

Rita Mota Sousa

# **INTRODUÇÃO ÀS TEORIAS FEMINISTAS DO DIREITO**

Edições Afrontamento

---

<b>9</b>	<b>Introdução</b>
<b>17</b>	<b>Capítulo 1. As Correntes da Teoria Feminista do Direito</b>
17	1.1. Feminismo liberal
23	1.2. A afirmação da diferença no feminismo
25	1.2.1. Feminismo cultura
31	1.2.2. Feminismo radical
35	1.3. Feminismo pós-moderno
<b>43</b>	<b>Capítulo 2. Praxis nas Teorias feministas do direito</b>
44	2.1. Métodos jurídicos feministas
56	2.2. O crime de violação
63	2.3. Assédio sexual
<b>73</b>	<b>Conclusão</b>
<b>75</b>	<b>Bibliografia</b>

No centro ontológico das instituições modernas está um sujeito em torno do qual foi constituída e ordenada a realidade: o sujeito masculino. O direito posto não deixou de incorporar este facto. Expressão das dinâmicas sociais, também no direito o universal e o referente era o homem, e a mulher o especial e o derivado. Nas Ordenações Afonsinas, nas Ordenações Manuelinas e no Código Penal de 1852 a mulher, quando é mencionada, é-o tão somente para se lhe atribuírem algumas paternalistas proteções que tanto afirmam a sua menoridade como a sua subalternização em relação ao homem, e sempre com relação aos mesmos lugares: o da sexualidade, o da conjugalidade e o da procriação.

O Código Penal de 1852<sup>1</sup> agrupa crianças e jovens, idosos com mais de 60 anos e todas as mulheres, num exercício de segregação em torno duma presuntiva menoridade que todas estas categorias tinham em comum aos olhos do masculino legislador de então. Quando, no mesmo código, se fazia cessar a aplicação de qualquer pena a violador ou esturador que casasse com a mulher violada ou estuprada, em causa não estava o esforço de retratar o prejuízo sofrido pela mulher, ou não se colocaria nas mãos do criminoso a possibilidade de condenar a vítima, vitaliciamente e pelo casamento<sup>2</sup>. Tratava-se, de acordo com um código moral de formulação exclusivamente masculina, da disposição de um corpo comodificado cujo valor se perdera pela utilização. A mulher era, pois, totalmente reduzida ao seu corpo, um objecto que só tinha o valor que lhe era dotado pelo homem. Usado, já só o esturador o poderia querer. Esta disposição legal, que nos surge tão bárbara e anacrónica, prevaleceu até ao nosso tempo, tendo sido expurgada do sistema legal português no já tardio ano de 1982<sup>3</sup>.

Em Portugal, o Código Civil de 1966

(1) Artigo 70, Código Penal de 1852: «a pena de trabalhos públicos não poderá em caso algum ser aplicada às mulheres, aos menores de dezassete anos, aos maiores de sessenta anos (...)».

(2) Artigo 400, Código Penal de 1852: «Nos casos de estupro ou violação, o criminoso será obrigado a dotar a mulher ofendida. Se, porém, casar com ella, cessará toda a pena».

consagrava um modelo autoritário e hierárquico de família em função do género e assentava na subordinação económica e jurídica da mulher, ocupando esta a posição, no contrato de casamento, de propriedade do marido, sendo legalmente construída como juridicamente incapaz, privada do direito à livre disposição do seu salário, do direito de privacidade perante o marido, do direito à liberdade de circulação, do direito de livremente exercer uma profissão, de administrar os seus bens e de representar os seus filhos<sup>4</sup>.

Conforme nota Teresa Pizarro Beleza<sup>5</sup>, também na versão original do Código Penal português de 1982 o género feminino da autora ou da vítima relevava na relação com a função reprodutora ou maternal da mulher – vejam-se os crimes de infanticídio (artigo 137.º: a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto, estando ainda sob a sua influência perturbadora ou para ocultar a desonra será punida com pena de prisão de 1 a 5 anos); abandono (artigo 138.º n.º 4: se a exposição ou abandono for levada a cabo pela mãe para ocultar a sua desonra e não tiver ocorrido a morte, a pena não poderá exceder 2 anos; se, porém, resultar a morte, que poderia ser prevista como consequência necessária da sua conduta, a pena será de prisão até 4 anos); aborto (artigo 140 n.º 2: será punida com pena de prisão até 3 anos a mulher grávida que der consentimento ao aborto causado por terceiro ou que, por facto próprio ou de outrem se fizer abortar); violação (artigo 201.º: quem tiver cópula com mulher, por meio de violência grave, ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com pena de prisão de 2 a 8 anos) cópula fraudulenta (artigo 203.º: quem tiver cópula com mulher, fazendo-lhe supor a existência de casamento, ou provocando ou aproveitando um erro de forma que a vítima considere a cópula conjugal, será punido com prisão de 6 meses a 3 anos); inseminação artificial (artigo 214.º: quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 1 a 5 anos.)

