



Rita Alexandra Barreira da Mota de Sousa

**Teorias Feministas Do Direito:
a Emancipação do Direito pela Mulher**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Márcia Nina Bernardes

Rio de Janeiro
Abril de 2014



Rita Alexandra Barreira da Mota de Sousa

**Teorias Feministas do Direito:
a Emancipação do Direito pela Mulher**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como parte dos requisitos parciais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Márcia Nina Bernardes

Orientadora

Departamento de Direito .– PUC-Rio

Prof^a. Adriana Vidal Oliveira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Ricardo Cunha

UERJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 14 de Abril de 2014

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Rita Alexandra Barreira da Mota de Sousa

Graduada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa em 1998. Áreas de interesse são Direitos Humanos, Democracia, Teoria Feminista, Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Teoria Legal Crítica e Teoria do Estado.

Ficha Catalográfica

Sousa, Rita Alexandra Bareira da Mota de

Teorias feministas do Direito: a emancipação do direito pela mulher. / Rita Mota de Sousa; orientadora: Márcia Nina Bernardes – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2014.

99 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) .– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Feminismo liberal. 3. feminismo radical. 4. feminismo cultural. 5. feminismo pós-moderno. 6. teorias do direito feminista. 7. métodos jurídicos feministas. 8. igualdade. 9. autonomia. 10. vulnerabilidade. I. Esteban, Carlos Alberto Plastino. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Resumo

Sousa, Rita Mota de; Bernardes, Márcia Nina. **Teorias feministas do direito: a emancipação do direito pela mulher**. Rio de Janeiro, 2014. 99p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

No processo de libertação da mulher questiona-se o potencial emancipador do direito. A crença das feministas liberais na assimilação da mulher pelo direito deu lugar ao desencanto das feministas culturais na igualdade formal e à afirmação da diferença. Com as feministas radicais desenhou-se a crítica ao direito como *status quo*, que as feministas pós-modernas levaram mais adiante afirmando que o direito é causa e produto da desigualdade e a necessidade de um novo paradigma no direito. Os métodos jurídicos feministas questionam os métodos jurídicos tradicionais herdados da concepção moderna de Estado liberal, e apresentam uma nova perspectiva do direito, capaz de identificar os pontos em que a sua aplicação reforça as assimetrias de poder e de as corrigir. O estudo do crime de violação e do assédio sexual demonstra as diferentes perspectivas que o direito pode assumir na resolução dos problemas que se colocam às mulheres, e como por vezes se dá a absorção das reformas legais e a sua transformação pela ideologia patriarcal.

Palavras-Chave

Feminismo liberal; feminismo radical; feminismo cultural; feminismo pós-moderno; teorias do direito feministas; métodos jurídicos feministas; igualdade; autonomia; vulnerabilidade.

Abstract

Sousa, Rita Mota de; Bernardes, Márcia Nina. (Advisor) **Feminist theories of law: Women emancipating law**. Rio de Janeiro, 2014. 99p. Msc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

In women's liberation process, law is questioned in its emancipating potential. Liberal feminism belief in law assimilationism gave rise to cultural feminists disenchantment in formal equality and to difference affirmation. Radical feminists draw critics to law as a *status quo*, critics post-modern feminists took further stating law as inequality cause and product, and also the need for a new paradigm in law. Feminist juridical methods question the traditional methods inherited from liberal State modern conception, and present a new perspective in law, able to identify and correct law where its application reinforces power asymmetries. Violation and sexual harassment study aims to demonstrate how law can assume different perspectives in solving women's problems and how, sometimes, legal reforms are absorbed and transformed by patriarchal ideology.

Keywords

Liberal feminism; radical feminism; cultural feminism; post-modern feminism; feminist jurisprudence; feminist juridical methods; equality; autonomy; vulnerability; feminist consciousness raising.

Agradecimentos

O meu primeiro agradecimento é dirigido à Senhora Professora Doutora Gisele Cittadino. Não me é possível expressar a gratidão pela grandeza dos horizontes que se me abriram com a frequência do curso de mestrado na PuC do Rio, de que a Professora Giselle foi a primeira incentivadora. Pelo profissionalismo e encorajamento que senti da sua parte desde a primeira troca de correspondência lhe dirijo as minhas primeiras palavras.

Agradeço também à Senhora Professora Doutora Márcia Nina Bernardes, pela mão de quem me foi mostrado o universo das autoras feministas do direito. Quando a curiosidade me levou a participar no Grupo de Estudos de Direito e Género que orienta estava longe de imaginar a mudança interior que essa frequência iria produzir em mim. Li algures que as leituras que fazemos passam a circular na nossa corrente sanguínea e a alteram. Verdade sentida com particular sensibilidade a cada textos que a Professora Márcia Nina Bernardes nos indicava para estudo e discussão nas sessões de Grupo, para mim autêntica experiência de laboratório do método da consciencialização feminista.

Agradeço muito a constância do seu apoio na orientação da dissertação, mesmo quando passou a ser prestado com o Atlântico de permeio, e o optimismo com que, quando necessário, foi capaz de me corrigir.

Agradeço à PUC do Rio de Janeiro pela oportunidade de crescimento e de aprendizagem que me possibilitou com a admissão no curso de mestrado.

Agradeço muito aos meus amados pais, Manuel e Maria Teresa, pelo apoio incondicional nas minhas decisões, mesmo quando podiam parecer quiméricas, e por me terem legado a curiosidade que me trouxe até aqui; aos meus muito queridos irmã e cunhado, Manela e Joaquim, e aos meus maravilhosos sobrinhos Salvador e Rita, pelos rasgos de alegria que, como sempre fazem, também deram aos dias mais solitários e reflexivos durante a elaboração desta dissertação.

À Senhora Conselheira Maria Clara Sottomayor reservo um agradecimento muito especial pois sem o seu apoio este trabalho seria bem diferente. Nas longas

conversas mantidas, a Senhora Conselheira Maria Clara Sottomayor sempre me reforçou o valor do estudo da condição da mulher e do feminismo desde a perspectiva do direito. Agradeço a generosidade que também me ensinou, tanto pela permanente disponibilidade como pela cedência de muitos e fundamentais livros da sua biblioteca pessoal que inspiraram este trabalho, demonstrando que a grandeza de carácter e a simplicidade vão de mãos dadas.

A todos os meus amigos, em Portugal e no Brasil, que não vou nomear pelo risco da minha distração poder gerar imperdoáveis decepções. E que me vão perdoar por ter de abrir aqui duas excepções. Em primeiro lugar, devo nomear o António Pele, amigo em que verdadeiramente entendo o significado da fraternidade e da amizade, e que, como em tudo, muito me ajudou neste trabalho. E ainda Viviane Magno, minha soror de aventuras, desventuras e muitas venturas que sempre me inspira com a sua jovial delicadeza, vivacidade, inteligência e sentido de humor.

Agradeço à Carmen e ao Anderson, da secretaria da pós-graduação, pela solicitude e disponibilidade, e, importa dizê-lo, paciência infinita com que sempre atenderam as minhas angústias.

Às minhas colegas que no Tribunal de Pequena Instância Criminal, Fátima Correia, Laura Ramos, Adelaide Geraldês e Mónica Cardoso pela compreensão que tiveram sempre que a escrita da dissertação teve de se sobrepor ao trabalho no Ministério Público.

Agradeço, finalmente, a todos os meus professores e professoras, pela nobre tarefa que é a de ensinar e de partilhar o conhecimento, e a quem este trabalho é especialmente dedicado por acreditar na educação como “O” meio para a emancipação do ser humano. Agradeço particularmente a todos os professores da pós-graduação da Puc do Rio de Janeiro que ainda não mencionei, e designadamente a Adriana Vidal, Letícia Martel, Adriano Pilatti, Maurício Rocha, Francisco Guimaraes, Fábio Leite, Carlos Plastino, Noel Struchiner e José Maria Gomez pelo exemplo do que deve ser a docência, e pelo entusiasmo, paixão e alegria com que me ofereceram os seus conhecimentos, que me transformaram e que também em mim ficam gravados com paixão e alegria.

Sumário

Introdução	9
1 Correntes da Teoria feminista do Direito	19
1.1 Feminismo liberal	19
1.2 A afirmação da diferença no feminismo	27
1.2.1 Feminismo cultural	29
1.2.2 Feminismo radical	37
1.3 Feminismo pós-moderno	42
2 Praxis nas Teorias feministas do Direito	52
2.1 Métodos jurídicos feministas	54
2.2 O crime de violação	69
2.3 Assédio sexual	77
3 Conclusão	89
4 Bibliografia	92

Introdução

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 1852¹ 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 estuprador 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.² 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 estuprador 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 1982.³

Em Portugal, o Código Civil de 1966

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

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.”

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

circulação, do direito de livremente exercer uma profissão, de administrar os seus bens e de representar os seus filhos.⁴

Conforme nota Teresa Pizarro Beleza,⁵ 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 1995⁶ 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.

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.

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 voto⁷ e aos bancos das universidades,⁸ 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.⁹ O sistema de direitos individuais constroi-se, essencialmente, pela proteção 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 diretamente 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;¹⁰ e que a

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.

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 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,

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 inexigibilidade 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.¹¹ 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 se fizesse quando já ia 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 1979.¹²

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.¹³ Isto não obstante mais

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.

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 Beleza, 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

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 *peessoas*. Cremos que o contraste destas duas expressões se torna eloquente: o uso indistinto dos termos “homem” e “peessoas” 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 honesta ou mulher adúltera, portanto, sempre sendo sublinhada a sua diminuição e a sua existência em relação – sexual, conjugal ou sucessória – com o homem.¹⁴

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.

de reequilibrar as posições socialmente desiguais dos homens e das mulheres – o que implica necessariamente a sexualização expressa das definições jurídicas positivas”.

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 (...).

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, juízes, jurados, árbitros, mediadores, assistentes sociais, legisladores, burocratas, professores e estudantes.¹⁵

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

Uma reflexão filosófico-jurídica que analisará e informará – como é próprio da Teoria do Direito e da Jurisprudência (consoante a genealogia intelectual anglo-

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

saxónica ou alemã) – os preceitos legais, a Dogmática, a Jurisprudência, as práticas jurídicas de outros níveis, sempre de um ponto de vista crítico feminista.¹⁶

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 proteção 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.

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

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 perspetiva operativa judiciária e forense, lhes atribuímos na erradicação de práticas 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 Beleza 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 inspiram as reflexões que se possam fazer nesta matéria. O facto é tão mais notório quando se percebe 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 júbilo 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.¹⁷

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

1

As correntes da Teoria feminista do Direito

1.1

Feminismo liberal

É nos anos 60 e 70 do século XX, com o acesso das mulheres às universidades e às faculdades de direito, que as primeiras batalhas pela igualdade de género se travam nos tribunais norte-americanos. A aquisição da consciência de desigualdade e da necessidade imperativa de reformas legais que repusessem a justiça, está, parece-nos que logicamente, associada à presença das mulheres nos cursos de direito e nas profissões do direito, presença que lhes atribuiu os instrumentos adequados para aprofundarem a compreensão dos argumentos a invocar.¹⁸ Nesta altura, a crítica ao direito foi feita atomisticamente, para determinadas questões concretas, em torno da igualdade dos salários e contra a discriminação sexual. O impulso dado pelas advogadas e académicas nesta luta foi de crucial importância, desenhando uma espiral, da prática à teoria e devolvendo à prática. Surgem, inúmeras sociedades de advogadas dedicadas à litigância em casos de discriminação com base no género e à aplicação da 14ª Emenda a situações de discriminação sexual. Ruth Bader Ginsburgh, admitida na faculdade de direito de Harvard em 1956, viria a liderar as estratégias de litigância pela igualdade de género nos estados Unidos da América, tendo, mais tarde, sido designada pelo presidente Bill Clinton para o Supremo Tribunal norte-americano.¹⁹ Anna Moscowits Krotz é outra das ativistas e juristas que impulsiona a discussão da igualdade de género nos tribunais.²⁰ Em volta destes casos, judiciais ou de reforma legislativa, gerou-se discussão entre as profissionais do direito, nos tribunais e nas universidades, questões que posteriormente se elevaram dos factos aos princípios, podendo dizer-se que constituindo o embrião das Teorias feministas do Direito.

Grosso modo, são estes debates em torno da igualdade formal que se identificam com o feminismo liberal situado nos anos 70 e no início dos anos 80

18 BOWMAN C. G.; SCHNEIDER, E. M., *Feminist legal theory and the legal profession*, p. 250 e 253.

19 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 35.

20 QUINN, M. C., *Feminist Legal Realism*, p. 26 e ss.

do século XX, e surgido em torno de questões muito concretas - e que precederão a formação de teorias com visões mais globais da posição da mulher como sujeito de direitos num sistema legal que é patriarcal (como por exemplo, a visão da relação da mulher com o direito apresentada por Catharine Mackinnon e que abaixo descreveremos).

O feminismo liberal teve como objetivo lato o de abrir o acesso às mulheres a áreas da vida até então exclusivas dos homens. Identifica como a fonte de injustiça a desigualdade, isto é, a diferença de tratamento entre homens e mulheres em casos em que essa diferença de tratamento não tinha qualquer razão de ser ou justificação racional.

Sendo, em suma, as diferentes características atribuídas às mulheres a causa da sua opressão histórica, o feminismo liberal adoptou o conceito aristotélico de igualdade para a correção da desigualdade: a igualdade consiste em dar o mesmo tratamento a pessoas semelhantes. Em Aristóteles a igualdade é uma virtude moral, que se identifica com a justiça. A injustiça reside em tratar iguais de modo diferente e em tratar diferentes de modo igual.²¹ Uma tal visão da igualdade parte de uma evidência empírica e de simetria: empírica, porque o modo como cada um deve ser tratado baseia-se naquilo que ele “é”; de simetria porque pressupõe uma comparação entre dois termos de valor igual. Portanto, casos iguais devem ser tratados de forma igual e casos diferentes devem ser tratados de forma diferente.

Se mulheres e homens têm um estatuto igual, são essencialmente iguais e devem ser tratados de forma igual. O feminismo liberal parte, pois, da premissa de que não existem diferenças assinaláveis, relevantes, entre homens e mulheres, e que justifiquem um tratamento diferenciado. O tratamento diferenciado, onde se verifique, é injusto, e - porque se baseia na diferença - resolver-se-ia pela aniquilação da diferenciação. A igualdade seria alcançada quando apagadas as diferenças e sublinhadas as semelhanças entre mulheres e homens.²² Afinal, sendo os homens e as mulheres iguais em valor humano, em dignidade, em capacidade, e não havendo, como tal, diferenças que possam relevir entre homem e mulher,

21 MACKINNON, C., *Sex Equality*, p. 5 e 6.

22 EICHNER, M., *On postmodern feminist legal theory*, p. 32.

não há qualquer racionalidade na discriminação, no tratamento distinto dado aos diferentes sexos.

Este é um modelo formal de igualdade, porque dirigido à igualdade de tratamento, *ab initio* e de princípio, portanto, independente da igualdade dos resultados. As feministas liberais acreditavam que o tratamento legal das mulheres como iguais aos homens lhes traria liberdade de escolha, autonomia e seria suficiente para a realização do estatuto de plena igualdade.²³

Embora sendo clara a existência das duas dimensões – sexo e género - as feministas liberais usavam estes termos indistintamente. Cumprirá aqui fazer a distinção destes dois termos no seu sentido mais corrente: o sexo reporta-se à diferença física e anatómica entre a mulher e o homem (a vagina e o pénis); o género é a dimensão social da personalidade, incluindo o aspecto físico, as atitudes e comportamentos - e que se sobrepõem ao sexo. Finalmente, será de referir a orientação sexual, que corresponde ao desejo sexual ou afetivo de uma pessoa em relação a pessoas do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos.²⁴ A confusão entre estas três dimensões é passível de gerar preconceitos, por exemplo, assumindo-se que uma pessoa do sexo masculino que tenha comportamentos efeminados é homossexual. Dada a associação da discriminação às diferenças biológicas entre homens e mulheres e a assimilação de diferenças socialmente construídas a causas biológicas, as liberais prefeririam relevar a dimensão social e não a biológica.²⁵

A igualdade de tratamento importava que se reconhecesse e afirmasse que se as mulheres eram iguais aos homens não podiam ser discriminadas em relação a estes com base no género. Deveria ser a lei a estatuir que o sexo não é um fator de distinção relevante, demonstrando olhar os seus destinatários como indivíduos, neutramente, e não em termos de categorias. Com isto, o feminismo liberal importava, ainda, a neutralização de características biológicas exclusivas das

23KRIEGER, L. J., COONEY P. N., *The Miller-Whol controversy: equal treatment, positive action and the meaning of women's equality*, p. 162.

24 CASE, M. A., *Disaggregating gender from sex and sexual orientation*, p. 10 e 11.

25 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 216. Mary Ann Case oferece uma explicação mais prosaica: Ruth Bader Ginsburgh teria confundido o uso dos termos deliberadamente para evitar o uso da palavra sexo: “para mentes impressionáveis a palavra sexo pode trazer imagens impróprias”. CASE, M. A., *Disaggregating gender from sex and sexual orientation*, p. 10.

mulheres, como sejam a gestação e o aleitamento. Estes traços mais imediata e exclusivamente caracterizadores das mulheres, para as feministas liberais, deveriam ser ignorados pelo direito e pelas políticas públicas pois que o reconhecimento da diferença afastaria a mulher da almejada igualdade.

Da perspectiva das feministas liberais, a afirmação da diferença não tinha sido vantajosa para as mulheres, sendo mesmo as diferentes características, físicas e biológicas, atribuídas às mulheres a causa da opressão e da submissão feminina. Neste tempo histórico, a “ideologia da diferença” era ainda dolorosamente transportada pela memória das feministas liberais. As mulheres foram historicamente excluídas de todo o espaço da vida pública – negócios, política, academia, serviço militar, desporto, cultura – espaço que era ocupado e dominado pelos homens. O universo feminino era o doméstico, onde estas levavam a cabo as tarefas essenciais ao cuidado da casa, das crianças e dos homens. Esta divisão assegurava que os homens poderiam, sem outras preocupações, continuar o seu envolvimento na vida pública.

A teoria das esferas separadas reconhece a divisão do mundo em público/ masculino e doméstico/ feminino, divisão que foi, até ao feminismo liberal, generalizadamente naturalizada e aceite como inerente à natureza de cada um dos géneros: “o destino e missão primordiais das mulheres são os de cumprir os nobres e benignos ofícios de mulher e de mãe”,²⁶ escreveu-se numa decisão judicial do século XIX.

Esta separação que remete a mulher ao espaço doméstico e familiar era, na verdade, a mais conveniente ao homem, assegurando-lhe a exclusividade da esfera pública e a manutenção do poder de determinar o modo como o mundo se conhece e se ordena à sua imagem e de acordo com a sua conveniência. Atribuir à natureza das coisas ou mesmo à ordem divina a causa da separação das esferas foi, tão somente, a forma de perpetuar uma tal divisão, não obstante a sua irracionalidade e injustiça.

Portanto, a naturalização da pertença feminina ao espaço doméstico, com base nas características biológicas da mulher, é uma criação ideológica da sociedade patriarcal tendo em vista a sua estabilidade e a reprodução da divisão do

26 TAUB, N., SCHNEIDER, E. M., *Women's Subordination and the Role of Law*, p. 15.

poder estabelecida. Conforme refere Martha Chamallas, as esferas separadas são ideológicas porque resultam da projecção de uma ideia que reforça e mantém a distribuição de poder patriarcal, mas que não tem correspondência com a realidade da vida. As mulheres não estavam, afinal, historicamente confinadas ao recato do lar porque sempre trabalharam arduamente, dentro e fora de casa.²⁷

A lei acolheu a ideologia das esferas separadas que relegou as mulheres para a esfera privada da casa e da família, enquanto os homens dominaram a esfera pública do trabalho, da política e da vida intelectual. As esferas separadas serão mais adequadamente percebidas como uma ideologia do que como uma descrição da realidade, porque não descrevem com precisão as vidas de muitas mulheres – particularmente de mulheres de cor e da classe trabalhadora, que sempre trabalharam fora de casa para se sustentar e às suas famílias. Em vez disso, as esferas separadas reflectem a visão cultural dominante do papel ideal da mulher, mesmo quando se nega a muitas mulheres o “privilégio” de viverem as suas vidas de modo consistente com esta imagem.²⁸

O direito contribuiu explicitamente para esta organização, ora proibindo o acesso da mulher à esfera pública – por exemplo, proibindo o voto e o exercício de profissões; ora ausentando-se de regular a esfera doméstica, assegurando também neste espaço, e pela omissão, a dominação masculina. Por exemplo, a exigência de autorização do marido para a celebração de contratos pode ser lida como uma forma de estabelecer sempre a mediação masculina no contacto da mulher com a esfera pública. Também o casamento, na sua essência contratual, constituía o homem na obrigação de prover à subsistência da mulher, a troco da prestação, por esta, das tarefas domésticas e de serviços sexuais.²⁹ A obrigação de alimentos do marido para com a mulher divorciada é o efeito de um contrato de matrimónio que assenta na dependência económica da mulher em relação ao homem.

Este é, aliás, o tipo de privilégio cuja verdadeira bondade a “geração da igualdade” criticou, sendo esta crítica dos privilégios central no feminismo liberal. Certas previsões legais especiais, que pretensamente beneficiariam a mulher, como a proteção especial da lei à mulher divorciada pela atribuição de alimentos, ou a preferência maternal na decisão da custódia dos filhos, vêm, na verdade, dar corpo ao estereótipo da mulher como sexo fraco, incapaz de prover ao seu

27 MOSSMAN, M. J., *Feminism and legal method: the difference it makes*, p. 289.

28 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 35. Tradução livre.

29 TAUB, N., SCHNEIDER, E. M., *Women's Subordination and the Role of Law*, p. 9 e 11

sustento, estereótipo que a ideologia da diferença disseminou. Certas distinções que a lei fazia, alegadamente visando a protecção da mulher, na realidade encerravam-na no espaço doméstico e reforçavam as barreiras de acesso ao trabalho pago e às universidades.

