ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

ENTRE O VALOR E O CORPO, A PESSOA: AS CONCEPÇÕES DO SUJEITO NAS TEORIAS DE MARTHA FINEMAN E CASTANHEIRA NEVES[1]

BETWEEN THE VALUE AND THE BODY, THE PERSON: THE MEANINGS ABOUT THE SUBJECT IN THE THEORIES OF MARTHA FINEMAN AND CASTANHEIRA NEVES

Gustavo Borges Mariano[*]

RESUMO: A concepção sobre o sujeito de direitos não é unívoca e ela tem caráter fundamental para a construção do pensamento jurídico, da dogmática jurídica e da prática judicial. A questão é: como o sentido do sujeito de direito altera a articulação entre o Direito e as necessidades das pessoas? Neste trabalho, duas concepções de sujeito de direito entram em diálogo: a teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman e o direito como validade de Castanheira Neves. Desse diálogo resultam duas principais contribuições para a discussão: a ideia de vulnerabilidade é mais voltada para o campo político, o que não tira sua importância para demandas jurídicas; e a aquisição axiológica de pessoa compreende a noção de vulnerabilidade e não deixa de lado o problema da resiliência do sujeito.
Palavras-chave: Vulnerabilidade. Martha Fineman. Pessoa. Castanheira Neves. Sujeito.

ABSTRACT: The idea about the legal subject is not unequivocal and it has a fundamental feature to the construction of the legal reasoning, the juridical dogmatic and the judicial practice. The question is: how the meaning of the legal subject changes the link between Law and people's needs? In this work, two

[1] Trabalho apresentado no seminário de Filosofia do Direito do Mestrado de Ciências Jurídico-Filosóficas da Universidade de Coimbra no ano letivo 2017/2018, sob a coordenação do Prof. Doutor José Manuel Aroso Linhares, a quem agradeço pelos comentários que colaboraram para a construção deste texto.

[*] Mestrando em Ciências Jurídico-Filosóficas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Coimbra – Portugal.

conceptions of the legal subject are in dialogue: the theory of vulnerability of Martha Fineman and the law as validity of Castanheira Neves. In this dialogue, there are two contributions to the discussion: the idea of vulnerability is more focused on the political field, what does not take its importance to legal demands; and the axiological acquisition of person comprehends the notion of vulnerability and does not leave aside the problem of the subject's resilience.
Keywords: Vulnerability. Martha Fineman. Person. Castanheira Neves. Subject.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 TEORIA DA VULNERABILIDADE DE MARTHA FINEMAN; 2.1 VULNERABILIDADE E DEPENDÊNCIA; 2.2 RESPONSABILIDADE E ESTADO; **3 O JURISPRUDENCIALISMO E A AFIRMAÇÃO DO HUMANO COMO PESSOA EM CASTANHEIRA NEVES; 4 UM DIÁLOGO ENTRE SUJEITOS:** O VALOR E A CORPOREIDADE; 4.1 SUJEITO E RESPONSABILIDADE; 4.2 DIREITO E POLÍTICA; **5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

É comum se ouvir no meio jurídico, e fora dele, que pessoas em situação de rua são *vulneráveis*. Ou pessoas LGBTI, negros, mulheres, deficientes físicos ou mentais, etc. Tal posicionamento geralmente não levanta muitas questões e é constantemente repetido e reiterado como uma verdade sobre certas populações que são marginalizadas historicamente. Ser ou estar vulnerável é estar suscetível a ser ferido, atacado, ofendido, é um estado de fragilidade. O questionamento sobre essa concepção legal foi levantado por Martha Fineman ao perceber que certos grupos eram tidos como vulneráveis e que isso tinha implicações estatais sobre eles. O problema se concentra na questão do sujeito de direito e em sua concepção para uma teoria jurídica que seja capaz de levar em consideração o sujeito como humano.

O presente estudo parte dessa questão para compreender a visão da autora e como a questão do sujeito de direito pode ser desdobrada. Durante a investigação foi possível perceber que a crítica realizada por

Fineman é localizada num espaço geopolítico específico com um sistema legal e conjuntura social também específicos, os Estados Unidos da América. Tendo em vista os possíveis distanciamentos epistemológicos com outras realidades, como Brasil e Portugal, o estudo encaminhará com uma abertura de diálogo com a teoria jurisprudencialista de Castanheira Neves, de forma a interpelar a concepção de sujeito vulnerável daquela teoria. Esse diálogo traz certos contributos para a discussão: será possível perceber como uma concepção de sujeito pode influenciar na organização sistemática de uma teoria do direito que se concentra no humano; e como diferentes sentidos para o sujeito legal podem ser importantes para repensar jurídica e politicamente um sistema nacional.

Cada um dos autores, como veremos, coloca questões diferentes e se posicionam frente ao sistema jurídico com lentes específicas. Enquanto Fineman perceberá um problema em como o sujeito universal é concebido legalmente como autônomo e autossuficiente, Castanheira Neves interroga como o Direito tem uma validade específica e uma autonomia em uma comunidade de seres em coexistência que partilham um mundo. Aquela autora levanta a questão a partir de uma crítica ao sujeito legal abstrato como sujeito liberal e o jusfilósofo questiona as condições de emergência do direito como direito.

Essa bússola introdutória serve apenas para guiar alguns dos passos que serão dados nesse *paper*. A tentativa de esclarecimento e abertura para o diálogo percorrerá, além das duas visões, uma comparação sobre como ambos entendem o sujeito e a conexão (ou não) entre responsabilidade e Estado. Por fim, questiona-se se há semelhanças e afastamentos entre as teorias, com um enfoque nas questões como sendo jurídicas ou políticas, levantando o problema específico do ângulo da visão de Fineman em relação ao jurídico, quando comparada à perspectiva interna jurisprudencialista, que tem como exigência

"interpelar o mundo prático-comunitário [...] *na perspectiva do direito e dos compromissos que o distinguem*" (LINHARES, 2013, p. 155).

Sem mais delongas, passemos para a teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman.

2 TEORIA DA VULNERABILIDADE DE MARTHA FINEMAN

2.1 VULNERABILIDADE E DEPENDÊNCIA

A vulnerabilidade seria uma forma de fragilidade de certos corpos dentro de um contexto social, o que pode ser uma caracterização de grupos sociais para investir certas ações estatais sobre eles. Isso pressupõe que se esses grupos são vulneráveis (FINEMAN, 2008, p. 8), outros são, em comparação, menos vulneráveis ou "invulneráveis" (FINEMAN, 2017, p. 142). Tal compreensão tem como base uma ideia de sujeito capaz de atuar em diversos papeis sociais diferentes (empregador, empregado, cidadão, pai, consumidor...), o qual não se confunde com aquele sujeito vulnerável. Trata-se de um sujeito liberal que é autônomo, autossuficiente, que se responsabiliza pessoalmente por suas escolhas e isso é projetado ideologicamente para todos os indivíduos como auto interessados que adquirem e gerenciam seus recursos de forma independente. Nessa concepção, o Estado fica restrito a atuar na esfera privada, e o sujeito é o responsável por si mesmo e por seus dependentes. Seus direitos à autonomia e à liberdade são intrinsecamente ligados à presunção de suas competências e capacidades (autônomas) (FINEMAN, 2008, p. 10).

Vulnerabilidade é uma condição humana universal, individual, inevitável e inerente ao sujeito. Como seres corporais, estamos suscetíveis a várias formas de danos, doenças e mudanças no geral. Ser vulnerável é estar aberto para mudanças de acordo com as experiências. Isso permite já concluir que não existe algo como uma invulnerabilidade (FINEMAN,

2017, p. 142). Vulnerabilidade é pensada por conta de nossa corporeidade ("embodiment"), pois podemos ser machucados de diversas formas, seja em acidentes ou por ataques intencionais, naturais ou artificiais. Todos esses eventos estão além do controle do sujeito.

Essa condição do sujeito tem consequências físicas e sociais. A primeira delas é a *dependência*. Somos dependentes fisicamente como crianças, doentes, deficientes, idosos. Somo dependentes em casos de catástrofes naturais. Por isso, como outra consequência, a dimensão social de se *conectar* a outras pessoas, formar instituições (família, mercado, sistema educacional...), comunidades, associações e os estados-nação. Contudo "problemas sociais emergem quando essas instituições sociais e as relações não funcionam bem" (FINEMAN, 2017, p. 142, tradução livre)[2].

A dependência pode ser observada na família (tanto dentro dela quanto nela mesma), por exemplo. As pessoas-cuidadoras (*caretakers*) não são vistas como dependentes de recursos, mas sim como independentes. Pensa-se a família como o lugar do privado, em que as pessoas ali dentro vão cuidar de si nessa instituição. A família é vista como instituição autônoma quando se fala das ações do estado, por isso não se pensa na "dependência social da família" (FINEMAN, 2000, p. 14), mas se coloca a família apenas como lugar de regulação. Famílias são vistas como instituições ligadas por afetos, altruístas, tendo diferentes funções de outras constituições de relações na sociedade (FINEMAN, 2000, p. 15). A percepção sobre a família privatiza a dependência e o trabalho em relação à dependência fica restrito aos cuidadores dentro da família privada. "Os encarregados seriam indivíduos livres e iguais que haviam feito uma 'escolha pessoal'. Não seria responsabilidade da sociedade subsidiar essa escolha" (FINEMAN, 2017, p. 140, tradução livre). Como

[2] "Social problems emerge when these social institutions and relationships are not functioning well".

a meta é a independência, não seriam dados subsídios justamente para a pessoa aprender a ser autossuficiente (FINEMAN, 2000, p. 17). A dependência é inevitável e universal e isso reflete no trabalho feito pelos cuidadores de dependentes inevitáveis. Independência não é estar solto, desligado das instituições. A independência é alcançada quando se é possível ter os recursos que sejam adequados às expectativas e tarefas colocadas pela sociedade (FINEMAN, 2000, p. 26). Isso vai implicar, como veremos mais à frente, uma resposta responsiva do Estado e das outras instituições.