Após a revisão penal de 1995<sup>6</sup> mantém-se a menção à mulher nos crimes de infanticídio e de aborto (cfr. os artigos 136.º e 140.º n.º 3 do Código Penal português).

Portanto, também no direito penal o referente é o homem. E o facto do criminoso padrão ser um homem torna a mulher criminosa duplamente desviante. O sentido do discurso legal não só é o de impor, designadamente pela via penal, um certo padrão de moral sexual à mulher, mas a construção – e encarceramento – da identidade feminina na relação com a sexualidade, com a procriação e com a maternidade.

Se foi a lei a negar o acesso das mulheres aos cargos de governo, ao voto<sup>7</sup> e aos bancos

(3) SOTTOMAYOR, C., *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977*, p. 80.

(4) SOTTOMAYOR, C., *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977*, p. 86.

(5) BELEZA, T. P., *A mulher no direito penal*, p. 17.

(6) Cfr. Decreto-lei 48/95 de 15 de Março.

(7) A Constituição da República Portuguesa de 1891 e o Decreto 3997 de 30 de Março de 1918 do Governo da República Portuguesa vedaram às mulheres o direito ao voto e a elegibilidade.

das universidades<sup>8</sup>, garantindo em toda a vida pública a dominação masculina, foi também a lei que, silente e omissa reforçou a subordinação da mulher ao homem na esfera doméstica<sup>9</sup>. O sistema de direitos individuais constrói-se, essencialmente, pela protecção do direito de propriedade, propriedade de que o homem era o titular. O Código de Seabra, datado de 1867, estabelece entre os deveres matrimoniais, e quanto ao marido, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher, e quanto à mulher a obrigação de prestar obediência ao marido; a mulher não poderia publicar escritos ou estar em juízo adquirir ou alienar bens, contrair obrigações ou praticar actos de comércio sem autorização do marido. Eis, pois, a consagração legal da menoridade feminina, expressa e directamente afirmada pelos artigos 1184.º a 1202.º do Código de Seabra.

Mesmo quando, no início do século XX, se disseminou o trabalho pago fora de casa, ainda assim a lei não interveio para garantir igualdade nos salários. Se o mesmo trabalho, quando desempenhado por uma mulher é pior pago, ou – como ocorre com o trabalho doméstico – nem sequer é pago, tem inevitavelmente de concluir-se que o trabalho da mulher era considerado de menor valor<sup>10</sup>; e que a mulher não merecia a protecção da lei para repor a justiça nesta desigualdade por se entender tal desvalor como um dado da natureza. De resto, o próprio conceito de trabalho – a atividade remunerada prestada fora de casa – é um conceito masculino, que exclui do seu espectro actividades que ocupam grande parte – ou a totalidade – do tempo da mulher, como o trabalho doméstico, o cuidado de dependentes (filhos, idosos), naturalizando a inexistência de retribuição pela sua prestação.

Em Portugal, é somente com a Constituição da 3.ª República, aprovada em Abril de 1976, que se consagra a igualdade salarial entre os sexos, sendo de 1979 a Lei da Igualdade<sup>11</sup>. O acolhimento da igualdade de género na legislação portuguesa é, ainda assim, muito mais tardio do que nos textos internacionais, embora a consagração nestes também

(8) É de 7 de Novembro de 1860 o Decreto de Lei em que, «considerando no exemplo das nações mais adiantadas onde é garantido a ambos os sexos o direito de exercer a arte de curar, Sua Majestade El Rei autoriza Maria José Cruz de Oliveira e Silva, com oito anos de prática, a realizar exame de farmácia na Universidade de Coimbra». Note-se que a autorização concedida à mulher pelo soberano não é para a frequência da Universidade, mas para a realização do exame.

(9) TAUB, N., SCHNEIDER, E. M., *Women's Subordination and the Role of Law*, p. 9.

(10) De resto, mesmo com garantias legais reconhecidas, as mulheres, em 2012, na Europa, têm salários 16,2% mais baixos que os homens.

