, mulheres, negros, pessoas LGBT, os não proprietários ou os economicamente vulneráveis foram sistematicamente tratados de modo desigual pelas leis, pelas decisões judiciais, pelos detentores de poder público e pelos aparatos de força dos Estados. O tratamento desigual e a marginalização jurídica (bem como a social, econômica e política) são realidades persistentes em qualquer Estado contemporâneo, em qualquer Estado de Direito. Embora esses indivíduos e grupos sejam reconhecidos formalmente como sujeitos de direito, eles operam concretamente como sujeitos marginais, sequestrados de suas liberdades, incapacitados parcial ou integralmente para o exercício de seus direitos.

Nomeamos aqui de sujeitos marginais aqueles indivíduos aos quais não se reconhece aquele mínimo de humanidade necessário para se conceber o sujeito de direito. São aqueles indivíduos cujo gênero, raça, sexualidade ou circunstâncias econômicas não são abstraídos pelos aparatos institucionais do direito para fins de reconhecimento concreto de suas personalidades ou capacidades jurídicas.

Para o sociólogo peruano Aníbal Quijano, a *marginalidade social*<sup>7</sup> pode ser compreendida tanto do ponto de vista psicológico, quanto do ponto de vista sociológico. Em uma perspectiva psicológica, a marginalidade significa (1) a *desorientação* de um indivíduo que pertence a culturas antagônicas que estão superpostas em uma relação de dominação; (2) o *sentimento de não pertencimento* às estruturas sociais dominantes e de não ajustamento aos padrões

---

7 QUIJANO, 1978, p. 13-50. A síntese que faço aqui parte da construção de Quijano sem o compromisso de esgotá-la ou reproduzi-la fielmente.

de comportamento exigidos para se operar adequadamente nessas estruturas. Em uma perspectiva sociológica, a marginalidade significa (3) *a impossibilidade de ascender a papéis e status sociais que são tidos como positivos* e que são normalmente apropriados pelas elites. Ou, ainda, (4) *a situação de dependência a estruturas e padrões dominantes em relação aos quais não se está em condições de disputar, influir ou participar da sua constituição de modo pleno*; ou (5) *a falta de integração ou a integração parcial nas estruturas políticas e jurídicas*.

A marginalidade jurídica, ao mesmo tempo que produz, é produzida pelas marginalidades social, política e/ou econômica. O sujeito marginal é aquele que está privado em alguma medida de suas capacidades jurídicas, mas também de suas capacidades sociais, políticas e econômicas. Do ponto de vista estritamente jurídico, ao sujeito marginal se reconhece hipoteticamente a capacidade de realizar atos jurídicos. Mas concretamente, a sua manifestação de vontade tem valor e eficácia jurídicos reduzidos ou o exercício efetivo de suas capacidades está diminuído ou impossibilitado.

Há uma relação direta entre marginalidade e incapacidades. A marginalidade jurídica tem como efeito concreto a privação de liberdades. O economista e filósofo indiano Amartya Sen desenvolve uma compreensão da liberdade como capacidades de cinco tipos: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora<sup>8</sup>. Propomos aqui um modelo ligeiramente diferente, que leva em consideração quatro tipos principais de capacidades: econômica, social, política e jurídica.

A *capacidade econômica* pode ser entendida como o poder que se tem em função dos recursos ou forças materiais disponíveis; é a capacidade de trabalhar, de fruir ou adquirir os produtos do próprio trabalho, ou de ter os meios para produzir aquilo que é necessário para viver ou funcionar como ser humano; em uma sociedade capitalista, a capacidade econômica é a renda do trabalho ou do capital (propriedade, lucro, rendimentos de aluguéis *etc.*) e mesmo da riqueza comum (seguridade e benefícios sociais) ou do crédito (capacidade de endividamento). A *capacidade social* consiste em se ter condições e oportunidades reais para colocar em disputa os próprios interesses e necessidades nos espaços sociais comuns. É a capacidade de comunicar e tomar parte como sujeitos ativos da constituição dos saberes e valores sociais. Na perspectiva do indivíduo, ela consiste na igual participação na produção do conhecimento, da cultura e das riquezas sociais. Ela é o contrário da subalternização de seus saberes e cultura e da apropriação limitada dos saberes e culturas hegemônicos. A *capacidade política* é o poder de participar direta ou indiretamente nos processos sociais de produção de norma; é a possibilidade real de participação nos espaços de tomadas de decisão. Por fim, a *capacidade jurídica* significa ser detentor do

---

8 SEN, 2010, p. 58, 191.

poder efetivo de reclamar a proteção das forças sociais contra qualquer poder ilegítimo (público ou privado) ou de reclamar direitos através dos mecanismos institucionais de resolução de conflitos.

Essa categorização de capacidades que propomos aqui se estrutura ao redor das capacidades e poderes que são institucionalmente constituídos, regulados ou sequestrados pelos aparatos jurídicos hegemônicos. Ela não desconsidera, todavia, a politicidade e juridicidade de fenômenos sociais periféricos, em suas capacidades econômicas, sociais e políticas que não se esgotam na institucionalidade do direito. A categorização, aqui, serve apenas para examinar o aspecto institucional do direito em sua forma hegemônica e para demonstrar como ele avança sobre todos os aspectos de nossas vidas, produzindo ou reduzindo capacidades.

Além disso, os tipos de capacidade que propomos se implicam mutuamente. Do ponto de vista da institucionalidade hegemônica do direito, estar à margem significa estar em alguma medida incapacitado. Uma redução de capacidade de qualquer tipo produzirá um efeito sistemático de redução de todas as demais capacidades. Por essa razão, qualquer consideração em abstrato do sujeito de direito e de suas capacidades jurídicas só poderá beneficiar aqueles que já são detentores de capacidades econômica, social ou política. O exercício concreto de capacidades jurídicas está condicionado aos (e condiciona os) poderes econômico, social e político, conforme veremos em seguida em algumas situações concretas de marginalização.

Ao mesmo tempo, a marginalidade promovida pelas formas institucionais do direito contemporâneo convive com a resistência permanente a ela. Não podemos desconsiderar a agência de sujeitos marginais que operam e constituem capacidades econômicas, sociais e políticas fora dos aparatos institucionais, muitas vezes contra eles, seja no intuito de afastá-los, seja para reformá-los em seu favor. Nenhuma capacidade pode ser tomada em absoluto. A posse ou a desposse de capacidades estão sempre inseridas em um jogo dinâmico de disputas. Da mesma forma, a margem aqui não pode ser pensada como um lugar completamente fora dos espaços institucionais hegemônicos. A marginalização ou a inclusão são processos complexos e dinâmicos que atravessam os sujeitos sempre parcialmente.

Nesse sentido, as noções de sujeito de direito e de sujeito marginal não passam de índices precários para um exame crítico do papel do direito hegemônico na produção estrutural de capacidades para uns e incapacidades para outros, na promoção de inclusão e marginalização diferenciais nos espaços hegemônicos de poder. O fato é que, nas sociedades contemporâneas, as forças institucionais do direito, em seus efeitos concretos, invadem as vivências e os corpos, classificando-os e produzindo subjetividades e capacidades desiguais

entre os indivíduos. Alguns serão habilitados a operar como sujeitos de direito, enquanto outros serão constituídos pelo direito como sujeitos marginais.

### 3. OS MECANISMOS JURÍDICOS DE MARGINALIZAÇÃO ECONÔMICA

A nossa questão inicial sobre a possibilidade de inclusão pelo direito poderia ser reformulada da seguinte forma: é possível constituir capacidades ou liberdades através do direito?