Tendo a ideologia da diferença sido acolhida pela lei³⁰ como forma de justificar o tratamento desigual entre a mulher e o homem,³¹ bem se compreende que, para as feministas liberais, a anulação da discriminação se fizesse com base no princípio da igualdade formal: deveria ser a lei a reparar a situação, declarando que as mulheres eram iguais aos homens, em direitos como em obrigações.

Daqui decorre que o feminismo liberal não tenha criticado os sistemas legais na sua raiz, nas suas características de generalidade, abstracção neutralidade e universalidade da lei,³² sendo por via desta característica que encontrou tanta aceitação:

O feminismo liberal aceita a ideologia cultural e política predominantes, e por essa razão tem grande capacidade persuasiva. (...) A visão liberal, que ganhou acietação judicial generalizada na última década, estabelece que diferenças normativas não podem justificar classificações discriminatórias. São as características de indivíduos similarmemente situados, e não de grupos a que estes pertencem, que devem presidir a classificação e a selecção.³³

O que o feminismo liberal colocou em crise foi, portanto, o modo como a lei se dirigia às mulheres, tratando-as como um grupo em torno de características presumidas, ao invés de as tratar como indivíduos. Dado que assumir a irrelevância das características particulares das mulheres era um pressuposto da sua equiparação legal aos homens, o desenho conhecido dos sistemas legais já continha a capacidade de protecção para ambos os sexos, que não careciam de mais do que assumir a recepção da mulher, de a assimilar, como sujeito pleno do direito vigente, devendo passar a aplicar-se-lhe nos mesmos exatos modos em que já o fazia com relação ao homem. Por isso se diz que o feminsimo liberal é

30 Cfr. *supra*, na introdução, os exemplos extraídos do direito português.

31 A este propósito, parece-nos esclarecedora a expressão de TAUB, N., SCHNEIDER, E. M., *Women's Subordination and the Role of Law*, p. 11: "Isolar as mulheres numa esfera divorciada da ordem legal contribuí directamente para o seu estatuto de inferioridade, por se lhes sonegar o o apoio legal de que necessitam para melhorarem as suas vidas e por se apoiar a conduta dos homens que controlam as suas vidas". Tradução livre.

32 DALTON, C., *Where we stand: observations on the situation of feminist legal thought*, p. 4.

33 KRIEGER, L. J. COONEY, P. N., *The Miller-Wohl controversy: equal treatment, positive action and the meaning of women's equality*, p. 163 e 168.

assimilacionista. A pergunta que então se colocava era: quais as alterações e reformas legais necessárias para que as mulheres sejam assimiladas pelo direito?

O “ERA – Equal Rights Amendment”, movimento surgido nos Estados Unidos entre 1972 e 1982, exigia a introdução, na Constituição norte-americana, de uma emenda que assegurasse uma teoria nacional e uniforme da igualdade dos sexos. Aquando da sua discussão, foram apontadas três vias para garantir a igualdade de géneros nos sistemas legais: alargar às situações de discriminação de género as normas constitucionais existentes; rever as normas infraconstitucionais; rever a Constituição:

Existem três métodos para alterar os sistemas legais e para assegurar igualdade de direitos para as mulheres. Um deles é alargando a possibilidade de recurso com fundamento na Cláusula de Igualdade da Décima-quarta Emenda. Um segundo é através da revisão das leis federais e estatais. E o terceiro é através de uma nova Emenda constitucional. Estas possibilidades não são, obviamente, mutuamente excludentes. A questão básica é a de saber qual o método, ou qual a combinação de métodos que será mais efectivo na erradicação da discriminação sexual pela lei.³⁴

O debate do ERA é emblemático da visão reformadora do feminismo liberal, e da crença de que as reformas legais continham a capacidade de produzir igualdade, portanto, da capacidade das estruturas institucionais de produzirem mudanças efectivas nas relações sociais e na alteração das suas dinâmicas de poder.

Foi, enfim, a visão reformadora do feminismo liberal e da igualdade formal, com as suas revisões legais pontuais, que terminaram com certas proibições legais e vieram garantir, pelo menos formalmente, o acesso das mulheres a áreas da vida pública que até então lhe estavam vedadas, e o acesso a outras áreas em condições de maior justiça e igualdade: o acesso ao ensino universitário; a igualdade no pagamento do trabalho assalariado; o acesso a cargos de chefia nas empresas.

Os traços comuns que identificamos para o feminismo liberal surgiram, pois, da exigência de respostas da lei a concretos casos de discriminação, designadamente, salarial, no trabalho e na atribuição de benefícios sociais, e que lemos não tanto como a criação de um novo espaço mas como a abertura de um espaço já existente. Pelo menos de acordo com a letra da lei e com a interpretação

34 EMERSON, T. I.; BROWN, B. A.; FALK, G.; FREEDMAN, A. E. *The equal rights amendment: a constitutional basis for equal rights for women*, p. 884.

que lhe deveria ser dada pelos tribunais na sua aplicação. Mas na verdade, e tal como no ponto seguinte melhor se descreverá, a visão reformadora falhou, entre o mais, e como causa imediata, pela desatenção a situações inegavelmente específicas da mulher e que interferem diretamente com a sua liberdade de escolha e atuação: a gravidez e a maternidade. A sonegação, pelas feministas liberais, da diferença nas mulheres também implicou, na visão de outras correntes feministas e designadamente do feminismo cultural, a assimilação forçada e violenta da mulher ao mundo masculino e androcêntrico, sendo tal postura, ela própria, uma negação da igualdade.

Mas, também, porque dirigindo-se mormente à ocupação da esfera pública pelas mulheres, a esfera doméstica, mesmo após as primeiras reformas subsequentes às reivindicações das feministas liberais, permaneceu relativamente intocada, como “terra de ninguém” - não no sentido de território sem dono, mas pela invisibilidade e total ausência de reconhecimento do valor do trabalho doméstico e da mulher que o empreende. O trabalho doméstico permaneceu uma obrigação da mulher, como que consequência natural do seu lugar no mundo, não remunerado nem considerado. Em consequência, prosseguiu como uma reminiscência do sinalagma natural do contrato matrimonial que oferecia à mulher um tecto e proteção a troco da manutenção da casa e da família. Isto não obstante ter o trabalho doméstico passado a ser acumulado com o trabalho fora de casa a tempo inteiro e com o contributo da mulher para o ingresso de rendimentos na família.

Os frutos do feminismo liberal podem, enfim, colher-se em todos os textos legais, doutrinários e jurisprudenciais que proíbem a discriminação com base no sexo ou no género, e permanecem, hodiernamente, a referência comum da prática judiciária e legal da cultura ocidental. O feminismo liberal teve ainda a virtualidade de inscrever nas agendas políticas e da esfera pública a questão da igualdade de género.

Porque as suas precursoras provêm do activismo e da prática forense, não é possível identificar obras fundadoras do feminismo liberal, senão momentos importantes, como o debate gerado em torno do ERA – Equal Rights Amendment, ou do caso *Reed v. Reed*. Neste caso, datado de 1971, o tribunal estadual de Idaho

atribuiu ao pai adotivo de um jovem que se suicidara intestado a administração dos seus bens, preterindo a mãe adotiva. Fê-lo com base numa presunção de que atribuir a administração dos bens ao homem seria a vontade do defunto, portanto, assumindo que o homem é geralmente reconhecido como mais capaz para a administração de património. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América declarou esta decisão inconstitucional, consagrando o precedente de que qualquer diferenciação legal a ser feita com base no sexo teria de ter um fundamento racional.

1.2

A diferença no feminismo

A desigualdade com base nos sexos mostrou-se, apesar das reformas legais, resiliente: a igualdade *de iure* revelava-se afinal insuficiente para efetivar a igualdade *de facto* para as mulheres. Uma década volvida e viria a identificar-se um hiato entre os textos legais e a realidade. Nos anos 80 circunstâncias como a feminização da pobreza,³⁵ a dominação masculina na política, o tecto de vidro,³⁶ ou o “segundo turno” das mães trabalhadoras deixavam claro que as vidas das mulheres realmente não eram iguais às vidas dos homens. Podendo ser eficaz a lidar com circunstâncias partilhadas pelos dois sexos, a igualdade formal já não se mostrava tão adequada para resolver problemas específicos da mulher, na resposta a situações em que a diferença não podia deixar de ser considerada, como ostensivamente decorre do facto da gravidez.

De um modo geral, o feminismo dos anos 80 centrou-se na assunção da diferença, afirmando que reconhecer a diferença não poderia equivaler a uma legitimação da desigualdade e à sua naturalização, justificando-a com a biologia. A condição de subordinada, oprimida, de cidadã de segunda a que a mulher era sistematicamente remetida era uma construção da cultura patriarcal e androcêntrica e produzida pelas suas práticas sociais. A mudança teria de provir

35 Por feminização da pobreza entende-se o aumento dos níveis de pobreza nas mulheres, quando comparada a evolução da pobreza em mulheres e homens.

36 “Glass ceiling”. Esta expressão refere-se ao obstáculo “invisível” que se coloca entre as mulheres e o topo das carreiras profissionais, de tal modo que estas conseguem olhar e observar, mas não atingir, os lugares de chefia.

das instituições e como tal, também do direito, a que assistia o dever de considerar a diferença das mulheres, e de enfrentar e acolher as necessidades específicas que se lhes colocavam. Não seria justo exigir que, para serem acolhidas pelo direito, fossem as mulheres a mudar, buscando a igualdade na proximidade com os homens, já que esse movimento frequentemente redundava no seu prejuízo.

Assim surgem as correntes feministas que advogam a tese do “tratamento especial”, exigindo que leis específicas considerem as diferenças e ofereçam tratamento especial nas situações em que a condição da mulher assim o imponha – como no caso da gravidez. O que não foi isento de controvérsia. Para as defensoras da igualdade formal, para quem igualdade significava igualdade de tratamento, o tratamento especial era contrário à igualdade. Tendo presente o contributo de certos privilégios legais para o enraizamento da ideologia da diferença, afirmava-se que o tratamento especial seria mais pernicioso do que efetivo, porque reforçava estereótipos.³⁷

Tomando os factos da gravidez e da maternidade³⁸ as feministas do tratamento especial reclamavam que em determinadas situações específicas das mulheres a igualdade de tratamento entre os sexos resulta em desigualdade para as mulheres, porquanto as instituições estavam concebidas de acordo com um protótipo masculino e com as prioridades, valores e características deste protótipo. Eram necessárias políticas de acomodação razoável e de discriminação positiva, que alterassem, no necessário, a configuração das instituições, concebidas de acordo com esse padrão normativo masculino.

Compreendendo que o modelo normativo da sociedade é masculino, as feministas do tratamento especial vieram evidenciar como o tratamento igual também colocava em particular desvantagem aquelas mulheres cujas características ou trajectos de vida mais se desviassem do modelo normativo,

37 Na situação de licença de maternidade ou posterior a um aborto, as liberais entendiam que a lei não devia prever uma norma especial para tais casos, que deviam ser equiparados, por analogia, a situações em que os homens também necessitassem de licenças por força de intervenções médicas ou cirúrgicas. KRIEGER, L. J.; COONEY, P. N., *The Miller-Wohl controversy: equal treatment, positive action and the meaning of women's equality*, p. 163, 164.

38 “Quando as mulheres passaram a ser tratadas como homens começou a perceber-se que as mulheres não eram homens. É particularmente visível que as mulheres não são homens quando estão grávidas.” CAIN, P., *Feminist jurisprudence: grounding the theories*, p. 360. Tradução livre.

como sejam as mães trabalhadoras. A igualdade não poderia significar que as mulheres tinham os mesmos direitos que os homens, pois tal implicaria concordar com a norma masculina. O tratamento especial somente seria contrário à igualdade quando assentasse em estereótipos machistas, universalizando paternalisticamente a fragilidade da mulher.

Haveria que reconhecer que certas diferenças entre os sexos são únicas e inerentes a um dos sexos. A gravidez era, de facto, uma característica das mulheres. O modelo liberal não oferecia uma proposta de justiça para estas situações, pois a norma masculina não tem analogia possível com a gravidez ou a maternidade. O tratamento especial seria uma forma de anular a desvantagem com que as mulheres se confrontavam, e colocá-las no mesmo ponto de partida por forma a que pudessem competir no mercado laboral em igualdade de circunstâncias com os homens.

Conforme referem Krieger e Cooney, a igualdade tanto pode ser compreendida como um direito individual a tratamento igual como uma política social promovendo a igualdade como um efeito. Nas circunstâncias em que o tratamento especial fosse desejável, a igualdade seria o fim a alcançar por via de políticas sociais, em vez de ser o ponto de partida. Estas autoras adoptam o “ponto de vista bivalente”, introduzido, por seu turno, por Elizabeth Wolgast. Segundo Wolgast, a visão liberal de que as diferenças entre os sexos sejam ilusórias é errada pois tais diferenças são substanciais. A igualdade entre os sexos surgirá somente numa sociedade que respeite e acomode as diferenças, e em que as instituições almejem a igualdade de efeitos. Se os indivíduos são iguais em direitos, sempre que tal seja necessário para evitar discriminação e assegurar tratamento igual, deverão ser consagrados direitos especiais.

Eis, pois, as questões que enquadram o debate da diferença como igualdade que se segue.

1.2.1 Feminismo Cultural

Advogando também a diferenciação, afirma-se a corrente do feminismo cultural, que encontra as suas raízes nas obras de Carol Gilligan e de Nancy

Chodorow. Em “*In a Different Voice*”,³⁹ Gilligan articulou os resultados da investigação que conduziu sobre os padrões de decisão e de resolução de dilemas morais de homens e mulheres. O estudo concluiu que homens e mulheres têm diferentes formas de ajuizar. Os homens adotam uma linguagem de direitos, baseada numa ética de princípios universais, separam a questão moral da relação concreta de que emana, e resolvem o dilema hierarquizando valores (por exemplo, a vida sobre a propriedade) extraindo uma conclusão definitiva. Este processo, que a autora denominou de a voz da ética e da justiça, estaria muito próximo do método legal.⁴⁰

Por seu turno, as mulheres valorizam mais as relações interpessoais. Portanto, em lugar de estabelecerem uma hierarquia entre os direitos em conflito, as mulheres procuram uma solução que envolva o menor prejuízo possível para todos os envolvidos. Sem recorrer à abstracção dos elementos relevantes, mantêm-se centradas na particularidades do caso, abordando o dilema contextualmente para que todas as partes encontrem uma solução satisfatória, sem imposição de uma solução definitiva. A este processo, Gilligan chamou a ética do cuidado, proferida por uma “voz diferente” daquela correspondente ao padrão masculino de juízo. Refira-se, todavia, que tanto os homens como as mulheres recorreram a ambos os tipos de raciocínio, sendo que a conclusão é que a ética do cuidado prevaleceu nas mulheres (60%), e a ética da justiça prevaleceu nos homens (95%). O estudo de Carol Gilligan também concluiu que, à medida que as meninas crescem, a “voz diferente” vai sendo silenciada e cedendo lugar à voz da ética.

Perante o dilema de Heinz as soluções apresentadas também evidenciaram a dualidade do desenvolvimento moral entre feminino e masculino. O dilema coloca as pessoas na seguinte situação: Heinz, que tem a mulher a morrer de cancro, necessita de um medicamento que, por o farmacêutico local vender demasiado

39 GILLIGAN, C., *In a different voice – psychological theory and women's development*. O estudo de Gilligan surgiu como uma reacção aos estudos relativos à psicologia e ao julgamento moral empreendidos, denominadamente, por Lawrence Kohlberg, em cujas amostras intervinham somente homens mas que apresentavam os resultados como válidos para mulheres e homens. Deste modo, as mulheres ficavam sempre posicionadas em escalas inferiores quando avaliadas de acordo com os resultados desses estudos.

40 GILLIGAN, C., *In a different voice – psychological theory and women's development*, p. 25 e ss.

caro, Heinz não pode comprar. Deverá Heinz roubar o medicamento? Para ilustrar aquela dualidade, Gilligan cita Jake e Amy, ambos de onze anos. Jake, o menino, resolve o dilema opondo, priorizando e equilibrando os direitos em conflito aplicando o que Gilligan denominou da ética da Justiça: a vida sobre a propriedade, logo Heinz deverá roubar o medicamento. Por seu turno, Amy, a menina, tenta compatibilizar e harmonizar os interesses em conflito a partir da multiplicidade dos dados concretos daquela situação particular: Heinz e o farmacêutico tentaram explorar outras possibilidades, como uma troca ou a realização de um empréstimo, negociando o preço? Porque razão não conversaram para que Heinz pudesse fazer ver ao farmacêutico a importância da vida da mulher de Heinz? Amy emprega o que Gilligan nomeou de ética do cuidado.

Por forma a comparar o julgamento moral abstrato e hipotético nas mulheres e nos homens, Carol Gilligan colocou, ainda, a decisão de abortar como um dilema, por se tratar de decisão em que a mulher decide exclusivamente pela sua voz.⁴¹ Concluiu que as mulheres constroem os problemas morais em termos diferentes dos homens, encarando-os como responsabilidades conflitantes, envolvendo relações complexas entre o “Eu” e o “Outro”, entre responsabilidade e egoísmo e considerando valores como a sobrevivência, a bondade e o cuidado.

O estudo do aborto demonstra a centralidade dos conceitos de responsabilidade e do cuidado na construção do domínio moral da mulher, a forte ligação, no pensamento da mulher, entre a noção de si e a moralidade, e por fim a necessidade de uma teoria do desenvolvimento ampliada que inclua as diferenças da voz feminina.⁴²

Gilligan concorda com a explicação psicanalítica para as diferentes identidades de género avançada por Nancy Chodorow. Para esta autora, as diferenças entre feminino e masculino não se explicam pelas diferenças biológicas, mas pelo facto de as mulheres, geralmente, se ocuparem do cuidado dos bebés e das crianças numa fase em que se estabelece definitivamente a identidade de género, até aos três anos.⁴³ Na relação com as mães, as meninas, por serem do mesmo sexo, tendencialmente, experimentariam identificação e continuidade, internalizando a personalidade cuidadora, que vivenciavam através

41 GILLIGAN, C., *In a different voice – psychological theory and women's development*, p. 70.

42 GILLIGAN, C., *In a different voice – psychological theory and women's development*, p. 105. Tradução livre.

43 GILLIGAN, C., *In a different voice – psychological theory and women's development*, p. 7 e ss.

das mães, e centrada na ligação, na empatia, na relação, na responsabilidade para com o outro, e fundindo a experiência de ligação com a mãe com a de formação da sua identidade, experiência ao mesmo tempo do feminino e do cuidado. Por esta razão a identidade feminina identifica-se com a ligação e com a preservação das relações, sendo ameaçada pela separação.

A continuidade, que tem como ponto de partida a identidade de género entre mãe e filha, não existe entre a mãe e o filho. Porque as mães vêm nos filhos o masculino, o distinto, o seu oposto identitário, não existe continuidade entre os dois, pelo que os rapazes vivenciam a relação com a sua cuidadora como uma separação. Consequentemente, no desenvolvimento da personalidade dos rapazes a identidade masculina é ao mesmo tempo baseada na separação e ameaçada pela intimidade, porque a formação da identidade masculina é concomitante com a separação da mãe.

No plano da teoria legal feminista, estas duas autoras tiveram enorme influencia no trabalho de Robin West.⁴⁴ West entende que a teoria legal moderna adere à “*tese da separação*”, para quem o ser humano é aquele que é distinto, que está separado, individualizado do outro – o humano é o indivíduo:

O que nos separa é, num qualquer importante sentido, mais forte do que o que nos relaciona – mais importante epistemologicamente e moralmente. Prioritariamente, somos indivíduos, distintos, e só depois formamos relações e empreendemos formas de cooperação com os outros; só então se prioriza a pluralidade sobre a unidade.⁴⁵

A tese da separação constroi-se sobre a separação biológica do indivíduo com relação aos demais seres humanos e à natureza, considerando aquilo que separa, epistemológica e moralmente, mais importante do que aquilo que liga e relaciona. Como o humano deriva da separação, a existência relaciona-se com a autonomia, e se o indivíduo existe separado do outro e autónomo, então o indivíduo é livre. Eis, em suma, como surgem os valores da autonomia e da liberdade.⁴⁶ Este ponto de vista é considerado na história moderna e liberal como

44 WEST, R., *Jurisprudence and gender*.

45 Sandel, M., *apud* WEST, R., *Jurisprudence and gender*, p. 2. Tradução livre.

46 Segundo West, a autonomia e a liberdade são os valores essenciais do liberalismo, para quem a associação de indivíduos surge na exclusiva medida da necessidade para a realização dos fins individuais e porque o indivíduo teme a sua aniquilação por força dos conflitos de interesses surgidos na realização da sua autonomia e liberdade. Na teoria legal crítica o indivíduo também existe materialmente separado dos demais, mas o seu medo é a alienação, a solidão, e o isolamento

uma verdade auto-evidente e universal, de tal forma que, diz West, totaliza o direito.

Porém, a essência da mulher, segundo West, não é a da separação, sendo variados os momentos da sua vida em que a experiência da ligação surge com grande intensidade e profundidade: a gravidez, a experiência invasiva da penetração heterossexual, que pode conduzir à gravidez, a experiência mensal da menstruação, que representa o potencial da gravidez; a amamentação.

Efectivamente, talvez a intuição mais importante da teoria legal feminista da última década tenha sido a de que as mulheres são essencialmente relacionadas, e não essencialmente separadas, do resto da vida humana, tanto materialmente, através da gravidez, da relação sexual e da amamentação, como existencialmente, através da vida prática e moral. Se por “seres humanos” os teóricos do direito querem dizer homens e mulheres, então a tese da separação é claramente falsa. Se, em alternativa, por seres humanos querem dizer aqueles para quem a tese da separação é verdadeira, então as mulheres não são seres humanos. Não é difícil adivinhar o que quiseram dizer.⁴⁷

Seja efectivamente ou potencialmente, as mulheres estão materialmente ligadas a outras vidas humanas e ao mundo, e este facto define a subjectividade feminina, caracterizada pela intimidade, pelas capacidades de cuidado e de desvelo do outro, de preservação da vida, e pelo medo e temor da separação do outro a que está ligada. Por esta razão, a mulher vê no outro uma extensão de si própria, e não uma ameaça. Daqui decorre que a moralidade, para as mulheres, integra um conjunto de responsabilidades perante os outros – em vez de um conjunto de direitos individuais e de autonomia perante os outros, como, segundo West, ocorre com os homens.

