

UMA RESUMIDA CONTRIBUIÇÃO À FILOSOFIA DO DIREITO FEMINISTA. NECESSIDADE DE UMA TEORIA DO DIREITO PARA SOLUÇÃO DE PROBLEMAS CONCRETOS.

Paulo Machado Cordeiro*

Introdução. 1. O campo jurídico em Pierre Bourdieu e o movimento de emancipação das mulheres. 2. Tipos de feminismos. 3. O feminismo afro-americano de crítica social. 4. Pós-modernismo (neopositivismo) e a influência no feminismo: o conteúdo jurídico do direito a não ser discriminado em razão do sexo. 5. Debates filosóficos contemporâneos em interface com a filosofia do direito feminista. Precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema norte-americana e do eg. STF. 6. Conclusões. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo imediato obter crédito de 20 (vinte) horas em Curso de Aperfeiçoamento destinado à formação continuada e à atualização permanente a que estamos submetidos os Juízes Federais de primeira instância e, no caso, o objeto da disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst teve por conteúdo a Filosofia do Direito, visando aprofundar o conhecimento do quadro contemporâneo das discussões sobre filosofia e teoria do direito, além de fornecer um painel histórico e conceitual dos temas e problemas que marcam a reflexão filosófica sobre o Direito na contemporaneidade.

* Juiz Federal da 3ª Vara de Alagoas. Mestre e Professor de Introdução ao Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Há ainda uma homenagem às duas mulheres da minha vida: Deuscinéa, minha esposa, e a minha filha, Irbene, tentando compreendê-las um pouco, em vista das características próprias e inacessíveis para mim dos sentimentos, reflexões e pensamentos mais íntimos das mulheres.

Além disso, pretendo obter um conhecimento novo, porquanto a cada dia questões envolvendo os direitos femininos e apenas a eles vinculados visitam os pretórios e na minha faina diária senti a necessidade de excogitar uma filosofia voltada para os fundamentos dos Direitos das mulheres.

O escopo é conhecer as ideias denominadas feministas que foram disponíveis para o subscritor do presente, elaboradas com o claro discernimento de consubstanciar uma alternativa para aplicação do Direito, formulada em vista a liberar o potencial social, político, econômico, familiar das mulheres dentro do campo jurídico^{1 e 2}.

Para Morrison, feminista é uma pessoa que é reconhecida pelos outros e por si mesma como feminista e funcionalmente o feminismo seria a criação e justificação conscientes, às vezes inconscientes, pelas próprias mulheres, de representações do feminino e da posição da mulher na realidade social, que têm por objetivo elaborar fórmulas para emancipação das mulheres, em contraste com as ideias aceitas pelo senso comum, que são tidas como impregnadas de concepções masculinas dominantes e vi-

¹ Morrison, Wayne: *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo. Martins Fontes. 2006, pág. 571.

² Interessante informação obtida nas aulas do Prof. Rabenhorst colhida de Pierre Bourdieu que um campo de conhecimento espaço tempo estruturado de posições que reproduz em teoria ou aspectos confirmando o campo e excluindo o que não é do campo. O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito (...). É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão de sua autonomia absoluta em relação às pressões externas *in O poder simbólico*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, pág. 212.

sam na prática a solapar esses lugares comuns para afirmar e mudar para melhor a posição das mulheres³.

Em 1792, no livro denominado *Defesa dos direitos da mulher*, Mary Wollstonecraft criticou o argumento patriarcal de que a mulher foi “criada apenas para satisfazer o desejo do homem, ou para ser a principal serva, que provê as suas refeições, e cuida de sua roupa branca”⁴. Essa é reconhecida a primeira manifestação feminista de que se tem conhecimento.

Ainda segundo Morrison, três são os problemas que uma filosofia do direito feminista deve abordar: primeiramente, a realidade concreta de opressão legitimada pelas regulamentações legais, e a partir daí enfatizar e combater as estruturas de poder e opressão; em seguida, o patriarcalismo, ou seja, o sistema de autoridade baseado na posição do exercício de poder masculino, questionando os espaços políticos, visando estabelecer uma nova posição estrutural para as mulheres; e, finalmente, a questão do senso de justiça feminino, baseada na concepção de que as mulheres teriam uma formação mental diferente, que se traduz em falta de capacidade para obter um senso de objetividade abstrata e imparcial que a justiça requer, enfatizando a inexistência de diferença, mas falta de oportunidades em demonstrar as vantagens da percepção ética e moral das mulheres⁵.

A partir da compreensão do objeto de estudo, foi aprofundada pesquisa com a bibliografia indicada, à qual tive acesso, e foi realizado o trabalho com os conhecimentos hauridos, importando registrar a relevância desse estudo para o exercício da minha profissão de julgador, decididor de questões jurídicas, seguindo a lição inesquecível de Calmon de Passos, para quem é básico para o jurista ser fiel a determinada teoria geral, não se lhe exigindo creia seja a teoria geral que adotou a única aceitável. O que se lhe pede

³ Morrison, Wayne 2006, pág. 572.

⁴ Pateman, Carole: *O contrato sexual*. São Paulo. Paz e Terra. 1993, pág. 188.

⁵ Morrison, Wayne 2006, págs. 572/576.

é coerência com essa teoria, quando busca construir a conclusão dos problemas com que se depara⁶.