[http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/documents/130530\\_annual\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/documents/130530_annual_report_en.pdf) último acesso em 11 de Março de 2014. Em 2010 e segundo os dados dos Quadros de Pessoal, os elementos relativos à população trabalhadora por conta de outrem a tempo completo, em Portugal, mostram que as mulheres auferem cerca de 82% da remuneração média mensal de base dos homens ou, se falarmos de ganho médio mensal (que contém outras componentes do salário, tais como compensação por trabalho suplementar, prémios e outros benefícios, geralmente de carácter discricionário), 79,1%. Fonte: CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego,

[http://www.cite.gov.pt/pt/acite/disparidadessalariais\\_05.html](http://www.cite.gov.pt/pt/acite/disparidadessalariais_05.html), último acesso em 11 de Março de 2014.

(11) Decreto-lei 392/79 de 20 de Setembro.

se fizesse quando já já adiantado o século XX: é de 1945 a Carta das Nações Unidas que proclama a igualdade entre homens e mulheres, sendo mais tardia a expressão da obrigação dos Estados de promoverem ações positivas na erradicação da desigualdade, feita pela Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 17 de Dezembro de 1979<sup>12</sup>.

O homem foi, portanto, o único sujeito que as leis se destinavam proteger, facto que é tão evidenciado pelo seu conteúdo substantivo como pela própria linguagem da lei. «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações», declarava o artigo 1.º do Código de Seabra, indiferente ao facto de, pelo seu sentido literal, as mulheres não terem representação, e indiferente, ainda, ao facto daquela expressão não comportar um uso neutro, pois que para se referir à humanidade a palavra Homem teria de ser iniciada com letra maiúscula<sup>13</sup>. Isto não obstante mais adiante, no artigo 7.º, o legislador, num acesso de neutralidade e a propósito do dever de igualdade da lei, expressar que a lei civil é igual para todos, não fazendo distinção de pessoas. Cremos que o contraste destas duas expressões se torna eloquente: o uso indistinto dos termos «homem» e «pessoas» para fazer referência à universalidade do direito; e o facto de a lei somente especificar o sexo quando se trata de mulheres, indicam-nos que os direitos, na sua génese, são masculinos e demonstram-nos como, no discurso jurídico, a mulher foi historicamente construída como «o Outro».

Acreditamos que este breve périplo pelas origens do direito moderno português não pode deixar de produzir, em todas as mulheres, uma marcada sensação de humilhação porque ilustra e demonstra o discurso oficial e declarado, que remetia a mulher a um estatuto que pouco a distanciava do de um animal de companhia, não foram as suas utilidades domésticas e procriativas. Social e juridicamente, todas as mulheres foram agrupadas numa mesma categoria indiferenciada e universal, desconsiderando as particularidades dos seus reais contextos e aptidões. O homem tinha classe social, profissão, função na família (chefe de família, bom pai de família, primogénito, varão, marido). Já a ideia da mulher era homogénea, atribuindo-se-lhe uma identidade uniforme, forjada desde presunções de incapacidade, de subordinação ao homem e de existência dependente, isto é, de existência justificada na exclusiva medida da relação com o masculino, e nunca autonomamente. A mulher, quando especialmente referida, é relevada como incapaz, virgem, viúva

(12) BELEZA, T. P., *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade da Cassandra*, p. 205 e 206.

(13) Notamos a falta de observação da regra de gramática em Belez, T. P., *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade da Cassandra*, 23. Sobre a erradicação da referência ao género no direito, cfr. p. 35 e ss. A autora refere que «uma qualquer perspectiva que não puramente liberal poderá questionar o paradigma da neutralidade pelo menos de duas maneiras: em primeiro lugar, a eliminação da referência ao género do autor ou da vítima em certos crimes (...) poderá ser tida como obnubiladora da real diferenciação dos actos que se pretende censurar, implicando uma igualdade socialmente inexistente; em segundo lugar é questionável e muito discutida a legitimidade daquilo a que se tornou comum chamar «discriminação positiva» ou «ações de afirmação» que implicam uma efetiva pressão, também em termos de estatuições legais, no sentido de reequilibrar as posições socialmente desiguais dos homens e das mulheres – o que implica necessariamente a sexualização expressa das definições jurídicas positivas».

honestas ou mulheres adúlteras, portanto, sempre sendo sublinhada a sua diminuição e a sua existência em relação – sexual, conjugal ou sucessória – com o homem<sup>14</sup>.

É evidente que hoje pouco restará daquele tempo em que o único destino normal da mulher era o casamento, com uma liberdade e autonomia inexistentes, somente exercidas através do homem – pai, marido, irmão. As lutas feministas foram determinantes neste caminho. E o caminho foi o de pensar reformas legais, mas também o de pensar todo um novo paradigma epistemológico, social e legal.