De acordo com a teoria da separação, o “outro” é, por princípio, igual. As desigualdades naturais são equilibradas por uma ética de igualdade, de direitos e de autonomia. O outro a que a mulher está ligada não é um igual, é um ser vulnerável e frágil de que lhe cabe cuidar – a criança. Portanto, essa desigualdade, na mulher, resolve-se com uma moralidade de cuidado e de responsabilização pelo bem-estar do mais frágil.

existencial. Por isso, o indivíduo busca comunidade e unificação tanto com o outro como com natureza, e fazendo-o através do amor, do trabalho e do governo. WEST, R., *Jurisprudence and gender*, p. 4 a 12.

47 WEST, R., *Jurisprudence and gender*, p. 3. Tradução livre.

A experiência de ligação, relacional, vivida pelas mulheres, informaria também o seu conceito de valor, que não surge em torno da autonomia, da justiça, do individualismo e dos direitos como acontece com os homens, mas em torno do cuidado, da comunidade, da responsabilidade e da intimidade. Assim que, para as mulheres, a vida bem conduzida (“*the good life*”) é baseada em respostas contextualizadas e concretas, de cuidado e afecto, dadas às necessidades daqueles mais dependentes e mais frágeis. Já para os homens os valores da vida exemplar centram-se no respeito dos direitos individuais dos pares, e na capacidade dedutiva e cognitiva para inferir, desses direitos, regras para viver em segurança. A ligação da mulher ao outro é, em suma, e de acordo com o feminismo cultural, a diferença que a caracteriza e que deve ser celebrada e valorizada.

Todavia, a natureza feminina caracterizada pela ligação, cerne do feminismo cultural, foi também o seu calcanhar de Aquiles. Podia encontrar-se no feminismo cultural uma perigosa atualização das esferas separadas e da ideologia da diferença.

Para compreender em que consiste a ideologia da diferença, importa, muito brevemente, recuperar o conceito marxista de ideologia, sendo uma falsa consciência, uma distorção da realidade, que oferece uma visão invertida e deslocada para a desigualdade social e para a injustiça. A falsa consciência é criada por aqueles que detêm o poder, e partilhada pelos que são oprimidos pela injustiça e pela desigualdade, justamente para garantir a estabilidade e reprodução dessa desigualdade e injustiça, em benefício daqueles que controlam as relações de produção – os capitalistas.⁴⁸

Do mesmo modo, a ideologia patriarcal consiste na falsa consciência da existência de diferenças entre homens e mulheres, assinalando a cada um certas preferências e dons alegadamente naturais de acordo com os quais são distribuídos os seus papéis sociais. Assim, a mulher estaria naturalmente mais apta ao desempenho de tarefas relacionadas com o lar, com o cuidado da família e com a maternidade, e seria menos capaz de desempenhar actividades mais sérias, burocráticas ou mesmo fisicamente mais exigentes, porque se trata de tarefas masculinas. Esta diferenciação não tem, afinal, nada de natural ou de verdadeiro,

48 MARX, K., ENGELS, F., *A ideologia alemã*, p. 57 a 61.

tratando-se de uma ilusão fabricada pelo sistema patriarcal de dominação ao serviço da reprodução dessa dominação.

Ao essencializar as mulheres de acordo com a sua propensão ao cuidado e à ligação, o feminismo cultural poderia ser lido como uma actualização da teoria das esferas separadas, por identificar a mulher com o papel de cuidadora da família, dos filhos e do marido, e mais apta ao desempenho de tarefas relacionadas com essas qualidades, portanto, num alinhamento com os mesmos argumentos que historicamente foram a causa da sua opressão. Os perigos da apropriação dos argumentos do feminismo cultural pelo *status quo* foram evidenciados em algumas acções judiciais.

Veja-se o caso *EEOC v. Sears, Roebuck & C.^a* no qual a companhia de armazéns norte-americana Sears obteve ganho de causa na ação que lhe foi movida pela associação de trabalhadores por, ao longo de 7 anos, entre 1973 e 1980, não admitir mulheres para o lugar de comissionista de vendas. A Sears conseguiu convencer o tribunal de que não fazia discriminação de género e que não era por sua iniciativa que as mulheres não eram contratadas para o cargo de comissionistas de vendas. As mulheres, segundo a Sears, não se candidatavam ao lugar por não se tratar de um cargo interessante para elas, ora por ser ferozmente competitivo, ora pela natureza dos objetos transaccionados – produtos para automóveis, fornalhas, vedações, etc. Ao mesmo tempo, e com base nos depoimentos das suas testemunhas, a Sears construiu a ideia de que as vendas não comissionistas eram mais adequadas a mulheres, envolvendo menos pressão, menos riscos, e produtos que eram mais do seu interesse, tais como cosméticos, jóias, roupa para crianças e têxteis-lar; e que o geral interesse crescente nas vendas comissionistas por mulheres, verificado nos anos 70 e 80, se relacionava com o facto de lhes oferecer a possibilidade de um horário a tempo parcial.

A Sears ofereceu, ainda, o depoimento de uma historiadora, que convocando os argumentos de Gilligan, afirmou que historicamente as mulheres e os homens ocupavam diferentes lugares na divisão do trabalho, divisão que em todas as sociedades foi feita com base no sexo. A especialista ofereceu uma caracterização das mulheres como mais interessadas nas relações e na família, e que no mundo do trabalho davam prevalência à cooperação e às relações sociais, desvalorizando

a competição e os ganhos monetários, sendo “ingénuo considerar que o efeito natural de tais diferenças seja uma prova de que a Sears discrimina”.⁴⁹

Este caso evidencia a facilidade com que os argumentos académicos das feministas culturais podem ser apropriados para alimentar estereótipos, e convertidos contra as finalidades do feminismo. A aclamada preferência pelos afectos, pelo consenso, pelo cuidado e pela ligação foram naturalizados e cristalizados em papéis sociais pré-determinados. O que justificou a interpretação dos elementos estatísticos apresentados pela EEOC - e que revelavam que a Sears colocava as mulheres em lugares de vendas não comissionistas, pior pagos, reservando as vendas comissionistas, mais rentáveis, aos homens – como se fosse uma escolha natural e livre das mulheres porque consentânea com as suas preferências naturais, e não como actos de discriminação. Portanto, à exigência da prova estatística, demonstrativa do número de homens e mulheres admitidos nas vendas comissionistas, prova corrente nos casos da discriminação, o tribunal, esdruxulamente e com base nos argumentos da Sears, exigiu, ainda, a demonstração de que as mulheres tinham o mesmo interesse no cargo que os homens.

Cremos que hodiernamente, sendo o espaço público e o mundo do trabalho incontestavelmente participados pelas mulheres – sem juízos relativos à justiça dessa participação - foram abandonados alguns pudores, relacionados com o receio de recuperação das esferas separadas, na inclusão dos contributos das feministas culturais, pelo que a assimilação de tais contributos veio enriquecer, designadamente, a compreensão da Teoria feminista do Direito na contraposição com a teoria do direito tradicional.

A Teoria tradicional emana de um modelo liberal, que assenta, designadamente, na oposição de binários (homem-mulher; cultura-natureza; razão-emoção) e que, portanto, vê nas dicotomias e na oposição o modo natural de ordenação da vida. As feministas, certamente inspiradas pela afirmação do feminismo cultural, querem romper com este modelo de conflito passando a um outro, de pensamento relacional, conciliatório e que privilegie as experiências e as narrativas individuais.

49 MACKINNON, C. *Sex equality*, p. 198 a 209.

O modo diferenciado de sentir, pensar e saber, mais centrado na conciliação do que na adversariedade, atribuído pelo feminismo cultural às mulheres, inspirou os mecanismos alternativos de resolução de litígios e na mediação, que representam uma tentativa de equilibrar a rigidez do modelo de adversários, introduzindo os valores da cooperação, comunicação e de acordos mútuos na resolução das disputas legais.⁵⁰

1.2.2. Feminismo Radical

Patricia Cain ensaia uma definição do feminismo radical contrapondo-o ao feminismo liberal: onde as liberais viam homens e mulheres como indivíduos, as radicais centraram-se nas mulheres como classe, uma classe dominada por outra classe – os homens. Além disto, se para as liberais os argumentos de igualdade se baseiam nas semelhanças entre mulheres e homens; para as radicais baseiam-se nas diferenças, sendo que tais diferenças foram socialmente construídas em ordem a permitir a dominação. As radicais negam a naturalidade da essência feminina e afirmam que as mulheres foram socialmente construídas, donde a desconstrução não virá a expor uma qualquer essência.⁵¹

Catharine Mackinnon identificou na subordinação sexual da mulher pelo homem a causa da sua opressão histórica. A compreensão da desvantagem histórica da mulher reside na sua objetificação em ordem ao prazer masculino, sendo as diferenças de género uma consequência desta exploração.⁵² A

50 MENKEL-MEADOW, C., *Portia in a different voice: speculations on a women's lawyering process*.

51CAIN, P., *Feminist jurisprudence: grounding the theories*, 241.

52 “A sexualidade é para o feminismo o que o trabalho é para o marxismo: o que é mais próprio e, no entanto, mais extraído. A teoria marxista argumenta que a sociedade é fundamentalmente construída pelas relações que as pessoas formam à medida que produzem os bens necessários à sobrevivência humana. O trabalho é o processo social de moldagem e transformação do mundo material e social, que produz seres sociais à medida que as pessoas criam valor. Essa é a atividade pela qual as pessoas se tornam no que são. A classe é a estrutura, a produção a consequência, o capital a sua forma congelada e o controlo a sua questão central.

Implícito na teoria feminista está um argumento paralelo: o moldar, o direccionamento e a expressão da sexualidade organiza a sociedade em dois sexos – homens e mulheres – cuja divisão é subjacente à totalidade das relações sociais. A sexualidade é o processo social que cria, organiza, expressa e dirige o desejo, criando os seres sociais que conhecemos como homens e mulheres, à medida que as suas relações formam a sociedade. Tal como o trabalho para o marxismo, a sexualidade é, para o feminismo, socialmente construída e construtora, universal enquanto actividade, mas historicamente situada, formada, simultaneamente, por matéria e mente. Tal como

expropriação organizada da sexualidade das mulheres pelos homens define a identidade feminina, diz Mackinnon, essa mesma identidade produtora daquelas diferenças celebradas pelo feminismo cultural. A identidade feminina foi forjada como contraponto com o padrão masculino:

A neutralidade de género é, simplesmente, o padrão masculino, e a regra da protecção especial é o padrão para as mulheres, mas não se deceptonem, a masculinidade e o masculino são o padrão para ambos (...) Abordando a discriminação sexual desta forma – como se as questões de sexo fossem questões de diferença e as questões de igualdade fossem questões de semelhança – fornecem-se duas formas para o direito prender a mulher a um padrão masculino chamando-lhe igualdade.⁵³

MacKinnon substituí a diferença pela dominação. As diferenças entre mulheres e homens existem somente e na medida em que existe uma norma na relação com a qual se define o que é a diferença. A norma masculina define o que não é masculino e o que é feminino. Assim, a igualdade não advirá da afirmação e acomodação das diferenças. Por seu turno, a identidade feminina, aquela diferença forjada pelo masculino, radica na exploração sexual da mulher pelo homem. Ora, se o feminino foi forjado como o diferente da norma masculina, pelo masculino e para seu prazer, a diferença é uma expressão dessa dominação. Sendo a diferença dos géneros uma consequência da dominação masculina, os argumentos a favor da igualdade pela afirmação da diferença não têm qualquer aptidão para debelar a dominação.⁵⁴ A igualdade exige que iguais sejam tratados de modo igual, e iguais são os indivíduos semelhantemente situados. Portanto, não é de esperar que o mesmo sistema patriarcal que criou a diferença e definiu a igualdade venha a adoptar o ponto de vista das mulheres para resolver as situações de opressão que as afectam exclusivamente e enquanto mulheres.

É a dominação, e não a diferença, que subalterniza as mulheres, e portanto o foco da análise é correctamente colocado na dominação: a questão a colocar não é se a lei gera desigualdade para as mulheres, mas se a lei gera dominação para as

a expropriação organizada do trabalho por uns em benefício de outros define uma classe – os trabalhadores, a expropriação organizada da sexualidade por uns em benefício de outros define o sexo – as mulheres. A heterossexualidade é a sua estrutura, o género e a família a sua forma congelada, os papeis de género as características dos actores sociais, a reprodução a sua consequência e o controlo a sua questão central.” MACKINNON, C., *Feminism, Marxism, method and the Sate: an agenda for theory*, 514-515. Tradução livre.

53 MACKINNON, C., *Feminism Unmodified – discourses on life and law*, p. 34. Tradução livre.

54 CAIN, P., *Feminist jurisprudence: grounding the theories*, p. 240.

mulheres. A dominação da mulher pelo homem e o domínio masculino remonta a tempos tão antigos que o discurso legal, e o debate da igualdade, ignoram por completo o ponto de vista da mulher. Em consequência, as questões que eram importantes exclusivamente do ponto de vista da mulher não eram postas em discussão. Assuntos como a violação sexual, a pornografia, o assédio sexual, ou a violência contras as mulheres mereceram uma análise que, alegadamente objectiva e neutra, era, no entanto, exclusivamente masculina.

Do ponto de vista das mulheres, a relação sexual, os papéis sexuais e o erotismo podem ser e por vezes são violentos (...) O ponto de vista dos homens, até ao momento, designado de objectivo, tem sido o de distinguir claramente entre violação, por um lado, e relação sexual por outro; pornografia ou obscenidade por um lado, e erotismo pelo outro. O ponto de vista masculino define-os pela distinção.⁵⁵

O direito, sendo expressão patriarcal de organização da sociedade, demite-se de proteger a mulher, não perspectivando estas concretas formas de violência como variadas expressões da mesma dominação violenta. As feministas radicais consideram que as relações sexuais heterossexuais são perpassadas por dinâmicas de poder que subordinam as mulheres a normas patriarcais. O desejo sexual e a dominação estão inelutavelmente ligados à heterossexualidade, por seu turno fundamental para a superioridade masculina. As mulheres estão subjugadas ao poder masculino e as relações sexuais heterossexuais são o mecanismo central de reforço da opressão da mulher: todo o sexismo é uma derivação do paradigma da violação sexual. Desta perspectiva, reside na violência sexual o cerne da dominação masculina.⁵⁶

Esta breve explicação também contextualiza a relevância que a violação sexual, o assédio sexual e a pornografia ocupam na compreensão da teoria do direito de Catharine Mackinnon e a racionalidade da sua compreensão unificada e sistematizada: todas estas são formas de diminuição da imagem da mulher e de perpetuação da dominação masculina.

Segundo Mackinnon, na violação o conceito legal de consentimento, centrado na oposição, na resistência física ao acto sexual, deixa sem tutela legal muitas situações em que a relação sexual é contrária à vontade da mulher. A lei

55 MACKINNON, C., *Feminism Unmodified – discourses on life and law*, p. 87. Tradução livre.

56 SCHULTZ, V., *Reconceptualizing Sexual Harassment*, p. 1698.

não se basta com a expressão da contrariedade à relação sexual, seja através do choro ou da expressão verbal: tem de evidenciar-se debate físico. O conceito de consentimento, ou da falta de consentimento, centra-se, portanto, na percepção masculina dos limites da sua conduta – como se só existisse violência quando a resposta fosse, também ela, violenta. A violação, na sua definição patriarcal, é distinta da relação sexual, quando deveria ser definida como uma relação sexual em que interveio violência: “uma vítima de violação tem de provar que não se tratou de uma relação sexual.”⁵⁷ Esta conceptualização ignora a perspectiva da vítima da agressão, muitas vezes incapaz de resistir fisicamente – o que frequentemente acontece nas situações de violação marital.

A pornografia seria a expressão mais gráfica e exacerbada da dominação masculina através da sexualidade: a mulher retiraria prazer da sua degradante desumanização e objectificação, porque a sua identidade é construída pelo homem e com o propósito de ser um objecto de prazer masculino. Na pornografia sem violação, sem desigualdade, sem dominação, sem hierarquia, sem força, não existe excitação sexual. Uma tal desumanização da mulher estaria ao serviço da ideologia sexista que atribuí à mulher um estatuto secundário.

Christine Littleton⁵⁸ convoca o conceito de falocentrismo – a ordem cultural masculina dentro da qual se construíram as instituições sociais – para afirmar que o conceito de igualdade também é falocêntrico, dado que sublinha as diferenças biológicas ou económicas da mulher para justificar e legitimar o seu tratamento desigual como uma fatalidade. Propõe um modelo de igualdade como aceitação, que sem assumir que as diferenças culturais entre homens e mulheres são biologicamente determinadas, reconhece, no entanto, a sua existência para perscrutar o modo como justificam a desigualdade de tratamento. Nesta análise não releva a discussão sobre a causa da desigualdade e a sua eliminação – ela existe, é cultural – mas na eliminação das suas consequências. Em suma, a igualdade como aceitação pretende que as diferenças de género não sejam transformadas em desigualdade. A igualdade como aceitação justifica, por exemplo, que na divisão de bens após o divórcio fosse tido em conta o trabalho

57 MACKINNON, C., *Feminism Unmodified – discourses on life and law*, p. 88.

58 LITTLETON, C. *Reconstructing sexual equality*, p. 248 e ss.

doméstico não remunerado com o qual normalmente a mulher contribuiu para a economia doméstica; ou que, por o acesso ao combate militar ser vedado à mulher com base na maternidade, tal seja compensado pelo pagamento, às mães, do mesmo salário que é pago aos soldados.⁵⁹

A perspectiva oferecida pelo feminismo radical veio deslocar o debate feminista, até então centrado nas diferenças e na igualdade, para o conteúdo das normas, sociais e legais, chamando a atenção para o facto de estas provirem de uma ordem estadual que deliberadamente prefere os homens, e que remete a mulher para uma posição de desvantagem, perpetuando a dominação, e fazendo-o através da lei.⁶⁰ A discussão centra-se menos nas diferenças culturais e biológicas e mais na diferença de poder: o que mais distingue as mulheres dos homens é a diferença de poder entre eles. Os homens dominam as mulheres, donde a igualdade é uma questão de distribuição de poder.⁶¹

A corrente dominante no debate do feminismo dos anos 70 e 80, e mormente no feminismo liberal, entendia o patriarcado como um modelo de poder weberiano: o poder é detido por grupos de pessoas e manipulado de acordo com os respetivos interesses individuais.⁶² A dominação é exercida desde cima e os menos poderosos não têm alternativa senão obedecer. Mas se o poder reprime exteriormente ele não alcança, todavia, a vontade dos dominados. O feminismo radical dos anos 80 admitindo esta concepção do poder, levou-a mais longe, afirmando declaradamente que ele é conscientemente exercido pelos homens contra as mulheres: “os homens oprimem as mulheres porque têm vantagens nessa opressão, que é do seu interesse”.⁶³ O poder masculino, de acordo com a teoria da dominação, é totalizante e cria toda a realidade à sua imagem, incluindo a identidade feminina. Em suma: as diferenças da mulher com relação ao homem

59 “O culto da maternidade assemelha-se à glória da batalha em vários aspectos. Ambas as ocupações envolvem várias tarefas desagradáveis, acompanhadas de um sentido de dever que é culturalmente embelezado e glamorizado para ocultar a desagradabilidade envolvida. Ambos envolvem perigo e possibilidade de morte. E, claro, a razão mais frequentemente fornecida para a exclusão das mulheres do combate é a sua capacidade de serem mães”. LITTLETON, C. *Reconstructing sexual equality*, p. 258. Tradução livre.

60 EICHNER, M., *On postmodern feminist legal theory*, p. 34.

61 CAIN, P., *Feminist jurisprudence: grounding the theories*, p. 240.

62 EICHNER, M. *On postmodern feminist legal theory*, 2001, p. 8 e 9.

63 MACKINNON, C., *Toward a feminist theory of the State*, p. 129

são produto e veículo do poder masculino, que tornando a mulher diferente de si, pode ver nela um sujeito de categoria inferior, o que autoriza a dominação.

O feminismo radical, ao adoptar a teoria da dominação, rejeitou a concepção humanista do feminismo liberal. O modelo dominante do feminismo liberal, atribuindo aos sujeitos oprimidos uma natureza preexistente e que precede o poder, como que admite características na mulher que, preexistentes ao poder, a vulnerabilizam à dominação e naturalizam a opressão. Seriam as próprias escolhas da mulher, afinal autodeterminada, que a conduziriam ao papel do sexo fraco.

O modelo da dominação desfaz esta visão. A mulher é oprimida não pela sua natureza, mas porque a sua identidade, vontades, necessidades são ideologicamente originadas pelo patriarcado em ordem à manutenção da sua sujeição, em que não interveio uma escolha sua. A questão a que o feminismo radical não responde é a de saber como se rompe com a falsa consciência numa construção em que a mulher está totalmente encerrada, desde a sua constituição como mulher, numa ideologia tão perfeita e total como o patriarcado – quando é evidente que as suas autoras terão de ter saído dessa falsa consciência para a identificarem.

De todo o modo, veio da teoria da dominação a base dogmática para a afirmação da diferença no feminismo e a introdução no debate público de questões que diziam respeito somente às mulheres sem com isso comprometer a luta pelo estatuto de igualdade.⁶⁴

1.3.