O foco da autora não é o indivíduo, mas sim as estruturas dos arranjos institucionais que possibilitam ou não recursos para os indivíduos. Somos posicionados de formas diferentes nas estruturas sociais e é esse posicionamento que pode garantir mais ou menos recursos de resiliência. Ao se atentar para a vulnerabilidade, coloca-se a atenção sobre como o indivíduo se localiza nas teias de relações sociais e institucionais que "estruturam oportunidades e opções" (FINEMAN, 2012b, p. 99). Há a experiência individual não é negada pela autora, pois a dimensão particular depende "da qualidade e da quantidade de recursos que nós possuímos ou podemos exigir" (FINEMAN, 2008, p. 10, tradução livre)[3]. Assim como ela coloca, a vulnerabilidade deve estar no centro do nosso conceito de responsabilidade social e estatal (FINEMAN, 2008, p. 8). A vulnerabilidade seria uma ferramenta conceitual para que o Estado se atente para formas mais robustas de garantir uma igualdade social e material, já que é a sociedade que medeia e compensa nossa vulnerabilidade com programas, instituições e estruturas (FINEMAN, 2008, p. 9-10).

[3] "Undeniably universal, human vulnerability is also particular: it is experienced uniquely by each of us and this experience is greatly influenced by the quality and quantity of resources we possess or can command".

O ponto de partida é o sujeito, que implica necessariamente pensar a vulnerabilidade de forma relacional com as instituições. Isso "requer que reconheçamos as formas pelas quais o poder e o privilégio são conferidos através da operação de instituições sociais, relacionamentos e criação de identidades sociais, às vezes de forma desigual" (FINEMAN, 2017, p. 142, tradução livre)[4].

A crítica ao sujeito liberal se dá principalmente por conta de sua autonomia e independência, como se pudesse escolher livremente suas ações de acordo com essa humanidade abstrata que acessa igualmente todas as instituições e bens de forma igual (já que ninguém é diferente perante a lei...). Como explica Patrick J. Deneen, o liberalismo é "constituído por um par de pressupostos antropológicos mais profundos que dão às instituições liberais uma orientação e um elenco particulares: 1) *individualismo antropológico e a concepção voluntarista de escolha;* e 2) *separação e oposição humana à natureza*" (DENEEN, 2012). De acordo com o autor, "o liberalismo desconsidera as implicações das escolhas pessoais na comunidade, na sociedade e nas gerações futuras, como se não houvesse boas e más escolhas, o que rejeita também o papel das instituições de restringir "temptation toward self-centered calculation" (DENEEN, 2012). Aqueles dois pressupostos levam, para o autor, a uma formação e educação sociais que orientam os sujeitos ao autogoverno para a realização de si mesmo. A teoria da vulnerabilidade rejeita esse sujeito abstrato que tem completo domínio de si mesmo e "incorpora" (*embodies*) a realidade humana em suas diferentes capacidades e habilidades que se alteram durante a vida. De forma sucinta e conclusiva até aqui, "num nível individual, o conceito de vulnerabilidade (diferente daquele da autonomia liberal) captura o potencial presente de cada um

[4] "It requires that we recognise the ways in which power and privilege are conferred through the operation of societal institutions, relationships and the creation of social identities, sometimes inequitably".

de nós de se tornar dependente baseado na nossa suscetibilidade persistente ao infortúnio e à catástrofe" (FINEMAN, 2008, p. 12, tradução livre)[5].

2.2. RESPONSABILIDADE E ESTADO

A dependência tem como consequência a responsabilidade social. Como precisamos uns dos outros, a vulnerabilidade compartilhada nos levou a construir instituições. A fragilidade universal foi crucial para as instituições suprimirem nossas "[b]odily needs and the messy dependency" (FINEMAN, 2008, p. 12). E essas mesmas instituições têm uma vulnerabilidade intrínseca por serem suscetíveis a questões econômicas e políticas, por exemplo.

Quando ainda mais focada na questão das pessoas-cuidadoras, Martha Fineman argumentou que deveria haver mais distribuição da responsabilidade social nas instituições societais que se beneficiavam do trabalho de cuidado (FINEMAN, 2017, p. 140), como seria o caso dos ambientes de trabalhos, que deveriam expandir a acomodação de pessoas-cuidadoras em seus espaços, de forma a compreendê-las de acordo com suas necessidades e garantindo-lhes sua permanência.

Há uma responsabilidade social, como débito, em relação ao trabalho das pessoas cuidadoras. Por conta da universalidade da dependência biológica, como inerente, é necessária uma preocupação social, afinal todos acabam se beneficiando desses cuidados, seja como criança, idoso, doente, etc. Ou até mesmo os espaços de trabalho que não têm muitas vezes de suportar esses encargos[6]. Essa responsabilidade não

[5] "On an individual level, the concept of vulnerability (unlike that of liberal autonomy) captures this present potential for each of us to become dependent based upon our persistent susceptibility to misfortune and catastrophe".

[6] Por exemplo, no Brasil, o auxílio-doença começa a ser pago pelo INSS a partir do 16º dia, e o empregador paga só até o 15º.

deveria ficar fechada dentro da família e ninguém precisa ficar doente ou ser idoso para que uma outra pessoa seja responsabilizada; afinal, esse débito transcende circunstâncias individuais (FINEMAN, 2000, p. 18). A responsabilidade é essencial para preservação social, se os dependentes não forem cuidados, como crianças e doentes, eles morrem, e esse é um trabalho necessário para a própria sociedade, que se beneficia dele.

Outro problema é que pessoas-cuidadoras têm uma dependência derivada que é a de recursos materiais e monetários, eles/elas precisam de arranjos estruturais e recursos institucionais para manterem o trabalho de cuidado (FINEMAN, 2000, p. 20). Isso não acontece nos EUA, e as pessoas-cuidadoras acabam sendo pessoas empobrecidas e economicamente comprometidas. No Brasil, apenas servidores públicos podem ter uma licença de até 24 meses para cuidar de dependentes em situação de doença (não existe essa possibilidade em empresas privadas). Já em Portugal, há o subsídio por assistência de terceira pessoa que é destinado para crianças ou adultos com deficiência que necessitem de acompanhamento permanente de uma terceira pessoa.

Instituições não percebem seus trabalhadores como cuidadores e muitas vezes há uma certa "concorrência" entre ambos os trabalhos, pois presume-se que a pessoa é independente e autônoma, podendo trabalhar por muitas horas. Outra questão é que as instituições são forjadas a partir de contextos ideológicos, como o capitalismo e o patriarcado, que naturaliza certas funções, convicções e sentimentos, e disso emergem possibilidades para que se escolham evitar uma responsabilidade geral frente ao cuidado (FINEMAN, 2000, p. 21). Assim o estado fica distante de sua responsabilidade frente ao cuidado nos casos da família "falhar", sendo a última solução para se ter recursos diante de um mercado que não responder e não se envolve na situação desses dependentes derivados (FINEMAN, 2000, p. 22).

Subsídio é visto como ligado à dependência se opondo ao ideal de autossuficiência. Ele é dado a certos grupos com uma certa justificativa. Geralmente é visto como uma provisão monetária ou assistência econômica, mas podemos ver o subsídio como algo universal, que existe em diversas instituições, inclusive dentro da família, que subsidia a nós e nossos esforços. Ninguém é autossuficiente, todos vivemos vidas subsidiadas, pode ser monetariamente ou não, como o provido por trabalho de tomar conta de nós e nossas necessidades, se quem ele seja remunerado (FINEMAN, 2000, p. 23). A questão é: como alguns subsídios são estigmatizados, pois pode-se ter aqueles ditos "investimentos", "incentivos" ou "merecidos" quando são advindos do governo, e quando são contribuições do trabalhado de cuidado, são chamados de "presentes", "caridade" ou "produto do amor familiar" (FINEMAN, 2000, p. 23).

O Estado deve garantir que as instituições de mercado respondam positivamente aos encargos de dependência. O Estado então deve monitorar as ações das instituições e prevenir a exploração do trabalho de alguns cidadãos, e a autora sugere por exemplo: taxar aqueles que já foram cuidados; uso de receitas fiscais para prover auxílio-creche e benefícios para os cuidadores; ou uma renda básica, sendo que o dinheiro não é o suficiente para isso (FINEMAN, 2000, p. 27).

A autora, em seu trabalho mais recente, reforça que sua teoria da vulnerabilidade foi uma evolução em relação ao enfoque nas questões de gênero, que se centravam muito no indivíduo e não nas estruturais societais. No caso de pessoas cuidadoras, ela afirma que podem ser tanto homens ou mulheres, que ambos serão atingidos pelas estruturas que não os reconhecem nessa função e serão atingidos pela ideologia da família autônoma, independente e autossuficiente. Ou seja, o problema em pauta é exatamente como essas funções são significadas dentro das conjunturas institucionais e por que as instituições são criadas como

meios de responder à vulnerabilidade individual (FINEMAN, 2017, p. 141). A análise da vulnerabilidade nessas instituições de autoridade legitimadora do Estado é para argumentar por papel estatal mais responsivo e responsável pela vulnerabilidade (FINEMAN, 2008, p. 13). As soluções para os problemas sociais seriam, portanto, coletivas e sociais. A responsabilidade é compartilhada e dividida socialmente entre o indivíduo, o Estado e suas instituições.

Fineman faz crítica específica à construção da ideia de vulnerável em políticas públicas nos EUA e no Canadá. As Políticas de Segurança Social nos EUA pressupõem que as pessoas sejam responsáveis pelo seu bem-estar. Não há garantia geral de moradia, alimentação e cuidado à saúde ou educação superior. A assistência aos idosos é supostamente universal, mas o critério de elegibilidade é por idade, não pelas necessidades ou pelas condições da pessoa de se cuidar (FINEMAN, 2012b, p. 74, 75). Idosos, por não serem considerados completamente autônomos, recairiam numa concepção de vulnerável no sentido de ser incapaz, necessitando de proteção. Se ele foi uma "falha social", foi por conta de suas escolhas. Assim, a dependência dos idosos seria uma "falha patológica" (FINEMAN, 2012b, p. 86). De forma diferente, Fineman define essa dependência como algo inevitável.