Do ponto de vista das doutrinas liberais, as capacidades jurídicas e as liberdades não passam de uma pressuposição abstrata. Na medida em que todos os homens já nasceriam livres, o papel do direito deve ser apenas o de limitar o arbítrio dos governantes, garantindo o exercício de liberdades individuais. Nesse sentido, não seria papel do Estado constituir capacidades materiais através do direito, mas apenas o de garantir que as capacidades existentes sejam exercidas sem obstáculo. A igualdade não passa de uma mera formalidade legal, declarada em documentos jurídicos, sem qualquer respaldo na realidade concreta.

A liberdade é compreendida pelas mais diferentes formas do liberalismo<sup>9</sup> pelo viés limitado da liberdade negativa, isto é, da não violação dos direitos individuais pela abstenção do Estado. É nesse contexto que a livre iniciativa do indivíduo se torna o fundamento das relações sociais do nosso tempo. Do ponto de vista do direito, a livre iniciativa decorre da capacidade jurídica do sujeito de direito abstrato, especialmente da capacidade de contratar ou ser proprietário. Ela consiste na liberdade individual de agir, com o respaldo do direito, para realização do próprio interesse. Para liberais, pouco importa que a busca privada do próprio interesse esteja limitada pelas condições concretas de desigualdade e pobreza, ou por circunstâncias de marginalização social determinadas pelo gênero, pela sexualidade ou pela raça. Pouco importa que a fruição dessa liberdade seja impossível para a maioria dos indivíduos. Pouco importa que a liberdade individual, tomada como princípio absoluto do liberalismo, não passe de um privilégio reservado a poucos.

Para críticos marxistas, a categoria do sujeito de direito não é senão uma máscara econômica que encobre o verdadeiro rosto do seu portador, o proprietário. Franz Neumann explica que ela oculta o fato de a propriedade ou o

---

9 A despeito das diferenças entre pensadores liberais, dos clássicos aos igualitários, dos não intervencionistas aos que admitem uma intervenção eventual do Estado para promoção de oportunidades iguais, o liberalismo, de modo geral, pode ser caracterizado pela aposta obsessiva na liberdade individual como princípio da vida social e do uso do direito enquanto mecanismo limitador da força estatal. Para Adam Smith, é a busca privada do próprio interesse por cada indivíduo que conduziria, como que por uma *mão invisível*, ao bem-estar de todos. SMITH, 1904, p. 421. Para liberais clássicos, enquanto a interferência “invisível” do poder econômico (do dinheiro) na definição das políticas públicas é percebida como algo necessário e desejável, qualquer intervenção do Estado na regulação dos interesses privados e sociais é repudiada. MISES, 2010, p. 31.

contrato entre sujeitos supostamente livres e iguais estarem lastreados na desigualdade econômica, fundamentando relações de dominação e servidão<sup>10</sup>. Apenas abstratamente é que se universaliza a capacidade de se ser proprietário ou a capacidade de contratar em condições de igualdade. Mas isso não significa a universalização da atribuição de propriedade efetiva para todos, nem a igualdade de condições para contratar. Para Celso Kashiura, “a propriedade que todo sujeito de direito possui em decorrência da pura e simples condição de sujeito de direito é a propriedade de si”<sup>11</sup>. O problema reside justamente no fato de que quando a propriedade de si é tudo que um sujeito tem em um contexto de desigualdade, a sua capacidade de contratar será convertida em capacidade de constituir-se como mercadoria à disposição dos proprietários dos meios de produção. É a mesma crítica de Evgeni Pachukanis, para quem a relação econômica de exploração é juridicamente mediatizada sob a forma de um contrato. Para ele, a sociedade burguesa capitalista precisa do sujeito para ocultar, sob o manto da liberdade e igualdade formais, as desigualdades concretas de capacidades e a exploração contratual do trabalho e da vida alheia<sup>12</sup>.

A justiça no contexto da ideologia do liberalismo é aquela afirmada por Trasímaco na República de Platão: “a justiça é simplesmente o interesse do mais forte”<sup>13</sup>. Porém, diferente do sofista, os ideólogos do liberalismo não assumem de modo direto as “virtudes” que defendem.

O principal argumento que legitima moralmente a apropriação e a acumulação privada de riquezas desde o liberalismo clássico é o trabalho. John Locke defendia que a natureza teria estabelecido a medida da propriedade pela extensão do trabalho dos homens e pela conveniência da vida, não podendo nenhum homem apropriar-se de tudo, prejudicando seu vizinho. Mas que o surgimento do dinheiro trouxe a oportunidade para que os homens aumentassem suas possessões. Ele conclui que, assim como o valor do dinheiro é fruto de um consenso entre os homens (de uma ficção arbitrada), a possessão desigual da terra, que só é possível com o surgimento daquele, seria também fruto de um acordo voluntário e tácito, que não traria prejuízo para ninguém<sup>14</sup>.

Na crítica de Karl Marx, essa possessão desigual transformada em direito privado não passa de um mecanismo de exploração e expropriação do trabalho<sup>15</sup>. Isto porque a propriedade privada passa a mediar a ação do homem sobre o mundo, constituindo-se enquanto capacidade de apropriação dessa ação (do trabalho, da atividade produtiva). O trabalho humano fica então subordinado a

---

10 NEUMANN, 2014, p. 77

11 KASHIURA 2012, p. 120-121, 140.

12 PACHUKANIS, 1988, p. 14

13 PLATÃO, 2000, p. 20.

14 LOCKE, 2003, p. 115-121.

15 MARX, 2004, p. 80-91.

ela, isto é, ele fica subordinado ao poder dos proprietários dos meios de produção. A contradição fundamental estaria no fato do direito de propriedade estar ancorado na contemporaneidade na afirmação formal da igual capacidade dos sujeitos em se apropriarem dos mecanismos e frutos do próprio trabalho. O problema é que, tão logo a igualdade é afirmada, ela é imediatamente negada, visto que a desigualdade concreta quanto à possibilidade de apropriação da terra, das ferramentas e dos produtos do próprio trabalho promove a manutenção da desigualdade e da distinção entre proprietários e não proprietários<sup>16</sup>, isto é, entre sujeitos de direito e sujeitos marginais. Do mesmo modo, tão logo a liberdade é afirmada, ela é negada para a maioria despossuída que passa a se submeter aos donos da propriedade e do direito<sup>17</sup>.

Não nos interessa aqui discutir as posições de Marx sobre a propriedade privada. O que nos parece relevante é o potencial crítico das contradições por ele apontadas, bem como os efeitos expropriatórios e excludentes que ela produz na realidade concreta de homens e mulheres. Afinal, não podemos mais ignorar o fato de que a propriedade privada ainda é, nos dias de hoje, um privilégio de poucos e, desse modo, um instrumento jurídico com efeito marginalizante. Na medida em que é apropriada desigualmente, ela representa a capacidade efetiva de expropriação privada da renda do trabalho alheio e das riquezas disponíveis. Vale lembrar que em pleno século XXI os 10% mais ricos concentram entre 50% e 90% do patrimônio mundial, enquanto os 50% mais pobres não acumulam mais do que 5%<sup>18</sup>. Em um contexto em que a capacidade econômica e a propriedade são condições concretas para o exercício de capacidades sociais, políticas e jurídicas, para a maioria dos despossuídos, dos sujeitos marginais, a propriedade privada (que da ótica do marginalizado não é senão despossessão) significa efetivamente privação do desenvolvimento dessas capacidades.