Para finalizar a introdução, devo ressaltar o conhecimento que tenho de preocupação manifestada por Pierre Bourdieu ao examinar a problemática do feminismo, isto é, a falta de compreensão desse universo, acusação que assumo, embora com ressalvas, porque confesso a absoluta falta de conhecimento da experiência da feminilidade, mesmo porque não me arvorei em estudioso do tema, mas apenas sujeito da tentativa de estudar e escrever sobre o assunto, que se tornou deveras emocionante na medida em que ia evoluindo nas pesquisas realizadas⁷. Ou mesmo o que diz Rabenhorst “É muita ousadia, sobretudo para um homem, escrever sobre espelhos e mulheres, pois o assunto soa como autêntico lugar comum”. E continua: “Um homem escrevendo sobre mulheres? Os olhares ficam confusos. De que lado estamos? Espreitando a hesitação, a gata de Alice sorri e convida-nos ao jogo”⁸.

1. O CAMPO JURÍDICO EM PIERRE BOURDIEU E O MOVIMENTO DE EMANCIPAÇÃO DAS MULHERES

A partir do conhecimento deste importante autor francês, herdeiro direto do vanguardismo e da concepção da preocupação filosófica do cotidiano, o que Louis Aragon denominou de “*Le sentiment du merveilleux quotidien*”⁹. Os cenários microscopicamente detalhados da vida histórica marcam a doutrina de Bourdieu e a proposta de refletir o direito a partir da noção de campo jurídico traduz uma tentativa de apreender o universo social específico no qual ele se produz, reproduz e difunde, sem a preocupação de tentar situar essa discussão no debate científico prevalente, que,

⁶ Calmon de Passos, J.J.: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X – Tomo I - Arts. 796 a 812. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1984, pág. 3.

⁷ Bourdieu, Pierre: *A dominação masculina*. São Paulo. Bertrand Russel. 1998, pág.137.

⁸ Rabenhorst, Eduardo: *Aquela sou eu? Sobre espelhos e mulheres*. João Pessoa. Idéia. 2012, págs. 10/11.

⁹ Eagleton, Terry: *O problema dos desconhecidos: um estudo da ética*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2010, págs. 374/375.

ao focalizar na análise ora dos elementos formais, ora dos instrumentais, tende a reduzir a possibilidade de compreensão do próprio Direito¹⁰.

A alternativa a esses métodos de interpretação que na maioria das vezes têm se colocado como antagônicos possibilita promover novas leituras do Direito, no sentido de compreendê-lo no contexto das relações sociais que compõem a sociedade. Em outras palavras, as práticas e os discursos jurídicos devem ser tomados como produtos deste campo determinado por relações de forças sociais que o estruturam e por uma lógica que delimita os espaços possíveis do Direito, onde os operadores do direito concorrem pelo monopólio do direito de dizer o Direito¹¹.

Ao ser considerada existente disputa estabelecida no interior do campo jurídico, deve ser afastada a ideia de neutralidade e de universalidade dos diferentes instrumentos de análise de uma teoria do direito, em que estariam inscritos esquemas legítimos de interpretação e aplicação do Direito, contrapondo-se à perspectiva hoje observada de certa homogeneidade jurídica universal, comprometida com um projeto global de sociedade¹².

Assim sendo, o estudo dos debates entre as diversas tendências do movimento feminista no campo filosófico permite explicitar esse processo de lutas estabelecido no interior do campo jurídico, evidenciando a construção de uma prática e de um discurso jurídico hegemônico, cujos objetivos são a produção, reprodução e difusão de um tipo de conhecimento e de saber que mais tem servido para cristalizar o pensamento jurídico dominante ou mesmo vir a ser absorvido pelo discurso jurídico oficial.

Estudar o campo jurídico é tecer aquela teia de inquietude em que se vislumbrarão os processos de consagração, legitimação e

¹⁰ Bourdieu, Pierre: *O poder simbólico*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 1989, pág. 209.

¹¹ Bourdieu, Pierre, pág. 225.

¹² Shiraishi Neto, Joaquim: *O campo jurídico em Pierre Bourdieu: a produção de uma verdade a partir da noção de propriedade privada nos manuais de Direito*. Revista Seqüência, nº 56, págs. 83-100, jun. 2008.

prevalhecimento dos direitos, uma vez que um espaço de disputas do direito para se dizer qual é o Direito é importante visão dos processos de incorporação do jurídico na sociedade.

Em assim sendo, o movimento de liberação das mulheres estabeleceu os primeiros eventos na atuação de verdadeiras e inovadoras representantes que ao longo da história deram exemplo de extraordinária coragem e capacidade de superar os adversos padrões sócio-culturais de seu tempo e a força interior de lutar contra a evidente sociedade de seu tempo e a estrutura econômica machista e extremamente agressiva até. O elenco dos seus nomes ressoa como exemplos de vidas gratificantes e que permanecem na memória de todos por seus métodos e vida exemplar, a exemplo de George Sand¹³, Safo de Lesbos¹⁴, Santa Teresa de Ávila¹⁵, Joana D'Arc¹⁶, Pardo Bazán¹⁷, Madame Curie¹⁸, Anita Garibaldi¹⁹, Virginia Woolf²⁰, Frances Wright²¹ e a brasileira Nísia Floresta²².

¹³ Francesa de origem polonesa, romancista que teve uma vida por demais distanciada do seu tempo.

