

A PARTIR DO FEMINISMO, VÊ-SE UM OUTRO DIREITO

Alda Facio

As práticas e teorias feministas têm ensinado que não se pode entender nenhum fenómeno social se não for analisado a partir de uma perspectiva de género e esta implica reconceptualizar aquilo que se está a analisar. Portanto, para se falar do sistema legal de um país, teríamos que reconceptualizar o que entendemos por direito.

Uma proposta que fiz foi no sentido de se entender que o direito é constituído por três tipos de normas: as formalmente promulgadas (componente formal normativo ou direito legislado), as surgidas do processo de selecção e aplicação das leis (componente estrutural ou direito judicial), e as regras informais que determinam quem, quando e como se tem acesso à justiça e que direitos cada um tem (componente político-cultural ou direito dos usos e costumes).

Que direito é esse, como seria, quem o criaria, interpretaria ou aplicaria? Não podemos fazer uma proposta se não conhecermos a fundo o que está mal com o direito que temos. Por isso, gostaria agora de tentar sintetizar algumas críticas que o feminismo tem feito ao direito. Estou convencida que a partir daqui será mais fácil propor um direito mais humano que realmente sirva para a convivência pacífica em vez de ser um instrumento para a exploração da maioria das pessoas por um grupo poderoso.

I. O direito é justo, só é preciso mais mulheres

Uma primeira crítica que o feminismo faz ao direito, resulta de uma concepção de homens e mulheres como essencialmente iguais, com as mesmas capacidades e habilidades. Postula-se que o problema reside no facto de as mulheres não terem tido a capacidade jurídica e a possibilidade de o demonstrar. Deste modo, as acusações de androcentrismo que se tem feito ao direito são relativamente fáceis de corrigir, já que não questionam os seus postulados básicos. É a exclusão das mulheres dos espaços de poder, tradicional e historicamente masculinos, o que se tem que reverter.

Esta crítica é, no fundo, uma denúncia do direito pelas práticas masculinas injustas que se reflectem no facto de que todos os juristas de renome, juízes e legisladores são homens. Isto não contraria as concepções tradicionais do direito, nem questiona a sua aposta pela classe dos ricos, o seu racismo, homofobia, nem nenhuma das suas exclusões. Ainda menos, questiona a contribuição decisiva do direito para a opressão de todas as mulheres e de tantos homens. Aponta e substitui o que tem sido até agora uma injustiça do homem para com a mulher sem se preocupar com as injustiças entre homens e mulheres, e como é óbvio, ainda menos, pela opressão da maioria das pessoas por parte de alguns homens.

Trata-se de uma crítica que se centra no acesso de algumas mulheres na vida pública, por ser esse lugar de onde, segundo esta corrente, as mulheres têm sido excluídas. Parte, ainda, do pressuposto de que as mulheres, pelo facto de serem mulheres, quando estão no poder, quererão ou poderão eliminar todas as normas discriminatórias. Se bem que

seja certo que nós as mulheres ocupamos uma posição a partir da qual nos é mais fácil diferenciar algumas normas que nos discriminam, nem todas sofremos de igual maneira a discriminação, nem todas somos igualmente oprimidas, e mais, algumas têm grandes privilégios económicos, educativos, etc., e a muitas de nós custa a viver a discriminação sexual de forma consciente. Por isso, não é simplesmente a incorporação das mulheres no poder que garante a eliminação de todas as discriminações que sofrem as diferentes mulheres, por serem mulheres.

Não entanto, não há que esquecer que, segundo Carol Gilligan¹, um aumento de mulheres em qualquer dos âmbitos da criação ou aplicação do direito eventualmente o transformaria. Isto é assim porque, segundo as suas investigações, os homens tendem a identificar o jurídico com um sistema de direitos e deveres definidos pelas normas. As mulheres, contrariamente, tendem a adoptar uma atitude menos dogmática e a procurar soluções conformes com a sua concepção de justiça, enquadrada no respeito pelos direitos humanos. Deixando de lado a discussão de se homens e mulheres são moralmente diferentes por natureza, por socialização ou pela sua condição de existência², o certo é que, geralmente, as mulheres têm uma concepção de justiça distinta da dos homens. Esta diferença manifesta-se mais contundentemente quando solucionamos um problema individual que quando criamos leis em abstracto. Mas mesmo assim, neste último caso, está provado que um aumento significativo de mulheres no parlamento, por exemplo, transforma a natureza das leis que ali se promulgam.