Feminismo pós-moderno

A Enciclopédia de Filosofia de Stanford inicia a definição de pós-modernismo dizendo que “é um truísmo dizer que o pós-modernismo é indefinível” mas que pode, todavia, ser descrito como

Um conjunto de práticas críticas, estratégicas e retóricas, empregando conceitos tais como diferença, repetição, traço, simulacro e hiperrealidade, para destabilizar

64 EICHNER, M., *On postmodern feminist legal theory*, p. 10.

outros conceitos tais como presença, identidade, progresso histórico, certeza epistémica e a univocidade do sentido.⁶⁵

No feminismo pós-moderno, os conceitos de subjectividade e de universalidade são questionados: o sujeito do conhecimento é subjectivo, concreto e particular, construído através das experiências individuais. Tanto o feminismo cultural, na constante associação da diferença na mulher à experiência da maternidade, como o feminismo radical, ligando a dominação feminina à subordinação sexual, são verdades parciais, que não consideram a totalidade das experiências possivelmente vividas pelas mulheres. Nem todas as mulheres serão mães, e nem todas as mulheres experimentarão relações heterossexuais em que existe subordinação sexual.⁶⁶ Também o modelo de igualdade das feministas liberais não é adequado, pois que, negando as diferenças entre os sexos, só assegurava a igualdade para as mulheres na medida da extensão das suas semelhanças com os homens.

O feminismo pós-moderno compreende a importância da linguagem, não como um conjunto de palavras ou vocábulos, mas como sistema constitutivo de sentidos; e do discurso, entendido como uma estrutura composta de afirmações, termos, categorias e crenças, que está presente na linguagem, mas também na história, na sociedade e nas instituições. Na medida em que a elaboração de sentidos envolve conflitos de poder e de forças, a possibilidade de produzir identidades sociais está com aqueles que têm o poder de decidir os sentidos e de produzir conhecimento alegadamente objectivo, mas que na verdade corresponde à legitimação da sua própria visão.

O género não é uma essência, mas um processo social de atribuição de sentido e significado às diferenças de género. Contra o modelo binário, existe uma multitude de perfomances de género possíveis. Donde mais do que destruir as hierarquias de género importa destabilizar os sentidos tradicionais do género e do sexo, questionar as concepções binárias de género e promover o inconformismo de género.⁶⁷

65 Dicionário de Filosofia de Stanford: <http://plato.stanford.edu/entries/postmodernism/>, acesso em 5 de Fevereiro de 2014. Tradução livre.

66 CAIN, P., *Feminist jurisprudence: grounding the theories*, p. 362, 363.

67 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 121.

O modelo de poder do feminismo pós-moderno atende às particularidades das experiências dos sujeitos e reconhece a insuficiência das respostas a determinados grupos ou minorias oferecidas pelas propostas dos movimentos predecessores. As sociedades contemporâneas e os sujeitos que as habitam são complexos e diversos. A bipolarização opressor e oprimido não considera a multitude de fenômenos que se encaixam nessas duas grandes categorias: a opressão vivida por uma mulher branca e de classe média é muito diferente da opressão vivida por uma mulher negra, solteira e marginalizada. O feminismo pós-moderno, numa perspectiva interseccionalista, sublinhou a relevância dos diversos fatores que posicionam as mulheres diferentemente em face do poder, juntamente com o gênero - cor, raça, etnia, idade, origem social, religião, para citar algumas possibilidades - e baseia-se na noção pós-estruturalista de discurso, este entendido como um sistema simbólico e linguístico que produz o conhecimento, as identidades, que condiciona as escolhas e que é difuso, perversivo e de establidades mutáveis. Com base nas teorias discursivas do poder, o feminismo pós-moderno reconhece a imposição pelos sujeitos, a si próprios, de uma disciplina, de tal modo que na estruturação do sentido de si intervêm de modo fundamental as forças sociais normalizadoras. Os sujeitos adaptam as suas preferências para se conformarem com *o status quo* e com as oportunidades limitadas que o *status quo* proporciona.

As teorias discursivas de poder percebem as relações que se estabelecem entre poder, agenciamento, escolha e identidade e reconhecem formas de resistência exclusivas de certas condições da mulher e que o discurso dominante ocultava. Pense-se, por exemplo, nas mulheres que experimentam relações violentas e não abandonam o agressor. Apesar de se manterem, aparentemente, nesse estado de submissão, devem reconhecer-se os múltiplos e variáveis espaços de resistência que quotidianamente estas mulheres encontram, como forma de se protegerem a si e aos filhos. A função da teoria do direito feminista não é, portanto, somente, a de afirmar que as mulheres podem superar os papéis que lhes são esperados, mas a de localizar e identificar as condições

sociais, políticas e legais que promoverão a capacidade de subversão das identidades de gênero tradicionais.⁶⁸

Judith Butler utiliza Michel Foucault para explicar como a mulher, sujeito do feminismo, acaba por ser discursivamente constituída pelo mesmo sistema político de que se quer emancipar.⁶⁹ Foucault assinalou que, embora aparentemente os sistemas jurídicos de poder regulem a vida política em termos meramente negativos, pela limitação, proibição, controlo e proteção dos seus destinatários, a verdade é que os sujeitos regulados por tais estruturas, à força de lhes estarem sujeitos, são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências de tais estruturas. Portanto, supor que o feminismo pode conseguir maior representação para um sujeito que ele próprio constroi tem, ironicamente, por consequência a falência dos objetivos feministas, que se recusam a tomar em consideração o poder constitutivo das suas próprias exigências de representação.

Na análise da relevância – ou da irrelevância – da identidade feminina e na crítica ao essencialismo, Judith Butler foi particularmente ácida, questionando a conceptualização unívoca das visões essencialistas, quais os sujeitos que poderiam ser conduzidos à categoria mulher e que critérios eram os utilizados para definir o gênero. Relativamente à comunalidade que o feminismo atribui às mulheres,

Se alguém é mulher, certamente que isso não é tudo o que alguém é. O termo não consegue ser exaustivo, não só porque a pessoa com um gênero predeterminado transcende a parafernália específica do seu gênero, mas porque o gênero nem sempre é coerentemente ou consistentemente constituído em contextos históricos diferentes, com modalidades raciais, de classe, etnia, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Em resultado, torna-se impossível separar o gênero das intersecções políticas e culturais em que é invariavelmente produzido e mantido.⁷⁰

Todas as correntes da teoria do direito feminista apresentadas - liberais, culturais e radicais - foram criticadas pelo feminismo pós-moderno pela associação a uma certa visão essencialista, que fixaria aos sujeitos uma identidade universal e lhes adjudicaria um significado estável, invariável com o contexto social, cultural, histórico e individual. Neste contexto, o essencialismo corresponde à visão de acordo com a qual todas as mulheres são semelhantes e

68 EICHNER, M., *On postmodern feminist legal theory*, p. 30.

69 BUTLER, J., *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, p. 4; VIDAL, A., *A expressão constituinte do feminismo – por uma retomada do processo libertatório da mulher*, p. 3.

70 BUTLER, J., *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, p. 6. Tradução livre.

partilham uma essência comum que as distingue dos homens. Parte da assunção de que o significado da identidade de género e da experiência sexista é igual para todas as mulheres; e de que qualquer diferença entre as mulheres é menos relevante que as diferenças entre as mulheres e os homens.⁷¹ Há vários outros problemas e factores de opressão que se cruzam com a condição feminina. A discriminação que atinge uma mulher branca, letrada, de classe média e heterossexual é diferente da discriminação que atinge a mulher negra, lésbica ou da classe trabalhadora. As visões essencialistas do feminismo preconizariam a libertação somente para as mulheres brancas, heterossexuais e de classe média que a advogam, deixando de fora e mesmo reforçando a desvalorização ou a natureza desviante de todas as outras mulheres não elegíveis àquela categoria. Por exemplo, a teoria da dominação é totalizante e essencialista, pretendendo representar todas as mulheres em matéria de violação, quando a experiência das mulheres negras é totalmente diferente das mulheres brancas, já que aquelas se encontram historicamente envolvidas com um passado em que era natural e corrente o abuso sexual das escravas pelo senhor branco.⁷²

Bartlett⁷³ organiza do seguinte modo as críticas às perspectivas essencialistas do feminismo: estas incorrem em falso universalismo, em imperialismo do género, e são reducionistas. Com relação ao universalismo, as autoras dos feminismos descritos tenderiam a universalizar a sua percepção da opressão patriarcal e da discriminação, quando na verdade se tratava de uma visão que lhes era exclusiva – mulheres brancas, heterossexuais, ocidentais, de classe média/ media-alta. As perspectivas universalistas tenderiam à sobreinclusão, a agregar nas suas perspectivas sujeitos que aí não se revêem, impondo-se como norma a indivíduos e a grupos que não se sentem representados. Estas perspectivas fazem-se escutar e são comunicadas como a norma porque normalmente proferidas por mulheres brancas, de classe média e letradas, portanto, privilegiadas e em posição de se fazerem ouvir. Deste modo, reproduzem-se com esses grupos e indivíduos a mesma forma de estar da cultura masculina e patriarcal que se impõe como norma às mulheres. Também Judith

71 WEISBERG, D. K., *Feminist legal theory – foundations*, p. 335.

72 HARRIS, A. P., *Race and essentialism in feminist Legal Theory*, p. 350.

73 BARTLETT, K., *Gender Law*, p. 15 e p.16.

Butler refere que as culturas não ocidentais são colonizadas e apropriadas por conceitos de opressão que são exclusivamente ocidentais.⁷⁴ Vemos como exemplo da tendência universalizante e colonizadora do conceito de igualdade formal, liberal e ocidental a proibição do uso do véu em França, que a pretexto da libertação da mulher islâmica acabou por transformar em repressora humilhação o orgulho que muitas mulheres sentiam no uso do véu como um exercício da sua liberdade individual e de expressão da sua cultura.

O problema do imperialismo do género, por seu turno, é o da sobrevalorização da importância do género no contexto da opressão, quando existem outros factores relevantes a ser considerados, porventura mais relevantes e adequados para explicar a situação de opressão em causa – como sejam a raça, a cultura e a orientação sexual. Em determinados grupos a preferência pela identidade cultural pode sobrepor-se à identidade de género, de tal modo que certas práticas culturais e religiosas que podem ser chocantes aos olhos de uma mulher ocidental são importantes para a identidade dos grupos que as desenvolvem.

O reducionismo consiste na tendência para reduzir tudo e para tudo centrar na desigualdade de género. O binário homem/ mulher constitui não só o exclusivo enquadramento em que tal binário faz sentido, como também é totalmente descontextualizado e separado, analítica e politicamente, da constituição de classe, raça, etnicidade, e outros eixos das relações de poder que simultaneamente constituem a identidade e fazem de noções singulares de identidade um equívoco.⁷⁵

Apesar das críticas ao essencialismo, seria possível às teorias pós-modernas inspirarem-se nas correntes feministas precedentes. Utilizando o mesmo método e o mesmo raciocínio que o feminismo utilizou para perceber que subjacente à pretensa neutralidade ou universalidade de género do conhecimento e do poder estava uma norma oculta, que tomava o homem como o ponto de referência e que tratava as mulheres como “diferentes, o Outro, desviantes ou a excepção”, as teorias pós-modernas encontraram outra forma de norma oculta, relativa à

74 BUTLER, J., *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, p. 6.

75 Ibid., p. 7.

afirmação da comunalidade entres as mulheres, e que tenderia a afirmar como universal ou aplicável a todas as mulheres dado ponto de vista, sendo que outras etnias, corpos, culturas ou orientações sexuais e outras fontes de atribuição de diferença, não se reveriam nele e seriam obnubilados pela sua afirmação. Nas análises feministas presumem-se com frequência sujeitos heterossexuais, brancos, de classe-média, cristãos, sem deficiências, sendo que esta presunção recria o problema que o feminismo visa combater: a adoção de pontos de referência ocultos que escondem privilégios e a resistência ao seu desafio por outras alternativas plausíveis. A proposta é olhar a diferença, não como essencial, mas como socialmente construída. Martha Minow, sublinhando os perigos do essencialismo refere que “não existe nem um método feminista nem uma epistemologia feminista, porque a opressão das mulheres não é homogênea no conteúdo, e porque não é determinada por uma razão única subjacente”. Reconhece, todavia, que atender a tais vieses, nas suas múltiplas dimensões, vem permitindo aprofundar o conceito de igualdade.⁷⁶

No ensejo de ultrapassar o essencialismo e o universalismo surgem novas dogmáticas que procuram incluir na sua previsão diferentes formas de opressão e de desigualdade, portanto, dissociadas da concreta questão feminista mas que também a servem. Martha Finneman⁷⁷ propõe que se introduza, a par dos valores fundantes das sociedades ocidentais modernas – autonomia, liberdade, igualdade – o conceito de vulnerabilidade. O sujeito vulnerável deverá substituir a imutabilidade do sujeito autónomo e independente da modernidade. A vulnerabilidade é universal, constante e inerente ao ser humano. A sociedade composta por indivíduos vulneráveis organiza-se num Estado mais responsável por todos os seus cidadãos e centrado no valor da igualdade. A igualdade, concebida no contexto da autonomia, é meramente formal, concentrada na discriminação entre os sujeitos, e distraída das desigualdades que atravessam a sociedade. Centrada na semelhança, a igualdade formal liberal não tem capacidade para alterar os desequilíbrios sociais e económicos, pois não distribui riqueza, poder e oportunidades.

76 MINOW, M., *Feminist reasoning: getting it and losing it*, 339.

77 FINEMANN, M. A., *Gender and law: feminist legal's theory role in new legal realism*, p. 161 e ss.

A vulnerabilidade surge, normalmente, associada à vitimização e a grupos doentes, às crianças, aos idosos. Todavia, a vulnerabilidade é uma característica universal e inevitável dos seres humanos e, elevada dos aspectos que limitam e diminuem o conceito, tem o potencial de sustentar a exigência, perante o Estado, de efectiva igualdade. Todos somos vulneráveis aos acidentes, intempéries, catástrofes, doenças. Mas porque todos e cada um estamos diferentemente situados, experimentamos a vulnerabilidade de modo diferente, de acordo com os recursos disponíveis.

A ideia liberal do sujeito independente, autónomo, capaz de desempenhar diferentes papéis sociais e de negociar, contratualizando as suas escolhas racionais, deverá ser compensada pela visão do sujeito dependente, interrelacional e interdependente. O sujeito autónomo liberal só pode ser pensado como um adulto, uma expressão fixa e imutável que está fora do tempo e da experiência, e é insusceptível de vulnerabilidades. Esta é uma falha do modelo liberal, que deverá ser confrontada com políticas legais e sociais que reflectam as vidas reais das pessoas.

Além de exigir do Estado e das instituições uma resposta às vulnerabilidades individuais e a responsabilização perante as mesmas, a proposta de Martha Finemann também nivela positivamente todos os seres humanos – reconhece a vulnerabilidade em todos, independentemente da raça, etnia, sexo, religião, classe, riqueza, nacionalidade - e, dignificando as vulnerabilidades individuais e sublinhando a sua comunidade e transversalidade, retira desse reconhecimento a diminuição associada aos “mais fracos”, que nesta qualidade são desde logo remetidos a uma posição de desvantagem nas suas reivindicações. A vulnerabilidade situa igualmente ricos, pobres, homens, mulheres, negros, brancos, deficientes, doentes e nesta comunidade, a desigualdade dilui-se.

No que concretamente concerne à Teoria do Direito, o pós-modernismo não foi tão profícuo na sua crítica em virtude da sua natureza metateórica, menos apta a actuar ao nível das políticas e de projectos legais concretos, porque, desde logo, mais concentrado na leitura e desconstrução dos conceitos e das oposições conceptuais do que na oferta de novos conceitos e posições conceptuais.⁷⁸ Além

78 EICHNER, M., *On postmodern feminist legal theory*, p. 48.

disto, a própria lei estaria intimamente relacionada com o projecto da modernidade, contra o qual os pós-modernos pretenderiam reagir.⁷⁹ Os autores pós-modernos, designadamente Foucault, foram muito críticos da capacidade emancipadora dos princípios de autonomia, da liberdade e de justiça proclamados pela modernidade e de que a lei era o veículo promotor. Portanto, também o feminismo pós-moderno questionou a capacidade da Teoria feminista do Direito para promover a emancipação e a libertação da mulher.⁸⁰

A marca mais importante do feminismo pós-moderno no direito será o resultado do combate ao essencialismo e resulta na afirmação do direito à diversidade, do direito de não ser assimilado por nenhuma categoria e a exercer a identidade de género de formas heterodoxas. Ainda assim, o reconhecimento da multitude de identidades pelo direito não está generalizado e manifesta-se em bolsas. Por exemplo, em matéria de direito da família o anti-essencialismo é visível no facto de o binário de género não mais ser o critério na definição do contrato de casamento e na admissibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo; na possibilidade da adopção por casais homossexuais ou na simplificação do processo burocrático de mudança de sexo para efeitos de identificação civil. Esta capacidade inclusiva do direito beneficia todas as mulheres, não só as especificamente afectadas pelas mudanças, mas todas as outras que beneficiam da vivência numa sociedade mais igual e mais tolerante.

Respondendo ao feminismo da dominação, as feministas da terceira vaga vieram afirmar que a sexualidade é uma experiência profundamente subjectiva e individual, e que como tal é errado traduzir essa multitude tão vasta e tão complexa numa única experiência de subordinação e dominação das mulheres pelos homens através da sexualidade. Desta dissociação resulta poder discernir-se, ainda, a influência das pós-modernas na neutralização da linguagem que, originalmente, associava as mulheres às vítimas nos crimes sexuais.

O activismo desta geração de feministas concentra-se particularmente nas experiências individuais e nas narrativas pessoais, e esta abordagem é difícil de adequar à linguagem abstracta e genérica da lei. Assim, as feministas pós-

79 Ibid., p. 5.

80 Ibid., nota 13.

modernas estariam mais concentradas na mudança social do que na mudança legal. É possível, no entanto e a título de exemplo, encontrar a epistemologia pós-moderna nos desafios ao conceito de sujeito liberal, autónomo, e à homogeneidade das categorias – designadamente da categoria mulher - reforçados pelo discurso legal, que utiliza o padrão masculino como medida da igualdade. A introdução da diversidade e da multiplicidade no discurso legal pode também ser detectada, por exemplo, na valorização dos códigos de conduta das mulheres em ambiente de trabalho que infra descreveremos, a propósito do assédio sexual. O mesmo quanto à utilização do método da narrativa, que valoriza a experiência individual e que também abordaremos. Pode, designadamente, relacionar-se com a atenção à narrativa individual e concreta a valorização, em julgamento, do depoimento da mulher vítima de violência doméstica, mesmo quando desacompanhado de outros meios de prova, conforme melhor se compreenderá no capítulo dedicado aos métodos que seguidamente inauguramos.

Praxis das Teorias feministas do Direito

Pode dizer-se que as teorias feministas apresentadas são unificadas pela sua forte ligação à vida, à sua elaboração a partir das experiências vividas e sentidas pelas mulheres. Esta ligação, que não retira valor ao método de abstração das teorias de direito tradicionais, confere às teorias de direito feministas a força de argumento adveniente da experiência da sua verdade: as mulheres que adquiram consciência feminista sabem que o direito, em muitos dos seus aspetos, é masculino porque experimentam a normatividade androcêntrica.

Na medida em que enunciou e verbalizou a desigualdade formal, o feminismo liberal aplicou as primeiras camadas de sedimento na teoria feminista do direito, sendo no contraste das suas falhas que seria possível aos movimentos posteriores identificar a existência de uma norma masculina oculta a atravessar o direito, que, pretendendo-se universal e neutro, correspondia afinal ao ponto de vista dos homens que o elaboraram.

A subordinação sexual e económica da mulher ao homem que, grosso modo, se dirá o cerne da norma masculina oculta, é bastante evidenciada naquelas áreas em que a antinomia dos géneros é convocada, como seja no confronto dos direitos laborais e da maternidade; ou no conceito legal de violação; ou ainda na violência doméstica e na definição do aborto; na gratuitidade do trabalho doméstico; no assédio sexual. Escolhemos aprofundar o crime de violação e o assédio sexual.

A questão da natureza do consentimento no crime de violação foi já examinada a propósito do feminismo radical. Achamos, todavia, que a discussão não se esgota na apresentação dos argumentos teóricos que as feministas radicais oferecem. Entendemos que a pertinência do tema justifica o seu tratamento diferenciado, pertinência que demonstramos pela apresentação de um caso que foi julgado em Portugal em 2011 e de um outro, apreciado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 2005.

A escolha do assédio sexual prende-se com a intuição de que a atenção que lhe é devotada, pelo menos em Portugal, é inversamente proporcional à frequência da sua ocorrência. A situação agrava-se em momentos de crise económica que, geradores de elevadas taxas de desemprego, enfraquecem a capacidade

reivindicativa da trabalhadora. A relação de trabalho gera uma situação de desigualdade de poder e de dependência económica entre a trabalhadora e o superior hierárquico ou o patrão – aquele que tem o poder de manter o trabalho ou de fazer a promoção. Posicionando-se, nestas situações, como a parte mais fraca, em ordem a conseguir ou a manter o seu posto de trabalho, as trabalhadoras aceitam fazê-lo em condições mais e mais degradantes. Estas são situações facilitadoras da prática de actos de abusos de poder em ambiente laboral, abusos em que o assédio sexual se integra: a parte mais fraca cederá ao constrangimento, acomodará a discriminação de género ou acederá à prática de actos sexuais sempre de modo a manter o trabalho ou a conseguir alguma forma de ganho laboral.

Abordamos os métodos jurídicos feministas pelo seu efectivo valor prático na mediação entre as teorias feministas do direito apresentadas e a sua aplicação à resolução dos casos da vida. A compreensão dos métodos jurídicos feministas tem a virtualidade de introduzir nova leituras e perspectivas do direito, da norma jurídica, da sua interpretação e aplicação. As possibilidades apresentadas pelos métodos jurídicos feministas deslocam o direito do seu movimento androcêntrico e reequilibram-no, oferecendo diferentes centralidades e propostas concretas para a correção do seu viés patriarcal, onde exista. Deste modo, criam-se as condições para o florescimento de toda uma nova cultura jurídica centrada na ideia de justiça substantiva, menos formal, bem como para a disseminação das teorias do direito feministas onde elas são mais relevantes: na realidade da vida.