Na medida em que a capacidade real dos indivíduos de se apropriarem de riquezas e acumulá-las é sabidamente desigual, o capitalismo, respaldado pelo direito, produz relações de forças assimétricas: de um lado, indivíduos proprietários e livres, capazes de impor seus interesses e de reclamar suas pretensões, os sujeitos de direito; de outro, indivíduos despossuídos e subordinados aos poderes dominantes, os sujeitos marginais.

Embora o liberalismo advogue, de modo geral, pela não interferência do Estado nas atividades econômicas, o direito e os mecanismos de força do Estado são os instrumentos utilizados pelos detentores do capital para assegurarem sua apropriação privada e sua proteção institucional. Nesse sentido, Katharina Pistor demonstra que o capitalismo sempre esteve codificado pelo direito.

---

16 MESZAROS, 2006, p. 125-126.

17 MARX, 2010, p. 54.

18 PIKETTY, 2013, p. 385-386.

Fortunas puderam e podem ser criadas ou extintas pela alteração do regime legal de um bem. Na medida em que a lei confere atributos a um patrimônio, como durabilidade, conversibilidade, universalidade, prerrogativa de prioridade ou exclusividade, ela o habilita como instrumento de criação e acumulação de riquezas. A regulação do direito de propriedade, de fundações, de sociedades anônimas, de fundo de capitais serviu historicamente e serve cada vez mais para a proteção do patrimônio privado e da sua manutenção indefinida nas mesmas mãos. “O capital regula e é regulado pelo direito”. Ele deve sua capacidade de criar e acumular riquezas não só ao tratamento legal e judicial que lhe é dado, mas também aos poderes coercitivos dos Estados para garantir a observância da lei. Ele sobrevive aos momentos de crise graças à blindagem legal de ativos patrimoniais e à boa vontade dos Estados em socorrer suas atividades e bens.<sup>19</sup>

Todavia, para as doutrinas jurídicas dominantes o direito é representado como uma estrutura normativa imune às forças econômicas e políticas. Ele não poderia ser nem pró-capitalista, nem anticapitalista, nem liberal, nem socialista. Afinal, o direito, em sua lógica de funcionamento, seria independente de qualquer disputa econômica ou ideológica, neutro em relação aos interesses dos donos do capital. Um dos problemas dessa visão é que ela produz teorias e práticas que contribuem diretamente para uma distribuição injusta de riquezas, alimentando a pobreza e as desigualdades econômicas e, conseqüentemente, constituindo incapacidades e marginalização.

Vale dizer que a pobreza alimenta a produção e reprodução de uma enorme massa social composta de sujeitos despossuídos não só de capacidade econômica, mas também de capacidades jurídicas, sociais e políticas. A desigualdade econômica, por outro lado, produz divisões sociais muito claras, constituindo capacidades assimétricas entre os indivíduos. Ela mantém à margem do direito sujeitos cuja inferioridade e vulnerabilidade das capacidades econômicas promovem uma participação limitada nas riquezas e saberes comuns, nas infraestruturas e serviços públicos. Trata-se de um grupo com capacidade inexistente ou muito reduzida de influenciar políticas públicas ou legislações e, ainda, de se beneficiar dos mecanismos jurídicos de garantias de direitos. Embora reconhecidos formalmente como cidadãos e como sujeitos de direito, aqueles que se encontram na margem da vida social não são capazes de fruir em condições de igualdade dos direitos e prerrogativas que decorrem desse reconhecimento.

Segundo estimativas do Banco Mundial, cerca de 50% das pessoas do mundo (quase 3,8 bilhões) vivem em circunstância de pobreza, sendo que 10,7% (mais de 800 milhões) se encontram em situação de extrema pobreza. Considera-se extremamente pobres as pessoas que vivem com até US\$1,90 por dia e pobres aquelas que vivem com até US\$3,10 por dia<sup>20</sup>.

---

19 PISTOR, 2019, p. 6, 13, 205.

20 WORLD BANK GROUP, 2016.

Tanto as pessoas que vivem em situação de extrema pobreza, quanto as que vivem em circunstâncias de pobreza detêm capacidade econômica muito reduzida. Isso significa que elas não têm condições de produzir ou adquirir de modo constante ou suficiente alimentos, itens de higiene, utensílios domésticos e ferramentas de trabalho. Esse é um grupo de pessoas sem qualquer patrimônio ou cujo pequeno patrimônio está normalmente assentado sobre títulos jurídicos precários, sobre a mera posse, estando permanentemente ameaçado pelos poderes dominantes. Esse é um grupo que não disputa o estabelecimento da cultura dominante em situação de igualdade e, ao mesmo tempo, não tem condições concretas de acessá-la de forma plena. Ao mesmo tempo, os seus saberes e produtos culturais, quando não são apropriados seletivamente pela cultura dominante, são constantemente subalternizados, desvalorizados e submetidos à tutela jurídica e estatal.

Tudo isso servirá para demarcar a marginalidade dessas pessoas. São sinais distintivos de uma posição social de inferioridade que produzem situações incapacitantes para o trabalho competitivo e produtor de excedentes (que é o modo de trabalho que se impõe nas sociedades contemporâneas capitalistas), bem como para uma atuação igualitária nos espaços políticos de decisão ou nos espaços jurídicos de solução de conflitos.

Embora as doutrinas jurídicas dominantes insistam em ignorar a relação entre capacidades econômicas e capacidades jurídicas, nós juristas sabemos bem que quanto menor for a capacidade econômica de um indivíduo, menores serão as chances de se demandar judicialmente um direito, sobretudo contra sujeitos economicamente favorecidos. A desigualdade material dos sujeitos e a vulnerabilidade econômica não só dificultam o acesso às estruturas jurídicas de solução de conflito, como também diminuem as possibilidades de uma disputa jurídica equilibrada. A disparidade econômica das partes de um processo judicial não só atua como um poder simbólico em desfavor de sujeitos marginais, a lembrá-los a todo tempo da inadequação dos seus trajes, modos e linguagem, mas também como uma força concreta na medida em que as armas disponíveis na disputa (advogados, capacidade probatória *etc.*) são assimétricas. Além disso, os custos e os riscos patrimoniais de uma disputa jurídica a tornam praticamente impossível para indivíduos sem poder econômico, mesmo com todos os mecanismos de facilitação de acesso à justiça (justiça gratuita, defensoria pública *etc.*). Todas essas dificuldades muito concretas demarcam a incapacidade jurídica de uma enorme massa de pessoas, mantendo-as à margem de qualquer proteção legal, impedidas de exercerem suas capacidades jurídicas para reclamarem seus direitos.

Se a fruição de liberdades significa reunir capacidades para que se possa funcionar integralmente como ser humano, nenhuma capacidade poderá ser fruída plenamente em circunstâncias de desigualdade material. Se nenhuma

liberdade deve ser exercida de modo ilimitado, sob o risco da sujeição de alguns ao poder de outros, o exercício desigual de liberdades (ou capacidades) significará sempre a imposição dos interesses daqueles que reúnem mais capacidades sobre os que reúnem poucas ou nenhuma.

A acumulação desigual de capacidades tem como consequência concreta a produção de sujeitos marginais, despossuídos da possibilidade de desenvolverem suas potencialidades, expropriados em sua própria força de trabalho, submetidos a um sistema de referências culturais e de normas que não são capazes de transformar. Qualquer manifestação coerente da liberdade exige a igualdade e o partilhamento como condições do seu exercício.