¹⁴ Poetisa grega viveu no VI século antes de Cristo.

¹⁵ Escritora e religiosa espanhola, famosa pela reforma que promoveu na ordem das carmelitas.

¹⁶ Francesa heroína da guerra dos 100 anos, tendo lutado em campo de batalha e demonstrado extrema força e coragem.

¹⁷ Espanhola, escritora de grande prestígio do gênero naturalista e realista.

¹⁸ Polonesa de nascimento, foi a primeira pessoa a receber dois prêmios Nobéis.

¹⁹ Brasileira, nascida em Lajes, Santa Catarina é considerada uma das pessoas mais corajosas do século XIX, conhecida como a heroína de dois mundos.

²⁰ Escritora britânica, uma das figuras mais proeminentes do modernismo.

²¹ Escritora abolicionista escocesa que viveu nos Estados Unidos, idealizou movimento de emancipação dos escravos através da educação, visando prepará-los para a liberdade.

²² Brasileira que viveu de 1809 a 1885, tendo freqüentado por vários anos as rodas intelectuais da Europa, era republicana e abolicionista.

Mas como movimento de fixação de ponto de vista que venha a se incorporar à sociedade como uma ação consciente de emancipação das mulheres, o marco tido como inicial é o livro de Mary Wollstonecraft, *a vindication of the rights of woman*, em 1792.

Nesse famoso livro, Wollstonecraft sustenta a inadequação de uma apologia da liberdade que selecionasse algumas pessoas cuja liberdade e independência fosse de acarinhar e proteger, isto é, limitada à esfera privada²³, deixando o pleito dos demais por responder.

O que verdadeiramente ela se opunha era ao silêncio dos defensores da revolução americana à situação dos escravos, ao mesmo tempo em que defendiam a liberdade da população não escrava que clamava por independência. O que, principalmente, Mary Wollstonecraft sublinhou é o fato de ser insustentável que se faça uma apologia da liberdade dos seres humanos, vindo separar umas pessoas, cujas liberdades têm de contar, de outras que já não hão de ser incluídas nessas categorias bafejadas. Nesse sentido ponderava era o de não se poder admitir que se seja a favor dos direitos dos homens sem que se mostre igual interesse pelos direitos das mulheres. Um dos pontos centrais em que mais insistia era o de que, pela sua própria natureza, a justiça terá de ter um alcance universal, não podendo ser apenas aplicável aos problemas e provações de algumas pessoas, e não de outras.²⁴

2. TIPOS DE FEMINISMOS

Importante ressaltar que toda idéia engloba uma variedade de tendências e o feminismo pode ser dividido em três pensamentos principais: liberal ou reformista; socialista ou radical; e, separatista ou cultural.

As feministas reformistas ou liberais acreditam que as desigualdades de gênero podem ser eliminadas através de reformas legislativas ou eleitorais sem a necessidade de alterar o próprio

²³ Pateman, Carole: *O contrato sexual*. São Paulo. Paz e Terra. 1993, pág. 28.

²⁴ Sen, Amartya: *A idéia de justiça*. Coimbra. Almedina. 2009, págs. 174/176.

sistema capitalista. A idéia central do feminismo liberal considera e critica o padrão de assimilação das mulheres ao direito masculino²⁵. Importante assentar que o liberalismo jurídico, na opinião das feministas, pouco ajuda a compreender a natureza e as causas da opressão feminina, e pode dar a impressão de minimizar os embates políticos que ocorrem diariamente²⁶. Os principais nomes dessa corrente são Betty Friedan²⁷ e Ruth Bader Ginsburg²⁸, esta última que, colaborando com *American Civil Liberties Union* (ACLU) participou de inúmeros processos que culminaram com a invalidação de leis discriminatórias de ordem sexual, nos Estados Unidos, a exemplo dos casos *Reed vs. Reed*, em que a Suprema Corte invalidou uma lei que preferia os homens às mulheres como administradoras dos bens patrimoniais e *Frontiero vs. Richardson*, em que a Corte Suprema sustentou que as famílias de oficiais militares do sexo feminino tinham direito a moradia e benefícios nas mesmas bases em que as famílias dos oficiais masculinos²⁹.

O feminismo radical ou socialista, também conhecido como feminismo marxista ou materialista, descreve a opressão das mulheres às desigualdades que se desenvolveram em conexão com o sistema de classes de propriedade privada. As feministas marxistas vêem as desigualdades de gênero como intrínsecas ao sistema capitalista, que produz grandes lucros com base no trabalho não remunerado das mulheres em casa e mal pago no mercado de trabalho. Assim como a homofobia, o racismo e outras formas de intolerância, o sexismo divide a classe trabalhadora e permite que o capitalismo obtenha lucros extraordinários. Daí que as femi-

²⁵ Forst, Rainer: *Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo. Boitempo Editorial. 2010, pág. 94.

²⁶ Morrisson, Wayne 2006, pág. 582.

²⁷ Betty Friedan, ativista e polemista feminista, autora do best seller *A mística feminina*.

²⁸ Ruth Bader Ginsburg, advogada e posteriormente juíza norte-americana.