II. A lei é justa, mas aplica-se mal

Outra crítica parte do princípio de que o direito, com a excepção de algumas normas discriminatórias, é neutral, objectivo e universal, ainda que tenha sido injusto para as mulheres pelo facto de ser aplicado e interpretado por pessoas insensíveis às relações de poder entre os géneros. A partir desta óptica argumenta-se que a falta de uma perspectiva de género na administração da justiça provocou um desvio androcêntrico na aplicação e na interpretação de leis que são neutras e objectivas.

Este argumento utiliza-se mais frequentemente no que respeita à impunidade dos violadores, incestuosos, e agressores domésticos, às baixas pensões de alimentos, etc. Diz-se, por exemplo, que os juízes não aplicam bem a legislação que castiga esses delitos ou que estabelecem pensões equitativas em abstracto. Com base nesta crítica, argumenta-se que se as leis fossem aplicadas por pessoas sensíveis ao género e com essa perspectiva, mais violadores iriam para a cadeia, as pensões de alimentos seriam mais altas, etc. E, ainda que o anterior possa estar correcto, este tipo de crítica também não questiona a confiança na neutralidade intrínseca dos princípios básicos do direito. De acordo com esta posição, bastaria apenas ter juízes e juízas sensíveis ao género interpretando e aplicando as leis neutras a partir de uma perspectiva de género para que o fenómeno jurídico seja geralmente justo.

Tal como a primeira, esta crítica não questiona, o desvio androcêntrico de todas as normas vigentes e ainda menos o dos postulados básicos do direito. Novamente quero realçar que ainda que a crítica não questione o androcentrismo paradigmático do direito, a solução desgastaria este paradigma. Pensemos somente nos efeitos que teria na concepção do sujeito de direitos e obrigações, se todas as formas fossem aplicadas a partir de uma perspectiva de género. Ainda que a norma aplicada fosse de natureza

androcêntrica, o facto de ser interpretada repetidamente nesta perspectiva de género, transformaria necessariamente o seu conteúdo.

III. Igualdade ou diferença

Uma crítica mais radical, parte da ideia de que mulheres e homens são diferentes (para algumas essencialmente diferentes e para outras cultural ou socialmente diferentes) e que essas diferenças só têm sido tomadas em conta pelo direito quando isso beneficia os homens. Estas correntes defendem que o problema não está nas diferenças senão em como estas têm sido assimiladas pelo conceito de desigualdade, às vezes hierarquizadas de acordo com o termo de maior valor, o homem, suas características, atributos e papéis.

Estas correntes não procuram a igualdade perante a lei de homens e mulheres porque, tal como os outros conceitos criados pela cultura patriarcal, o da igualdade está transformado pela experiência e os interesses masculinos. Esta crítica põe em dúvida que com a igualdade jurídica se alcance a emancipação das mulheres na medida em que até agora isso tem significado equiparação ao homem. Antes pelo contrário, relativiza os conceitos totalizadores da igualdade e da diferença para assumir que em alguns campos as mulheres requererão a igualdade e noutros (as) a validação da sua diferença.

Ainda que esta crítica questione o tratamento idêntico em todos os campos como androcêntrico, não questiona o conteúdo que se tem dado ao princípio de igualdade e, portanto, não propõe um novo, mas contenta-se em exigir que nalguns casos as mulheres devem ser tratadas como homens e em outros como mulheres.

No seu livro “The Female Body and the Law”³, Zillah Eisenstein defende que se deve ter cuidado com qualquer proposta neutral de ambos os géneros pelo direito, porque este é um sistema social criado para a dominação de todas as mulheres e de muitos homens. Estabelece que as normas tratam a mulheres e homens como se não existisse uma relação de poder entre os géneros, por mais que reconheçam diferenças entre eles e elas, sempre redundam na manutenção e reprodução da subordinação das mulheres. Adverte que as normas que pretendem compatibilizar o princípio de igualdade com, por exemplo, a divisão sexual do trabalho, tendem a perpetuar a desigualdade em outros campos. Por exemplo, uma norma que compensará às mulheres domésticas pelas suas diversas tarefas domésticas, redundaria na consolidação do estereótipo de que nós mulheres somos as encarregadas do trabalho doméstico, o qual tem repercussões importantes noutras áreas do direito como é o de família, para citar apenas uma.