É nesse sentido que o filósofo francês Etienne Balibar afirma que liberdade só pode significar “igualdade” (em uma só palavra, como propõe o autor). Ele explica que a modernidade política foi inaugurada por uma revolução na qual o “direito igual” (“*droit égal*”) torna-se o conceito de uma universalidade de tipo novo, que forja uma dupla unidade de contrários: unidade do homem e do cidadão e unidade da liberdade e da igualdade. Homem e cidadão aparecem como noções correlatas, apesar das restrições práticas que afetam concretamente a distribuição de poderes e direitos. Liberdade e igualdade passam a ser percebidas como duas faces do mesmo poder constituinte, apesar da tendência da ideologia liberal burguesa de conferir à liberdade uma prioridade ontológica, fazendo dela o direito natural por excelência, enquanto, por outro lado, a tendência socialista privilegia a igualdade. Por essa razão, apenas “reivindicando simultaneamente a igualdade e a liberdade, reitera-se a enunciação que está na origem da cidadania universal moderna”<sup>21</sup>.

Porém, essa reivindicação de uma “igualdade” não pode ficar no plano formal e abstrato dos sujeitos e das capacidades, como se observa nas teorias e práticas jurídicas hegemônicas. Na medida em que elas negligenciam a relação entre capacidades econômicas e capacidades jurídicas e tratam a igualdade com uma mera formalidade legal, o exercício concreto de capacidades jurídicas (de liberdades) se converte em um privilégio de poucos.

No quadro de desigualdades materiais, apenas aqueles que conseguem reunir capacidades econômicas, sociais e políticas colocam-se em condições efetivas de operar plenamente como sujeitos de direitos. Trata-se de um gozo desigual de liberdades concretas instituídas e garantidas pelo próprio direito. Além disso, no contexto de um direito liberal que produz de modo estrutural a acumulação desigual de riquezas e capacidades, os mecanismos legais de inclusão acabam apresentando um alcance limitado. Ainda que eles promovam alguma forma de alívio para certos tipos de exclusões materiais, como a fome ou a vulnerabilidade econômica extrema, eles são largamente superados pelos

---

21 BALIBAR, 2010, p. 15.

efeitos sistemáticos de marginalização produzidos pela própria ordem jurídica. A produção de capacidades desiguais pelos mecanismos jurídicos de apropriação e acumulação quase que ilimitada de riquezas (como os direitos associados à propriedade, à herança, à tributação benéfica aos mais ricos, à blindagem de ativos patrimoniais através de fundos de investimento e sociedades anônimas etc.) superam enormemente os mecanismos legais de inclusão econômica (como os direitos relacionados à seguridade social, à educação, à saúde, e à proteção do trabalho e do consumo, *etc.*).

#### **4. OS MECANISMOS JURÍDICOS DE MARGINALIZAÇÃO BASEADOS NO GÊNERO, RAÇA E SEXUALIDADE**

A marginalização jurídica não se dá evidentemente apenas por fatores econômicos. Não são só a pobreza, a desigualdade econômica ou o trabalho alienado que reduzem as capacidades dos indivíduos. A ficção do sujeito de direito não serve apenas para ocultar o domínio jurídico do proprietário, ou para legitimar a expropriação da classe trabalhadora e a produção estrutural de desigualdades materiais. A ficção do sujeito também oculta e promove o domínio de homens sobre mulheres, de brancos sobre pretos, e ainda provoca a marginalização de práticas ou identidades não heterossexuais.

Parte das críticas feministas, negras e LGBT vai reclamar a ampliação do reconhecimento de grupos marginalizados como sujeitos de direito. É claro que essas lutas por reconhecimento não são homogêneas. As estratégias de inclusão e o espectro ideológico dessas críticas podem convergir ou divergir radicalmente intra e entre os movimentos. Mas o fato é que todas elas vão colocar em questão em alguma medida a ficção do sujeito abstrato e universal e sua corporificação privilegiada por homens brancos heterossexuais.

Afinal, poderá a mulher, o negro, a pessoa LGBT ser sujeito de direitos? O que significa concretamente o reconhecimento jurídico para esses grupos? Quais capacidades lhes são atribuídas e quais lhes são negadas? Uma rápida análise da história do último século revela o papel fundamental do direito na promoção da dominação e marginalização dessas pessoas. Ainda que nas últimas décadas tenhamos testemunhado um avanço significativo nas políticas de inclusão, precisamos nos perguntar qual é seu alcance efetivo. Mais do que isso: quais são as contradições e limites da inclusão jurídica de mulheres, negros e pessoas LGBT?

Teóricos políticos e juristas nunca tiveram dificuldade para justificar a subordinação de mulheres, para relativizar o seu status de sujeito de direito e reduzir suas capacidades. As exclusões do princípio geral da igualdade entre todos os indivíduos foram em toda história contemporânea mais a regra do que a exceção. Joan Scott lembra que após a Revolução Francesa, a despeito da igualdade ter sido anunciada como princípio geral do direito e do Estado, a

cidadania foi negada para quem não tivesse uma certa quantia de propriedade e para os pobres, porque eram muito dependentes para agirem com autonomia, para os escravos, porque eram propriedade de outros, para as mulheres, porque seus deveres domésticos e de cuidados com as crianças eram vistos como impedimentos à participação política<sup>22</sup>.

Para mulheres, segundo Carole Pateman, o contrato social fundador dos Estados contemporâneos não passou de um contrato sexual, de um pacto de subordinação a um tipo novo de poder patriarcal. Embora as teorias do contrato social sejam apresentadas como uma história de liberdade, omite-se o fato de que o pacto original, ao mesmo tempo que promete liberdades civis para homens, estabelece sujeição para mulheres. O pressuposto para participação no contrato está na igualdade e liberdade inatas dos indivíduos, em sua capacidade racional e em sua capacidade de serem proprietário de si. Essas são capacidades negadas às mulheres. Diferentemente dos homens, elas não nascem livres e iguais e por isso não podem tomar parte do contrato original como sujeito. A exclusão de mulheres da categoria fundamental de sujeito (ou de indivíduo, como prefere Pateman) tem consequências sociais e jurídicas que repercutem até os dias de hoje. Ela não só promove uma marginalização da vida política, como também retira ou reduz capacidades de contratar, empreender ou ser proprietária<sup>23</sup>.

As exclusões das capacidades políticas e jurídicas de mulheres não se deram apenas no âmbito das teorias. Elas foram sendo sistematicamente constituídas pelas leis dos parlamentos, pelos tribunais, pelas práticas das autoridades públicas em todos os Estados de Direito do nosso tempo.

Na França revolucionária, a Convenção ordenou em decisão quase unânime o fechamento dos clubes de mulheres. Elas foram excluídas por decreto das tribunas das assembleias e exortadas a voltarem para suas casas. Aquelas que fossem encontradas reunidas seriam dispersas e presas<sup>24</sup>. Desde então, o reconhecimento da capacidade de participação política continuou a lhes ser negado por mais de um século.

Os exemplos de redução de capacidades jurídicas para mulheres são abundantes na história. No direito brasileiro até a segunda metade do século XX elas estiveram juridicamente submetidas ao poder dos pais e maridos. Até 1932, as mulheres brasileiras não tinham direito de voto. Até 1962, suas capacidades jurídicas estavam expressamente limitadas pelo código civil. Na condução das questões familiares e criação dos filhos, prevalecia para fins legais a vontade

22 SCOTT, 2005, p. 15.

23 PATEMAN, 1993, p. 2, 18, 21-22, 66.

24 TULARD, Jean; FAYARD, Jean-François; FIERRO, Alfred. *Histoire et Dictionnaire de la Révolution Française: 1789-1799*. Paris: Pierre Laffont, 1987, p. 816-817. Olympe de Gouges, inconformada com o texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, escreveu em 1791 sua Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, na qual afirmava: “A mulher nasce e é igual em direitos ao homem”. GOUGES, 1791, p. 7.

paterna (artigos 186 e 380 do código civil brasileiro de 1916). Elas não podiam praticar uma série de atos jurídicos sem o consentimento do marido: salvo algumas exceções legais, não podiam dispor do seu patrimônio, não podiam exercer profissão ou função pública, não podiam reclamar um direito diante de um juiz civil ou comercial, não podiam contrair empréstimos (artigo 242).