A diversidade da escolha dos casos prende-se tanto com a falta de literatura em português que nos obrigou, designadamente na matéria do assédio sexual, a viajar para os Estados Unidos e para Israel. Acreditamos que a pertinência dos exemplos citados tem um valor universal que lhe dá cabimento no âmbito do presente trabalho.

2.1. Métodos jurídicos feministas

“Pode a ciência jurídica reclamar-se de racionalidade (...) quando todo o seu discurso foi, desde sempre, profundamente irracional quando se referia às mulheres?”⁸¹ É importante reflectir sobre a razão pela qual sucessivas gerações de juristas aplicam incontestadamente o mesmo direito que as submete. Será, porventura, a prova acabada da força de que é capaz a ideologia patriarcal, que nos leva a abraçar como inquestionável fonte de justiça o mesmo direito que também consegue ser fonte de opressão.

Aplicar uma perspectiva feminista às normas jurídicas significa interpretá-las e compreendê-las à luz das experiências e interesses das mulheres. Os métodos jurídicos feministas são, principalmente, métodos que desafiam o conhecimento, por questionarem a validade do que é a “natureza das coisas”, as possibilidades de neutralidade e a equidade das conclusões extraídas dos métodos jurídicos tradicionais.⁸²

A necessidade de ultrapassar o paradigma dos métodos jurídicos tradicionais advém da constatação da sua incapacidade para oferecerem soluções justas quando, numa situação concreta se confrontam os interesses das mulheres. Mossman analisou dois casos judiciais, do final do século XIX, em que, em distintas situações, duas mulheres solicitaram a intervenção dos tribunais para poderem ser admitidas ao exercício da advocacia. Tal pretensão foi-lhes, todavia, negada pois

A lei civil, como a natureza, sempre reconheceu uma grande diferença nas esferas e destinos do homem e da mulher. O homem é, ou deve ser, o protector e defensor da mulher. A timidez e a delicadeza próprios do sexo feminino fazem-no evidentemente inapto para muitas das ocupações da vida civil. A constituição da organização familiar, fundada na ordenação divina e na natureza das coisas, indica a esfera doméstica como a que adequadamente pertence ao domínio e funções das mulheres.⁸³

Nestas considerações do aplicador do direito, fazem-se certas assunções relativas ao lugar e ao papel da mulher e às diferenças sociais e biológicas entre

81 BELEZA, T. P., *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*, p. 294.

82 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 86; MOSSMAN, M. J., *Feminism and legal method: the difference it makes*, p. 286; DAHL, T. S., *El derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*, p. 68.

83 MOSSMAN, M. J., *Feminism and legal method: the difference it makes*, p. 287. Tradução livre.

os homens e as mulheres que não são sustentáveis por provas, estudos ou casos anteriores que os justifiquem racionalmente. Não obstante, a validade de tais afirmações não foi questionada, e tal deve-se ao facto de corresponder ao pensamento então prevalecente e acriticamente aceite pelo tribunal. Ignorou-se que a condição da mulher naquele tempo e local não correspondia ao eterno feminino idealizado, sendo a grande maioria extremamente pobre e trabalhando nas miseráveis condições que se conhecem da alvorada da revolução industrial.⁸⁴ A realidade experimentada pelas mulheres na data era, pois, bem diferente do lugar recatado e delicado imaginado pelo juiz Barker.

As afirmações produzidas pelo juiz Barker, embora antigas, são valiosas porque evidenciam hoje o que seja a falsa consciência patriarcal, e o hiato que, em certas circunstâncias, pode existir entre a ideia da realidade afirmada pelo direito e a própria realidade. É facto que o direito moderno se construiu sobre eixos patriarcais, de raça (branca) e de classe (burguesa). O modo como o direito contribui para a manutenção da falsa consciência que permite o domínio dos seus eixos constitutivos é possível pela concreta operatividade dos métodos tradicionais, designadamente, pela abstração da realidade. O decisor, pressupostamente equânime e neutro e utilizando um método de abstração igualmente equânime e neutro é na verdade um decisor que faz escolhas e que conforma e enquadra os fundamentos da sua decisão de acordo com a sua visão pessoal. Essa visão pessoal interfere na seleção dos factos relevantes, na identificação das questões legais a destacar, na escolha das normas aplicáveis e na tomada da decisão. O mito da neutralidade do método jurídico tradicional que tanto contribuí para a legitimação das decisões oculta o pendor patriarcal das instituições e obstaculiza a aplicação da lei para a obtenção de resultados emancipatórios.⁸⁵

A questão tem muito mais relevância do que possa parecer. A incompreensão do sistema de justiça pode afastar muitas mulheres da sua protecção. Será, porventura, o desânimo com a intervenção dos tribunais nas causas que respeitam às mulheres que justificaram que fosse muito reduzida a

84 Ibid., p. 289.

85 Ibid., 296 e p. 297.

proporção de pleitos com autoras em processos judiciais que alcançaram o Supremo Tribunal norueguês, sendo que, nos casos que aí chegaram, as mulheres figuram como vítimas de crimes sexuais ou de violência – portanto, como testemunhas e não como partes, sem grande influência na condução do processo. E somente nas matérias relativas ao exercício do poder parental e de divórcio – guarda dos filhos, pensões alimentares, partilha de bens - é que as mulheres recorreram ao tribunal em número idêntico ao dos homens.⁸⁶ Infelizmente não dispomos de dados mais atuais e relativos à realidade portuguesa ou brasileira, sendo certo que nos permitimos adivinhar que não seriam hoje muito diferentes dos que acabamos de citar.

Portanto,

as feministas não podem ignorar os métodos, porque se procuram desafiar as estruturas de poder existentes utilizando os mesmos métodos que definiram o que é válido dentro dessas estruturas, estão a recriar as estruturas ilegítimas de poder que querem identificar e debelar.⁸⁷

A lei é um discurso de autoridade, com uma particular capacidade para criar sentidos, reforçando certas visões de mundo e capaz de definitivamente moldar o pensamento colectivo. Por exemplo, se olharmos o Código Civil português como uma narrativa da vida que se inicia com a aquisição de personalidade jurídica (nascimento) e termina com o direito sucessório (morte), não deixa de ser curioso observar o espaço tomado pelo casamento, que surge como corolário natural da vida adulta, o contrato, por excelência, regulador da vida privada. Embora as sucessivas reformas legais tenham vindo a expurgar o discurso da subordinação feminina, pelo lugar central que esta figura legal ainda ocupa na narrativa jurídica da vida, tanto são remetidos à excepcionalidade os indivíduos que não seguem aquela normatividade narrativa como se reafirma a adequação e predominância dos que a seguem. Implicitamente, vem, pois, o direito dizer-nos que a maioria bem vivida, a vida bem conduzida, se faz pelo vínculo do casamento, pela união formal entre uma mulher e um homem – imagem a que, não obstante a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, se continua a

86 DAHL, T. S., *El derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*, p. 73 e 74.

87 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 831 e 832. Tradução livre.

associar o casamento. O que não deixa de ser uma reminiscência inconsciente da organização patriacal da sociedade que, pelo casamento, ratificava a subordinação sexual e económica da mulher ao homem. Também por esta razão será tão árduo o reconhecimento da existência de violação marital, profundamente tolerada como um facto naturalmente acoplado ao casamento.

Será, ainda, por força desta concepção do casamento como instituto de ratificação jurídica da subordinação sexual da mulher que se tolera a gravidez associada à violência doméstica. Concatenando o regime legal do aborto em Portugal⁸⁸ com o regime legal da violência doméstica, verificamos que o aborto pode ter por causa a violência sexual praticada fora da relação conjugal, mas já não a violência sexual conjugal: “não é punível a interrupção da gravidez (...) efetuada com o consentimento da mulher grávida quando (d) a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas”. Assim, a mulher que engravide no âmbito de uma relação de violência doméstica não poderá legalmente abortar.⁸⁹

O pensamento em torno de um diferente paradigma metodológico não constitui, portanto, um capricho ou um exercício, mas uma necessidade. A abstração em que assenta a metodologia tradicional ignora as particularidades e os contextos das experiências das mulheres, da sua realidade, da sua vida. A aplicação abstracta de princípios abstractos feita de acordo com uma realidade imaginada por dinâmicas patriarcais não tem capacidade para reconhecer e incorporar como parte da equação as necessidades que decorrem de vivências concretas.

O que não significa que seja retirado valor aos princípios abstractos. Por exemplo, a igualdade é um princípio abstracto que as feministas valorizam. Foi reivindicado, todavia, através das suas manifestações tangíveis, ligadas ao seu quotidiano, à sua experiência: o voto e a igualdade salarial, por exemplo.

A tradição liberal humanista, assente na autonomia e na separação, encara a resolução das questões como um conflito em que só haverá um vencedor. A justiça

88 Lei 16/2007 de 17 de Abril e artigos 140.º a 142.º do Código Penal português.

89 Agradeço à Senhora Dr.ª Alda Costa Fontes o facto de me ter feito notar esta incongruência do citado regime legal.

identifica-se com uma certa racionalidade capaz de priorizar valores. O que entronca na percepção do outro como uma ameaça, e na prossecução dos valores pessoais através da agressividade e da competição.

A afirmação de que a linguagem e o raciocínio legais são patriarcais têm parte de empírico e parte de histórico. Os sistemas legais baseiam-se nas experiências de vida de homens, poderosos e brancos. O método de raciocínio legal é, também, congruente com os seus padrões de socialização, experiências e valores, incluindo a racionalidade, a abstração, e a preferência por provas empíricas e estatísticas em detrimento das narrativas e das experiências. Por seu turno, a experiência e a perspectiva são equiparados ao preconceito e tidas como um obstáculo à neutralidade.⁹⁰

A ordenação da questão a resolver em termos dualistas, dicotómicos, de partes em conflito, de abstração da realidade concreta, de valorização da razão, - características associadas ao masculino - coloca em plano inferior as emoções, a intuição, o contexto, a pluralidade de perspectivas e o dialogismo – características atribuídas à mulher. Isto quer dizer que no dualismo descrito a lei opta por preferir a perspectiva masculina, por ser a que se identifica com a perspectiva que, de acordo com a tradição liberal, tem mais valor. O que também quer dizer que outras possibilidades e outras soluções são imediatamente ignoradas.⁹¹

A teoria feminista propõe-se um outro quadro, que possa encarar o outro como um interdependente, com vulnerabilidades, e que o conflito contenha em si a possibilidade de conciliação de interesses e de acomodar perspectivas diferentes.

A distinção entre o método tradicional e o método feminista deverá ser menos dicotómica quanto ao modo de raciocinar, sem que se coloque de um lado o método abstrato e dedutivo/ masculino; e de outro o pensamento concreto e contextualizado/ feminino. A distinção deve dirigir-se ao que se entende ser o valor subjacente às normas jurídicas. Os métodos feministas valorizam a flexibilidade das regras, e a capacidade de identificar os pontos de vistas ausentes.

Na sua estrutura, o pensamento feminista no direito não diverge do convencional: identificam-se as características essenciais de determinado caso,

90 FINLEY, L., *Breaking Women's Silence in Law*, p. 893 e 897.

91 Ibid., p. 899.

determinam-se os princípios legais que devem orientar a resolução do litígio e aplica-se o direito aos factos. Este percurso é realizado de modo pragmático e interactivo: os factos determinam o direito aplicável, e o direito aplicável identifica os factos relevantes. Neste processo, também as feministas recorrem à indução, à dedução, à analogia, ao uso de hipóteses, de princípios políticos e de outros princípios gerais. Mas utilizam também outros instrumentos, que permitem analisar factos e considerar problemas que os métodos tradicionais não vêm ou ignoram.⁹²

Metodologicamente, o trabalho da doutrina e da magistratura é semelhante, e consiste em

preencher o vazio entre a abstração das normas legais e a realidade concreta da aplicação da lei. O conteúdo abstrato das normas está sob operação, sendo atraído para níveis mais concretos ao mesmo tempo que as decisões dos tribunais preparam o seu terreno integrando-se com os conteúdos abstractos das normas.⁹³

Porque os problemas das mulheres se colocam a partir do conhecimento da vida e do seu papel na sociedade, os métodos jurídicos feministas apelam à ligação directa com a experiência vivida e nesta medida importa que seja relevado o contributo dos dados empíricos e das ciências sociais.⁹⁴ De resto, estas práticas vêm, em certa medida, sendo assumidas e recomendadas pelos tribunais internacionais. A publicação sobre igualdade de género do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem recomenda aos tribunais nacionais, em vários passos, o recurso a dados estatísticos na solução de litígios em matéria de discriminação.⁹⁵ Perante a alegação de que uma determinada categoria de pessoas é negativa e injustificadamente diferenciada, tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem recomendam a prova mediante o recurso a dados estatísticos que demonstrem a existência de uma percentagem

92 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 836.

93 DAHL, T. S., *El derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*, p. 39. Tradução livre.

94 DAHL, T. S., *El derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*, p. 62 e 63.

95 “No cerne da discriminação directa está a diferença de tratamento a que um indivíduo é sujeito. Como tal, o primeiro traço distintivo da discriminação directa é a existência evidente de um tratamento desfavorável. Isto pode ser relativamente fácil de identificar comparativamente à discriminação indirecta, onde é frequentemente necessário dispor de dados estatísticos” Manual contra a discriminação, TEDH, p. 25, acessível em http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf, último acesso em 27 de Fevereiro de 2014.

elevada de pessoas afectadas pelo efeito negativo. Tendo a sua causa em motivações interiores, em crenças individuais e de natureza social e cultural, a discriminação é de muito difícil prova. A acrescer a tal facto, normalmente entre discriminado e discriminador existem assimetrias de poder que podem ser reproduzidas em sede de prova e colocar em causa a igualdade de meios entre as partes. A apresentação de dados estatísticos que demonstrem ao tribunal que o autor pertence a uma categoria afetada pelo efeito negativo faz presumir a discriminação e consequentemente passa o onus da prova para o réu, que terá de provar que não decidiu tendo por base motivos discriminatórios.⁹⁶

Trata-se, aqui, do reconhecimento pelos tribunais internacionais, da relevância de elementos interdisciplinares. A demonstração pretendida pelos dados estatísticos poderá ser suportada e enriquecida por estudos provenientes das ciências sociais que aprofundem a sua leitura. Embora declaradamente circunscrita à matéria do assédio sexual, é facto que esta abertura dos tribunais à interdisciplinariedade contribui para a mudança de mentalidades e fornece um exemplo que mais facilmente poderá ser replicado noutras áreas. Ao mesmo tempo, o confronto com a realidade demonstrada pelos números contribui para iluminar o ponto de vista daqueles mais fracos ou cuja voz normalmente não se faz ouvir.

O primeiro método feminista do direito a referir, que funda e perspassa todos os outros, é o da consciencialização feminista. Não é possível compreender a urgência de uma perspectiva nova sem a consciencialização de uma realidade de desigualdade social que afecta as mulheres, das dinâmicas de poder que produzem a desigualdade e dos modos, normalmente partilhados, como empiricamente essa desigualdade é vivida. A consciencialização assume-se, duplamente, como uma prática e como um método pois que, citando Catharine Mackinnon,⁹⁷ se trata, essencialmente, de um modo de conhecer, um modo de apreender a realidade social do que é ser-se mulher, dos papéis, características, modos de ser e de proceder, das identidades que lhes foram atribuídas e da irracionalidade das tentativas de caber nesse mundo, não natural, desenhado à medida por outros

⁹⁶ Ibid., p. 135 e ss.

⁹⁷ MACKINNON, C., *Toward a feminist theory of the State*, p. 84.

como se da ordem natural das coisas se tratasse. Trata-se, portanto, a compreensão, pela experiência e pela partilha de experiências, duma realidade social profunda e verdadeira, que está para lá da realidade aparente, e a compreensão das formas adequadas de intervir nessa realidade.

O aumento da consciência feminista consiste na reconstituição crítica do sentido da experiência social das mulheres tal como experimentada pelas próprias, e de um ponto de vista que não é individual ou subjectivo, mas que perspectiva a mulher enquanto colectivo social. As lógicas sociais opressivas, de que a mulher participa, desde dentro, tanto ao nível ideal como material, são desvendadas pela crítica dessa realidade partilhada. Por isto, o aumento de consciência feminista torna-se o método central e uma forma de prática política.⁹⁸

Associada à consciencialização feminista vem a consciencialização de que o pessoal é político, ou seja, de que as práticas e os problemas quotidianos e não públicos, têm uma dimensão política. Para a mulher a relação da gravidez com o trabalho, ou a gratuitidade do trabalho doméstico, ou o assédio sofrido, ou a violência de género, são questões com uma dimensão política porque são consequências, embora pessoais, de dinâmicas sociais androcêntricas que não podem ser reforçadas, protegidas, ou ignoradas pela comunidade e pelo Estado.

No que concretamente concerne ao direito, a consciencialização feminista vem iluminar o facto de que os métodos tradicionais valorizam o aspecto mais formal da lei, e deixam de alcançar a finalidade de justiça substantiva. Além disto, porque valorizam a coerência do sistema, a predictibilidade, a certeza e a firmeza das regras, os métodos tradicionais contribuem para a manutenção do *satus quo* e dos equilíbrios de poder existentes, sem grande abertura à possibilidade de mudanças a favor dos que são oprimidos pelas dinâmicas sociais dominantes e pelas estruturas de poder existentes.

A aquisição de consciência feminista torna-se possível pela incorporação das experiências relatadas e na identificação da experiência individual com a experiência de outras, portanto, pela criação de conhecimento pela narrativa e análise sistemática de experiências partilhadas. Isto permite que vivências

98 MACKINNON, C., *Toward a feminist theory of the State*, p. 83.

encaradas como falhanços pessoais e individualmente sofridos passem a ser compreendidos como experiências coletivas de opressão.⁹⁹

Portanto, se os métodos científicos – e jurídicos – tradicionais pressupõem um distanciamento entre sujeito e objecto, e uma apreciação objectiva, distanciada e equânime da realidade observada, no método da consciência prática feminista esse distanciamento não existe, e a identidade entre o sujeito que estuda e o objecto do estudo é central na constituição da própria consciência feminista. O seu objectivo último é o empoderamento individual e coletivo pela valorização das histórias pessoais, da narrativa pessoal, do risco e da vulnerabilidade sobre a precaução, o distanciamento e a análise abstracta.

A narrativa das mulheres pode ser atendida tanto pela experiência directa como pelo desenvolvimento da consciência crítica proveniente da compreensão das experiências de outras mulheres. É muito importante para evidenciar presunções que marginalizam os interesses das mulheres por a lei não os considerar.

A experiência pessoal é sistematizada e elevada à teoria e a teoria, por sua vez devolvida à vida, transforma a leitura e o entendimento das experiências pessoais. A dialética entre a experiência individual e a teoria “revela a dimensão social da experiência individual e a dimensão individual da experiência social” e portanto a natureza política da experiência pessoal. É pela partilha de narrativas que se evidencia certas experiências traumáticas e opressoras eram até então percebidas como naturais e se transforma a sua percepção pública – por exemplo, de assédio sexual, a violação marital, o assédio de rua. Bartlett define o método do consciencialização feminista como um meta-método, uma base para a operatividade dos outros métodos.¹⁰⁰

A consciencialização feminista é fundamental não só para a eliminação da falsa consciência, mas por permitir à mulher operar e encontrar o seu lugar dentro do discurso androcêntrico da lei. A introdução da perspectiva feminina em conceitos legais que são masculinos faz-se pela valorização das experiências e narrativas das mulheres, ignoradas pelo legislador.

99 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 864.

100 Ibid., p. 865 e 866.

Uma das formas de colocar em prática o aumento de consciência feminista entre as profissões do direito far-se-á mediante o ensino das teorias feministas nas universidades e nas escolas de formação das profissões jurídicas, pela criação de espaços onde as narrativas possam ser partilhadas e compreendidas pelos profissionais do direito.

Conforme refere Stang Dahl, são variadas as áreas do direito que se formaram em torno de grupos de pessoas que são diferentemente afectadas pela autoridade da lei: direitos das crianças, dos imigrantes, dos anciãos, dos reclusos, do consumidor, do trabalhador. Com a assunção de novos papéis e predominâncias sociais pela mulher, as relações jurídicas centradas no género também aumentaram, o que justifica o seu estudo diferenciado e especializado.

Mari Matsuda¹⁰¹ refere “fazer a pergunta do Outro” (*ask the Other question*) para revelar formas de opressão não óbvias, não visíveis à primeira vista: encontrar o patriarcado presente em comportamentos racistas; ou o heterossexismo em comportamentos sexistas; ou o interesse de classe no comportamento homofóbico são métodos que permitem compreender que nenhuma forma de subordinação subsiste sozinha e que todos somos recíprocamente afetados pela opressão de outros.

De colocar “a pergunta do Outro” facilmente se deriva o “fazer a pergunta da mulher”, isto é, observar que o direito substantivo pode silenciar as perspectivas das mulheres ou de outros grupos de excluídos, colocando em evidência o seu viés androcêntrico.¹⁰² Colocados no ponto de vista da mulher, a aplicadora ou o aplicador do direito compreendem que a aparente neutralidade da norma, na realidade, deixa a mulher sem protecção. Fazer a pergunta da mulher é outro dos métodos feministas do direito.

O método de fazer a pergunta da mulher, depois de demonstrar que determinado instituto ou regime legal que se tem por universal é, afinal, masculino, retira o homem do centro da questão e coloca em evidência os interesses da mulher. Vem questionar as implicações de certa prática ou regra, e observa as falácias em que incorre o direito ao não tomar em conta as experiências

101 MATSUDA, J. M., *Beside my sister*, p. 1183 e ss.

102 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 837 e ss.

e valores que parecem mais típicos de mulheres do que de homens. Deste modo, coloca a descoberto o teor não neutro e não universal do direito e sugere correções.