O mito do sujeito liberal ser independente e autônomo coloca tais características como alcançáveis e desejáveis, o que cria um estigma sobre a vulnerabilidade e a dependência como fragilidade e como falha (FINEMAN, 2012b, p. 87). A autora faz uma crítica a políticas públicas que pressupõe que idosos são todos frágeis e dependentes, adotando medidas paternalistas para protegê-los em segurança. Isso negaria a possibilidade de idosos serem dependentes, mas ativos, fracos, mas engajados (FINEMAN, 2012b, p. 92). E ela aponta que não há conflito entre a segurança/proteção e a autonomia desses sujeitos, pois aquela é pré-requisito desta. A vulnerabilidade não deveria ser vista como

fraqueza, pois ela é condição universal e a dependência não é constante, mas episódica (FINEMAN, 2012b, p. 96). E é essa fraqueza que pressupõe que o sujeito falhou. Se ele falha e é fraco, o Estado sai do lugar de responsável, porquanto a família é o "repositório para dependência humana" (FINEMAN, 2012b, p. 100).

De forma mais geral, é possível perceber duas diferenças individuais na abordagem da vulnerabilidade: as decorrentes de sermos sujeitos encarnados/corporificados ("*embodied*") e as decorrentes de estarmos inseridos em relações e instituições sociais (FINEMAN, 2017, p. 143). Em relação às primeiras, seriam elas principalmente às ligadas aos corpos em seu desenvolvimento em estágios da vida, como processo biológico, e de possíveis deficiências (FINEMAN, 2017, p. 144). Além dessas que são inevitáveis, têm-se aquelas que são socialmente significadas como diferenças: raça, gênero e orientação sexual. Essas diferenças levam a hierarquias e violências. Tais diferenças marcam aqueles que são vistos como inadequados, inferiores e fracos, diferente das daquelas ligadas ao desenvolvimento. Se aquelas geralmente têm uma resposta legal para desencorajar a discriminação, como ações afirmativas, leis antidiscriminação e medidas antidiscriminatórias, as outras tendem a ser respondidas de forma paternalista, como no caso de idosos (FINEMAN, 2013, p. 111). A infância, nessa senda, deveria ser vista como etapa inevitável de desenvolvimento que não deveria diminuir a responsabilidade do Estado. A dependência na infância é correlata a outras no que tange à inevitabilidade, por ser física e emocional, como no caso de doenças graves, incapacidade e idade avançada, sendo, portanto, uma dependência experimentada por todos e é características inerente ao humano (FINEMAN, 2008, p. 145).

Quanto às diferenças por sermos seres sociais ("*embedded diferences*"), tem-se a questão: o estado monitora as instituições sobre como elas se estruturam para fornecer recursos de resiliência para os

sujeitos (sendo responsivas)? Os sujeitos são formados e só encontram possibilidades de se realizar de acordo com o que é fornecido (e isso inclui a família). A família, como instituição privada, acaba por ter uma dependência derivada das pessoas cuidadoras, a qual não deixa de ser inevitável, porém ainda não bem-vista frente ao ideal de autossuficiência (FINEMAN, 2013, p. 113). Mas ser dependente não é um desvio.

O ponto de Fineman é interessante quanto às diferenças, nessa mudança de paradigma do indivíduo em sua identidade para as estruturas institucionais, porquanto ela não descarta que as políticas públicas devem fazer uma abordagem baseada em identidades, reconhecendo suas especificidades nos casos de *embodied diferences* (FINEMAN, 2013, p. 110). Contudo, não deixa de notar justamente que parte das discriminações não depende da identidade em si, mas da posição social que a pessoa ocupa no caso de *embedded differences,* que ela exemplifica com o caso de pessoas-cuidadoras (FINEMAN, 2013, p. 113). Ou seja, na primeira é possível pensar em questões de raça e gênero e na segunda seria mais adequado pensar nas posições sociais.

Fineman diz expressamente que as discriminações por identidade são possíveis e que é preciso tomar ação contra as discriminações. Não obstante, o discurso contra a discriminação não tem sido muito bem-sucedido para que os sistemas deixem de trazer desvantagens para pessoas por conta apenas de questões raciais e de gênero, como o caso da pobreza (FINEMAN, 2008, p. 17). Quando algumas minorias de identidades específicas têm seus direitos reconhecidos, o próprio Estado pode abandonar uma busca por uma igualdade material e deixa-se de notar as desigualdades substanciais que ainda alocam alguns com privilégios. Além disso, tem-se também uma ideia (equivocada) de que quando alguns têm seus direitos reconhecidos é como se outros estivessem perdendo os seus. Esses dois pontos retiram a atenção dos arranjos institucionais e dos sistemas que distribuem

desvantagens entre pessoas e grupos pobreza (FINEMAN, 2008, p. 20). Por isso, a necessidade de repensar a partir das instituições e dos recursos disponibilizados por elas.

É pelas instituições que se consegue os recursos de resiliência para que a vulnerabilidade seja confrontada, melhorada, satisfeita, afinal não nascemos com resiliência. A vulnerabilidade nunca será totalmente acabada, mas é papel das instituições proverem esses recursos para termos a resiliência, que são os meios para o indivíduo ter a capacidade de se recuperar de danos e infortúnios da vida (FINEMAN, 2017, p. 146). Os recursos podem ser materiais, socias ou econômicos, até mesmo em forma de relações familiares, coletivas ou em educação (FINEMAN, 2012b, p. 98). Os bens materiais são aqueles de distribuição de riqueza e propriedade. Os "bens humanos" (*human assets*) possibilitam o desenvolvimento de capacidades, como a educação e a saúde. Os bens sociais são as redes e relações que dão suporte e força. São eles a família, grupos culturais e associações (FINEMAN, 2008, p. 15).

Os recursos de resiliência são acumulados durante a vida e eles influenciam nossas oportunidades e capacidades, o que significa que, se em algumas instituições houver falhas quanto aos recursos, há chances de a pessoa ter menos oportunidades e capacidades em outras (FINEMAN, 2013, p. 114). Se houver falha na educação, por exemplo, haverá desvantagens para o sujeito no mercado de trabalho. Isso indica algo importante nessa abordagem: a falha não é individual, mas institucional.

As instituições também são vulneráveis. Há questões internas e externas: corrupção, superação, danificação, comprometimento por conta de padrões de comportamentos danosos, problemas de exclusão e discriminação. Nem por isso elas deixam de ter um papel de prover os recursos (FINEMAN, 2008, p. 18).

O sujeito e as instituições só podem ser pensados nesse paradigma a partir de uma proposta de um Estado responsivo. Esse

Estado seria ativo, mas não autoritário. Sua tarefa é organizar suas estruturas para empoderar o sujeito vulnerável, sem privilégios materiais para ninguém. A construção desse Estado seria pensada numa responsabilidade para implementar um "regime justo abrangente e igualitário" (FINEMAN, 2008, p. 19).

A investigação das vantagens e desvantagens pressupõe uma mudança política estrutural. O foco seria primeiramente no Legislativo e no Executivo, para atuarem e reestruturarem de forma responsiva em relação à vulnerabilidade. O Judiciário teria o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento da responsabilidade do Estado em reivindicações individuais de igualdade (FINEMAN, 2008, p. 20). Se não se visar à vulnerabilidade, nem ela nem a dependência deixarão de fazer parte das vidas dos sujeitos. Por isso, se as políticas não estiverem engajadas com as implicações desses dois fatores, elas serão inadequadas ou ineficientes (FINEMAN, 2012b, p. 90).

De forma sucinta, os objetivos de Fineman seriam o de "promover uma ética legislativa e articular uma cultura política igualitária" (UNZUETA, 2016, p. 26) que aproxime os sujeitos da possibilidade da promessa de o sonho americano ser cumprida, sendo muito mais para um processo legislativo que se aproxime da democratização do que para o processo decisório jurídico (FINEMAN, 2012a, p. 1763).

3. O JURISPRUDENCIALISMO E A AFIRMAÇÃO DO HUMANO COMO PESSOA EM CASTANHEIRA NEVES

Só é possível pensar em direito porque existem pessoas. Se não fosse pela partilha do mundo e pela coexistência, não haveria problemas a serem resolvidos pela e na sociedade. Essa construção, apesar de sintaticamente simples, é filosoficamente complexa. Não é papel nosso aqui reconstruir a historicidade do pensamento jurídico e de suas

institucionalizações. O que importa é demonstrar, brevemente, uma visão crítica do direito que o pensa em sua autonomia, com seus limites e dentro de um contexto civilizacional específico, sendo ele, portanto, uma resposta possível aos problemas (NEVES, 2008b, p. 61).

Tudo isso, como é claro desde o título do tópico, está na concepção jurisprudencialista. O direito tem uma intencionalidade específica de validade, baseada numa racionalidade prático-normativa para resoluções dos casos de acordo com o que o caso invoca (NEVES, 2008b, p. 65) e não somente com o que está proposto no sistema de direito prescrito, por isso a normatividade intencional do sistema ultrapassa o direito positivado (NEVES, 2013, p. 80). Afinal, o direito positivado sempre fica aquém dos problemas concretos e suas relevâncias materiais (BRONZE, 2010, p. 741).

Para se pensar tal teoria também, é preciso ter como centro da realização do direito o juízo decisório. Temos duas dimensões cruciais para a tarefa que é o direito: o sistema e o problema. É a dialética entre ambas que possibilita sua circularidade e abertura durante sua reconstituição.

O sistema jurídico, seguindo a lição de Castanheira Neves, é formado por quatro estratos. Os princípios como fundamentos do sistema e momento regulativo "de validade da normatividade jurídica" (BRONZE, 2010, p. 627) constituem "os sentidos fundamentantes da intenção prático-material" (BRONZE, 2010, p. 629) do direito e assim são intenção prática. As normas são estratos advindos de opções políticas que as prescrevem objetivamente, criação essa com base na legitimidade e autoridade político-jurídica (NEVES, 2013, p. 155). A validade do direito não é premissa para o estrato das normas, os fundamentos mantêm uma relação de possibilidade com o direito prescrito (NEVES, 2013, p. 156). O terceiro estrato, da jurisprudência, é o da realização do direito, a qual leva à própria objetivação e estabilização de seus

conteúdos, de forma que é reconstitutivamente experimentada nos casos jurídicos concretos com presunção de justeza (NEVES, 2013, p. 156). Por fim, tem-se a dogmática, como estrato de objetivação do sistema com uma "normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada" (NEVES, 2013, p. 157). As normas, a jurisprudência e a dogmática têm como referente fundamentante o estrato dos princípios e não se sustentam sem este.