²⁹ Siqueira Castro, Carlos Roberto: *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro. Forense. 1983, págs. 262/264.

nistas socialistas sustentam a eliminação do sistema capitalista e substituí-lo pelo socialismo que coletivamente compartilha a riqueza criada pelo trabalho e não tem interesse econômico em manter a exploração. Essa corrente tem como expoente mais conhecida Catharine MacKinnon³⁰, muito próxima do movimento denominado *critical legal studies*, sustenta, de um lado, a falta de fundamento da idéia de universalidade e neutralidade do direito e, de outro, o seu caráter sexuado e funcional às perspectivas masculinas. Por isso, MacKinnon propõe uma teoria jurídica crítica, que coloque em discussão os fundamentos, os métodos e as categorias da ciência jurídica oficial, e reivindica um novo direito, um direito das mulheres³¹. As feministas radicais sustentam que a própria psicologia masculina seria a fonte de opressão e defendem até uma ruptura total com os homens, minimizando a solidariedade entre os sexos na luta contra a opressão. Importante asseverar o comentário de Evelyn Reed, consubstanciado na doutrina marxista: “Neste campo, as contribuições do marxismo, fundamentais para explicar a gênese da degradação da mulher, podem resumir-se nas seguintes proposições: Primeiro, as mulheres não foram sempre o sexo oprimido ou o segundo sexo. A antropologia ou os estudos de pré-história nos dizem o contrário. Na época do coletivismo tribal, as mulheres estiveram lado a lado com os homens e eram reconhecidas por eles como tais. Em segundo lugar, a degradação das mulheres coincidiu com a destruição do clã comunitário patriarcal e sua substituição pela sociedade dividida em classes e instituições: a família patriarcal, a propriedade privada e o Estado”... Este é, brevemente, o ponto de vista marxista sobre a origem da opressão da mulher. Sua subordinação não se deve a nenhuma deficiência biológica ou do sexo. É resultado de mudanças sociais revolucionárias que destruíram a sociedade igualitária patriarcal, substituindo-a por uma sociedade de classes patriarcal que, desde seu início, caracterizou-se pela discriminação e desigualdade de todo tipo, inclusive a desigualdade dos sexos. O de-

³⁰ Catherine MacKinnon Alice, Jurista e Professora da Universidade de Michigan.

³¹ Faralli, Carla: *A filosofia contemporânea do direito: Temas e desafios*. São Paulo. Martins Fontes. 2006. pág. 39.

envolvimento deste tipo de organização sócio-econômica, estruturalmente opressiva, foi o responsável pela decadência histórica das mulheres³².

O feminismo cultural ou separatista pondera que a dominação masculina tem por base o fato de a estrutura de pensamento (razão) moderno estar fundada sobre a experiência masculina e na força da violência, mas a humanidade perde elementos valiosos em face do desprezo pelas experiências e perspectiva das mulheres. As feministas culturais, aprofundando a tese de Carol Gilligan³³, enfatizam a diversidade, a voz diferente, porquanto o raciocínio moral das mulheres não era inferior, mas simplesmente diferente, daí que: “existe um modo tipicamente feminino de enfrentar os dilemas morais e jurídicos, um modo que foi ignorado ou subestimado na doutrina e nos estudos jurídicos”. A moralidade feminina é essencialmente a do cuidado (*morality of care*) e da responsabilidade e se diferencia da masculina, caracterizada pelos conceitos de justiça, de equidade, de igualdade e outros semelhantes. Assim, enquanto o homem faz as suas escolhas com base em tais princípios, a mulher respalda suas decisões no reconhecimento das diferentes necessidades de cada um e no respeito e na compreensão dessas diferenças³⁴. Para Gilligan, a verdadeira maturidade para ambos os sexos consistiria em afastar-se dos princípios absolutos, aproximarem-se da percepção das diferenças entre o eu e o outro, bem como do reconhecimento de que existem múltiplas verdades, bem como admitir uma reivindicação de igualdade e direitos que transforme as relações entre os sexos³⁵. Enfatizam, sobretudo, os aspectos histórico-culturais e psicossociológicos³⁶ que inferiorizam sexualmente a mulher e predestinam-na a

³² Siqueira Castro, Carlos Roberto, págs. 180/181.

³³ Psicóloga educacional norte-americana de Harvard.

³⁴ Faralli, Carla 2006, pág. 39.

³⁵ Morrisson, Wayne, pág. 600.

³⁶ Dentro dessa ótica, importante trabalho foi realizado por Eduardo Rabe-nhorst, *Aquela sou eu? Sobre espelhos e mulheres*, João Pessoa. Idéia. 2012. Em que descreve o imaginário e o simbólico da visão feminina, ou, como ele diz,

assunção de papéis estereotipados no meio social. Relevante estudo sobre as discussões tradicionais do denominado contrato social são criticadas por Carole Pateman no brilhante *O Contrato sexual*, em que teóricos clássicos como Hobbes, Pufendorf, Locke e Rousseau e filósofos atuais como John Rawls são criticados porque contaram apenas uma meia verdade esquecendo a posição das mulheres na sociedade e o papel subordinado que a elas foi destinado nos contratos de casamento, trabalho e o novo de barriga de aluguel, nas próprias palavras da autora “O patriarcado contratual moderno tanto nega quanto pressupõe a liberdade das mulheres, e não funciona sem esse pressuposto. A recuperação da história do contrato sexual permite o acesso a essa percepção extremamente importante”³⁷.