IV. O androcentrismo nos princípios básicos do direito

Partindo das concepções de Zillah Eisenstein, outro enfoque pretende encontrar traços androcêntricos nos chamados direitos universais, princípios fundamentais ou garantias constitucionais e nos mecanismos mediante os quais se protegem e até na própria lógica jurídica. Este conjunto de críticas obriga-nos a questionar as próprias suposições de objectividade, racionalidade e universalidade que subjazem na concepção liberal do fenómeno jurídico. Nesta perspectiva postula-se que se requer um reexame dos paradigmas e hipóteses subjacentes à teoria e metodologia do direito para detectar a presença de traços androcêntricos. Ainda mais, este enfoque leva-nos a questionar as bases das nossas formas de convivência durante os últimos cinco ou seis mil anos. Propõem, ainda, desafiar a universalidade dos chamados direitos fundamentais na

suposição de que eles também reflectem os juízos ou critérios masculinos – por mais que sejam promovidos por mulheres.

Os que aderem a este enfoque lembram-nos que desafiar não significa descartar. Pretende-se com estas críticas demonstrar que para que um interesse ou uma necessidade sejam universais, devem ser sentidas por todas as pessoas e não apenas pelos homens das diferentes raças, idades, classes, etc. Lembramos que o que se questiona é o conteúdo androcêntrico que se tem dado aos direitos humanos em geral, não para os desvalorizar, senão para lhes imprimir conteúdos mais inclusivos das necessidades da diversidade humana, com o objectivo de torná-los realmente universais.

Por exemplo, quando a partir desta óptica se questiona o princípio de “*in dubio pro reo*” não se pretende substituí-lo por “culpado até que não se prove a sua inocência”, mas procurar a justiça e benefícios de reverter a carga da prova naqueles casos em que seja mais razoável fazê-lo pelo tipo e circunstâncias do delito. Quando se questiona a “liberdade de expressão” não é para substituí-la pela censura, mas para balanceá-la com outros direitos humanos importantes e necessários como poderiam ser a integridade física, o direito a uma imagem digna, etc.

Como já se disse, nesta perspectiva também se questiona a lógica jurídica como uma lógica masculina. Novamente os seus aderentes advertem-nos que isto não implica substituir a razão pela irracionalidade. Significa questionar a pretensão de reduzir o raciocínio jurídico a um raciocínio lógico-matemático. Significa questionar o sistema dogmático dedutivo próprio da lógica formal porque não é o procedimento adequado para conhecer, interpretar e aplicar o direito. Significa entender que a justiça é constituída por problemas que não têm uma solução unívoca senão varias alternativas possíveis das que há que escolher uma. Significa saber o que é justo para cada caso concreto. Questionar a lógica jurídica significa abrir-se a novas possibilidades de relações de convivência entre os seres humanos sem reproduzir as lógicas que até o dia de hoje limitam o exercício e o gozo do potencial humano de mulheres e homens.

A partir deste enfoque insiste-se em que o direito é masculino porque são as necessidades e conflitos dos homens os que estão codificados nele. Isto não quer dizer que as mulheres não tenham sido tidas em conta. Mas se o foram, é a partir do ponto de vista masculino. As que aderem a este enfoque insistem que isso não significa que exista uma conspiração por parte dos homens que fomentam este propósito. No entanto, assinalam que os homens continuam a ocupar as posições mais importantes e são os que determinam o modo de olhar a realidade social, dando-lhe uma aparência de normalidade mesmo perante aquelas que lhe estão subordinadas. E o direito como instituição contribui em grande medida para a manutenção da visão masculina do mundo.

V. O direito como discurso

Uma recente crítica feminista ao direito⁴ entende-o no sentido Foucaultiano de discurso, ou seja, como uma ampla gama de discussão sobre um tema ou temas que se realizam dentro de uma determinada sociedade⁵. Mas também o entende no sentido mais concreto de linguagem, como o conjunto de sons, unidades de significados e estruturas gramaticais, assim como os contextos onde se desenvolve. Neste sentido, analisa-se o micro-discurso do direito, quer dizer, analisam-se linguisticamente todos os eventos que

constituem o direito – fazer um testamento, prestar um testemunho num juízo, fazer um contrato, pedir um divórcio – para entender o seu macro-discurso como fenómeno social abstracto

A partir desta crítica, o direito como micro e macro-discurso é entendido como a linguagem do Estado autorizada e, por conseguinte, como um discurso impregnado com o poder do Estado. Nesta perspectiva e analisando a linguagem do direito, as feministas partem do princípio de que o mesmo não deixar de ser um discurso patriarcal e androcêntrico por duas razões: a primeira porque a linguagem reflecte a cultura dominante em cada Estado, e a cultura dominante em todos os Estados actuais é patriarcal; e a segunda, porque se o poder estatal é patriarcal, o seu discurso também tem de sê-lo.