O outro polo do problema é o que traz à tona a intencionalidade problemático-normativa que interrogará verdadeiramente o sistema e que promoverá a abertura para que o direito dê uma resposta axiológica e problematicamente adequada (NEVES, 2013, p. 157). O problema é o prius desse movimento e, portanto, do próprio sentido do direito. A cada novo problema são exigidas novas intencionalidades, que podem ou não se repetir, mas que interpelam o sistema. Perante essa experiência problemática, "a normatividade prévia traduz apenas a assimilação intencional (em termos de respostas constituídas) de uma certa experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência" (NEVES, 2013, p. 157, 158). A circularidade promovida garante uma reintegração dos sentidos do sistema, ou seja, de suas intencionalidades, posicionando as intencionalidades anteriores relativizadas de acordo com as novas, o que leva a uma congruência, não necessariamente linear, mas como uma "convivência correlativa numa totalização integrante" (NEVES, 2013, p. 158). A consideração concludente após isso não poderia ser outra: o direito não é dado ou apenas uma ordem, mas tarefa, pensamento fundamentante, sentido e problema (BRONZE, 2010, p. 611; NEVES, 2013, p. 158; COELHO, 2012, p. 239).

Explicita bem Nuno Coelho a posição jurisprudencialista sobre o direito: "trata-se de um modelo não jusnaturalista e pós-positivista que não ignora o Direito como pensamento jurídico autofundamentante, em

permanentes autotranscendência e reconstrução por força da historicidade que marca a existência humana" (COELHO, 2012, p. 240). Ressalta-se a marca essencial desse pensamento: a relação dialética entre um sistema aberto, não pleno e autopoiético (NEVES, 2013, p. 159) que está situado em uma determinada realidade comunitária.

O elo e centro axiológico fundante é a pessoa, pois a comunidade pretende certa estabilização nos valores que compartilha (sem cair num *ethos* hegemônico impositivo) e certa circularidade, para seu próprio desenvolvimento. O direito como um sentido pensado em uma comunidade, por conta dos problemas que emergem da convivência, é, portanto, como um projeto (projetar) axiológico comunitário. É na assimilação de certos valores (como princípios) que ele se autonomiza e pode responder em si aos problemas que o interpelam. Esse projeto é possível a partir de certas condições comunitárias, porquanto é com a comunidade que é possível estar, ser e se construir em dialética intersubjetiva com os outros no confronto da autonomia do eu social (próprio da existência em instituições, grupos e comunidades) e a do eu pessoal (a singularidade autêntica e capaz de biografia) (NEVES, 2011b, p. 279).

A condição mundano-social se dá pelo fato de haver muitas pessoas diferentes que partilham um único mundo e estabelecem relações sociais e comunicativas (NEVES, 2013, p. 231). A habitação em conjunto levanta problemas sobre como dividir e compartilhar o que se tem disponível no meio. Na forma em que encontramos hoje, a natureza transformada pelo humano, suas produções e os sentidos que elas adquirem, percebe-se uma contínua complexificação das comunicações sobre essas partilhas. Ao mesmo tempo, há uma pluralidade de sujeitos e situações e há uma necessária mediação do humano pelo humano, ou como Castanheira Neves (2008ª, p. 14) leciona: "os homens comungam o mundo uns *com* os outros e comungam-no uns *através* dos outros".

A existência humana é intersubjetiva. É pelo reconhecimento do outro que o eu pode agir, com ou sem obstáculos. O comportamento de um condiciona o do outro, sendo essa uma "correlatividade integrante e unitária" (NEVES, 2008a, p. 14). A correlatividade e a reciprocidade combinadas resultam na exigibilidade: "só posso usufruir a habitação do mundo pondo exigências (pretensões de acção e de omissão) aos outros, de cuja mediação depende essa minha fruição, e os outros igualmente pondo-me exigências a mim. É essa verdadeiramente a perspectiva da justiça" (NEVES, 2008a, p. 15).

O que é juridicamente possível também é exigível. A mediação do mundo se remonta como jurídico pela bilateralidade atributiva que permite soluções para a correlação entre vários sujeitos. Diferentemente da moral, focada nos deveres, o direito mantém o binômio direitos/deveres para exercer essa mediação (NEVES, 2008a, p. 15-16).

Uma segunda condição é a humano-existencial (NEVES, 2013, p. 232) ou antropológico-existencial (NEVES, 2008a, p. 16): o humano habita e compartilha o mundo como humano e assim deve ser observado. Dois pontos são os mais importantes para Castanheira Neves: a inespecialização e a abertura ao mundo. Retomando Arnold Gehlen, a inespecialização se traduz como a falta de uma adaptação no meio como a dos animais. O homem tem uma posição singular na natureza, já que fisicamente não tem armas e por isso é "ser carencial" (GEHLEN, 1993, p. 33) (expressão retomada de Herder). O humano é ser cultural e sua biologia (capacidades corporais) tem limites para se defender com instintos como os dos animais, e isso comprova essa condição cultural, sendo a cultura "a natureza transformada pela ação do homem" (GEHLEN, 1993, p. 36). O homem, com sua "falta de especialização", foi se adaptando para modificar o ambiente e por isso vive como ser cultural (GEHLEN, 1993, p. 64).

Castanheira Neves também se refere à abertura ao mundo, sendo o humano mais como imaginativo do que perceptivo (GEHLEN, 1993, p. 70). A abertura ao mundo também se refere à "montagem" (*ensamble*) do externo, como os estímulos do externo ainda durante o amadurecimento e crescimento do bebê (GEHLEN, 1993, p. 75). E define muito bem o jusfilósofo "a 'abertura ao mundo' significa a desvinculação do homem perante o seu mundo circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcenção" (NEVES, 2008a, p. 17). Em Gehlen, percebe-se uma das especificações dessa transcenção em relação aos "impulsos": "nossos impulsos e sentimentos tem sido elevados e educados compulsivamente até converter-se em refinamentos excludentes e seletivos que chamamos civilização" (GEHLEN, 1993, p. 77). Sobre esse ponto, poder-se-ia abrir o debate que ele propõe com Freud e trazer os sentidos de instinto e pulsão, sendo a pulsão uma energia diferente do instinto, por ter a marca do social como a linguagem em sua constituição (já fazendo uma leitura lacaniana...). Não é esse nosso objeto nesse momento. Mas a próxima condição provavelmente iluminará o sentido proposto por Castanheira Neves, em que a especificidade do direito, trabalhando um plano do consciente com base na racionalidade prático-normativa, se dá com esse projeto de direito que não seria imposto, mas comunitariamente revisto em seu sentido, no plano da autotranscendência axiológica para que o humano possa pensar a si mesmo, a comunidade e seus valores... "E nesta abertura ao mundo, em que o homem se assume afinal como tarefa de si próprio, temos a base antropológica para a compreensão geral da existência humana" (NEVES, 2008a, p. 17).

Não à toa, seguindo a lição de Castanheira Neves, ele logo aborda o próprio transcender do humano para compreender a si mesmo de forma a manter uma abertura. Ao compreender-se, lê o mundo e o

objetiva, estabelecendo a relação entre si como sujeito e o mundo como objeto e transcendendo essa realidade objetivada. A linguagem é o meio pela qual se manifesta essa relação com o mundo, que invoca também uma ideação de atingir a essência do mundo ou de propor intenções significantes, e é por ela, em sua índole simbólica, que o homem transcende essa objetividade (NEVES, 2008a, p. 18). Se por um lado se tem a racionalidade, como refletir e analisar as relações e estruturas, por outro se tem a espiritualidade como *possibilidade de pôr exigências e intencionar seus fundamentos à realidade* (NEVES, 2008a, p. 18). "No seu transcender o homem não tem apenas a possibilidade de objectivar a sua experiência e de a superar nas ideias, de a submeter ao pensamento racional e de a compreender espiritualmente – transcendendo e transcendendo-se, intenciona um outro nível de ser" (NEVES, 2008a, p. 18). Intencionar esse que recai nos valores, que são uma forma do humano transcender a si apelando a uma forma de realização compreensiva e que nos leva à condição axiológico-normativa do humano, porquanto o valor implica o dever-ser (NEVES, 2008a, p. 19). De forma direta: "os valores revelam-se os sentidos fundamentantes com que o homem compreende e assume os projectos da sua realização histórica, e enquanto antecipações de uma plenitude a que ele se abre no seu transcender" (NEVES, 2008a, p. 19).

A condição antropológica também retoma parte da condição mundanal quanto ao ser que não está só, é ser-com-outros, sendo a coexistência existencial e só se pensa o humano em comunidade material. A commune é pressuposto objetivo de nossa existência e ela se dá de forma comunicacional (NEVES, 2008a, p. 20). A comunidade comunicacional é o a priori de significação ou de pressuposição de valores (NEVES, 2008a, p. 21). A vida em comunidade também é condição vital, porquanto nos complementamos, colaboramos uns com os outros e é nela que encontramos os meios técnicos e culturais para exercer as

atividades que pretendemos. "É, pois, esta a realidade comunitária em que sobretudo se afirmam as *carências* – as relações inter-individuais dos interesses e em que, portanto, a comunidade é antes de mais *sociedade*" (NEVES, 2008a, p. 22). A comunidade também é condição ontológica para que o ser possa conjugar suas potencialidades com outros e para que esse ser também se realize. Pensando nessas realizações de todos, é possível chegar a uma ideia de solidariedade nessa condição. Ela está implicada na coexistência humana, na medida em que quanto mais todos se realizam, mais um sujeito pode se realizar.

Para se integrarem, os sujeitos constituem algo de comum, sendo esse o problema da unidade da comunidade na tensão com a autonomia dos sujeitos, que dá margem sempre para uma dispersão e rupturas ao nível dos interesses (NEVES, 2008a, p. 28). Para se organizarem, se institucionalizam. "Uma instituição é um módulo sócio-cultural em que justamente a indeterminação e as diferenças sociais se pretendem superar num quadro estabilizador e integrante" (NEVES, 2008a, p. 28-29). A instituição é a face objetivadora dessa constituição comunitária, que serve como esse referente (objetivo) para a realização pessoal desonerada de determinar significados constantemente em torno da coexistência. A institucionalização é a dimensão estrutural da ordem e a dimensão teleológica é a dos objetivos politicamente estabelecidos para solucionar problemas (NEVES, 2008a, p. 30).