3. O FEMINISMO AFRO-AMERICANO DE CRÍTICA RACIAL

Em 1851, durante a *Convention on Woman's Suffrage*, Sojourner Truth³⁸ pronunciou seu famoso discurso, “*Ain't I a woman?*” que evoca uma das primeiras manifestações públicas de crítica à posição das mulheres negras na sociedade americana: “Aquele homem ali diz que as mulheres precisam ser ajudadas a subir em carruagens ou saltar poças de lama, nem me dá o melhor lugar! E por acaso não sou uma mulher? Olhem para mim! Tenho arado a terra, plantado e vivido em celeiros, e nenhum homem me levou pela mão até hoje! Eu não sou uma mulher? Eu podia trabalhar e comer igual um homem – se tivesse o que comer –, além de suportar o chicote tanto quanto ele! Pari treze filhos, vi quase todos ser vendidos como escravos e, quando chorei pela aflição de minha mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu! E não sou uma mulher?”.

o sujeito feminista tradicional dissolvido ou fragmentado, dificultando assim a luta política das mulheres.

³⁷ Pateman, Carole, pág. 339.

³⁸ Sojourner Truth, nascida Isabella Baumfree, por volta de 1797 foi empregada doméstica e palestrante norte-americana.

As mulheres negras, como se vê, particularmente as norte-americanas têm tomado uma luta feminista de consciência negra, pregando a especificidade e a singularidade numa tentativa de encontrar uma identidade própria e estável, sem descurar das lembranças da colonização e da escravidão³⁹.

Mas foi no final dos anos 1980 nos Estados Unidos que floresceu e se consolidou uma corrente teórica de diferença racial enraizada na experiência concreta, na história, na cultura e na tradição intelectual das pessoas de cor e que tem entre seus componentes mais representativos Derrick Bell, Richard Delgado e, principalmente, Patrícia J. Williams⁴⁰.

Estruturado no movimento feminista tradicional que propõe uma consciência de gênero e pelo reconhecimento dos valores femininos, o feminismo afro-americano desenvolve crítica à teoria do direito tradicional com base na consciência de raça e propõe uma teoria que permita a compreensão concreta dos problemas raciais.

Wayne Morrison transcreve lição pertinente de Patrícia Williams, assim traduzida para o vernáculo: “É preciso lembrar que, da perspectiva da vivência dos negros, não existia nenhum direito dos escravos. O sistema jurídico não dava aos negros, mesmo os libertos, nenhuma expectativa, promessa ou segurança. Se considerarmos que os direitos emanam da história jurídica dos escravos ou da história das modernas estruturas jurídicas burguesas, é evidente que os direitos nada significam, uma vez que a experiência pessoal de alguém deita raízes não no sentimento de ser ilegítimo, mas no fato de ser ilegítimo, de ser estuprado, e no medo de ser assassinado, faz sentido a adesão dos negros a um esquema de direitos positivos e negativos – ao eu, à santidade dos próprios limites pessoais”⁴¹.

³⁹ Morrison, Wayne, págs. 608/609.

⁴⁰ Farralli, Carla, pág. 40.

⁴¹ Morrison, Wayne, pág. 611.

Essas idéias sempre se cruzaram com as teorias feministas, impondo os próprios relatos, configurados nas experiências das forças do racismo e do sexismo nas vidas dessas mulheres.

4. PÓS-MODERNISMO (NEOPOSITIVISMO) E A INFLUÊNCIA NO FEMINISMO. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO A NÃO SER DISCRIMINADO EM RAZÃO DO SEXO

A superação histórica do jusnaturalismo e a constatação no pós-guerra do fracasso político do positivismo impuseram no Direito uma nova perspectiva de estudos, reflexões e decisões pelas instituições estatais em busca da realização de sua finalidade social, bem como da interpretação possível e da relação com a ética e a moral, em vista de apresentar novas luzes ao debate jurídico, tendo em vista a complexidade desses fatores, sabendo-se que “democracia e tecnologia avançam mais depressa que as instituições necessárias para sustentá-las⁴²”.

A insuficiência do modelo tradicional e as exigências sociais suscitaram novos problemas e propostas no plano teórico, visando transformar e subverter o conhecimento convencional da solução das questões sociais pelo Direito relativamente a sua aplicação prática: a) a constatação de força normativa às Constituições; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) um novo modelo de interpretação constitucional; d) o sincretismo metódico; e) a revalorização da filosofia jurídica; e, e) o protagonismo social do juiz⁴³.

A força normativa da Constituição traduz-se no seu caráter vinculativo e obrigatório, ou seja, é a prevalência do entendimento de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e cogência que são atributos de normas jurídicas em que os des-

⁴² Vigo, Rodolfo Luis: *Interpretação Jurídica: do modelo jus positivista do século XIX às nossas perspectivas*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª.edição, 2010, pág. 7.

⁴³ Barroso, Luis Roberto: *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil in A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris, págs. 204/205.

cumprimentos dos seus preceitos deflagram instrumentos coativos que impelem o cumprimento forçado das suas prescrições e, por outro lado, não dão margem à manifestação de vontade pelas partes, sendo de aplicação obrigatória e submetida ao regime jurídico de autoexecutoriedade, prevalência e supremacia do interesse reconhecido como público.

No Brasil, embora o controle da constitucionalidade exista desde a primeira constituição republicana, a partir da vigência da Constituição de 1988 uma série de competências e institutos de centralização do Direito no Supremo Tribunal Federal impuseram a constitucionalização em todos os campos do debate jurídico.