Além disso, para mulheres, liberdade sexual, domínio integral do próprio corpo e autonomia reprodutiva<sup>25</sup> não são direitos plenamente assegurados pelos ordenamentos contemporâneos. Vale ressaltar que o repúdio jurídico do estupro e das violências sexuais contra mulheres esteve durante muito tempo associado à proteção da honra masculina e a noção de que os seus corpos pertencem ao pai ou ao marido e não ao reconhecimento delas como sujeitos de liberdade sexual. No código penal brasileiro, até 2009, os crimes sexuais eram organizados sob o título de “crimes contra os costumes”. Até 2005, a expressão “mulher honesta” aparecia para definir a vítima dos crimes sexuais. Isso serviu por muito tempo para desqualificar juridicamente violências sexuais cometidas contra mulheres tidas como desonestas, o que abarcava qualquer uma que ouzasse exercer livremente sua sexualidade fora dos esquemas patriarcais do sexo reprodutivo e matrimonial. Susan Brownmiller, em sua obra monumental sobre o estupro, nos lembra que a violação sexual sempre serviu como um mecanismo de controle de mulheres, como expressão da masculinidade e da concepção de propriedade de homens sobre elas, e como punição que se impunha àquelas que não se colocassem sob a proteção masculina<sup>26</sup>. Conforme Drucilla Cornell, “viver em uma cultura na qual o estupro é tão predominante tem um efeito em todas as mulheres, uma vez que nenhuma mulher pode projetar um futuro no qual ela esteja segura”<sup>27</sup>.

Nada obstante, o direito e seus aparatos de força, ao invés de garantirem um futuro e um presente mais seguro para mulheres (por mulheres), no qual o exercício de liberdades não estivesse permanentemente ameaçado, acabam reproduzindo e reforçando para elas uma condição de subordinação e marginalização. Máira Cristina Fernandes chama atenção para o fato de o direito penal impor a mulheres “uma eterna ‘hermenêutica da suspeita’”, que inquire a moralidade, a inocência e a credibilidade da vítima, sempre pronto a culpabilizá-la pela violência sofrida. A sexualidade animalesca do homem, incapaz de controlar seus impulsos diante da “mulher sedutora”, está ainda presente nos discursos dos procedimentos penais e nos registros de autoridades

---

25 Laís Lopes produz uma excelente análise de como o “discurso jurídico é exigido e instrumentalizado na inserção social das técnicas reprodutivas” e na produção de um certo “sujeito de decisões reprodutivas” marcado pelas políticas restritivas e o acesso diferencial em relação à saúde reprodutiva e ao aborto. LOPES, 2019, p. 30, 33, 51.

26 BROWNMILLER, 1975, p. 285-288; FERNANDES, 2018, p. 139

27 CORNELL, 1998, p. 202.

policiais como escusa da violência masculina<sup>28</sup>. Trata-se de um mecanismo bastante eficaz de sequestro de capacidades e autonomia.

Heleieth Saffioti afirma que “mulheres em geral, e especialmente quando são vítimas de violência, recebem tratamento de não sujeitos”, já que o protótipo do sujeito sempre foi o homem<sup>29</sup>. No mesmo sentido, para Fernandes, o sujeito continua a ser um privilégio discursivo da experiência masculina<sup>30</sup>. Como consequência, do reconhecimento formal de mulheres como sujeitos de direito não decorre a produção de igualdade e liberdades substanciais. Isso se dá não apenas pela omissão ou falha dos mecanismos jurídicos, mas em grande medida o direito opera estruturalmente como o instrumento a recusar o reconhecimento de mulheres como sujeitos pleno de seus direitos sexuais e reprodutivos ou a produzir obstáculos para o exercício de capacidades econômicas, sociais, políticas e jurídicas.

No caso da marginalização e redução de capacidades de indivíduos negros, o caráter ambíguo e fraudulento das teorias e práticas do direito adquire contornos ainda mais expressivos. Antes de mais nada, é importante lembrar que as declarações de direitos contemporâneas que afirmaram a igualdade e a liberdade como fundamentos da vida social conviveram durante mais de um século com a regulação jurídica da sua própria antítese: a escravidão. Os doutrinadores, legisladores e tribunais de vários países não encontraram grande embaraço para justificar a condição desumana ou semi-humana de indivíduos negros escravizados.

Saidiya Hartman demonstra como os tribunais norte-americanos tentaram a todo custo conter as tensões geradas pela contraditória invocação do escravizado ao mesmo tempo como propriedade e pessoa, como subordinado à vontade de outro e como sujeito. O homicídio, o açoite, a mutilação, a violência sexual contra os escravizados eram sancionados (ou escusados) pelo direito como mecanismos de manutenção da submissão de negros a brancos. O direito regulou sistematicamente pela omissão ou ação direta a violência contra o corpo negro em nome dos direitos de propriedade. Negros só ganhavam status de sujeito na medida em que eram representados como criminosos ou responsáveis pela violência perpetrada contra eles. A mulher escravizada era responsabilizada pelo abuso sexual que sofria continuamente, era culpabilizada por seduzir e por tornar o seu mestre fraco diante de sua afirmada lascívia animalésca. Explica Hartman que ironicamente o reconhecimento do escravo como pessoa servia apenas para a descriminalização da violência branca. O reconhecimento de sua humanidade tinha a função de estabelecer a sua responsabilidade criminal pela violência cometida contra ele por brancos. A igualdade perante a lei lhes

---

28 FERNANDES, 2018, p. 131 e 144.

29 SAFFIOTI, 2015, p. 80-81, 84.

30 FERNANDES, 2018, p. 17.

era negada seja quando eram juridicamente considerados coisa, seja quando eram considerados sujeitos para fins de um procedimento judicial. Hartman transcreve uma decisão da Suprema Corte do Mississippi na qual se estabelecia que “mestres e escravos não podem ser governados pelo mesmo sistema de leis: tão diferente são suas posições, direitos e deveres”.<sup>31</sup>

É importante chamar atenção para o fato de que o direito esteve ativamente engajado na desumanização, na negação da personalidade e capacidade jurídicas dos negros escravizados. Hortense Spillers demonstra que o código civil da Carolina do Sul impunha o tratamento do escravizado como propriedade e não como pessoa. Os escravos eram considerados expressamente patrimônio (*real state*) e como tal podiam ser utilizados para garantir empréstimos ou serem financiados.<sup>32</sup>

Conforme Frantz Fanon, o negro é “vítima de um regime baseado na exploração de uma raça por outra, no desprezo de uma certa humanidade por uma forma de civilização tida como superior”. “O negro não é um homem. O negro é um homem negro”.<sup>33</sup> Essa diferenciação hierárquica entre o homem e o negro impõe a esse último o que Sylvia Wynter identifica como “inadequação de ser” (“wrongness of being”) ou de um “deixar-de-ser” (“désêtre/dysbeing”). Ela lembra que desde o século XV, no contexto do estabelecimento do tráfico de escravos na África pelos portugueses, os Bantu-Congolezes, classificados como negros e negras, se tornaram o parâmetro da diferença extrema (*of extreme Otherness*) para marcar a normalidade dos cristãos de pele branca.<sup>34</sup>

Desse modo, em toda a construção moderna e contemporânea dos sentidos de humanidade, de pessoa, de sujeito de direito, o negro esteve ontologicamente negado. Todo sistema jurídico contemporâneo está assentado nessa negação, que se dá tanto no plano abstrato das categorias operacionais do direito, quanto na discriminação ostensiva promovida por suas instâncias decisórias e seus aparatos de força.