Todas essas condições podem criar comunidades que não são suficientemente de direito. A terceira e última condição é a ética. Se o direito minimamente remete à normatividade, essa só é possível ser pensada se os sujeitos se reconhecem reciprocamente como tais e podem exigir do outro o direito que quer ser reconhecido a si mesmo, o que implica necessariamenteaquela bilateralidade atributiva já referida. Os sujeitos se reconhecem como destinatários e sujeitos de direitos. Ademais,

> não haverá juridicidade [...] se não se verificarem as condições enunciadas: se não estivermos perante uma relação socialmente objectiva [...]; se [...] não se suscitar a dialéctica, a exigir uma resolução, entre uma pretensão de autonomia e uma exigência comunitária; se [...] não estiver em causa a eticidade correlativa da pessoa (seja como titular reivindicante, seja como destinatário obrigado) (NEVES, 2013, p. 232).

Axiologicamente se adquire uma condição indisponível de pessoa. Sujeito esse que é pessoa livre, original, capaz de falar de si mesmo e de biografia, autor, novador e novo, em sua diferença. Condição de liberdade essa que está em consonância com estar em sociedade e manter um compromisso pessoal com a comunidade por conta da reciprocidade de reconhecimento em dignidade (NEVES, 2008a, p. 34). Pessoa é uma categoria ética, sendo uma aquisição axiológica, não uma categoria ontológica como uma entidade antropológica (NEVES, 2008a, p. 34). Essa aquisição está intimamente conectada com aquela transcendência, na medida em que se projeta para o humano esse valor, que é a dignidade, de forma incondicional, e se vincula a ela, retomando-a como centro axiológico comunitário.

Duas inferências axiológico-normativas já podem ser feitas: todos são iguais uns aos outros, sem uma distinção de valor entre as pessoas (princípio da igualdade) (NEVES, 2008a, p. 36); e para "assumir as exigências e as validades que dão sentido (e viabilidade) àquelas condições de realização" (NEVES, 2008a, p. 37), deve-se ter a corresponsabilidade por elas (princípio da responsabilidade).

O direito como validade emerge como implicação normativa fundamental para que haja fundamentos exigidos de explicitação de justificações que não se reduzam a e que transcendam as posições individuais e possibilitem um sentido normativo transindividual (NEVES, 2008a, p. 38).

O direito possibilita a invocação de uma intencionalidade que se encontrará no "*ethos* fundamental ou ao epistéme prático de uma certa cultura numa certa época" (NEVES, 2008b, p. 63). Como o problema do direito é radical por ser humanamente problemático (NEVES, 2008b, p. 45), o direito seria

> uma prática referida a uma validade, seja porventura problemática mas não prescindindo nunca de interrogar por ela, a implicar um fundamento axiologicamente crítico e o homem transcendendo-se assim a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projeto responsabilizante da sua própria humanidade (NEVES, 2008b, p. 61).

Esse projeto responsabilizante tem como dimensão da pessoa a própria responsabilidade como marca intersubjetiva, e é sobre isso que ainda precisamos discorrer. Castanheira Neves tem uma preocupação com o esvaziamento ético do mundo e do direito e reflete sobre essa responsabilidade que é perante ao eu e aos outros por conta do que ele percebe como uma desoneração dos sujeitos de suas responsabilidades (NEVES, 2008c, p. 135). O autor se afasta explicitamente de uma concepção do direito como estratégia social, despreocupado eticamente para administrar os próprios interesses (NEVES, 2008c, p. 136). Também não se coaduna com uma ética sem deveres iguais (NEVES, 2008c, p. 137).

O reconhecimento intersubjetivo como consequência da organização do ser-com-os-outros leva àquela indisponibilidade axiológica (da dignidade humana) que lhe confere um estatuto ético. Por estar em comunidade, ser participante e sujeito em meio a objetivos (dimensão teleológica), reconhecido como pessoa (dimensão axiológica), "tem sentido e fundamento já o comprometer-se (ético) perante os outros" (NEVES, 2008c, p. 152). O compromisso é decorrente do

reconhecimento recíproco em sua efetividade: ao reconhecer o outro, possibilita-se que o outro reconheça o eu, sem negar um ao outro, confere-lhe possibilidades de ser quem é e dele me exigir o mesmo. A possibilidade de ser quem é e se fazer assim se traduz como direito e a exigência como responsabilidade (dever) (NEVES, 2008c, p. 152-153). Por isso, a bilateralidade atributiva. São os direitos e os deveres a forma de objetivação da dimensão axiológica relacional da pessoa (NEVES, 2008c, p. 153). As consequências normativas são que todos são iguais em responsabilidade e a corresponsabilidade. Essa tem três consequências: uma responsabilidade perante as condições oferecidas na realidade traduzida como responsabilidade penal; uma responsabilidade por reciprocidade e mutualidade nas pretensões e obrigações adquiridas, sendo a própria responsabilidade civil obrigacional-contratual; e uma responsabilidade de integração comunitária fundamentada pelo princípio da justiça e relativa aos casos em que há "lesão de outrem por acção abusiva [...] ou o benefício que não tenha fundamento de prioridade sobre o prejuízo correlativo em outrem" (NEVES, 2008c, p. 157).

4 UM DIÁLOGO ENTRE SUJEITOS: O VALOR E A CORPOREIDADE

Após apresentar duas visões distintas sobre o sujeito e o direito, importa pensar em suas aproximações e distanciamentos. Primeiro já se ressalta uma diferença importante: Martha Fineman não pretende propor, como Castanheira Neves, uma visão global do direito como problema e como sentido. Seus caminhos são diferentes. A obra de Fineman começa com uma crítica específica às questões de dependência e com enfoque numa forma de se pensar a *equality* como igualdade formal que não se ampliava para outros horizontes de desigualdade. Ao perceber as limitações de um direito antidiscriminatório que não se expandia para questões substanciais, tentou o caminho de repensar o sujeito em sua condição ontológica de vulnerabilidades. Castanheira Neves, em crítica

ao normativismo e ao funcionalismo, repensa conjuntamente o sujeito como pessoa e o direito como validade, ambos reconstituídos e recolocados dialeticamente em circularidade com as projeções comunitárias de seus valores. Adentraremos em dois tópicos que reúnem quatro ideias importantes: como se articula a ideia de sujeito e de responsabilidade; e como cada um percebe suas ideias entre o direito e a política.

4.1 SUJEITO E RESPONSABILIDADE

A construção do sujeito vulnerável em Martha Fineman se exprime como uma posição ontológica do sujeito. A autora a propõe como inerente, justamente por se viver em sociedade e essa sociedade poder mediar as necessidades desse sujeito e tentar melhorar a experiência da vulnerabilidade com recursos. Já em Castanheira Neves, encontramos o sujeito como pessoa, sendo essa uma aquisição axiológica dentro do contexto comunitário de reconhecimento recíproco, que tem uma pressuposição ontológica do ser-no-mundo, em abertura a esse mundo e inespecializado. Tais concepções só são dadas assim por conta da intenção de cada autor. Se Fineman pensa numa reestruturação política a partir da ideia do sujeito, sua saída é um pensamento ético-político que possibilite isso. Já Castanheira Neves pretende dar uma resposta possível à questão da validade do direito e, por isso, essa condição de pessoalidade é pensada especificamente como (axiológico-) jurídica. A questão da vulnerabilidade é transversal e cruza problemas jurídicos e políticos, enquanto a pessoalidade é condição para a juridicidade em termos prático-normativos.

Ambos pensam o sujeito em relação com outros, o que já mantém uma crítica dupla contra um sujeito como indivíduo liberal, apartado, autônomo e autossuficiente. Ao pensar relacionalmente, cada autor atribui a posição de responsabilidade entre um sujeito em relação

aos outros, na medida em que se deve compartilhar os deveres (em Fineman) e exercer uma bilateralidade atributiva (mais ressaltada em Castanheira Neves).

Se retomamos a coexistência comunicativa no que tange à condição mundanal, podemos questionar se não encontramos ali a vulnerabilidade. Pois bem, primeiro então precisamos questionar se há uma corporeidade pressuposta em Castanheira Neves. Uma vez que o sujeito tem carências, vive com os outros, existe coexistindo e é o mundo que medeia os humanos, arriscamos dizer que só pode se tratar ali de uma corporeidade que está materializada, de fato. Ser pessoa é ser corpo também. Se esse pressuposto de pessoa tem um corpo, vive em comunidade e não se resolve sozinho, encontramos ali a condição de vulnerabilidade como uma característica.

O problema com o qual podemos nos deparar a partir disso é como essa vulnerabilidade pode ser operacionalizada dentro ainda da concepção de pessoa. Se a vulnerabilidade é ontológica, não axiológica, devemos retomar o que caracteriza essa condição ética. O reconhecimento recíproco não é ressaltado por Fineman, que não traz nada desse traço hegeliano para se pensar em como os valores da comunidade são projetados num sistema jurídico para se construir uma ordem de juridicidade reconstituenda. A aquisição axiológica, tão central na teoria de Castanheira Neves, não aparece explicitamente na teoria americana. Também seria difícil inferir esse entendimento, porquanto ela não comenta sobre valores e princípios numa comunidade. A falta dessa dimensão axiológica pode acarretar diretamente em como ela compreende o sujeito legal (e político – nas palavras dela), como ainda veremos no próximo tópico.

A falta de referência à bilateralidade atributiva e ao reconhecimento recíproco ficará mais clara em breve, antes é importante uma nota sobre o posicionamento da pessoalidade na visão

jurisprudencialista, porquanto é essa referência que instaura a possibilidade de um projeto-*projetar* ao direito para uma comunidade de *pessoas*, sendo a pessoalidade uma construção na relevância jurídica (LINHARES, 2013, p. 178, 179). A constituição de uma estrutura que possibilite a realização dessa comunidade nesse projetar tem como núcleo a comparabilidade entre os sujeitos-pessoa em situação de controvérsia por um terceiro. Estrutura essa que tem quatro planos:

> **α)** a situação histórico-concreta partilhada; **β)** o contexto-ordem (e a dogmática integrante que o estabiliza numa ordem-ordinans de referências, se não já explicitamente num sistema de fundamentos e critérios); **γ)** os sujeitos na sua autonomia-diferença, a exprimirem diversas posições sobre a mesma situação histórico-concreta (posições estas a inscrever e a assumir no mesmo horizonte de fundamentos e critérios); **δ)** a condição da *tercialidade* enquanto possibilidade-exigência (subjectiva e trans-subjectivamente institucionalizada) de «tratamento» (ou de assimilação) desta diferença (LINHARES, 2013, p. 180).