Em linhas gerais, o novo modelo de interpretação constitucional baseia-se no reconhecimento de normatividade aos princípios, transferindo para o intérprete uma maior abertura justificadora das decisões, visando extrair uma maior densidade de sentido na solução das questões concretas dos casos jurídicos em debate.

Essa maior amplitude de sentido dos princípios constitucionais levou à constatação das colisões dos princípios constitucionais exigindo uma ponderação dos intérpretes em que irá se buscar sempre a razoabilidade da decisão do caso concreto, havendo de prevalecer casuisticamente o princípio que gerará um menor prejuízo valorativo ao sistema como um todo.

O sincretismo metódico atribui ao intérprete a responsabilidade de determinar criativamente e a partir de todo o direito a solução que dará ao caso concreto, buscando através de meios prudenciais e de conjugação de conhecimentos gerais constituírem a descoberta dos pontos de vista ou critérios que permitiriam escolher em cada caso aquele método de interpretação que conduza ao resultado satisfatório⁴⁴.

A filosofia jurídica é revalorizada na busca de uma filosofia do jurista que à margem das distintas posições a respeito parecem perfilar-se como suas principais questões: a ontológica, encarre-

⁴⁴ Kaufmann, Arthur: *Filosofia del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colômbia. 1997, págs. 194/195.

gada de delinear um conceito de direito que permita estabelecer sua especificidade em face de outras realidades; a axiológica, cujo objeto busca definir os critérios ou notas que remetem ao direito que deve ser ou ao direito preferível; a gnosiológica jurídica, que tenta esclarecer as características do saber jurídico e as suas distintas modalidades – jusfilosófica, científica e prudencial ou técnica-operativa; a lógico-jurídica, que estuda não só os raciocínios jurídicos como também analisa logicamente tanto as normas como o ordenamento jurídico; e a semiótica jurídica, que considera a linguagem jurídica nas suas dimensões semântica, sintática e pragmática⁴⁵.

A judicialização dos diversos setores da sociedade e dos mais variados conflitos provavelmente se explica a partir da realidade das sociedades contemporâneas onde o vazio de uma ética social pretende ser preenchido pelo Direito. Embora essa busca do Direito resulte excessiva, é uma realidade a permanente judicialização dos problemas políticos, econômicos ou culturais, em face da carência de outros meios e falta de legitimação de outros meios institucionais de tomar decisões relevantes em casos mais polêmicos do interesse público.

Dentro dessa tendência, o Direito estabelece um conteúdo, assegurando às mulheres não serem discriminadas em razão do sexo, concentrando-se em três tipos principais de garantias⁴⁶: a) proibição de discriminações diretas; b) proibição de discriminações indiretas; e c) previsões legais de ações positivas.

Ao proibir discriminações diretas impede-se edição de normas que disponham sobre tratamento diferenciado e prejudicial às mulheres. Assim sendo, essas regras tendem a exigir um disciplinamento idêntico ou indiferenciado para mulheres e homens como regras gerais. O exemplo clássico é o fim ou desuso da escolha

⁴⁵ Vigo, Rodolfo Luis, págs. 60/61.

⁴⁶ Martínez, Fernando Rey: *Igualdad, prohibición de discriminación por razón de sexo y derechos sociales in Derechos Fundamentales Sociales: Estudios de Derecho Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2003, pág. 409.

do varão como cabeça do casal, impondo a Constituição de 1988 no parágrafo 5º do artigo 226 que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Na proibição de discriminações indiretas há cuidado com aqueles tratamentos formalmente neutros, mas que em respeito ao sexo de determinadas categorias de trabalhadores são remunerados diversamente porque determinadas funções são preferencialmente exercidas por homens, enquanto outras categorias em pior situação salarial são exercidas por mulheres. No caso *Griggs vs. Duke Power Company*, de 1971, resolvido pela Corte Suprema norte-americana, foi identificada a situação em que as serventes de uma instituição eram remuneradas com salários mais baixos que os operários braçais, tendo em vista discriminação sexual. Foi constatado e afirmado na ocasião, que nenhuma razão havia para diferenciação salarial entre as duas categorias.

A previsão legal de ações positivas, por sua vez, é consequência da constatação da desigualdade histórica entre homens e mulheres, ou seja, em uma situação de desigualdade real e efetiva as ações positivas para a igualdade de oportunidades das mulheres têm justificativa para dar igualdade de chances, importando assentar a experiência de se exigir um percentual mínimo de mulheres para concorrer a cargos públicos eletivos, a reserva de vagas em empregos nos setores público e privado.

5. DEBATES FILOSÓFICOS CONTEMPORÂNEOS EM INTERFACE COM A FILOSOFIA DO DIREITO FEMINISTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DA CORTE SUPREMA NORTE-AMERICANA E DO EG. STF.