Para Achille Mbembe, o direito serviu de instrumento para “fundar juridicamente uma determinada ideia de humanidade dividida entre uma raça de conquistadores e outra de escravos. Só à raça dos conquistadores poderia legitimamente se atribuir qualidade humana. A qualidade de ser humano não era conferida de imediato a todos, mas, ainda que fosse, isso não aboliria as diferenças”<sup>35</sup>. As diferenças, ou a desumanidade ontologicamente imposta ao negro, são a todo tempo invocadas pelas instituições dos Estados. Vale lembrar aqui o argumento de Michel Foucault para quem a soberania dos Estados

---

31 HARTMAN, 1996, p. 538, 540, 545.

32 SPILLERS, 1987, p. 78.

33 FANON, 1952, p. 6, 182.

34 WYNTER, 2006, p. 150-160.

35 MBEMBE, 2018, p. 115.

nacionais está assentada sob uma lógica racista, associada a função de proteger a integridade, a superioridade e a pureza da raça.<sup>36</sup>

Conforme Silvio de Almeida, a desigualdade racial não é produzida apenas pela ação isolada de grupos ou indivíduos racistas. Do mesmo modo, ela não pode ser explicada apenas pelo fato das instituições serem “hegemonizadas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos”. A desigualdade racial é estrutural. “As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos”.<sup>37</sup>

Nesse sentido, mesmo com a abolição de mecanismos institucionais racistas (leis segregacionistas, tratamento diferenciado, não reconhecimento de certas capacidades e liberdades etc.), o direito reproduz estruturalmente concepções e ações racistas. A dificuldade dos tribunais em reconhecer casos de racismo, a presunção de culpa que atravessa a experiência e as ações de corpos negros, a violência e o extermínio promovido pelas forças do Estado contra a população negra, tudo isso constitui um estado de ameaça permanente às liberdades e capacidades desses sujeitos.

Por fim, a LGBTfobia também produz limitações às capacidades jurídicas de pessoas LGBT. Aqui não podemos falar em uma condição ontológica de não humano imposta a gays, lésbicas, bissexuais e pessoas trans, como acontece com pessoas negras. A homossexualidade ou a transexualidade são pensadas mais como desvios. Nesse caso, a desumanização ou redução de capacidades são respostas ao não ajustamento às regras da heterossexualidade compulsória e da suposta natureza binária e fixa dos “sexos”.

De todo modo, a produção de uma “ortopedia discursiva” sobre o sexo nos últimos séculos funciona, segundo Michel Foucault, como um dispositivo de poder a afastar sexualidades insubmissas, associando-as à doença mental e à criminalidade. A jurisprudência, a psiquiatria e a literatura produziram uma série de discursos sobre a homossexualidade, a pederastia, o ‘hermafroditismo psíquico’, permitindo um aumento bem marcado dos controles sociais e jurídicos, das condenações judiciais, dos controles pedagógicos e dos tratamentos médicos. O sexo ficou reduzido ao que a lei dita, ao regime binário do lícito e ilícito, do permitido e proibido. Mais do que isso: o sexo passou a ser decifrado a partir de sua relação com a lei<sup>38</sup>. Ao sujeito sexual insubmisso é sobrestada qualquer autonomia no que diz respeito às suas escolhas eróticas e afetivas, aos seus arranjos familiares, com ramificações em praticamente todas as suas capacidades. É nesse sentido que a sexualidade e a transexualidade se estabelecem como um dispositivo de poder que subordina e produz sujeitos

36 FOUCAULT, 2010. p. 68-69.

37 ALMEIDA, 2018, p. 29-30.

38 FOUCAULT, 2015, p. 37-40, 91, 111.

sexuais marginais. Um dispositivo de poder que se manifesta também através do direito.

Gayle Rubin lembra como o fim do século XIX na Inglaterra e EUA foi marcado por movimentos sociais conservadores que promoviam a castidade, combatiam a prostituição e desestimulavam a masturbação, com ataques à literatura obscena, à nudez, ao aborto e às casas de dança. Esses movimentos deixaram marcas na prática médica, na educação e na conduta legislativa, judicial e policial sobre o sexo. No século XX, observa-se uma multiplicação de leis criminais, medidas policiais de repressão, portarias restritivas, modificações de leis de zoneamento e licenciamento de estabelecimentos, batidas em bares, patrulhas em ponto de pegação com intuito de reprimir a homossexualidade. Segundo Rubin, nos EUA “o FBI estabeleceu formas sistemáticas de vigilância e perseguição de homossexuais que perduraram pelo menos até a década de 1970”.<sup>39</sup> Durante o regime militar brasileiro (1964-1985), “o anticomunismo se articulava com valores conservadores na produção de políticas repressivas de estado contra pessoas LGBT”, conforme nos relatam James Green e Renan Quinalha. A legislação brasileira da época permitia expressamente a censura a qualquer conteúdo considerado atentatório à moral e aos bons costumes, o que atingia diretamente as manifestações culturais, científicas ou políticas relacionadas à homossexualidade ou transexualidade<sup>40</sup>.

Rubin ressalta que a legislação sobre o sexo é um instrumento implacável de estratificação sexual e de perseguição erótica. “O Estado intervém sistematicamente no comportamento sexual, em um grau que não seria tolerado em outras áreas da vida social.[...] “Quando um ato erótico é proscrito pela legislação, todo o poder estatal é mobilizado para assegurar a conformidade aos valores que ela estabelece”.<sup>41</sup>

Assim como o sexismo e o racismo, a LGBTfobia se manifesta estruturalmente nas instituições e dispositivos do Estado e do direito, subordinando e produzindo a marginalidade de pessoas LGBT. Para lésbicas, gays, bissexuais e pessoas transexuais e travestis, o direito operou e opera de modo ativo na supressão de capacidades.

Mesmo com toda a ampliação de direitos nas últimas décadas, membros da comunidade LGBT continuam ameaçados pela violência direta ou pela omissão dos aparatos do Estado. No Brasil, apesar da criminalização da LGBTfobia, crimes violentos contra pessoas LGBT são ainda sabidamente subnotificados ou inadequadamente reprimidos pelas autoridades policiais. Em pesquisas realizadas na cidade de Belo Horizonte, muitos entrevistados relataram terem deixado

---

39 RUBIN, 2017, p. 64, 68.

40 GREEN; QUINALHA, 2015; QUINALHA, 2019; BAHIA, 2018, p. 148-176.

41 RUBIN, 2017, p. 95, 96.

de denunciar violências LGBTfóbicas por descrença na atuação da polícia ou de terem sofrido algum tipo de LGBTfobia dentro de delegacias ou instituições públicas<sup>42</sup>. Essa violência estrutural, na medida em que não é combatida ostensivamente pelos aparatos do direito, produz uma limitação grave das liberdades de ir e vir e de fruir dos espaços e estruturas públicas. Além de ser cúmplice ou responsável pela redução de capacidades econômicas, sociais e políticas de pessoas LGBT, o direito impediu e ainda impede em vários lugares ou circunstâncias o exercício de capacidades jurídicas elementares, como a de contrair matrimônio, constituir família, adotar, ter acesso igualitário às tecnologias reprodutivas e de saúde sexual etc. A condição de marginalidade econômica, social, política e jurídica ainda é persistente para sujeitos LGBT, embora evidentemente ela nos atravesse de modo distinto em suas múltiplas dimensões, em razão do gênero, raça e capacidades econômicas.