Este trabalho pretende, com o apoio das correntes e das autoras feministas que descrevemos, reflectir sobre a capacidade emancipadora do direito, e designadamente sobre o modo como o direito actua na direcção do movimento de libertação da mulher. Para o efeito é indispensável reflectir ainda sobre as circunstâncias em que o direito que aprendemos e que aplicamos mimetiza, reproduz e reforça dinâmicas sociais patriarcais. Importa considerar caminhos possíveis para quebrar o padrão do universal branco, masculino e burguês a partir do qual e em confronto com o qual todos os outros significados e identidades – designadamente a feminina – são representados e que conforma o direito.

Nesta análise torna-se indispensável percorrer as correntes feministas que se desenharam até aos dias de hoje, e porque o debate se faz em torno da igualdade e da diferença, abordar como estes dois princípios de debatem e conciliam na luta das mulheres pela sua emancipação. Iremos, por isso, traçar um pânorama das principais correntes, autoras e questões que se discutem dentro da Teoria feminista do direito.

A luta das mulheres é, tem de ser, uma luta que se trava no campo do direito: luta pelo reconhecimento da igualdade e da diferença, e dos arquétipos políticos e métodos legais através dos quais a igualdade e a diferença se irão acomodar. Luta por um direito novo, pensado de uma perspectiva nova, que inclui as diferenças sem as sublinhar, e que não reforça as desigualdades. Um direito que resolva o dilema da diferença.

O direito deve aqui ser compreendido em sentido lato, incluindo,

As regras que constituem o corpo legal formal, os discursos em que tais regras se situam e através dos quais são articuladas e elaboradas; as instituições por via das quais as regras são permanentemente subvertidas e modificadas na sua implementação e administração; as instituições educativas que transmitem a cultura legal de geração para geração, e os vários actores cuja participação, como advogados, clientes, funcionários, juizes, jurados, árbitros, mediadores, assistentes sociais, legisladores, burocratas, professores e estudantes<sup>15</sup>.

A análise da Teoria feminista do Direito, ou Feminist Jurisprudence, é

(14) Artigo 394.º: Aquele que tiver cópula ilícita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra sua vontade (...) Artigo 395: Aquelle que, por meios fraudulentos de sedução, estuprar mulher virgem, ou viúva honesta (...).

Uma reflexão filosófico-jurídica que analisará e informará – como é próprio da Teoria do Direito e da Jurisprudência (consoante a genealogia intelectual anglo-saxónica ou alemã) – os preceitos legais, a Dogmática, a Jurisprudência, as práticas jurídicas de outros níveis, sempre de um ponto de vista crítico feminista<sup>16</sup>.

Mas qual a relevância concreta de análise do direito desde uma perspectiva crítica feminista? Percebe-se no direito positivo uma fonte de perpetuação das assimetrias de poder e de garantia da sua manutenção na disponibilidade daqueles que têm o poder de ditar as leis – no caso, a estrutura patriarcal da sociedade. Para algumas Teorias feministas do Direito, as reformas legais são meramente paliativas, iludem a realidade, mas não a transformam – mormente, na nossa leitura, para as radicais e para as pós-modernas. Por exemplo, os excertos nas leis laborais que prevêm a maternidade são normas de excepção defronte do regime regra. O regime regra pertence ao masculino. Sendo o masculino o padrão normativo da sociedade, é também o padrão do trabalhador. Como o homem nunca engravida, a possibilidade de gravidez permanece sendo vista pelo mercado de trabalho como uma desvantagem, e isto não obstante as reformas legais que são feitas para protecção da situação da trabalhadora grávida ou puérpera. No horizonte da teoria crítica está a ideia de que a realização plena da mulher só se fará com uma alteração de paradigma, que remova o masculino do centro do mundo e altere as suas polaridades. Outras correntes feministas acreditam nas reformas e esperam que a igualdade decorra da assimilação da mulher pelo direito – aqui incluímos o feminismo liberal.

Portanto, a via para alcançar a inclusão e a igualdade difere de acordo com a perspectiva teórica adoptada. Por isso entendemos relevante elaborar uma primeira parte deste trabalho em que esperamos apresentar as principais correntes feministas e, dentro destas, as autoras do área do Direito com trabalhos e contributos que mais nos marcaram no estudo da Teoria feminista do Direito. Seguindo uma classificação mais ou menos consensual, dividimos a nossa abordagem em feminismo liberal, com referência à igualdade formal; com referência à igualdade como diferença tratamos o feminismo radical ou da dominação, e o feminismo cultural ou relacional; e com referência à multiplicidade de identidades, o feminismo pós-moderno, termo em que incluímos também o feminismo interseccionalista.