Erige-se uma dialética *suum/commune,* que permite uma comparabilidade, sustentada na perspectiva de um *suum cuique tribuere* com a validade comunitária (LINHARES, 2013, p. 184), que não descarte as condições da bilateralidade e do problema em causa, que é o polo do novo, do particular, da mutabilidade (LINHARES, 2013, p. 183, 176). Fica patente nessa comparabilidade uma exigência de tercialidade que convoque um "contexto-ordem dogmaticamente vigente" (LINHARES, 2013, p. 186) para se dar uma resposta singular para o problema prático. Como resultado dessa operação, há indissociabilidade do problema-controvérsia e o reconhecimento recíproco, por conta das exigências de se "*ouvir* as posições defendidas e os argumentos que as racionalizam" e um "*procedimento* de recepção

destes argumentos" (LINHARES, 2013, p. 186) que pretenda garantir uma referência interpretativa possível num contexto-*ordem* dogmaticamente estabilizável.

Se por um lado comparamos as questões do primeiro polo, necessariamente agora o outro, seja ele o da *commune*, representado juridicamente pela responsabilidade.

A elaboração de Fineman segue a seguinte lógica: todos são vulneráveis, por isso todos têm formas de dependência durante a vida e outras dependências são derivadas, por isso as instituições devem compartilhar as responsabilidades inerentes à distribuição de recursos para que a vulnerabilidade seja melhorada durante a vida. Ao se referir às instituições, põe acento no Estado como responsivo, o qual será responsável pelo monitoramento das instituições públicas (o que faz sentido com uma constituição política do direito que é voltada exatamente para pensar num projeto de valores que os humanos querem compartilhar, apesar de ela não propor dessa forma), e das outras instituições, principalmente as privadas, as empresas como locais de trabalho, por exemplo. Sua crítica ao sujeito liberal é voltada justamente por conta de uma concepção de família que privatiza sujeitos como as pessoas-cuidadoras, crianças e idosos, de forma que esses sujeitos têm suas vulnerabilidades menos observadas quando estão em sociedade e têm de enfrentar uma ideologia estrutural e institucional que previa um sujeito autossuficiente com os recursos em si para ser bem-sucedido. Trata-se, portanto, de um pensamento ético-político de responsabilidade que é amplo e não especificamente jurídico.

Já a concepção de Castanheira Neves é mais claramente normativa, na medida em que pensa a condição ética e dentro dela, o próprio princípio da responsabilidade, o qual é projetado normativamente como responsabilidade civil, penal, com o princípio da justiça e ainda uma pista para se pensar a solidariedade para além da

responsabilidade, ou uma responsabilidade por solidariedade, que não pode se confundir com um conteúdo puramente ético-moral. Essa responsabilidade também coloca em causa o assunto do próximo tópico, seja ele o da fronteira entre direito e política, pois ela tem uma criação política (seja legislativa ou como políticas públicas) e não deixa de ter uma dimensão jurídica.

Uma leitura dessa solidariedade seria em relação ao Direito Ambiental e os problemas concernentes à vida em comunidade que depende do mundo em si para manter uma coexistência. Para Bronze, só é possível fundamentar uma "ética da responsabilidade solidária" com uma "criticamente assumida perspectiva 'reflexivo-transcendental'" para se "procurar discernir o intersubjectivamente predicativo fundamento irredutível da própria possibilidade do diálogo argumentativo, que, como tal, radicalmente a constitui" (BRONZE, 2012, p. 199). A comunidade de comunicação é o que possibilita que a intersubjetiva construção transcendental de soluções para problemas de comunhão que radiquem no fundamento de uma ética discursiva. São com ideais regulativos que será possível uma projeção comunitária de iguais condições de interlocução (BRONZE, 2012, p. 200-201). E a passagem do plano ético para o jurídico se dá justamente com a dialética entre a responsabilidade pessoal e a autonomia pessoa, pois essa dialética terá "que manifestar-se para que seja possível enquadrar/assimilar, *sub specie iuris*, o futuro" por meio do "reconhecimento de valores e interesses juridicamente relevantes [...] e transgeracionalmente significativos" (BRONZE, 2012, p. 202) para a proteção da comunidade em si. A pessoa pode ser chamada a responder juridicamente em uma controvérsia que deve ser decidida, justamente dentro daquela dialética de sua autonomia e de sua responsabilidade (BRONZE, 2012, p. 202), faces essas de sua condição de liberdade. A responsabilidade, assim como a pessoa, é historicamente situada e isso significa que a constituenda

juridicidade implica um reposicionamento dessa pessoa dentro da comunidade com novos sentidos de autonomia e responsabilidade. Sua atuação no mundo fica sujeita a "constituenda axiologia comunitariamente vigente" que se objetiva problemático-normativamente a cada experiência que exige um sentido para a realização do direito (BRONZE, 2012, p. 206).

A responsabilidade em Fineman não é apenas jurídica, porquanto os recursos dos quais ela fala não seriam todos sempre exigíveis juridicamente. A dimensão axiológico-jurídica não é posta na pessoalidade e na responsabilidade em dialética com a autonomia. O jurídico, nesse sentido, tem alguma forma de recurso dentre os recursos referidos por Fineman e não se confundem esses dois campos. O caso da seguridade social é um deles: se não houver previsão legal, seria possível ir contra a pretensão de autonomia do direito ao se conceder um benefício que é instituído por políticas públicas. Já propriamente no jurídico, se houver um benefício previsto e ele não for concedido, daí é possível que se interpele esse sistema para demandar a realização do direito.

A responsabilidade em Fineman pode chegar ao limite do puramente ético-moral, se pensarmos na responsabilidade intrafamiliar, que está dentre as formas de responsabilidades que são divididas entre a sociedade como um todo (não que essa tenha de ser compartilhada, mas a família é instituição que dá recursos de resiliência e por isso há ali certa responsabilidade).

Podemos arriscar em colocar da seguinte maneira: enquanto a responsabilidade é inerente às instituições por conta da condição de vulnerabilidade do sujeito para Fineman, Castanheira Neves entende a responsabilidade como resultado de uma aquisição axiológica que é comunitariamente reconstituída com a assimilação dialético-constitutiva dos princípios no direito.

4.2 DIREITO E POLÍTICA

Em Fineman, teríamos que o direito como direito não pode resolver todos os problemas existentes, assim como a política também não o faz. Sua proposta é mais abrangente e a questão da vulnerabilidade como condição ontológica é transversal a estes dois campos de conflitos (direito e política). A fronteira entre direito e política não fica bem definida em Fineman. Seu sujeito legal é também sujeito político. Como seu objetivo é também uma mudança legislativa, ou seja, uma reorientação político-estratégica que deixe de considerar os sujeitos com uma autonomia individual pura e passe a considerar o sujeito vulnerável como centro da política, essa compreensão ontológica não poderia ser outra que não política. Tal preocupação se manifesta com a centralidade no ser do humano e seu "sentido ontologicamente fundamentante" (NEVES, 2011b, p. 205) (mesmo que a autora se afaste das respectivas consequências do pensamento jurisprudencialista quanto a relação suum/commune que vai se desmembrando a partir desta perspectiva interna do direito), o qual se constitui histórico-transcendentalmente em comunidade e ao qual o humano se refere para se encontrar em sua existência comunitária (NEVES, 2011b, p. 206).

O direito como projeto de valores, que é criado pelo humano e que o humano quer se vincular, não se reduz à criação do direito como normas por meio de uma autoridade e é nessa pessoalidade já aduzida que ele se concentra para a realização de um projeto comunitariamente comprometido com o sentido humano. Daí ser claro que o político terá uma vinculação com o direito, por este dar validade à estrutura daquele (NEVES, 2011b, p. 201), e que a expectativa de Estado de Direito é que haja uma assimilação de intenções ideológico-políticas, ainda condicionadas por um patrimônio axiológico (NEVES, 2011b, p. 209), que serão projetadas em um domínio propriamente jurídico, não confundido com sua construção política.

A crítica de Fineman é a um projeto sociocultural de *societas* liberal que enxerga os sujeitos separados e atomizados, com uma pluralidade de interesses e que se expressam com diversas intenções, fins, objetivos, programas, o que é assimilado juridicamente com uma menor intervenção estatal. Tal discurso privilegia uma "hierarquização (decisoriamente *colectiva*) de *necessidades subjectivas* equivalentes" (LINHARES, 2013, p. 146). Diferente de discursos que retomam a *communitas* para a atenção à pluralidade de singularidades com abertura da experiência dentro de um "horizonte de integração justificado pela referência a responsabilidades e compromissos práticos partilhados" (LINHARES, 2013, p. 146), no qual o direito vai ser expressão de uma resposta prática possível para resolução dos conflitos entre os sujeitos e a comunidade por conta de sua intencionalidade específica de reconhecimento recíproco (LINHARES, 2013, p. 178).

Outro ponto que demonstra a falta de uma fronteira mais bem estabelecida é o fato de a autora estadunidense não ressaltar a aquisição axiológica que tem a ver com o direito e sua comparabilidade. Se o direito é realizado com um *tertium comparationis*, percebe-se nos escritos de Fineman uma ausência de referência ao direito enquanto tal. A autora se refere ao direito como *law*, ou seja, mais como lei do que propriamente como direito. Sua proposta é mais voltada para o estrato de normas em sua dimensão criadora do que para uma operação metodológico-jurídica.

O direito, nesse sentido prático-normativo, pode encontrar sua possibilidade de "atuação" na realização do direito em uma metódica do pensamento jurídico: "dimensão constitutiva da concretização, da integração e do desenvolvimento desse direito constituído" (NEVES, 1995, p. 331). A constituição do direito como produção de direito novo, partindo de uma concepção mais ampla de ciência do direito – que

engloba a metodologia da ciência do direito –, se divide como política do direito e a teoria da legislação.

> À política do direito competirá definir os objectivos (os valores e os fins) que o direito se deverá propor, assim como determinar os meios (os meios normativos e institucionais) adequados para a realização desses objectivos - numa palavra, competirá enunciar as coordenadas intencionais e instrumentais do direito que deve ser", levando a ter objetivos para a concreta realização jurídica (NEVES, 1995, p. 331).