Como já se explicou, a análise do poder é central na maioria das teorias feministas e como se pode observar, também o é na análise do direito como discurso. Analisando simultaneamente o direito, a linguagem e o poder, estas críticas permitem-nos entender melhor a razão porque a discriminação e opressão contra as mulheres se mantêm apesar de se ter revogado a maioria das normas substantivas expressamente discriminatórias. Sugerem que escutemos a forma como os polícias falam às mulheres que vêm denunciar os seus maridos, que observemos a expressão dos e das juízas quando uma mulher vítima está a dar o seu depoimento num caso de violação, que analisemos as palavras que utilizam as e os mediadores nos casos de adultério, etc. Embora em nenhum destes casos haja abuso da lei por parte dos funcionários/as, não obstante, em todos reafirma-se a sensação de que não haverá justiça para as mulheres.

Porque é que as mulheres sabem *a priori* que a lei não as tratará com justiça apesar da Constituição Política garantir a igualdade dos sexos perante a lei? A resposta não se encontrará no estudo da norma formal, como nos diz esta crítica. A resposta está nos detalhes da prática legal quotidiana, detalhes que se centram quase exclusivamente na linguagem.

Por isso, esta crítica estuda a linguagem do direito para poder compreender o poder da lei. A premissa é que o poder não é uma abstracção mas uma realidade quotidiana. Para a maioria das pessoas, o poder da lei não se manifesta tanto no seu poder coercivo ou nas decisões do Tribunal Supremo da Justiça, mas nas milhares de transacções e mini-dramas legais que se levam a cabo diariamente nos escritórios de advogados, esquadras da polícia ou tribunais, assim como nas notícias, telenovelas e conferências que de algum modo tratam de um problema jurídico. O elemento dominante em cada uma destas transacções, mini-dramas ou telenovelas, é a linguagem. Através desta, o poder abusa-se, exercita-se ou questiona-se.

Como se tem dito, o discurso não é apenas uma forma de falar sobre o tema, mas também a forma como se pensa e actua sobre o tema. O discurso do direito é então uma forma de falar, pensar e actuar sobre as mulheres, os homens e as relações entre ambos. Entretanto, sendo um discurso patriarcal, as mulheres serão discutidas, descritas e tratadas pelo direito de maneira subordinada aos interesses dos homens. Por isso é que mesmo nos Estados que fizeram reformas legais para eliminar, por exemplo, a revitimização das mulheres nos casos de violência sexual, proibindo perguntar-lhe sobre a sua prévia experiência sexual, ainda não se conseguiu um tratamento justo e equitativo para elas. Segundo estas críticas, isto deve-se a que o discurso continua sendo patriarcal

porque reflecte e reproduz continuamente a ideia de que as mulheres valem menos como seres humanos. Se valem menos, o que dizemos num juízo, por exemplo, tem necessariamente menos valor do que o que diz um homem. Também leva a pensar que o que acontece a uma mulher, por exemplo, uma violação sexual, não é tão grave como quando acontece com um homem e definitivamente é menos grave que mandar um homem à cadeia. Estas formas de falar e pensar levam a um tratamento da lei, ainda que protectora, que termina por discriminar as mulheres.

Reconhecendo que o direito é um discurso do poder, tanto do poder estatal como dos múltiplos poderes locais, esta crítica diz-nos que nós devemos dar atenção, mais que à norma formal, à maneira como ela estabelece as regras, os pensamentos, as atitudes e os comportamentos que pressupõe e incorpora, assim como dar atenção à forma como a norma institucionaliza o que deve ser considerado como legítimo ou ilegítimo, aceitável ou inaceitável, natural ou desnaturalizado. O estudo do direito como discurso pode ser a chave para as mulheres porque pode demonstrar como o direito é mais patriarcal do que a norma, por mais que a norma seja, eventualmente, protectora dos direitos das mulheres.

Notas:

¹ Gilligan, Carol. In *a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press, Cambridge, 1982, pág. 174.

² Entendo (percebo) que a condição existencial incorpora por sua vez elementos biológica e sociais, e por isso que a diferencio (distingo tanto da condição fisiológica como da culturalmente construída).

³ Eisenstein, Zillah. *The Female Body and the Law*. University of California Press, 1988.

⁴ Facio, Alda. *El Derecho habla y habla* (Comunicação apresentada em vários seminários).

⁵ Foucault, Michel. *The History of Sexuality*. Vol. 1: *An Introduction*. Random House, New York, 1978, p. 101.