Diversas indagações relacionadas aos processos de informatização da sociedade, inclusive no que diz respeito ao direito à informação e a sua mais relevante garantia, a revolução porque passa a imprensa; o fluxo migratório dos países mais pobres para os países mais industrializados, bem como a internacionalização do sistema capitalista, mudando o espectro da velha identidade nacional; e, mais especificamente ao campo que interessa a este estudo, as pesquisas nos diversos âmbitos da medicina, permitindo, cada vez mais, um domínio do ser humano sobre a natureza,

viabilizando técnicas de fecundação artificial, transplante de órgãos, clonagens, gerando sensíveis interrogações concernentes aos limites de intervenção sobre a vida humana e o termo inicial da própria vida, além da agudização da questão do aborto, todos esses fenômenos estabeleceram novos marcos para os estudos filosóficos, bem como para a filosofia do direito feminista, no que toca ao último dos problemas suscitados⁴⁷.

Como o marco teórico do presente trabalho é a filosofia do direito feminista, limitarei a abordagem identificada como bioética⁴⁸ sobre os avanços da medicina e à questão do aborto, conforme ressaltado no parágrafo acima.

Esta reflexão tem âmbito temático amplo e fundamental como: quando começa a vida?; Quando e até quando se pode falar de pessoa ou de vida humana?; Qual o grau de autonomia que deve ser conferida ao ser humano para decidir sobre a própria vida e a própria morte?; Quando continuar uma reanimação e quando deixar morrer?; Quando proteger a mãe, o feto, ou até mesmo o embrião na proveta?; Quais os limites de tratamento e quais os de experimentação humana e não-humana.

Essa discussão tem sido realizada plenamente no palco do judiciário e no debate filosófico, impondo-se a abordagem sobre a controvérsia moral e as crenças religiosas implicitamente e até explicitamente incorporadas nesses temas.

Alguns debatedores entendem que o aborto deveria ser proibido porque tira a vida de um ser humano inocente. Outros entendem que a lei não deveria tomar partido na controvérsia moral e teológica sobre o início da vida humana. Um ponto é certo, como o estado existencial do feto em desenvolvimento é uma questão de grande carga moral e religiosa, sustenta-se que o governo deveria manter-se neutro e permitir que as mulheres decidissem por con-

⁴⁷ Faralli, Carla, pág. 67.

⁴⁸ Segundo Farrali, o termo bioética ou “ética da vida” ou “de tudo aquilo que é vivo” aparece pela primeira vez em 1971 no livro de um oncologista norte-americano Van Renssealer Potter, autor do livro *A bridge to the Future*.

ta própria se deveriam ou não fazer um aborto⁴⁹. O argumento liberal que defende o direito ao aborto afirma que essa questão deve ser resolvida com base na neutralidade do Estado e na liberdade de escolha, sem entrar na controvérsia moral e religiosa. Em *Roe vs Wade*, 1973, a Suprema Corte estadunidense reconheceu o direito condicional de uma mulher interromper sua gravidez. A decisão da Corte, redigida pelo juiz Harry Blackmun, estabeleceu que os Estados têm o legítimo interesse de proteger a vida do feto, o que, entretanto não lhes outorgava o poder de proibir o aborto em qualquer fase da gravidez. Blackmun dividiu então a gravidez em três períodos ou trimestres. Durante o primeiro trimestre, a mulher teria o direito irrestrito de realizar o aborto. Seria inconstitucional qualquer condição ao seu exercício, como a prévia internação ou a aprovação por uma junta médica do hospital. Durante o segundo trimestre, os Estados só poderiam restringi-lo caso o aborto apresentasse ameaça à vida da gestante. Somente no terceiro trimestre é que os Estados teriam o legítimo interesse de proibir a prática do aborto para proteger a vida do feto, a menos que a gestação pusesse em risco a vida da mãe. O juiz Blackmun fundamentou sua decisão com base no direito à privacidade, que decorria da Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda, e os juízes dissidentes, Byron White e William Rehnquist, criticaram a Corte por ter ela reconhecido um direito não previsto na Constituição norte-americana, embora já o tivesse sido em *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, quando a Corte declarou inconstitucional a legislação estadual que proibia casais unidos em matrimônio de usar drogas ou outros meios contraceptivos. Em *Roe*, a Corte, de fato, deixou claro que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez, antes, portanto, do sétimo mês, seria inconstitucional. Desse modo, os Estados só poderiam proibir o aborto para proteger a “vida” do feto no terceiro e último trimestre.

As feministas radicais criticam a solução dada pela Suprema Corte, sustentando que o pensamento prevalecente no Judiciário norte-americano oculta o fato de que um grande número de fato-

⁴⁹ Sandel, Michael J.: *Justiça: O que é fazer a coisa certa?*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2011, pág. 312.

res, inclusive a pressão social, o aprendizado, a desvantagem econômica, a força sexual, a contracepção inadequada e a fragilidade das leis contra a agressão sexual exercem impacto de modo que não permitam que as mulheres controlem as circunstâncias nas quais engravidam. Essa maternidade estruturalmente forçada é uma perpetuação da desigualdade doméstica, econômica e sexual; o aborto, nesse sentido, seria necessário para compensar a falta básica de controle que a mulher tem sobre o processo de reprodução.

Outros sustentam que a questão moral ou a religiosa deveria ser considerada, ou ao menos deveria ser objeto de fundamentação da decisão judicial, e ponderam que se for verdade que o feto em desenvolvimento é moralmente equivalente a uma criança, o aborto é moralmente equivalente ao infanticídio. E poucas pessoas concordariam com o governo se ele permitisse que os pais ou a mãe decidissem por conta própria se deveriam ou não matar seus filhos. Em continuidade, conclui que o argumento pró-escolha no caso do aborto não é realmente neutro quanto à questão moral e teológica latente no tema, pelo contrário, assume que os ensinamentos da Igreja Católica sobre o *status* moral do feto, que ele é um indivíduo desde o momento da concepção, são falsos⁵⁰.