## 5. OS PARADOXOS E LIMITES DA INCLUSÃO JURÍDICA

Voltemos, enfim, à questão inicial: Poderá o direito ser inclusivo? É possível produzir capacidades econômicas, sociais, políticas e jurídicas através de mecanismos legais? É importante dizer, antes de mais nada, que a inclusão que propomos aqui é uma inclusão radicalmente universal, que exige uma distribuição igualitária de capacidades, um compartilhamento horizontal e democrático de liberdades, de prerrogativas e de proteções.

Evidentemente, não poderá ser inclusivo um direito estruturalmente liberal, sexista, racista e LGBTfóbico. Não obstante todos os avanços legais observados nas últimas décadas no sentido de promover a inclusão dos economicamente vulneráveis, de mulheres, negros e pessoas LGBT, as ordens normativas contemporâneas estão assentadas e operam sobre categorias e princípios liberais, sexistas, racistas e LGBTfóbicos. Nesse contexto, os mecanismos legais de inclusão ou são largamente insuficientes para enfrentar de modo radical todas as formas de marginalização, ou eles são paradoxalmente excludentes em alguma medida.

Boaventura de Souza Santos, no artigo “Poderá o Direito ser Emancipatório?”, enxerga dois grandes caminhos apontados pelos debates e lutas engajados com a emancipação humana desde Marx. Segundo ele, no contexto do liberalismo, o debate por emancipação (ou inclusão) passa a exprimir-se na linguagem do contrato social, dentro de um esforço dos grupos excluídos de se fazerem incluir nele. Nesse caminho, a luta pela emancipação se daria através de reformas graduais por meio de avanços legislativos. O outro caminho, apontado pelos críticos radicais do liberalismo e das estruturas jurídico-estatais

---

42 RAMOS; NICOLI; SOUZA; SANTOS; RAUSCH; PEREIRA; TANURE, 2016. RAMOS; NICOLI; RUBAL; BANDEIRA; RIBEIRO, 2017.

(marxistas, anarquistas, pós-marxistas), seria o da luta por emancipação através de rupturas revolucionárias por meio de instrumentos extraparlamentares. De um lado, teríamos estratégias reformistas, utilizando-se do direito, e, de outro, estratégias revolucionárias, contra as próprias estruturas de exploração sobre as quais o direito está visceralmente construído<sup>43</sup>.

A rigor, para a crítica marxista, a inclusão depende de uma ruptura institucional radical, da superação da luta de classes e do direito burguês pela revolução operária. Algumas perspectivas neomarxistas ou pós-marxistas, embora não vejam mais no operário o sujeito da revolução, apostam em formas de regulação da vida não institucionais, em um direito novo ou em mecanismos anárquicos ou multitudinários de autogoverno, de participações democráticas radicalmente diretas, anômicas e não hierárquicas<sup>44</sup>. De todo modo, os críticos radicais defendem a obsolescência da categoria do sujeito de direito e a inadequação dos mecanismos jurídicos para promoção efetiva de emancipação ou inclusão.

A alternativa ao marxismo, dentro de um espectro crítico comprometido com a promoção de igualdade substancial, está associada, em alguma medida, à redistribuição de riquezas, ao reconhecimento, à ampliação de capacidades e à inclusão de sujeitos marginais por meios jurídicos institucionais. O problema apontado pelos próprios marxistas é que essas reformas ou avanços são a todo tempo compensados ou anulados pela lógica de funcionamento do próprio capitalismo. Um sistema produtivo fundado na livre acumulação promove sistematicamente a concentração permanente de riquezas no topo da estrutura social, o que produz sujeitos privilegiados com extraordinárias capacidades jurídicas e políticas, em condições de fazer impor seus interesses, de expropriar o trabalho de sujeitos menos afortunados e de garantir a acumulação ilimitada de patrimônio. São esses sujeitos que terão maiores capacidades na definição da política e na instrumentalização do direito. Nos momentos de crise econômica, é a manutenção de suas riquezas que será protegida, não os mecanismos de inclusão dos menos favorecidos.

Portanto, para a esquerda jurídica crítica ao direito e seus mecanismos de inclusão, qualquer inclusão jurídica se dará em contexto estrutural de dominação e exclusões sistemáticas. Para a esquerda jurídica que aposta na transformação do Estado e do direito e na inclusão através de reformas jurídicas, o paradoxo parece intransponível: ora denunciemos as ambiguidades e contradições dos instrumentos jurídicos, bem como seus efeitos marginalizantes, ora defendemos a utilização desses mesmos instrumentos na esperança de poder incluir o maior número possível.

---

43 SANTOS, 2003, p. 5, 10. Vale dizer que o nosso título está diretamente inspirado pela questão e provocações do jurista português.

44 Nesse sentido, veja *Multitude* de Hardt e Negri e *Filosofia Radical e Utopias da Inapropriabilidade*, de Andityas Matos HARDT; NEGRI, 2004. MATOS, 2015.

Wendy Brown e Janet Halley chamam atenção para o fato de que, na medida em que os direitos são poderes e que no contexto do liberalismo os direitos são concebidos como iguais apenas formalmente, a concessão de direitos acaba funcionando como um index a reforçar a desigualdade social em uma sociedade já estratificada. Elas se perguntam até que ponto as estratégias de inclusão não acabam se convertendo em técnicas de dominação e o direito de esquerda (*left legalism*) em um direito liberal (*liberal legalism*). Isso porque os projetos jurídicos da esquerda, ao se entrelaçarem com os esquemas regulatórios liberais, produzem inevitavelmente consequências indesejadas ou efeitos colaterais<sup>45</sup>.

Há que se estar atento para o fato de que todo reconhecimento ou inclusão via institucional produz necessariamente algum tipo de exclusão. Uma série de dispositivos legais “conquistados” nas últimas décadas, como o casamento entre pessoas do mesmo gênero, a criminalização da LGBTfobia, as ações afirmativas para mulheres e negros, políticas de inclusão identitárias em geral, enfrenta a resistência mesmo por parte dos grupos por eles “beneficiados” e de intelectuais críticos, justamente em razão dos limites e efeitos marginalizantes concretos dessa inclusão.

No caso da impossibilidade de casamento para pessoas do mesmo gênero, ainda que evidente a redução de capacidades e marginalização de pessoas LGBT, parte da crítica se colocava em uma posição paradoxal. Se posicionar contra o casamento igualitário implicava em negar um poder para um grupo socialmente vulnerável e marginalizado. Se posicionar a favor significava reclamar reconhecimento e inclusão institucionais, mesmo que o efeito da regulação jurídica implicasse em novos esquemas de marginalização. Lembra Judith Butler que “ser legitimado pelo Estado é aceitar os termos de legitimação oferecidos (...). Dessa forma, a delimitação da legitimação ocorrerá somente através de uma exclusão de certo tipo”. A inclusão aqui se dá pela expansão de um certo modelo familiar (burguês e heterossexual), deixando de fora arranjos afetivos e sexuais, além de esquemas de dependência e solidariedade não convencionais. Na urgência de se defender uma posição política inclusiva através de mecanismos legais, normaliza-se as opções mais legíveis, os arranjos familiares que mais se assemelham à família heterossexual, comprometendo-se a radicalidade da crítica e renunciando em alguma medida a inclusão radical<sup>46</sup>. Do mesmo modo, o debate sobre a criminalização da LGBTfobia no Brasil não só foi palco da disputa entre conservadores e progressistas, mas dividiu a própria esquerda crítica. Diante da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveria ser aplicada para casos de LGBTfobia os mesmos

---

45 BROWN; HALLEY, 2002, p. 5-7, 19-20.

46 BUTLER, 2003, p. 226, 230-231.

dispositivos legais de criminalização do racismo. Para parte do movimento negro, a utilização do racismo como gênero das discriminações da qual a LGBTfobia seria uma das espécies esvazia e enfraquece a reprovação jurídica específica contra as injúrias raciais e discriminações da população negra. Além disso, a esquerda jurídica defensora da abolição do sistema penal acusava os partidários da criminalização da LGBTfobia de se utilizarem de um instrumento nefasto de punição e encarceramento que atinge na prática justamente os sujeitos mais vulneráveis ou marginalizados, especialmente negros e pobres.