Já a tarefa da teoria da legislação é fazer as prescrições legislativas como soluções jurídicas para os problemas sociais nos quais o direito é interpelado. A teoria da legislação tem duas dimensões, uma metódica,

> dirigida directamente à constituição material do normativo a legislar, à material determinação da 'concepção da lei' [com os particulares momentos metódicos do 'impulso problemático', da 'análise da realidade', da 'projeção de objetivos' [...], da 'orientação axiológica' [...], da 'ponderação de alternativas', etc. (NEVES, 1995, p. 332).

E a técnica, que cuida de formular formalmente aquele normativo. Inclusive a política do direito fica responsável aqui por garantir um aspecto especificamente jurídico à produção legislativa, para que não seja puramente um ato político, mas que já tenha uma dimensão intencional-normativa, enquanto a teoria da legislação determina-a no ponto de vista metódico-normativo. Assim tem-se que a política do direito é para a "formulação do melhor direito possível" e a metodologia jurídica como reflexão prática fundamentante para a projeção judicativo-

decisória, onde realmente se dá o "momento essencial da intencionalidade normativa" (NEVES, 1995, p. 335).

As lições de Castanheira Neves auxiliam a vislumbrar mais analiticamente a proposta de Fineman sobre a fronteira entre direito e política. A diferenciação dos momentos da constituição do direito está baseada na autonomização do direito e da política, em que esta não pode ser um "acidente da história" enquanto exprime a própria "existência social ou comunitária" (NEVES, 2011b, p. 199) como momento ideológico-institucional, e a dimensão axiológico-jurídica não pode ser reduzida ao ideológico (NEVES, 2011b, p. 198) por ser momento referente ao transcender espiritual – o estabelecimento e organização dos valores que são relevantes para uma vida em comunidade. A dimensão axiológica expressa no direito tem uma possibilidade integrante, por ser "realidade normativo-cultural historicamente objetiva" (NEVES, 2011b, p. 201) que a política não tem, justamente por ser campo de interesses diversos e por não se manifestar com um objetivo em comum de uma validade comunitária.

A teoria da vulnerabilidade, apesar de trazer um elemento ontológico geral dos sujeitos, não deixa de ser mais importante para se pensar especificamente para casos de desvantagens, de forma mais dogmática e na jurisprudência. Na dogmática, há possibilidade de assimilação da teoria no sentido de dar enfoque às estruturas institucionais e em suas responsabilidades, como no caso de empresas serem responsáveis por empregados(as) que tenham de cuidar de algum dependente. A jurisprudência também tem essa possibilidade de assimilação em certos casos concretos. Afinal, a perspectiva dela quanto aos princípios não fica clara, mas se partirmos de uma perspectiva jurisprudencialista dos princípios como fundamentos, a igualdade garantida constitucionalmente nos EUA (porém utilizada apenas como igualdade formal, de acordo com Fineman) pode ser fundamento para se

pensar em critérios de resolução de certos casos em que a falta de recursos de resiliência a um sujeito ponha em risco um certo projeto comunitário (mesmo que ele seja o American Dream...).

Apesar de não haver expressamente um entendimento dos princípios dela, sua constante referência à *equality* demonstra sua preocupação com esse valor, que deve ser entendido de uma determinada maneira, o que influencia necessariamente nas intencionalidades possíveis que podem ser assimiladas pelo direito.

A igualdade formal estadunidense está inserida num contexto constitucional que textualmente poucos direitos são garantidos (FINEMAN, 2012, p. 1720). Quanto à igualdade, outros países perceberiam ela como expansiva, protegendo os indivíduos contra outros fatores que não apenas características individuais inerentes, que constitui um direito ao acesso universal a bens econômicos baseado em "necessidades individuais, anseios e a realização da segurança pessoal" (FINEMAN, 2012, p. 1724). Igualdade é entendida nos EUA como não discriminação perante a lei. Na décima quarta emenda, ao declarar que não se pode "negar para qualquer pessoa na jurisdição a proteção igual das leis", ter-se-ia uma compreensão mais ampla de igualdade, o que garante aos cidadãos a opção de desafiar qualquer classificação ou distinção entre cidadãos em uma corte. A jurisprudência americana se manteve no seguinte critério para definir a discriminação: com base na raça, outras discriminações deveriam ser justificadas por conta de um processo histórico, como o da historicidade de pessoas com deficiência (FINEMAN, 2012, p. 1726). Não obstante, nem questões de gênero, raça e etnia têm sido realmente levadas em consideração, pois a discriminação é mais considerada como uma discriminação arbitrária do que como uma desvantagem relativa ou subordinação (ou seja, "é focado em questionar tratamento desigual, ao invés de remediar posições desiguais ou status dentro da sociedade" (FINEMAN, 2012, p. 1728)

para garantir mais acesso e oportunidades). Deficiências e pobreza não têm sido características relevantes. Fineman traz um caso de Vermont em que a Suprema Corte desse Estado interpretou uma cláusula constitucional estadual como uma igual proteção a todos os cidadãos, de modo que se provenha com os benefícios a todos, sem caracterizar vantagens e privilégios para alguns (FINEMAN, 2012, p. 1730).

Castanheira Neves visualiza essa construção sobre a igualdade de forma semelhante no que tange à igualdade perante a lei como igualdade formal, pois se trata de uma igualdade na aplicação (lógico-subsuntiva) da lei dentro de um paradigma legalista com "índole tão-só geral-abstracto ou dedutivo" (NEVES, 1983, p. 123). A formalidade desse princípio não engloba as "condições efectivas de sua realização" (NEVES, 1983, p. 124) e supõe uma igualação dos sujeitos por conta de uma mesma aplicação subsuntiva. Além dessa visão liberal e positivista, o autor também fala de um viés democrático, por conta da participação igual nos processos decisórios (NEVES, 1983, p. 125), ao qual Fineman não faz referência.

A autora faz uma crítica àquela outra matriz e pensa numa possibilidade de igualdade de oportunidades na medida da distribuição de recursos de resiliência. É a igualdade social no sentido político-jurídico que é invocada por ela, e assim leciona Castanheira Neves sobre tal dimensão da igualdade com a perspectiva da justiça social: "tem ela a ver tanto com a exigida consideração das condições sociais, e mesmo com a intervenção nessas condições da existência humana, como com a imprescindível referência aos pressupostos sociais e às situações reais da concreta e efectiva realização do direito" (NEVES, 1983, p. 129). Contudo, há outra dimensão possível que Castanheira Neves ressalta, justamente em sua índole axiológico-normativa, que é da igualdade perante o direito. O princípio da igualdade tem "um sentido e uma intencionalidade materiais" (NEVES, 1983, p. 170), o que significará

que tanto as normas quanto as decisões concretas devem ser materialmente justas. O sentido da igualdade é "como expressão do próprio princípio normativo do direito" (NEVES, 1983, p. 177).

Ademais, há quem já comece a interpretar casos da Corte Europeia dos Direitos Humanos em que se referem a grupos vulneráveis com base em Fineman. São mais sobre antidiscriminação, porque é onde especificam a questão da vulnerabilidade.

Em casos de vulnerabilidade inerente a crianças e pessoas com deficiências mentais, a argumentação sobre vulnerabilidade teve efeito quanto aos casos ligados à participação delas no processo decisório e à sua proteção, por via da doutrina das obrigações positivas (os estados devem estar atentos às especificidades de crianças e de pessoas com deficiências mentais, protegendo-os de abusos dos seus direitos humanos) (TIMMER, 2013, p. 153). Como no caso C.A.S and C.S. v. Romania - falha das autoridades em investigar o abuso sexual de um garoto de sete anos – faltou um cuidado sobre a avaliação das questões psicológicas de uma criança em situação de violência sexual.

Em caso de vulnerabilidade devido ao controle estatal (pessoas encarceradas), a corte não usa a ideia de vulnerabilidade universal e coloca os sujeitos vulneráveis como sujeitos marginalizados e estigmatizados, algo que não funciona como uma alternativa ao sujeito liberal, mas à ideia de Outro do liberalismo, o que reforça que há um sujeito autônomo, independente e invulnerável (TIMMER, 2013, p. 162).

Isso não significa que a ideia de vulnerabilidade da corte não tem tido efeitos positivos, como as obrigações positivas e a proporcionalidade, sendo a "priorização entre diferentes demandas na Corte e a extensão de direitos" (TIMMER, 2013, p. 163). Na política de prioridade de demandas da Corte, não mencionam diretamente a vulnerabilidade, mas pode ser considerado dentro da primeira e da

terceira categoria – dentre aquelas que permitem a prioridade de um processo, que, respectivamente, se referem a *urgent applications*, com risco à vida ou saúde, e àqueles que têm ameaças diretas à integridade física e à dignidade (TIMMER, 2013, p. 163). *Urgent applications* seriam, por exemplo, "crianças e pretendentes que requereram uma medida provisória" (como migrantes sob o risco de serem deportados) (TIMMER, 2013, p. 164). Há outra priorização, a substantiva: a priorização de demandas no processo. A vulnerabilidade ganha grande peso em casos de tortura e tratamento desumano e degradante, como no caso *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium,* em que a priorização fica patente por conta da situação urgente. E há caso em que direitos ficam em conflito e a corte usa da proporcionalidade para resolvê-los, tendo a vulnerabilidade também um papel importante nesse processo decisório. A corte admite que o Estado "deve levar em conta a vulnerabilidade particular das pessoas com quem estão lidando" (TIMMER, 2013, p. 164). "Whenever a Government completely omits to consider the particular vulnerability of an individual rights-holder, it will not be able to pass the Strasbourg proportionality analysis" (TIMMER, 2013, p. 165). Assim, a vulnerabilidade pode ter maior peso que outros fatores, como considerações econômicas, mas não há uma fórmula específica de consideração do peso da vulnerabilidade.

Quanto à extensão de direito, utilizam a doutrina das obrigações positivas (TIMMER, 2013, p. 165). Fatores como o *embodiment*, localidade, estado mental e realidades materiais levam a obrigações substanciais, não apenas procedimentais. Ilustram com caso de pessoas com alguma questão de saúde mental em que "as autoridades deveriam ter providenciado tratamento psiquiátrico oportunamente" para efetivarem a "obrigação de cuidado" em sua totalidade. Dessa forma, a corte tem um entendimento que se coaduna com essa questão das obrigações positivas com o pensamento de Fineman, já que eles

reconhecem a necessidade dos *assets* para as pessoas terem resiliência e se adequam à ideia de projeção um de Estado responsivo (TIMMER, 2013, p. 167).