Pode ilustrar-se este método a partir do exemplo da discussão da descriminalização do aborto. Para além das questões religiosas e de fé envolvidas, a penalização do aborto baseia-se na assunção de que a procriação beneficia toda a comunidade. A perspectiva da mulher que pode querer e beneficia com a interrupção da gravidez está totalmente escondida por aquela presunção, que lhe retira a possibilidade de decidir por si e pelo seu corpo e a reduz à função de procriadora, ainda que contra a sua vontade. Colocar a pergunta pela mulher ilumina os termos em que a questão se coloca: a mulher grávida é concretamente protegida pela criminalização do aborto? A humanidade da mulher, a sua dignidade, é reforçada pela criminalização do aborto? Estas perguntas permitem colocar a descoberto a visão que assimila a existência da mulher ao seu papel reprodutor e a encerra num corpo sobre o qual não tem qualquer domínio. Embora a maioria das mulheres vivenciem a gravidez como um momento particularmente feliz e sagrado, não pode ignorar-se que há circunstâncias em que a gravidez resulta numa experiência violenta, de verdadeira colonização forçada do seu corpo, que implica dor e uma certa brutalidade pela transformação física e psicológica experimentadas – mormente quando se trate de uma gravidez não desejada em resultado de violação, por exemplo.

Este método permite atender e valorizar as situações em que a gravidez é experimentada pela mulher, não como uma experiência feliz e gratificante, mas como uma invasão do seu corpo e do seu projeto de vida, assumindo-se e valorizando-se outras realidades, igualmente válidas e valorizáveis porque efectivamente vividas por sujeitos igualmente dignos de proteção legal, realidades que existem para lá daquelas que romantizam a maternidade, omitindo o sacrifício e sofrimento que a maternidade também pode implicar.

Fazer a pergunta da mulher também permite, por exemplo, compreender que em muitas situações de crimes sexuais e de violência de género, a questão se coloca em torno do comportamento da vítima e não do agente dos factos: a

questão passa a ser, fundamentalmente, a de saber “se” a queixosa foi agredida, em vez de ser a de saber como e porquê o agente procedeu daquele modo.¹⁰³

Em suma, o método de formular a pergunta da mulher põe a nu os ângulos ocultos da lei e da sua aplicação que, embora não sejam explicitamente discriminadores, são integrados por uma normatividade que vê as mulheres como diferentes e como subordinadas.

Aplicar o direito enquanto feminista significa olhar para lá da superfície da lei para identificar as implicações de género das regras e das suposições que estas escondem, e insistir na aplicação de regras que não perpetuem a subordinação da mulher. Significa reconhecer que a questão pela mulher sempre tem um papel relevante e que a estrita análise legal nunca assume uma neutralidade de género.¹⁰⁴

A pergunta colocada pela mulher não exige que a resposta seja sempre favorável à mulher, mas vem colocar o aplicador do direito na posição de perceber os preconceitos da lei e de atender a certos aspetos que respeitam somente a grupos historicamente ignorados: quais são os aspectos acerca daqueles que afecta que a lei presume? Que pontos de vista reflectem tais presunções? A quem pertencem os interesses invisíveis ou periféricos? Como podem os pontos de vista excluídos ser identificados e tomados em consideração?¹⁰⁵

Um outro método é o do raciocínio prático feminista e está em maior concordância com a perspectiva – recebida do feminismo cultural – que identifica nas mulheres uma forma de julgamento própria, mais situada e mais relacionanda com o contexto, mais acolhedora da diferença e das perspectivas dos mais fracos - e por contraposição ao julgamento masculino, mais abstracto e apelando a conceitos gerais e universais. Aproxima-se do modelo clássico de deliberação aristotélico, que é holístico e considera meios, fins e acções de modo a reconhecer e atualizar a melhor solução nas situações mais complexas, ambíguas e variadas,. A que Bartlett acrescenta a propriedade das feministas para identificar e levar em consideração as perspectivas dos excluídos. Deliberar é escolher o fim mais adequado. Portanto, através do modelo deliberativo prático no direito procura-se

103 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 338.

104 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 843. Tradução livre.

105 Ibid., p. 848.

não só a melhor forma de perseguir certos objectivos específicos, mas também considerar a experiência obtida para reavaliar os objetivos a perseguir.¹⁰⁶

O raciocínio prático feminista não deixa de utilizar o método comum, mas escolhe os factos, identifica a questão jurídica, escolhe o direito e aplica-o com base em pressupostos diferentes daqueles tradicionalmente empregues. Se o modo de julgamento masculino é centrado na abstração, resolvendo os conflitos pelo recurso à priorização dos princípios abstractos em confronto, e declarando um vencedor e um perdedor, o método feminista introduz na solução do conflito as perspectivas individuais dos vários intervenientes e tenta a sua conciliação com o menor dano e o maior ganho para todos. Os problemas não são vistos como um conflito dicotomizado entre opostos mas como dilemas com múltiplas perspectivas, contradições e inconsistências. Tais dilemas não se resolvem pela escolha de um princípio em detrimento de outro, mas com integrações e conciliações, soluções criativas que consideram o contexto particular. O raciocínio particular não vê nos detalhes inconsistências ou nuances irrelevantes, mas oportunidades para melhorar entendimentos e fazer integrações. Todas as situações são únicas, não antecipáveis nem generalizáveis. O que não significa que o raciocínio prático feminista não utilize as normas, mas tão só que estas permitem novas perspectivas, novas interpretações e novas leituras geradas pelos novos contextos.

A evolução do tipo penal de violência doméstica em Portugal serve para demonstrar o funcionamento desta forma de raciocínio prático, que julga de acordo com as situações concretas e com o contexto. Inicialmente exigindo a prática de agressões reiteradas, o crime de violência doméstica evoluiu para o entendimento de que será bastante uma única agressão, contanto que de suficiente gravidade. Na redação inicial, e sob um tipo penal denominado “maus tratos a cônjuge” o crime era praticado por quem inflingisse maus tratos físicos ou psicológicos a cônjuge ou a quem consigo vivesse em condições análogas às do cônjuge.¹⁰⁷ A doutrina e a jurisprudência consideravam, com relativa pacificidade,

106 BARTLETT, K., *Feminist Legal Methods*, p. 850 e nota 80.

107 Artigo 152 do Código Penal português, na versão anterior à Lei 59/2007 de 4 de Setembro:

que o crime era integrado por um conjunto de agressões, físicas e psicológicas, reiteradas, repetidas, prolongadas no tempo, não se bastando com um acto único e isolado.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Julho de 2005 diz-se o seguinte:

No crime de maus tratos a cônjuge p. e p., pelo art. 152.º n.º 1 e n.º 2 do Código Penal. o bem jurídico protegido é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, bem jurídico este que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos que (...) afectem a dignidade pessoal do cônjuge” [Taipa de Carvalho, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra Editora, 1999, Vol I, pág. 332]

As condutas previstas e punidas neste preceito são de várias espécies: maus tratos físicos, ou seja, ofensas corporais simples, maus tratos psíquicos, isto é, humilhações, provocações, molestações, ameaças mesmo que não configuradas em si crime de ameaça.

Como salienta o mesmo autor, «A ratio do tipo não está, pois, na protecção da comunidade (...) conjugal, (...), mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana. O âmbito punitivo deste tipo de crime inclui os comportamentos que de forma reiterada, lesam esta dignidade”.

“O tipo de crime em análise pressupõe, segundo a ratio da autonomização deste crime, uma reiteração das respectivas condutas. Um tempo longo entre dois ou mais dos referidos actos afastará o elemento reiteração ou habitualidade pressuposto, implicitamente, por este tipo de crime», [Taipa de Carvalho, in ob.cit., pág. 334]

Também na mesma linha argumentativa, sobre a questão do elemento reiteração, Leal Henriques e Simas Santos, [in Código Penal Anotado, 3ª Ed. 2º vol., Ed. Rei dos Livros, 2000, pág. 301], observam que «não basta uma acção isolada do agente para que se preencha o tipo legal (estariamos então no domínio das ofensas á integridade física, pelo menos), mas também não se exige a habitualidade da conduta.

E no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Fevereiro de 2007:

Não comete o crime de maus tratos a cônjuge o agente que por duas vezes agride a mulher com murros e puxando-lhe o cabelo, de modo a causar-lhe danos, hematomas e nódos negros.¹⁰⁸

”1-Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

- a) Lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente;
- b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 144.º

2 - A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa, mas o Ministério Público pode dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser e não houver oposição do ofendido antes de ser deduzida a acusação.”

108 Todos acessíveis em ww.dgsi.pt. Último acesso em 26 de Fevereiro de 2014.

A mudança na compreensão do tipo penal deu-se a par e passo com as diferentes situações concretas que foram sendo presentes nos tribunais, e de que decorria que situações de grande gravidade, embora únicas e isoladas, poderiam configurar a prática de crime de maus tratos - ou de violência doméstica, para usar a atual expressão da lei.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Abril de 2004 decidiu-se, já, que

O crime de maus tratos exige uma pluralidade de condutas ou, no mínimo, uma conduta complexa, que revista gravidade e traduza, por exemplo, crueldade ou insensibilidade.

E no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Janeiro de 2003,

Não são os simples actos plúrimos ou reiterados que caracterizam o crime de maus tratos a cônjuge, o que importa é que os factos, isolados ou reiterados, apreciados à luz da intimidade do lar e da repercussão que eles possam ter na possibilidade de vida em comum, coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal.

O raciocínio prático operou da realidade concreta para a norma, e reinterpretou-a, reconfigurando-a. Os factos da vida demonstravam que certas agressões isoladas eram mais do que ofensas pontuais ao corpo e à saúde, não sendo justo pensá-las como meros crimes de ofensa à integridade física. Antes se tratavam de verdadeiros atentados à dignidade e ao livre desenvolvimento da mulher como mulher. Não seria, pois, adequado ao direito penal e à sua função pacificadora e redutora do conflito, impôr que se aguardasse prolongadamente por várias ofensas físicas e psíquicas para que os tribunais pudessem fazer justiça e condenar pela prática do crime de violência doméstica. O aplicador da lei distanciou-se da norma e do conceito abstracto de conduta reiterada da sua previsão, e passou a atender à gravidade concreta das condutas praticadas, ainda que isoladas. Foi a oferta de uma resposta adequada à multiplicidade das situações da vida e a justiça do caso concreto que arredou a reiteração da conduta criminosa do núcleo do tipo penal. Atualmente, pratica o crime de violência doméstica

quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais.¹⁰⁹

Não podemos, ainda assim, deixar de notar como o crime de violência doméstica, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, é compreendido no contexto do ambiente conjugal, e menos como um crime contra a condição da mulher. O ponto em que a agressão única se considera insuportável não é aferido de acordo com a perspectiva da mulher, mas da compreensão social do limite da agressão que pode ser tolerada na relação a dois ou no casamento. Portanto, embora estejamos seguras que a alteração no regime legal advém do método do raciocínio prático, facto é que o mesmo não foi conjugado com a realização da pergunta da mulher, como se importaria para evitar resultados menos bem conseguidos.

A área da mediação e da resolução alternativa de litígios será aquela onde o consenso e as particularidades do caso operam com declarado à vontade, constituindo este, também, um bom exemplo para a compreensão das potencialidades do método prático feminista no direito.

2.2

O crime de violação como expressão da norma masculina oculta

Com reporte ao crime de violação no direito português no Código Penal de 1886, Teresa Pizarro Beleza refere que

a violação era tradicionalmente a cópula não conjugal forçada numa mulher honesta, isto é, a conjugação carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à obtenção dessa mercadoria.¹¹⁰

109 Artigo 152.º n.º 1: “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
- d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”. Esta redação foi introduzida pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro.

110 Beleza, T. P., *Sem sombra de pecado – o repensar dos crimes sexuais na Revisão do Código Penal*, p. 12.

O citado Código Penal definia o crime de violação nos seguintes termos:

aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a de prisão maior temporária.

Releva ainda a inserção sistemática do crime, surgido no capítulo dos crimes contra a honestidade. Nesta definição da violação devem reter-se duas leituras, e ambas nos surgem como emblemáticas do ponto de vista masculino. Por um lado, pela inserção sistemática, é de sublinhar a sua relação com a moral sexual e os bons costumes, indicando que a violação só é possível quando as histórias dos sujeitos se confinem dentro das considerações sociais de honestidade, portanto, sugerindo a marginalidade – ousaremos, a insuceptibilidade de proteção legal - de todos os demais; mas também ressalta a construção histórica do crime de violação pelo apelo a conceitos eminentemente androcêntricos, quer na definição de violência quer na compreensão da relação sexual, que terá de ser cópula – portanto, exigindo-se a penetração vaginal, não obstante o facto de o centro da sexualidade, para a mulher, não passar necessariamente pela penetração.¹¹¹ Tratando-se de um crime em que, maioritariamente, a vítima é a mulher, está na natureza patriarcal do direito posto a razão para a sua definição original em termos exclusivamente masculinos.

Na visão mais tradicional, a relação sexual normal ocorre num casamento heterossexual. Esta observação tem duas consequências: uma é a de se pensar que toda a relação sexual ocorrida dentro do casamento é normal – o que, desde logo, desconsidera a possibilidade da violação marital. O princípio liberal da intervenção mínima, que retirava do âmbito da regulação legal os aspetos privados e íntimos da vida contribuiu para perpetuar esta visão,

fruto de uma época que, preocupada em combater a repressão sexual, entendeu a liberdade sexual como uma liberdade contra intervenções excessivas do Estado nos costumes e não como a liberdade sexual negativa individual das mulheres contra os homens, que tiveram, durante séculos, direitos sobre o seu corpo.¹¹²

111 BELEZA, T. P., *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*, p. 333.

112 SOTTOMAYOR, M. C., *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, p. 274.

Será com a afirmação do Estado Social que se torna possível concretizar em políticas públicas a afirmação de que o “o pessoal é político” e admitir a entrada do direito na vida privada, o que contribuiu para reduzir as assimetrias de poder entre a mulher e o homem.

Outra ilação a retirar é a de que a relação heterossexual mantida fora do casamento; ou a relação homossexual é desviante e menos merecedora da proteção do direito. Marie Joe Frug¹¹³ refere que a presunção de inocência que reverte a favor dos agressores sexuais de prostitutas coloca em andamento a terrorização do corpo da mulher pelo direito. O facto de a prostituta colocar o seu corpo ao dispor do homem retira-lhe, definitivamente, a possibilidade de domínio sobre o seu corpo, de tal modo que normalmente não poderá ser violada.

Na sua visão tradicional, o conceito de violação é integrado por três elementos: uma relação sexual, que é forçada e não consentida.¹¹⁴ Em Portugal, continua a assimilar-se a violação sexual à existência de um debate físico, uma luta, entre o homem e a mulher, um confronto que seja passível de deixar marcas físicas. As marcas físicas serão as evidências sem as quais dificilmente se prova a que o agressor agiu contra a vontade da vítima, e portanto, existência de crime de violação. Esta exigência da prova também revela a desconfiança da palavra da mulher violada.

A tónica colocada na resposta da vítima para a integração num tipo penal em que o agressor será maioritariamente masculino também demonstra a norma masculina oculta, porquanto a conduta reactiva da vítima concorre relevantemente para a integração do núcleo do tipo penal, fugindo àquilo que em direito penal é já um truismo que não merece discussão, de que crime é o acto típico do agente - não o da vítima.

A integração do conceito legal de violação com o acto de resistência violenta e física da parte da vítima também vai de encontro à visão cultural masculina e patriarcal, que espera que se responda ao constrangimento físico, à violação da autonomia individual, com um certo tipo de violência que se identifica com a ofensa à integridade física, com a luta, com o debate corporal.

113 FRUG, M. J. A., *Postmodern feminist legal manifest (an unfinished draft)*, p. 1056, 1057.

114 MACKINNON, C., *Sex equality*, p. 801.

Entendimento que não considera que as vítimas de violação são frequentemente assoladas por um medo paralisante, o “*frozen fright*”¹¹⁵ que as impede de ter reações assertivas e categóricas contra o violador.

Por seu turno, a exigência de que a violência do acto se manifeste com a resistência física e indubitável da vítima mulher não é mais do que o acolhimento da ideia de que “uma mulher deve lutar pela sua honra para ser considerada honesta, caso contrário merece ou quis a violação”.¹¹⁶ Outro mito que perspassa o conceito legal de violação é o de que o crime é praticado por um estranho, quando está demonstrado que cerca de metade dos agressores sexuais são companheiros ou ex-companheiros da vítima.¹¹⁷

O conceito penal de violação deveria bastar-se com a ausência de consentimento da vítima, o que permitiria alargar o número de casos susbsumíveis ao tipo penal, e reforçar o combate à subordinação sexual da mulher, estendendo a sua proteção, por exemplo, a situações de violação marital ou por companheiros ou namorados, situações em que muito frequentemente a falta de consentimento não será acompanhada de actos físicos de resistência; bem como a percepção de que o consentimento para certos actos de intimidade não confere o consentimento para todos os actos de intimidade.

Na apreciação do consentimento deverá considerar-se que este existiu quando houve envolvimento e simultaneidade entre os pares na prática do ato sexual; e que essa simultaneidade não existiu quando qualquer tipo de força – que não só a força física – seja empregue para a consumação do ato sexual. São condicionadores do consentimento livre, por exemplo, a intimidação, a dependencia económica, a desigualdade de idades, a disparidade de poder.¹¹⁸

Em Portugal o crime de violação é de execução vinculada: genericamente, a violação é o constrangimento à prática de ato sexual mediante violencia ou

115 Síndrome psicologico traumático em que a vítima se submete totalmente ao agressor, ou se dissocia psicologicamente do agressor. Vide *Mcv s Bulgaria*, TEDH, em <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/04749d155c82de5841256e1c004f1eb8?OpenDocument>, acesso em 10 de Fevereiro de 2014.

116 SOTTOMAYOR, M. C., *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, p. 291.

117 Ibid., p. 290.

118 MACKINNON, C., *Sex equality*, p. 817.

ameaça grave.¹¹⁹ A reforma penal de 1995, sistematicamente, veio colocar o crime de violação na parte “dos crimes contra as pessoas; dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”.

A Constituição da Republica portuguesa garante o direito à liberdade e à autodeterminação sexual. Verificamos, todavia, que, na prática, a interpretação e a aplicação da lei nem sempre são conformes à Constituição.¹²⁰ O Tribunal da Relação do Porto¹²¹ apreciou, em Abril de 2011, o caso de uma paciente em final de gravidez que se queixara contra o seu médico psiquiatra, porque este a forçara à prática de sexo oral e a relação sexual de cópula completa, sem que houvessem evidências físicas de relação sexual forçada. No caso, e além do mais, provou-se que

Cerca das 15.30 horas, no decurso da consulta e devido ao seu estado de fragilidade emocional, a ofendida começou a chorar, tendo-lhe o arguido dito para se deitar na marquesa (ou divã) - ao que esta acedeu.

O arguido começou então a massajar-lhe o tórax e os seios e a roçar partes do seu corpo no corpo da ofendida.

Esta levantou-se do dito divã e sentou-se no sofá. O arguido foi então escrever uma receita. Quando voltou com ela, aproximou-se da ofendida, exibiu-lhe o seu pénis erecto e meteu-lho na boca, para tanto agarrando-lhe os cabelos e puxando-lhe para trás a cabeça, enquanto lhe dizia” estou muito excitado” e “vamos, querida, vamos”.

A ofendida reagiu, levantou-se e tentou dirigir-se para a porta de saída; no entanto, o arguido, aproveitando-se do estado de gravidez avançado que lhe dificultava os movimentos, agarrou-a, virou-a de costas, empurrou-a na direcção do sofá fazendo-a debruçar-se sobre o mesmo, baixou-lhe as calças (de grávida) e introduziu o pénis erecto na vagina até ejacular.”

Não obstante estes factos provados, o Tribunal da Relação considerou que

O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.é., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. O agente só comete o crime se, na concretização da execução do ato sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em ““violência””. A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto. A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade,

119 Em Portugal, até à reforma de 1995, a violação existia somente nos casos de penetração vaginal, sendo que foi após aquela data que a prática de sexo anal, oral e a introdução de objetos passaram a ser condutas submissíveis ao tipo.

120 SOTTOMAYOR, M. C., *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, p. 304.

121 Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>. Último acesso em 24 de Julho de 2014.

de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação.”

Embora se tenha provado a resistência e a falta de consentimento da vítima que, se não verbalizados se depreendem do facto de não só os actos sexuais terem sido iniciados sem qualquer colaboração ou conduta activa da vítima (o agressor é que exibiu o genital e o colocou na boca da vítima; o agressor é que se aproveitou da dificuldade de movimentos da vítima e a empurrou, a fez debruçar-se e lhe baixou as calças) como do facto de esta se ter querido furtar à sua prática levantando-se e dirigindo-se, primeiro para o sofá e depois à porta de saída; tal não foi de molde a dar como provado o crime de violação, por se ter considerado que não houve violência por não ter havido oposição física da vítima.

Eventualmente, será a concepção da mulher passiva, impotente, que aguarda a iniciativa do homem e que até se compraz com a imposição de uma certa força na relação sexual – atitude que sublinha o carácter comoditário do seu corpo, propriedade do homem, e que este pode utilizar a seu bel prazer – que, no Acórdão, retira sentido à conduta da vítima enquanto resistência e negação de consentimento, e coloca aquele seu comportamento – a ausência de colaboração e de envolvimento ativo no acto sexual, o acto de se dirigir para a porta de saída, ensaiando uma evasão - fora dos limites de protecção da violação criminosa.