Reconhecer esta premissa não significa defender a proibição do aborto. É simplesmente reconhecer que a neutralidade e a liberdade de escolha não são suficientes para que se defenda o direito ao aborto. Os defensores da tese do direito da mulher decidir, por conta própria, se deve pôr fim a uma gravidez devem enfrentar o argumento de que o feto em desenvolvimento é equivalente a uma pessoa e tentar mostrar por que ele está errado. Não basta dizer que a lei deve ser neutra quanto às questões morais e religiosas, porque, em verdade, não é.

O argumento para permitir o aborto não é mais neutro do que o argumento para proibi-lo. Ambos os posicionamentos pressupõem uma resposta à controvérsia moral e religiosa implícita⁵¹.

⁵⁰ Sandel, Michael J., pág. 312.

⁵¹ Sandel, Michael J., 312/313.

No Brasil, no julgamento da ADPF 54-MC/DF, sobre o reconhecimento pela Corte Suprema brasileira da ocorrência ou não de conduta criminosa no aborto de feto anencéfalo, o Min. Carlos Britto desenvolve tese em que aborda essas questões jurídicas com fundamentos morais sobre a circunstância vexatória de um casal e particularmente a mulher manter-se carregando ser concebido que se sabe de logo que não irá se preservar em vida, tendo poucas horas no que ele referiu ser o mundo de meu Deus. Cogitando, então, que a natureza não é ética, mas nós temos que ser! A natureza não escolhe entre criação e destruição. Nós podemos escolher.

CONCLUSÕES

Quem pretenda escrever no século XXI sobre filosofia, ética, moral, teoria do direito e política tem que se preocupar com a questão da inserção da mulher na sociedade, quais os papéis que ela representa no seu campo de atuação em todos os quadrantes da vida humana, sendo inexorável constatar a formidável reviravolta que atravessa a condição feminina nos dias de hoje.

Um estudo da filosofia do direito pode ser enfrentado por homens, devendo, porém, cuidadosamente, evitar a falácia da condescendência e tratar o tema com os desafios e as singularidades exigidas.

O estudioso deve encarar a profunda divergência encontrada, até porque não existe uma mulher, mas diversas mulheres e seus respectivos interesses e realidades. As exigências, realidades, dramas, frustrações e sonhos de mulheres nova-iorquinas ou paulistanas não se confundem e até são divergentes dos de mulheres do Sudão ou do interior do nordeste brasileiro.

Não há como negar que os instrumentos da modernidade, baseados no liberalismo, estão muito questionados atualmente e a tradicional exclusão das mulheres não é mais viável sob qualquer ótica que seja, enxergada a questão social, ética, jurídica, econômica ou política.

Os tribunais, ao resolverem questões relativas às principais questões relativas às mulheres, não podem olvidar pontos éticos e políticos cruciais relativos à própria vida em sociedade, não se

exigindo que se adote esta ou aquela postura, mas inevitavelmente expressando e se comprometendo com essas nuances.

Relevante questão que se coloca é a de entender uma nova humanidade que se volta para o futuro que ainda está por se resolver e as mulheres não podem ser esquecidas, porque, embora alguns dramas femininos se repitam, há de se recordar que elas hoje são Presidentes da República, ocupam altos escalões de governo, são a principal base econômica da família e têm a força dentro da intimidade do casal para fazer as coisas acontecerem.

E a gata de Alice continua a sorrir!

Paulo Machado Cordeiro

BIBLIOGRAFIA

Barroso, Luis Roberto: *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil in A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro. 2007. Lumen Juris.

Bourdieu, Pierre: *A dominação masculina*. São Paulo. Bertrand Russel. 1998.

Bourdieu, Pierre: *O poder simbólico*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 1989.

Britto, Carlos Ayres: STF voto na ADPF 54-MC/DF

Calmon de Passos, J.J.: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X – Tomo I - Arts. 796 a 812. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1984.

Eagleton, Terry: *O problema dos desconhecidos: um estudo da ética*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2010.

Faralli, Carla: *A filosofia contemporânea do direito: Temas e desafios*. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

Forst, Rainer: *Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo. Boitempo Editorial. 2010.

Kaufmann, Arthur: *Filosofia del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colômbia. 1997.

Morrison, Wayne: *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

Pateman, Carole: *O contrato sexual*. São Paulo. Paz e Terra. 1993.

Rabenhorst, Eduardo: *Aquela sou eu? Sobre espelhos e mulheres*. João Pessoa. Idéia. 2012.

Sandel, Michael J.: *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2011.

Sem, Amartya: *A idéia de justiça*. Coimbra. Almedina. 2009.

Shiraishi Neto, Joaquim: *O campo jurídico em Pierre Bourdieu: a produção de uma verdade a partir da noção de propriedade privada nos manuais de Direito*. Revista Seqüência, nº 56, págs. 83-100, jun. 2008.

Siqueira Castro, Carlos Roberto: *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro. Forense. 1983.

Vigo, Rodolfo Luis: *Interpretação Jurídica: do modelo jus positivista do século XIX às nossas perspectivas*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª. edição, 2010.