Após essa posição sobre possibilidades de juízo decisório quanto à vulnerabilidade (num contexto muito específico, seja ele o da Corte Europeia de Direitos Humanos, que pode se diferenciar de outros casos em tribunais nacionais), retomamos a questão política em si. Fineman define o que ela entende por política como manifestação do poder do Estado, operando no nível do coletivo. Os sujeitos político e jurídico são negociados na coletividade e isso posiciona os posiciona como cidadãos, ou seja, em relação ao poder do Estado (FINEMAN, 2013, p. 104, tradução livre).

Por sua definição, após as considerações já feitas, é possível perceber que ela realmente localiza sua problemática nesse campo mais amplo e que sua concepção de sujeito é transversal à política e ao direito. A condição do sujeito como vulnerável e sua posição em relação aos recursos de resiliência quebram o paradigma de um sujeito autônomo universal com uma outra universalidade (da vulnerabilidade) e com um posicionamento social dependente das instituições e dos direitos. Castanheira Neves, diferentemente, foca-se principalmente na dimensão axiológico-jurídica que se dá em instituições jurisdicionais com a atividade judicativo-decisória, o que é apenas um dos lugares possíveis de se perceber a vulnerabilidade, porquanto a intenção integrante do direito é para "superar e reduzir comunitariamente" (NEVES, 2011a, p. 283) os conflitos. O autor reconhece, como Fineman, o mesmo lugar e possibilidade do político (em relação ao direito), enquanto construção comunitária de um modelo para si que seja formado pelas condições para a realização pessoal, pois "caberá ao político definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e os objetivos sociais da organização económica" (NEVES, 2011a, p. 281).

5 CONCLUSÃO

Tem-se que Martha Fineman apresenta uma teoria sobre o sujeito para se pensar diretamente, de forma ampla, o direito (em sua constituição política, principalmente, mas não menos em uma abertura de possibilidade para sua realização), quanto às questões de desvantagens em relação ao acesso a recursos. Ao pensar em idosos, pessoas-cuidadoras e crianças, não se reduz ao direito anti-discriminação como conhecemos de forma individual, mas de maneira estrutural. Tanto sua concepção de sujeito, quanto a de direito e responsabilidade estão dentro de um campo mais amplo, que envolve um campo político, na visão de Castanheira Neves. A extensão da pretensão da autora é estar também nesse campo político, algo que é expresso pela mesma.

O uso da teoria da vulnerabilidade no direito, por exemplo, seria mais interessante com casos individuais, como demonstrado nos casos do CEDH, o que não impede casos em que haja uma discriminação com tom mais indireto, que seria justamente estrutural, mas que apareceria em outros ramos do direito, como direito de família, direito da seguridade social, ou até mesmo em demandas coletivas para a efetivação de algum serviço ou política pública que não estejam funcionando como previsto legalmente (com ação civil pública, ação popular e ações constitucionais).

A autora tenta manter uma linearidade entre sua concepção de sujeito e uma abordagem responsiva do Estado, com mais atenção às questões políticas do que jurídicas. Essa falta de uma linha fronteiriça mais bem estabelecida entre direito e política prejudica sua tese, porquanto ela não reforça de forma mais direta com ações de mudança pelo direito e no direito, numa visão interna – o que, a depender da leitura que se faça dela, não é a intenção da autora, por isso não é algo que necessariamente precise ser projetada para suas intenções teóricas. Fineman sustenta uma mudança política que irá refletir no direito, sem

focar nem em argumentações nem em juízos decisórios a partir dos princípios. A forma como manifesta a possibilidade de mudança está conectada a uma intenção de fins e objetivos que se articulam com uma dimensão dos interesses dos sujeitos, propriamente o político.

Nem por isso, seria possível inferir, a partir da investigação, que sua teorização seria menos relevante para se pensar a partir de um ponto de vista interno, seja metajuridicamente, seja a partir da dogmática e da práxis jurídicas, porquanto vimos que a concepção de sujeito pode, no que tange às condições comunitárias, ser encontrada na teorização de Castanheira Neves, por sermos seres corporais em comunhão e que dividem um mundo com recursos escassos. Há sujeitos com interesses e uma comunidade com um projeto de coexistência. Quando Castanheira Neves propõe a pessoalidade como característica jurídica do sujeito, se refere não só a um sujeito racional de interesses, mas um "sujeito de uma axiologia e normatividade que dêem sentido humanamente vinculante à própria comunicação" (NEVES, 2003, p. 138), justamente para uma projeção de uma unidade integrante que reflita o que há de comum e o que se delineia para a vida em comum. Ademais, encontramos também a projeção dogmática sobre as obrigações positivas e o tratamento jurisprudencial da CEDH, com suas possibilidades de relevância à vulnerabilidade. Tais projeções, ressaltamos, são possíveis do ponto de vista interno do direito se não dependerem da "projeção unilateral" da vulnerabilidade, ou seja, desde que não vá contra o projeto de autonomia e da sua abordagem interna ("que se poderá dizer imanente às práticas e discursos juridicamente relevantes, na medida em que se nos oferece, insista-se, simultânea e inextricavelmente como produto-correlato e como contexto de sentido dessas práticas, nos seus diversos níveis") (LINHARES, 2013, p. 155), e se estiverem presentes no horizonte jurídico nas "práticas de realização" e "discursos dogmáticos" (LINHARES, 2013, p. 157). Afinal, é possível uma proposição jurídica

interna que coadune com os instrumentos processuais em um país (como ação civil pública, mandado de injunção, no Brasil) e com a multiplicidade de sujeitos que podem participar como parte de uma controvérsia jurídica, como sujeitos privados, indivíduos-cidadãos, cidadãos-beneficiários, e "a *communitas* dos *bens jurídicos* a preservar e a *societas* político-juridicamente institucionalizada (ou os órgãos que a representam)" (LINHARES, 2013, p. 181).

Ao pensar o direito como unidade intencional, transdogmaticamente, os princípios são o estrato de validade do sistema jurídico que tem como exigência uma "consonância prática entre os princípios que se invocam como compromissos comunitários e o 'conteúdo normativo-concreto' da realização destes compromissos" (LINHARES, 2013, p. 166). Se ela utilizasse esta concepção dos princípios como ius, numa "compreensão axiológica dos princípios" (LINHARES, 2012, p. 414), poderia construir um novo pensamento sobre as possibilidades do direito a partir de suas condições de emergência e os princípios seriam os fundamentos da "condição específica de *comparabilidade-tercialidade*" (LINHARES, 2012, p. 415).

REFERÊNCIAS

BRONZE, Fernando José. A responsabilidade, hoje (algumas considerações introdutórias. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. 1.** Coimbra: Coimbra, 2012. p. 183-208.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer: Coimbra, 2010.

COELHO, Nuno M. M. Santos. Sobre o jurisprudencialismo: o ocidente como civilização fundada no direito e a filosofia. *In*: COELHO, Nuno; SILVA, Antônio Sá da (Ed.). **Teoria do direito**: direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor Antonio Castanheira Neves. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 231-259.

DENEEN, Patrick J. **Unsustainable liberalism**. Disponível em: https://www.firstthings.com/article/2012/08/unsustainable-liberalism. Acesso em: 28 maio 2018.

FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability, resilience, and LGBT youth. **Temple Political e Civil Rights Law Review**, Forthcoming; Emory Legal Studies Research Paper n. 14-292, 2013/2014. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2434246. Acesso em: 22 abr. 2019.

FINEMAN, Martha Albertson. Beyond identities: the limits of an antidiscrimination approach to equality. **Boston University Law Rev.**, 2012, 92, 1713-1770.

FINEMAN, Martha Albertson. Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency. **The American University Journal of Gender, Social Policy e the Law** 8, n. 1, p. 13-29, 2000.

FINEMAN, Martha Albertson. Elderly as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility. **Elder LJ**, v. 1, p. 71-112, 2012.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. **Yale Journal of Law e Feminism,** v. 20, n. 1, artigo 2, p. 1-23, 2008.

FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and Inevitable Inequality. **Oslo Law Review**, v. 1, n. 3, p. 133-149, 2017.

GEHLEN, Arnold. **Antropología filosófica: del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo.** Bercelona: Paidós Ibérica, 1993, p. 33.

LINHARES, José Manuel Aroso. Na «coroa de fumo» da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? *In:* CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho, 3 v.** Coimbra: Coimbra, 2012. p. 395-421.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O direito como mundo prático autónomo***:* "equívocos" e possibilidades. Relatório com a perspetiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito, polic., Coimbra, 2013.

NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. *In*:_____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2008a. p. 9-48.

NEVES, António Castanheira. Direito hoje e com que sentido. *In*:_____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2008b. p. 43-72.

NEVES, António Castanheira. Justiça e direito. *In*:_____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra, 2011a. p. 241-286.

NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. *In*:_____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 283-336.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2013.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Editora, 1983.

NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. *In*:_____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2008c. p. 129-158.

NEVES, António Castanheira. Revolução e direito. *In*: _____. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 1. Coimbra: Coimbra, 2011b. p. 51-241.

TIMMER, Alexandra. A quiet revolution: vulnerability in the European Court of Human Rights. *In*: FINEMAN, Martha Albertson; GREAR, Anna. **Vulnerability**: reflections on a new ethical foundation for law and politics. Burlington: Ashgate, 2013, p. 147-170.

UNZUETA, Mª Ángeles Maggy Barrère. Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs. subordiscriminación?. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, v. 34, p. 17-34, 2016.

Correspondência | Correspondence:

Gustavo Borges Mariano
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pátio da Universidade, 3004-528. Coimbra, Portugal.
Fone: (+351) 239 859 802/01.
Email: gustavobmariano@gmail.com

Recebido: 27/08/2018.
Aprovado: 25/02/2019.

Nota referencial:

Mariano, Gustavo Borges. Entre o valor e o corpo, a pessoa: as concepções do sujeito nas teorias de Martha Fineman e Castanheira Neves. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 1, p. 177-222, jan./abr. 2019. Quadrimestral.