Na segunda parte do texto serão abordados temas que concretamente preocupam as mulheres na sua relação com o direito; e que, cremos, são de molde a melhor demonstrar como o direito pode operar na construção da identidade da mulher e na sua subordinação – e também na sua emancipação. Ficando tantos e tantos outros aspetos por analisar, escolhemos expôr o crime de violação e o assédio sexual.

A escolha sobre a análise dos métodos jurídicos feministas relaciona-se com a relevância que, da perspectiva operativa judiciária e forense, lhes atribuímos na erradicação de prá-

(15) DALTON, C., *Where we stand: observations on the situation of feminist legal thought*, p. 32.

(16) BELEZA, T. P., *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade da Cassandra*, p. 272.



ticas preconceituosas que inconscientemente aflorem na atuação da aplicadora e do aplicador do direito. Além disto, o contacto com as autoras da teoria do direito feminista também esclareceu que frequentemente as reformas legais que procuram promover a igualdade de género são assimiladas pelo pensamento patriarcal, e os resultados, afinal, encontrados acabam por ser precisamente os contrários à intenção original do legislador. Portanto, se a declaração do legislador por si não é garante da igualdade, acreditamos que a sua associação aos métodos jurídicos feministas trará um contributo relevante no reequilíbrio do viés patriarcal do direito onde este exista.

No presente trabalho, com honrosas exceções para os valiosos contributos em língua portuguesa prestado pelas obras de Maria Clara Sottomayor, de Teresa Pizarro Beza e de Adriana Vidal, os textos consultados provêm, na sua essência, de autoras e autores anglófonos, mormente norte-americanos. A pertinência da referência detalhada à experiência norte-americana prende-se com o facto de, em matéria de Teoria feminista do Direito, o grande avanço ter sido produzido por autoras norte-americanas que inevitavelmente inspiraram as reflexões que se possam fazer nesta matéria. O facto é tão mais notório quando se perceba a vastíssima oferta de textos escritos e a generalizada oferta de núcleos, departamentos e revistas especializadas na matéria existentes em todas as universidades anglófonas. Pese embora o forte vínculo deste trabalho com a experiência norte-americana possa surgir deslocado e distanciado, facto é que o trajeto das feministas norte-americanas, representando uma versão relevante da história a ser escrita e descrita por mulheres, se tornou, pelo menos para mim, profundamente inspirador.

Entre as críticas que comumente se apontam a algumas correntes feministas está a das tendências universalista e essencializante, de assimilar à perspectiva de algumas mulheres – brancas, de classe-média e academicamente qualificadas – a perspectiva de todas as mulheres, bem como a tendência para justificar todas as formas de opressão com base no sexo. Embora, cremos, tenhamos consciência dos perigos do essencialismo e do universalismo, acreditamos que é muito difícil, na realidade e no tempo em que vivemos, dissociar a luta pela emancipação da mulher da recondução a categorias essencializantes. Porventura numa sociedade plenamente, ou pelo menos mais emancipada, tal recondução será dispicienda e mesmo contraproducente. Mas no actual estado da arte, consideramos, ainda, necessário aprofundar e aumentar a consciência feminista, e para tanto a utilização de categorias e falar em opressão e subordinação da mulher permanece útil, se não mesmo fundamental.

Além disto, temos por inevitável constatar a comunalidade da opressão feminina, independentemente da muita relevância de outros fatores de opressão que se cruzem com essa dimensão da pessoa – a raça, a classe social, a orientação sexual ou deficiência física. A multiculturalidade das sociedades democráticas permite a emergência de múltiplos movimentos e de grupos diferenciados, com objetivos reivindicativos os mais diversos, e muito ligados com o modo próprio de sentir a injustiça social. A possibilidade de troca de forças entre cada um nessa miríade de movimentos é benéfica e acreditamos na importância da criação de espaços para a manifestação de todos, dos mais transversais aos mais desconstruídos.

Assumo, pois, a cedência à comodidade da essencialização. O conhecimento é enquadrado pela experiência, e estou certa que a compreensão pela limitação da minha experiência fará perdoar, onde se perceba, a limitação do meu conhecimento.

Refiro, finalmente, o jubilo com que utilizo o português de Portugal num trabalho a apresentar na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro sobre Teoria feminista do Direito. Perdoe-se-me a imodéstia pois percebo como é estulta a fusão deste trabalho com a grandeza do seu pensamento, mas ocorre-me parafrasear Agostinho da Silva que, referindo-se à língua portuguesa dizia ser língua futura, não de passado; não de relatos, mas de projectos; não de saudades, mas de esperanças<sup>17</sup>.

(17) SILVA, A., *Ensaio sobre cultura e literatura portuguesa e brasileira*, v. 2, p. 51.