Portanto, a inclusão jurídica, além de estar sempre limitada pelos aspectos estruturais do direito, está marcada por um caráter ambíguo e paradoxal: toda inclusão através dos aparatos institucionais do direito produz algum tipo de exclusão, ainda que indesejada. Ademais, os fundamentos liberais do direito – como a abstração do sujeito, a afirmação de neutralidade da lei e dos seus operadores – representam uma ameaça permanente para sujeitos marginais. Elas permitem que a formal igualdade do sujeito abstrato perante a lei seja sempre invocada para ocultar as hierarquias e distinções entre indivíduos concretos e para a manutenção da concentração de poderes e capacidades nas mãos de quem já os detêm.

No quadro de uma perspectiva reformista pragmática, confiante na possibilidade de instrumentalização do direito para inclusões, ainda que de modo provisório e parcial, a inclusão depende do abandono da neutralidade e da pressuposição abstrata da igualdade dos sujeitos de direitos. É preciso muito mais do que abolição dos dispositivos de discriminação e marginalização de pessoas. É preciso mais do que leis e políticas antidiscriminatórias. No atual estado de coisas, a afirmada neutralidade das teorias jurídicas hegemônicas é uma falsa neutralidade. O silêncio do direito diante das desigualdades e da marginalização de determinados sujeitos é um silêncio que toma partido pela manutenção das desigualdades concretas e dos privilégios. Diante de exclusões estruturais baseadas na capacidade econômica, no gênero, na raça e na sexualidade, um direito neutro será inevitavelmente um direito classista, sexista, racista e lgbtfóbico. Ele continuará produzindo capacidades assimétricas entre os indivíduos, habilitando em alguns capacidades para o uso das forças institucionais do Estado, enquanto marginaliza e subordina outros a essas mesmas forças.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi; Ivone Castilho Benedetti. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, Silvio de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BALIBAR, Étienne. **La Proposition de L'Égaliberté**. Paris: PUF, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1980.

BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. **Left Legalism/Left Critique**. Durham/London: Duke University Press, 2002.

BROWNMILLER, Susan. **Against our will**. Men, Women and Rape. New York: Fawcett Columbine, 1975.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? In: **Cadernos Pagu**, n. 21, pp. 219-260, 2003.

CORNELL, Drucilla. **At the Heart of Freedom**. Feminism, Sex, & Equality. Princeton: Princeton University Press, 1998.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERNANDES, Maíra Cristina Corrêa. **Sobreviver Mulher**. Sujeitas às Violências de Gênero, Sujeitas Insurgentes no Feminismo. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. V. I. Trad. Maria Tereza C. Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOUGES, Olympe de. **Les Droits de la Femme**. Manuscrito sem informações editoriais, disponível na Bibliothèque Nationale de France.

GREEN, James; QUINALHA, Renan (Org.). **Ditadura e Homossexualidade: Repressão, Resistência e a Busca da verdade**. São Carlos: EdUFSCar, 2015.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multitude**. War and Democracy in the Age of Empire. New York: Penguin Press, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **The Principle of Reason**. Trad. Reginald Lilly. Indianapolis: Indiana University Press, 1991.

KASHIURA JR., Celso Naoto. **Sujeito de Direito e Capitalismo**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

LIBERA, Alain de. **Arqueologia do Sujeito**. Nascimento do Sujeito. Trad. Fátima C. Murad. São Paulo: Fap-Unifesp, 2013.

LIBERA, Alain de. When Did the Modern Subject Emerge? In: **American Catholic Philosophical Quarterly**, V. 82, N. 2, pp. 181-220, 2008.

LOCKE, John. **Two Treaties of Government and A Letter Concerning Toleration**. New Haven/London: Yale University Press, 2003.

LOPES, Laís Godoi. **A Família para Além do Gênero: Reformulações dos Direitos Reprodutivos a partir das Biotecnologias**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2019.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia Radical e Utopias da Inapropriabilidade**. Uma Aposta An-Árquica na Multidão. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Trad. Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1, 2018.

MESZAROS, Istvan. **A Teoria da Alienação em Marx**. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2006.

MISES, Ludwig von. **Uma crítica ao intervencionismo**. Trad. Arlette Franco. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 109, pp. 13-87, 2014.

PACHUKANIS, Evgeni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PIKETTY, Thomas. **Le Capital au XXIe Siècle**. Paris: Seuil, 2013.

PISTOR, Katharina. **The Code of Capital**. How the Law Creates Wealth and Inequality. Princeton: Princeton University Press, 2019.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

QUIJANO, Aníbal. Notas sobre o Conceito de Marginalidade Social In: PEREIRA, Luiz (Org.). **Populações Marginais**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

QUINALHA, Renan. Censura Moral na Ditadura Brasileira: Entre o Direito e a Política. In: **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, Vol. XX, N. XX, 2019.

RAMOS, Marcelo; NICOLI, Pedro; SOUZA, Livia; SANTOS, Thays; RAUSCH, Antônio; PEREIRA, Bruna; TANURE, Lohana. **Relatório da 19ª Parada do Orgulho LGBT de Belo Horizonte**. Belo Horizonte: Diverso UFMG, 2016.

RAMOS, Marcelo; NICOLI, Pedro; RUBAL, Gabriela; BANDEIRA, Sabrina; RIBEIRO, Suzani. **Relatório da 20ª Parada do Orgulho LGBT de Belo Horizonte**. Belo Horizonte: Diverso UFMG, 2017.

RUBIN, Gayle. **Políticas do Sexo**. Pensando o sexo. Trad. Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: UBU, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero Patriarcado Violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, [2004] 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, pp. 3-76, maio/2003.

SCOTT, Joan. O Enigma da Igualdade. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 13(1), pp. 11-30, janeiro-abril/2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. V. I. London: Methuen 1904.

TULARD, Jean; FAYARD, Jean-François; FIERRO, Alfred. **Histoire et Dictionnaire de la Révolution Française: 1789-1799**. Paris: Pierre Laffont, 1987.

WORLD BANK GROUP. **Taking on Inequality**. Poverty and Shared Prosperity 2016. Washington D.C.: The World Bank, 2016.

WYNTER, Sylvia. On how we mistook the map for the territory, and Reimprisoned Ourselves in our Unbearable Wrongness of being, *Desêtre*: Black Studies Toward the Human Project. In: GORDON, Lewis; GORDON, Jane. **Not Only the Master's Tools**. African-American Studies in Theory and Practice. London: Paradigm Publishers, 2006.

Recebido em: 07/04/2020.

Aprovado em: 28/05/2021.