Mas mesmo que se considere que a falta de consentimento é insuficiente para se estar perante um crime de violação, por oposição ao acto de resistência física exigido nos termos tradicionalmente entendidos, sempre será de considerar que

a imposição de acto sexual a uma pessoa (sexo sem consentimento) não pode deixar de consistir num acto de violência física, pela intromissão que implica no corpo da vítima, de violência psíquica, pelo sofrimento que provoca, e moral, pela negação da sua autonomia como pessoa.¹²²

Mas além disto, o Tribunal da Relação do Porto

nem sequer considerou para analisar o conteúdo desta resistência, (...) o estado particular em que se encontrava a vítima, grávida em fim de tempo, nem os riscos que a resistência, susceptível de provocar uma maior violência por parte do arguido, geraria para a integridade física da mulher e do bebé que esperava.¹²³

122 SOTTOMAYOR, M. C., *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, p. 299.

123 Ibid. p. 299.

Nos julgamentos pelo crime de violação, confrontam-se as versões do arguido e da queixosa, sendo que, beneficiando aquele do princípio da presunção da inocência, as probabilidades acabam por ficar a seu favor. São vários os estudos¹²⁴ que confirmam que a versão das vítimas nos crimes de violação é particularmente escrutinada e desacreditada, de tal modo que quando a sua versão não surja acompanhada de outras provas que corroborem o emprego de força pelo acusado, a acusação claudicará. Conforme nota Mackinnon “o que protegem os actores legais quando tornam distintamente difícil para uma mulher, que afirma ter sido violada, ser acreditada?”¹²⁵ Uma leitura androcêntrica dos factos resolverá a favor do arguido a tensão entre o direito de defesa do arguido e o princípio da presunção da inocência, por um lado, e o direito da vítima a um julgamento justo, por outro. Em *R. v. Seaboyer*¹²⁶ evidenciou-se esta tensão, com o escrutínio da história sexual da vítima a ser julgado, concomitantemente com os factos da sua agressão, a favor do arguido. Por fim, e em recurso, o Supremo Tribunal do Canadá considerou que a prova da conduta e da reputação sexual da vítima não podem ser consideradas como prova lógica nem da sua credibilidade nem do seu consentimento e que a discussão da história sexual da vítima influência a formação do juízo de culpa sobre o arguido com base no mito de que a “mulher fácil” é insusceptível de ser violada.

No caso *M. C. v. Bulgária* a queixosa recorreu para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH) por considerar que lhe fora negado o direito a um julgamento justo. Os factos ocorreram em 1995, quando, tendo a recorrente 14 anos, foi, alegadamente, violada por dois homens de 20 e 21 anos, seus conhecidos. Tendo-se encontrado casualmente à porta de uma discoteca, todos foram para um bar a 17 km do local, no automóvel de um deles, e no regresso os homens quiseram parar para tomar um banho numa barragem. A

124 MACK, K., *Continuing barriers to women's credibility: a feminist perspective on the proof process*.

125 MACKINNON, C., *Sex equality*, p. 818. Para uma análise comparativa das taxas de condenação nos crimes de abuso sexual na Europa, v. KELLY, L.; REGAN, L., *Rape: still a forgotten issue – briefing document for strengthening the linkages – consolidating the European network project*.

126 Supremo Tribunal do Canadá,

http://www.attorneygeneral.jus.on.ca/inquiries/cornwall/en/hearings/exhibits/Wendy_Harvey/pdf/33_Seaboyer.pdf. Último acesso em 15 de Março de 2014.

recorrente, que era virgem, foi, na sua versão, aí violada pelo dono do automóvel e, mais tarde na mesma noite, por um outro dos homens numa casa sita em cidade vizinha. Os homens alegaram que os actos foram consentidos. O órgão acusador público decidiu que não se provara a resistência física da recorrente e não proferiu acusação.

A recorrente alegou que, no crime de violação, a exigência de coerção, entendida como ameaça ou força física, valoriza excessivamente a prova da resistência e da oposição física, dando lugar a uma política processual que só admite este tipo de prova. Deste modo, ficarão por punir os actos sexuais praticados sem o consentimento da vítima mas em que a força física e/ ou a resistência activa não sejam claramente evidentes.¹²⁷ A organização não governamental Interights, intervindo como *amicus curiae*, reportou ao tribunal dados que revelaram que, mormente entre menores de idade, é comum as vítimas nos crimes de violação ficarem paralisadas pelo medo (*frozen fright*) e submeterem-se passivamente ao agressor. Reportou ainda a tendência das legislações em considerarem a falta de consentimento como o elemento essencial do tipo penal, bem como que o bem jurídico protegido é a autonomia física e sexual.

O TEDH considerou as duas tendências legais que centram o crime de violação ou no exercício da força física ou na falta de consentimento, e, afastando-se do entendimento que exige a resistência física da vítima, concluiu que “o desenvolvimento da lei e das práticas nesta área reflecte a evolução das sociedades no caminho da igualdade efetiva e no respeito pela autonomia sexual de cada um” e que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem exige a penalização e a efetiva acusação de qualquer acto sexual não consentido.¹²⁸

Este caso, além das importantes referências que deixa acerca do tipo penal de crime quanto à inexigibilidade de efectiva resistência física da parte da vítima, também é relevante por afirmar, para os Estados aderentes à Convenção, o dever de adopção de medidas positivas não só no sentido de legislar, proibindo e punindo a violação sexual, mas garantindo que os casos são adequadamente

127 CONAGHAN, J., *Extending the reach of human rights to encompass victims of rape*, p. 150.

128 Ibid., p. 151 e 155; TEDH, parágrafos 159, 165 e 166.

investigados, que as leis são aplicadas e que os direitos das vítimas são garantidos, de tal forma que o fracasso de uma investigação ou julgamento concreto pode resultar na responsabilização do Estado.

A Convenção de Istambul¹²⁹ obriga os Estados Parte a criminalizar, entre o mais, as condutas intencionais que obriguem “outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa. O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”.

2.3

O assédio sexual

No espaço da União Europeia, ao longo da sua vida profissional, entre 74% a 75% das mulheres em profissões de elevada qualificação ou em cargos de chefia tiveram experiências de assédio sexual; e 55% de todas as mulheres com mais de 15 anos tiveram pelo menos uma experiência de assédio sexual.¹³⁰ Nos Estados Unidos estimou-se que o total de casos denunciados correspondesse a 5% das ocorrências.¹³¹ Em França, em 2010, houve 1000 casos denunciados, e 80 casos julgados.¹³² Pela certeza de que ocorrerão com muita assiduidade, sendo muito pouco denunciados, escolhemos aqui abordar o tema do assédio sexual.

Nos Estados Unidos em meados dos anos 70, o assédio sexual foi inteligido pela assimetria de poder e exploração sexual em cujos termos as feministas radicais traduziram a exploração da mulher pelo homem.¹³³ Envolveria, tipicamente, um homem mais velho, mais poderoso, dirigente, utilizando o seu poder para obter favores sexuais de uma mulher menos poderosa, mais jovem e subordinada. A motivação para este comportamento tanto poderia encontrar-se no

129 Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as mulheres e a Violência Doméstica, aprovada em Istambul a 11 de Maio de 2001, e aprovada pela Assembleia da República em 14 de Dezembro de 2012.

130 Relatório da Agência Europeia para os Direitos Fundamentais, 2014, p. 12 e 28, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance_en_0.pdf último acesso em 9 de Março de 2014.

131 SCHULMAN S. L.; FITZGERALD L. F., *Sexual harassment: a research analysis and agenda for the 1990's*, p. 6.

132 The Guardian <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/aug/01/france-sexual-harassment-law-grey-area>, acesso em 21 de Fevereiro de 2014.

133 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 309.

mero desejo sexual como na utilização da sexualidade para o reforço da posição de poder masculina, portanto, exercido hierarquicamente, na vertical, do chefe para a subordinada, do homem para a mulher.¹³⁴ Um tal enquadramento típico corresponde ao “paradigma desejo – dominação” e oferece uma compreensão do assédio sexual mais relacionado com a sexualidade, com a prática de actos sexuais. O assédio sexual, de acordo com esta visão, existirá

quando a manutenção do posto de trabalhos, aumentos ou promoções dependa da tolerância ou sujeição a avanços sexuais indesejados, cuja forma vai de olhares claramente e/ ou comentários sugestivos, a contactos físicos moderados (beijos, beliscões, etc...) até uma agressão manifestamente sexual.¹³⁵

Simultâneamente, surgiram conceitos mais amplos e menos focados na relação binária e de exploração sexual, e mais centrados em todas as formas de utilização da sexualidade como uma forma de pressão sobre o outro. Este conceito, mais lato, encontra situações de assédio sexual em qualquer ponto onde as variações de poder ocorrem, e onde quer que haja competição pela obtenção de privilégios. Donde homens podem assediar sexualmente outros homens, e o assédio sexual é passível de ser exercido horizontalmente, entre pares, e até de baixo para cima, dos subordinados para os superiores.

Nos tribunais norte-americanos, se a tendência inicial foi para tratar o assédio sexual como um assunto pessoal não escrutinável pela lei, progressivamente passou a reconhecer-se a osmose entre as esferas da sexualidade e da discriminação de género e a visão do feminismo radical que vê a relação sexual heterossexual como o mecanismo primário através do qual a dominação masculina e a subordinação feminina é mantida. Desta concepção nasce a distinção entre os dois tipos de assédio sexual: *quid pro quo* e *hostile environment*.¹³⁶

O assédio sexual *quid pro quo* ocorre quando propostas de natureza sexual e indesejadas tenham corresponsividade com uma proposta, explícita ou implícita, de favorecimento no trabalho (ou na escola ou universidade). Este tipo de assédio na forma explícita é raro, porque normalmente são utilizadas manobras insidiosas e prolongadas no tempo e que integram o assédio sexual implícito, mais difícil de

134 SCHULTZ, V., *Reconceptualizing Sexual Harassment*, p. 1693.

135 Ibid., p. 1700, nota 62.

136 Distinção surgida numa decisão judicial em 1986; cfr. *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*.

sustentar.¹³⁷ Como critério, pode dizer-se que quanto mais próximo no tempo estiver o nexo entre a promessa de um benefício laboral e o pedido de um favor sexual, mais provavelmente terá havido um condicionamento implícito e uma situação de assédio sexual. A questão central a colocar num caso de assédio *quid pro quo* é, pois, a de saber se o superior pretendeu obter favores sexuais relacionando-os, de alguma forma, com a atribuição ou sonegação de benefícios laborais tangíveis.

A concreta forma do assédio *quid pro quo* conheceu variações em diferentes decisões judiciais em que foi tratada: alguns tribunais entendendo que existe assédio *quid pro quo* sempre que seja afectada qualquer tipo de acção resultante da relação de trabalho, independentemente da sua natureza psicológica, económica ou outra; outros tribunais exigindo que o tratamento diferenciado teria de ser praticado por um superior hierárquico e ter por consequência um prejuízo tangível. Outros ainda exigindo que o mal inflingido à vítima de assédio se prendesse com uma decisão fundamental na relação laboral, como sejam a contratação, o despedimento, o pagamento ou a promoção.¹³⁸

O assédio sexual será de ambiente hostil (*hostile environment*), quando, sem que haja um condicionamento da atribuição de benefícios laborais tangíveis à realização de favores sexuais, exista, ainda assim, uma degradação das condições de trabalho por força de comportamentos discriminatórios, praticados por colegas, clientes ou por superiores hierárquicos, em razão do género, de tal modo que é afectado o direito à igual participação no ambiente de trabalho.¹³⁹ O Supremo Tribunal norte-americano estabeleceu quatro critérios que devem concorrer numa situação de assédio de ambiente hostil: a conduta tem de ter natureza sexual, é indesejada, é de tal modo severa e perversiva que altera as condições de trabalho da vítima; e o empregador conhece ou deveria conhecer a alegada conduta.¹⁴⁰

137 “É muito menos claro que tenha ocorrido assédio se um gerente pede à subordinada se ela gostaria de tomar uma bebida após o trabalho para conversarem sobre a sua promoção, e se após ela recusar o gerente oferece a promoção a outro empregado.” MACKINNON, C., *Sex equality*, p. 945. Tradução livre.

138 SCHULTZ, V., *Reconceptualizing Sexual Harassment*, p. 1715.

139 Ibid., p. 1709.

140 PERRY, E. L.; KULIK, C. T.; BOURHIS, A. C., *The reasonable woman standard: effects on sexual harassment court decisions*, p. 10.

No caso *Burlington Industries Inc. V. Ellerth*,¹⁴¹ a trabalhadora alegou três incidentes particulares. No verão de 1993, numa viagem de trabalho, Slowick, o seu chefe, convidou Ellerth para o *lounge* do hotel, sentindo-se esta obrigada a aceitar por se tratar do seu patrão. Porque Slowick fez, então, vários comentários acerca do peito de Ellerth, a que esta não deu qualquer sequência, Slowick disse-lhe que deveria “*descontraír-se*” e acrescentou “*sabes, Kim, ou posso fazer a tua vida muito fácil ou muito difícil na Burlington*”. Em Março de 1994, Slowick, aproximando-se de Ellerth e afagando-lhe o joelho, expressou reservas quanto à possibilidade desta receber uma promoção por não ser “*suficientemente descontraída*”. Ellerth recebeu a promoção, mas quando Slowick lha comunicou, disse-lhe: “*vais estar com homens que trabalham em fábricas, e eles gostam de mulheres com rabos e pernas bonitas*”. Em Maio de 1994, e por duas vezes, Slowick respondeu da seguinte forma a telefonemas de Ellerth: “*agora não tenho tempo para ti, a menos que me digas o que estás a vestir*”; e “*estás a usar saias mais curtas, Kim? Porque isso tornaria o teu trabalho muito mais simples*”. Ellerth, por força dos avanços sexuais perpetrados pelo seu chefe, acabou por se demitir da empresa ao cabo de 15 meses.

Neste caso, o tribunal entendeu que não havia um consequência tangível na relação de trabalho, um prejuízo para a autora, pelo que os factos não integravam assédio *quid pro quo*. Em comentário, Mackinnon¹⁴² refere que o que distingue os dois tipos de assédio não é, ao arrepio do que vem dito pelo tribunal, a existência do prejuízo ou do ganho tangível, sentidos na esfera da vítima do assédio. O que deve ser apreciado é a conduta dos agentes dos factos, e os termos em que estes colocam as suas exigências. Imagine-se que Ellerth acedia a manter relações sexuais com o seu chefe, nesse caso já poderia o tribunal considerar estar em presença de uma situação de assédio *quid pro quo*? Também a exigência de uma perda económica efetiva para a verificação do assédio sexual coloca um peso indevido na resposta da vítima ao assédio, quando o foco deveria estar na conduta proibida, não na resposta da vítima.¹⁴³

141 MACKINNON, C., *Sex equality*, p. 947.

142 Ibid., 948.

143 Ibid., 947.

Um outro caso permite enquadrar as situações de ambiente hostil. Em *Harris v. Forklift Systems, Inc.*¹⁴⁴ Theresa Harris era uma das duas gerentes comerciais numa empresa de venda de empilhadoras – sendo a outra das gerentes a filha do patrão, este de nome Charles Hardy. Na vigência do contrato de trabalho Hardy negou a Harris um gabinete individual, carro da companhia ou subsídio para a utilização de automóvel; pagava-lhe em termos diferentes dos pagamentos que fazia aos demais gerentes; obrigava-a a servir cafés nas reuniões – nunca fazendo tal exigência aos gerentes homens; frequentemente dirigia-se-lhe na presença dos demais trabalhadores da empresa dizendo: “és uma mulher, de que é que tu sabes??”; “és uma imbecil duma mulher”; e “precisamos de um homem como gerente comercial”. Numa dada ocasião, Hardy sugeriu-lhe ainda que fossem juntos para um hotel negociar o seu aumento de pagamento; e insinuou que Harris conseguira angariar um novo cliente pela promessa de favores sexuais. Além disto, Hardy pedia às trabalhadoras menos qualificadas para lhe tirarem moedas dos bolsos das calças, fazendo o mesmo a Harris; e fazia frequentemente comentários acerca das roupas que esta trajava.

O tribunal, fixando-se no paradigma desejo-dominação, apartou todas as condutas não sexualizadas – como o tratamento diferenciado em matéria de regalias laborais - e relevou somente os comportamentos sexualizados, concluindo, por exemplo, que a sugestão de discutir o aumento num hotel não chegava a ser uma proposta sexual concreta dado que não houvera qualquer contacto físico. Declinou considerar como um todo os comportamentos que reduziram a autora a um objeto sexual, indicando-lhe a sua incapacidade para as funções de gerência, negando-lhe privilégios salariais, portanto, negando a sua autoridade e estatuto, e com isso, a possibilidade de esta desempenhar em pleno as suas funções.

Esta decisão representou a rejeição da possibilidade de tornar mais lato o conceito de assédio sexual pela criação de ambiente hostil, excluindo, indevidamente, do seu âmbito as condutas baseadas em preconceitos de género e

144 *Harris v. Forklift Sys.* US Court of Appeals, No. 92-1168.

a visão do assédio como um meio de diminuição da percepção da competência da mulher como trabalhadora.¹⁴⁵

São exemplos de condutas identificáveis como de assédio sexual os comentários e observações indesejados de teor sexual, o contacto físico indesejado, convites para encontros, convites para contactos sexuais, cartas e telefonemas indesejados, a violação, tentada e consumada.¹⁴⁶ Mas certos comportamentos que são percebidos como ofensivos pelas mulheres são, muitas vezes, tidos como naturais pelos homens.¹⁴⁷ Por isso, surgiu nos tribunais norte-americanos a figura da “mulher razoável”,¹⁴⁸ que atua como referente para o enquadramento dos casos de assédio sexual e de violação. O homem médio ou o bom pai de família, padrões da razoabilidade e da pessoa diligente para o direito tradicional, não são adequados para medir os danos produzidos pela discriminação de género porque a sua existência é já uma reafirmação da discriminação de género. Estas são figuras que encerram todo o simbolismo de uma sociedade patriarcal e androcêntrica, em que somente o homem é o chefe de família e capaz de diligência, cuidado, razoabilidade, e de interpretar adequadamente a realidade. Por seu turno, e por este padrão, na mulher essas aptidões não são reconhecidas, sendo somente o homem que pode servir como referente na avaliação do grau de cuidado e diligência a adoptar nas relações jurídicas.

A figura da mulher razoável tem a virtude de introduzir na apreciação dos casos o ponto de vista da mulher, facto que tanto evidencia a normativa ausência do ponto de vista feminino no direito como a existência da norma masculina oculta, o que parece vir reconhecida no texto da seguinte decisão judicial:

Adoptamos a perspectiva da mulher razoável, primeiramente por considerarmos que o padrão da pessoa razoável tende a um viés masculino e a ignorar sistematicamente as experiências das mulheres (...) notamos que o padrão da vítima razoável que hoje adoptamos classifica condutas como assédio sexual

145 SCHULTZ, V., *Reconceptualizing Sexual Harassment*, p. 1710 a 1712.

146 SCHULMAN S. L; FITZGERALD L. F., *Sexual harassment: a research analysis and agenda for the 1990's*, p. 6.

147 PERRY, E. L; KULIK, C. T.; BOURHIS, A. C., *The reasonable woman standard: effects on sexual harassment court decisions*, p. 11.

148 *Ellison v. Brady*, US Court of Appeals, No. 89-15248; *Harris v. Forklift Sys.*, US Court of Appeals, No. 92-1168.

mesmo quando os assediadores não se apercebem que os seus comportamentos produzem ambientes laborais hostis.¹⁴⁹

Se se pode considerar a afirmação desta figura, na doutrina e na jurisprudência, como um avanço no sentido da consideração das experiências das mulheres pelo direito, o seu carácter excepcional e confinado revela a parcialíssima presença do ponto de vista feminino no direito. Se o direito fosse neutro, geral, abstrato e universal, ele incluiria todos e não seria necessário o recurso a categorias especiais para garantir adequada proteção aos seus destinatários. Por esta razão, não pode deixar de questionar-se o significado da necessidade de existência de uma “lente” a mediar os comportamentos que podem ser considerados como de assédio sexual. É facto que mulheres e homens apresentam visões distintas acerca do grau de ofensa de certas condutas sexualizadas. As mulheres serão mais sensíveis aos avanços masculinos pois tendo maior vulnerabilidade como vítimas de violações olhariam tais avanços como o prelúdio potencial de uma relação sexual não consentida. Por outro lado, tais comportamentos também funcionam como uma ameaça à estabilidade dos postos de trabalho, mais precários para as mulheres.¹⁵⁰

Os estudos demonstram que existe uma ligação entre a percepção da danosidade das condutas de assédio sexual e a intensidade da consciência feminista, designadamente que existe uma importante influência do género como ponto de vista sobre as experiências e crenças dos advogados e juízes: as mulheres identificam mais situações de assédio e adoptam com mais frequência posturas feministas em matérias como violação, violência doméstica, direitos de propriedade das mulheres após o divórcio e estereótipos negativos acerca das mulheres.¹⁵¹

Assim que, se o escopo da figura é reparar a real danosidade provocada pelas condutas assediadoras, a mulher razoável que se deve ter como referência não é aquela que tem consciência do assédio quando ele ocorre mas que aprendeu

149 *Ellison V. Brady*, 9th Circuit US Court of Appeals, No. 89-15248. Tradução livre.

150 ABRAMS, K., *Gender Discrimination and the transformation of workplace norms*; CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 315 e 316.

151 MARTIN, P. Y., REYNOLDS, J. R., KEITH, S., *Gender bias and feminist consciousness among judges and attorneys: a standpoint theory*.

a tolerá-lo. A mulher razoável deve ser a mulher politicamente informada, consciente de que o assédio sexual é uma expressão sexista no mundo do trabalho e que tal, como todo o sexismo, constitui um entrave à plena realização e progressão da mulher no ambiente de trabalho.¹⁵²

Prima facie, o bem jurídico lesado com o assédio sexual será a autonomia sexual da ofendida. É certo que no caso do crime de violação normalmente o constrangimento será relativamente contemporâneo e imediato à prática do ato criminoso, sendo mais evidente a existência desse constrangimento da vontade da vítima e a anulação da sua liberdade e autonomia sexual. Mas também no caso do assédio sexual se verifica esse constrangimento, embora exercido de modo mais subtil. A mulher que acede à prática de um acto sexual no contexto laboral não o faz livremente, mas por força dessa relação de poder em que se situa num estado de sujeição. Fá-lo, portanto, com constrangimento da vontade, que não é livremente exercida.

Mas à quebra da autonomia sexual há-de adicionar-se um acrescido desvalor na conduta do assédio sexual. O comportamento de quem utiliza a autoridade no âmbito profissional para obtenção de favores sexuais é, em si,¹⁵³ desvalioso e censurável, na medida em que anula a humanidade do destinatário da conduta e o comodifica à medida da vontade e capricho do assediador. Mas, mais do que isso, o assédio sexual reafirma e actualiza o domínio masculino no ambiente de trabalho. A conduta do assediador não se esgota naquele acto em que é praticada. Minorizar a mulher e remetê-la ao local de subalternidade, de objeto do assédio a tempo e contento do agressor representa para a concreta vítima uma forma de repressão e de diminuição que sempre há-de constituir um obstáculo à sua livre realização profissional. E implica, além disto, uma reacção, um retrocesso nos avanços almejados e produzidos em termos de políticas de igualdade de género no trabalho, reafirmando o sistema patriarcal que coloca o homem em posição de domínio sobre a mulher.

Como em geral nos casos em que a desigualdade de género se coloca, a falta de credibilidade das queixosas é um entrave recorrente nos casos judiciais de

152 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 317.

153 “Uma mulher que no trabalho esteja a ser sexualmente usada pode considerar-se uma igual?” MACKINNON, C., *Sex equality*, 954. Tradução livre.

assédio sexual. A falta de credibilidade é tão maior quanto maior seja também a diferença de estatuto e de poder entre a vítima e o agressor.¹⁵⁴ Kathy Mack indica estudos que revelam a existência de algumas características presentes na testemunha mulher e que contribuem para que esta seja percebida, por homens e por mulheres, como menos credível mesmo quando é concisa.¹⁵⁵

A diferença de poder, perceptível no depoimento da testemunha e consistente com a sua condição social, também contribui para a interpretação enviesada da sua versão dos factos.¹⁵⁶ Assim que nas situações em que se confrontam duas versões, da mulher trabalhadora vítima de assédio sexual, e a do seu patrão empregador e acusado de assédio, concorrem uma série de circunstâncias que provavelmente enfraquecerão a credibilidade da mulher e a colocarão na posição de ser julgada pela sua queixa, ao passo que a versão do mais poderoso normalmente é percebida como a versão que naturalmente corresponde à realidade.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Julho de 2011, condenou o Estado francês com fundamento na violação do princípio da presunção de inocência, por, em Julho de 1998 um tribunal ter condenado a queixosa em processo de assédio sexual pelo crime de falsidade de depoimento.¹⁵⁷ Aquando da referência ao direito e práticas pertinentes, o TEDH cita um relatório da comissão encarregue da protecção das vítimas e da repressão da violência contra as mulheres que indica que, num grande número de casos, o temor pela putativa condenação por denuncia caluniosa foi um decisivo entrave à apresentação de queixas.¹⁵⁸

O direito português não reconhece o assédio sexual como crime, relegando-o para o plano das contra-ordenações laborais, e sem que esteja autonomizado como tipo contra-ordenacional próprio.¹⁵⁹ Esta classificação é expressiva. Basta

154 CHAMALLAS, M., *Introduction to feminist legal theory*, p. 313.

155 MACK, K., *Continuing barriers to women's credibility: a feminist perspective on the proof process*, p. 330.

156 Ibid., p. 331.

157 *Klouvi c. France*, recurso 30754/03 de 30 de Junho de 2001, acessível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{"dmdocnumber":\["887469"\],"itemid":\["001-105380"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{) último acesso de 11 de Março de 2014.

158 *Klouvi c. France*, ponto 21.

159 Artigo 29 do Código do Trabalho: “1 - Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou

compreender que o direito contra-ordenacional é tido como um ramo do direito sancionatório de natureza inferior ao penal, e que regula condutas axiologicamente neutras, de tal modo que o fundamento da aplicação da sanção não contém uma censura ética. A sanção contra-ordenacional é o correspondente punitivo sem o qual certas proibições normativas não teriam eficácia e autoridade, mas não contém, em si mesma, um juízo de censura ético dirigido à conduta que é punida. A abordagem do direito português às condutas de assédio sexual é, portanto, a de as considerar insusceptíveis de censura ética, e portanto, naturais. O direito não só ignora a invasão à dignidade que tais condutas representam para a mulher que as sofre, como o sofrimento que lhes pode estar associado. Novamente, o discurso legal vem catalogar a irrelevância universal de uma conduta que somente da perspectiva do agressor masculino pode ser considerada irrelevante.

Se o paradigma legal adotado nos Estados Unidos se centrou na discriminação sexual, já na Europa¹⁶⁰ a figura legal centra-se na dignidade da pessoa assediada, distanciado-se das referências ao género e à discriminação sexual. Esta preferência dos países europeus ficará a dever-se tanto ao valor que as constituições nacionais atribuem à dignidade da pessoa humana, sendo expressamente declarada como o primeiro valor fundamental na sua maioria e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; mas também porque existe um menor reconhecimento da ligação entre o assédio sexual e a discriminação sexual, considerando-se que a violação da dignidade oferece uma proteção mais cabal nos casos de assédio sexual.¹⁶¹

Outro exemplo de jurisdição em que o assédio sexual integra a prática de crime é o direito israelita. Em Israel, o crime existe desde 1998 e a lei foi formulada com base na atividade dos grupos feministas e visando colmatar as falhas apontadas aos regimes legais noutros países, designadamente nos Estados

no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil degradante, humilhante ou desestabilizador. 2 - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referido no número anterior. 3 - À prática de assédio aplica-se o disposto no artigo anterior. 4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto neste artigo.”

160 Cfr. Convenção de Istambul, artigo 40.º

161 RIMALT, N., *Stereotyping women, individualizing harassment: the dignitary paradigm of sexual harassment law between the limits of law and the limits of feminism*, p. 397.

Unidos. Um dos esforços realizados foi o de que a lei viesse a considerar o crime como um atentado à dignidade, portanto, inspirado no paradigma europeu, o que acabou por vir a ser acolhido pelo legislador. Todavia, entendendo-se que

A dignidade, o respeito, a liberdade e a igualdade não podem configurar-se como valores em conflito e excludentes; pelo contrário, no contexto do assédio sexual devem ter-se por complementares. O assédio sexual discrimina as mulheres por as desrespeitar como seres humanos, por violar a sua dignidade e por restringir a sua liberdade de autodeterminação para uma vida livre de medos e restrições. Desrespeita as mulheres e viola a sua dignidade ao reproduzir e perpetuar uma realidade social que não as trata como iguais. As mais comuns noções de dignidade, respeito e liberdade são úteis na compreensão do dano causado pelo assédio sexual e para identificar a discriminação sexual que produz.¹⁶²

A fórmula legal terminou definindo como bens jurídicos a proteger a dignidade humana, a liberdade, a privacidade, e a igualdade entre sexos, e oferecendo uma definição legal deveras detalhada. A opção pela criminalização procurou dar resposta ao sentimento da comunidade israelita de que as ofensas mais importantes estão reservadas à lei penal, e considerou o facto de a atuação da lei penal ser mais célere e perceptível, e portanto mais apta à alteração de mentalidades e comportamentos.¹⁶³ Não obstante, a aplicação da lei pelos tribunais viria a revelar-se menos benevolente para com as mulheres do que inicialmente esperado. Foram diversos os casos em que, sendo os factos patentemente de abuso de autoridade em contexto de discriminação de género, os julgadores optaram por uma linguagem neutra, reportando-se exclusivamente à dignidade e ignorando a dimensão de género presente.¹⁶⁴ Por não se valorizar a igualdade no contexto da ofensa produzida, quedou-se invível o dano para a igualdade de género que tais ofensas representaram, resultando incompreendida a prática social do assédio sexual e o seu contributo para a subordinação da mulher na sociedade.

O exemplo israelita também enquadra a observação, já aqui feita, do modo como ideologia patriarcal absorve, acomoda e adapta às suas normas as reformas que procuram inspirar no direito as experiências e sentimentos das mulheres. Terminar com a subordinação da mulher implica atenção e compreensão de todos os lugares e circunstâncias em que esta ocorre, o que significa que importa mudar

¹⁶² Ibid., p. 407. Tradução livre.

¹⁶³ Ibid., p. 407 e 408.

¹⁶⁴ Ibid., p. 432 e 433.

a letra e o espírito das normas, mas importa também mudar a mentalidade dos actores forenses e judiciais.

3 Conclusão

Procuramos aqui expor as principais correntes feministas e exibir o trabalho das suas autoras na interação com o direito. A passagem da igualdade formal das feministas liberais para a apologia da diversidade das feministas pós-modernas representa também um movimento entre a crença na capacidade do direito para induzir transformação nas relações sociais e a desconfiança quanto a essa capacidade e aos benefícios da concepção liberal moderna para introduzir verdadeiro progresso e bem-estar para todos os seres humanos.

A teoria feminista do direito demonstra que numa sociedade verdadeiramente inclusiva a discussão em torno da igualdade é muito complexa, e implica questionar em que consiste a igualdade, e como nela se inclui a diferença, a diversidade e a semelhança. Sendo inegável a atração em nós exercida pelo feminismo radical, e designadamente pela complexa e instigante formulação de Catharine Mackinnon, lemos nas autoras pós-modernas o modo mais completo e realista de encarar a emancipação da mulher. O *insight* do feminismo pós-moderno deriva não só da capacidade de exibir o pânorama social com as suas subtis complexidades e para lá da realidade aparente, mas ainda na de desmontar a ideologia e revelar como esta se encontra nos lugares mais inesperados – e designadamente nas reformas legais.

A mudança social ocorre paulatinamente a cada momento histórico que prepara o subsequente. As reivindicações assimilacionistas das feministas liberais podem não ter produzido a completa emancipação da mulher, mas desbloquearam o seu acesso à universidade e à vida pública sem o que não seria possível às radicais perceber onde e como o direito operava contra a mulher; e sem o que, por sua vez, não seria possível às feministas pós-modernas questionar o potencial emancipatório de exigências feitas num quadro dicotómico e binário numa sociedade em que cada sujeito é em si uma multidão de identidades.

Resta-nos, porém, uma certeza: um direito que proíbe ou restringe não alavanca mudanças sociais. E as proibições e restrições podem ocultar-se nos lugares mais inesperados da lei. Daqui surge a enorme importância dos métodos jurídicos. cremos, ainda assim, que a dificuldade encontrada pelas teorias feministas em permear os sistemas jurídicos reside em várias razões. A primeira

delas, por os seus actores, independentemente do género, continuarem a operar de acordo com a educação e a formação recebida, dentro dos métodos jurídicos tradicionais. Para um jurista será demasiado ousado sair dos quadros da segurança daquilo que aprendeu desde sempre para aplicar formas de resolução de questões que parecem totalmente desligados da convenção. Será difícil adaptar as práticas a uma realidade que permanece injustamente considerada marginal – o feminismo – de mais a mais quando o sistema legal tende para o conservadorismo e para a ortodoxia.

A consciencialização feminista é fundamental no processo. Fundamental também porque permite rebater o “*backlash*” com que se defrontam as mulheres, de que não subsiste fundamento para o feminismo. É facto que a imagem da fada do lar, válida ainda há tão somente uma geração atrás, surgirá à mulher trabalhadora e ativa como um anacronismo irreal e distante. Ainda assim, qual o grau de correspondência da imagem da mulher contemporânea – autossuficiente, emancipada, dona da sua sexualidade – com a realidade que cada uma de nós experimenta? Qual o espaço que o cuidado da família, dos filhos, da casa, dos mais idosos, deixa à realização desse ideal? O mundo do trabalho aceita com plena justiça e equidade a acomodação desses dois mundos? E porque nos resignamos a essa não acomodação? O mundo do trabalho e das empresas aceita sem qualquer desconfiança que as mulheres e os homens têm o mesmo valor? O casamento e a maternidade não permanecem como imperativos de estatuto para a mulher? Pese embora se possa ter alterado o contexto – no sentido de que o machismo e o sexismo se afirmem com mais pudor e de as mulheres se sentirem mais empoderadas e com mais estruturas que lhes permitam reagir à discriminação – cremos que, tal como surgem hoje novas formas de escravatura, também quanto às mulheres se manifestam novas – e mais refinadas – formas de opressão. A agressividade da indústria de certo tipo de beleza, evidentemente promotora da mulher objeto, veiculada pelos media, é emblemática dos símbolos que permanecem válidos no imaginário coletivo.

Diremos, em conclusão, que as possibilidades indicadas pelas feministas nos parecem sublinhar uma só evidência: os grupos historicamente oprimidos encontram momentos de libertação, de dignificação e de igualdade de acordo com

a intensidade e inteligência do movimento de resistência que executam. Quando abrandado o movimento, o espaço é perdido. O direito, pelas suas características coercivas, pode assegurar que a estabilidade das conquistas sociais será maior. Na luta pela libertação de todas as mulheres o direito é um poderoso instrumento de operatividade social, e a radicalidade da sua intervenção andará a par e passo com a radicalidade da mudança que se logre alcançar.

Bibliografia

ABRAMS, K. **Gender Discrimination and the transformation of workplace norms.** Vanderbilt Law Review, n. 42, p. 1183. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/981>

ARISTÓTELES, **Ética a Nicómaco.** Lisboa: Quetzal. 2006.

APPLETON, S. F. **Toward a “culturally cliterate” family law?** Berkeley Journal of Gender, Law and Justice, n. 23, p. 267, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1408203>. Acesso em 19 de Março de 2014.

BARTLETT, K. **Feminist Legal Methods.** Harvard: Harvard Law Review, 1990, vol. 103, n. 2, p. 829.

_____ **Craking foundations as feminist method.** Journal of gender, Social Policy and the Law. v. 8, 31, 2000.

_____ **Gender Law.** Duke Journal of Gender Law and Policy, v. 1, 1, 1994.

BEAUVOIR, S., **O segundo sexo. Factos e Mitos. A Experiência vivida.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BELEZA, T. P. **A mulher no direito penal.** Lisboa: Cadernos da Condição feminina n.º 19. 1996

_____ **Mulheres, direito e crime ou a perplexidade de Cassandra.** Lisboa: AAFDL Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

_____ **O conceito legal de violação.** Lisboa: Separata da revista do Ministério Público n. 59, 1994.

_____ **Sem sombra de pecado – o repensar dos crimes sexuais na Revisão do Código Penal.** Lisboa: Separata das Jornadas de Direito Criminal. 1996.

_____ Legítima defesa e género feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”? Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 31, 1991.

BUTLER, J. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity.** New York: Routledge, 1999.

BOWMAN C. G.; SCHNEIDER, E. M. **Feminist legal theory and the legal profession.** Fordham Law Review, n. 67, p. 249, 1998. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss2/2>. Acesso em 19 de Março de 2014.

CAIN, P., **Feminist jurisprudence: grounding the theories.** In Feminist legal theory foundations. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 359.

CASE, M. A. **Disaggregating gender form sex and sexual orientation: the effeminate man in the law and feminist jurisprudence.** Yale: Yale Law Journal 1, 1995.

CHAMALLAS, M. **Introduction to feminist legal theory.** New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2013.

CONAGHAN, J.. **Extending the reach of human rights to encompass victims of rape.** M.C. v. Bulgaria; Feminist Legal Studies, 2005, p. 145.

CORNELL, D. **Beyond Accommodation – Ethical feminism, deconstruction and the law**. Maryland: Rowman and Littlefield publishers, 1992.

DAHL, T. S. *El derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*. Madrid: Vindicacion Feminista Publicaciones, 1988.

DALTON, C. **Where we stand: observations on the situation of feminist legal thought**. In *Feminist legal theory foundations*. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 32.

EICHNER, M. **On postmodern feminist legal theory**. Harvard Civil rights-Civil Liberties Law Review, v. 36, p. 1, 2001.

EMERSON, T. I; BROWN, B. A.; FALK, G.; FREEDMAN, A. E. **The equal rights amendment: a constitutional basis for equal rights for women**. The Yale Law Journal, v. 80, n. 5, p. 872, 1971. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2799

FINEMANN, M. A. **Gender and law: feminist legal's theory role in new legal realism**. Wisconsin Law Review, 2005, 405, p. 406 a 431.

_____ **The vulnerable subject and the responsive state**. Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Theory Paper Serie. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1694740>. Acesso em 19 de Março de 2014.

FINLEY, L. M. **Breaking women's silence in law: the dilemma of the gendered nature of legal reasoning**. Faculty Scholarship Series, paper 4011, 1989. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4011. Acesso em 19 de Março de 2014.

FRASER, N. **Feminist politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice**. *Studies in Social Justice*, v. 1, n. 1, p. 23, 2007.

FRUG, M. J. **A postmodern feminist legal manifest (an unfinished draft)**. *Harvard Law Review*, v. 105, p. 1045, 1992.

GILLIGAN, C. **In a different voice – psychological theory and women's development**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

HARRIS, A. P. **Race and Essentialism in Feminist Legal Theory**. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 3., p. 581, 1990. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1228886>. Acesso em 19 de Março de 2014.

IRIGARAY, L. **Speculum of the other women**. New York: Cornell University Press, 1985.

JANUS, K. K. **Finding Common Feminist Ground: the role of the next generation in shaping feminist legal theory**. *Duke Journal of Gender, Law and Policy*; v. 20, p. 255, 2013.

KELLY, L.; REGAN, L. **Rape: still a forgotten issue – briefing document for strengthening the linkages – consolidating the European network project**. London: Child and women Abuse Studies Unit, 2003.

KRIEGER, L. J.; COONEY, P. N. **The Miller-Wohl controversy: equal treatment, positive action and the meaning of women's equality**. In *Feminist legal theory foundations*. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 156.

LACEY, N. **Feminist Legal Theory and the rights of women**. London School of Economics.

LITTLETON, C. **Reconstructing sexual equality**. In *Feminist legal theory foundations*. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 248.

MACK, K. **Continuing barriers to women's credibility: a feminist perspective on the proof process**. *Criminal Law Forum*, 1993, Vol. 4, n. 2, p. 327.

MACKINNON, C. **Feminism, Marxism, method and the State: an agenda for theory**. *Signs*, v. 7, n. 3, p. 515, 1982. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3173853>. Acesso em 19 de Março de 2014.

_____. **Feminism, Marxism, method and the State: toward feminist jurisprudence**. *Signs*, v. 8, n. 4, p. 635, 1982. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3173687>. Acesso em 19 de Março de 2014.

_____. **Feminism Unmodified – discourses on life and law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

_____. **Toward a feminist theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

_____. **Reflections on sex equality under the law**. *The Yale L.J.*, v. 100, p. 1280, 1991.

_____. **Sex equality**. New York: Foundation Press. 2001.

MARTIN, P. Y., REYNOLDS, J. R., KEITH, S. **Gender bias and feminist consciousness among judges and attorneys: a standpoint theory**. *Signs, Journal of Women in Culture and Society*, v. 27, n. 3, 665, 2002. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/10.1086/337941>. Acesso em 19 de Março de 2014.

MARX, K., ENGELS, F., **A ideologia alemã**. Porto: Tipografia a Desportiva. 1971.

MATSUDA, J. M., **Liberal Jurisprudence and abstracted visions of human natures: a feminist critique of Rawl's theory of justice**. New Mexico Law Review, vol. 16, p. 613.

_____, **Beside my sister**. Stanford Law Review, vol. 43, n. 6, p. 1183.

MENKEL-MEADOW, C. **Portia in a different voice: speculations on a women's lawyering process**. Berkeley Women's Law Journal, v. 1, n. 39, 1985. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol1/iss1/2>. Acesso em 19 de Março de 2014.

MINOW, M. **Feminist Reasoning: getting it and losing it**. In Feminist legal theory foundations. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 339.

MOSSMAN, M. J. **Feminism and legal method: the difference it makes**. In Feminist legal theory foundations. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 539.

QUINN, M. C. **Feminist legal realism**. Harvard Journal of Law and Gender, v. 35, p. 1, 2012.

WEST, R., **Jurisprudence and gender**. The University of Chicago law Review, v. 55, n. 1, p. 1, 1988. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1599769>. Acesso em 19 de Março de 2014.

PERRY, E. L.; KULIK, C. T.; BOURHIS, A. C. **The reasonable woman standard: effects on sexual harassment court decisions.** Law and Human Behavior, v. 28, n. 1, p. 8, 2004.

RIMALT, N. **Stereotyping women, individualizing harassment: the dignitary paradigm of sexual harassment law between the limits of law and the limits of feminism.** Yale Journal of Law and Feminism, v. 19, p. 391, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1112454>. Acesso em 19 de Março de 2104.

SCHULMAN S. L; FITZGERALD L. F. **Sexual harassment: a research analysis and agenda for the 1990's.** Journal of Vocational Behavior, n. 42, p. 5, 1997.

SCHULTZ, V. **Reconceptualizing Sexual Harassment.** Yale Law Journal, v. 107, 1683, 1998.

SMART, C. **Feminism and the power of law.** London: Routledge, 1989.

SOTTOMAYOR, M. C., **A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____, **O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011.** Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 128, p. 273, 2011.

STIRITZ, S. E. **Cultural Cliteracy: exposing the contexts of women's not coming.** Berkeley Journal of Gender, Law & Justice, vol. 23, n. 2, p. 1, 2008. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol23/iss2/1>. Acesso em 19 de Março de 2014.

TAUB, N., SCHNEIDER, E. M. **Women's subordination and the role of law.** *In* Feminist legal theory foundations. Coord. D. Kelly Weisberg. Philadelphia: Temple University Press, 1993, p. 9.

VALDES, F. **Afterword & prologue: queer legal theory.** California Law Review, vol. 83, n. 1, p. 343, 1995.

VIDAL, A., **A expressão constituinte do feminismo – por uma retomada do processo liberatório da mulher.** Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; 2007.

WEISBERG, D. K., **Feminist legal theory – foundations.** Philadelphia: Temple University Press; 1993.

WISHIK, H. R. **To question everything: the inquiries of feminist jurisprudence.** Berkeley Women's L. J, n. 64, p. 64. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol1/iss1/3>. Acesso em 19 de Março de 2014.

SIEGEL, R. **The rule of love: wife beating as prerogative and privacy.** Yale Law Journal, v. 105, n. 8, p. 2117. 1998.

SILVA, AGOSTINHO, **Ensaio sobre Cultura e Literatura Portuguesa e Brasileira II.** Lisboa: Âncora Editora; 2001.