

**TEORIA DO DIREITO FEMINISTA<sup>1</sup>**

FEMINIST JURISPRUDENCE

**Melissa Burchard**Tradução: *Rafaela Missaggia Vaccari*<sup>2</sup>

**Resumo:** Este texto é uma tradução do artigo “Feminist Jurisprudence”<sup>3</sup>, publicado originalmente por Melissa Burchard na Internet Encyclopedia of Philosophy. No artigo, a autora fornece uma visão geral da Teoria do Direito Feminista a partir de três recortes: primeiro, apresenta as formas pelas quais a perspectiva feminista responde a teorias jurídicas tradicionais, como o positivismo jurídico e a teoria do direito natural. Em um segundo momento, mostra como as feministas repensaram o significado e forneceram um novo olhar a conceitos fundamentais desde as experiências das mulheres, sendo Estado de Direito, igualdade e dano alguns deles. Por fim, amplia a discussão ao considerar, a partir deste pano de fundo teórico, a relação de grupos historicamente marginalizados - como as mulheres negras - com a lei.

**Palavras-chave:** teoria feminista, normas jurídicas, gênero

**Abstract:** *This text is a translation of the article “Feminist Jurisprudence” originally published by Melissa Burchard in the Internet Encyclopedia of Philosophy. In this paper, the author provides an overview of Feminist Jurisprudence through three sections: first, she presents the ways in which the feminist perspective responds to traditional legal theories, such as legal positivism and natural law theory. In a second moment, it shows how feminists have rethought the meaning and provided a new look to fundamental concepts based on women's experiences, such as rule of law, equality, and harm. Finally, it broadens the discussion by considering, from this theoretical background, the relationship of historically marginalized groups - such as black women - to the law.*

**Keywords:** *feminist theory, legal norms, gender*

---

<sup>1</sup> Os tradutores agradecem a Melissa Burchard e a *Internet Encyclopedia of Philosophy* pela concessão dos direitos e pelo estímulo da publicação do texto em língua portuguesa. [N. do T.].

<sup>2</sup> Bacharela em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, 2021) e graduanda em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Brasil.

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://iep.utm.edu/jurifem/>>.

## FEMINIST JURISPRUDENCE

A teoria do direito feminista americana é o estudo da construção e do funcionamento do direito a partir de perspectivas que enfatizam suas implicações para as mulheres e para suas vidas. Este estudo compreende o direito como um projeto teórico, bem como seus efeitos práticos e concretos na vida das mulheres. Além disso, compreende o direito como uma disciplina acadêmica e, portanto, incorpora preocupações com a pedagogia e a influência dos(as) professores(as). Em todos esses níveis, acadêmicas, advogadas e ativistas feministas levantam questões sobre o significado e o impacto do direito na vida das mulheres. A teoria do direito feminista pretende analisar e corrigir a teoria e a prática jurídicas mais tradicionais. Essa teoria foca nos modos pelos quais o direito foi estruturado (involuntariamente, às vezes) para negar as experiências e as necessidades das mulheres. A teoria do direito feminista afirma que o patriarcado (o sistema de relações e instituições interconectadas que oprimem as mulheres) permeia o sistema jurídico e todo o seu funcionamento e que isto é inaceitável. Consequentemente, a teoria do direito feminista não é politicamente neutra, mas é uma abordagem normativa, como expressado pela filósofa Patricia Smith: “A teoria do direito feminista desafia categorias e conceitos jurídicos básicos em vez de analisá-los como dados. A teoria do direito feminista pergunta o que está implícito em categorias, distinções, ou conceitos tradicionais e os rejeita, caso impliquem na subordinação das mulheres. Nesse sentido, a teoria do direito feminista é normativa e alega que o direito e a teoria do direito tradicionais são implicitamente normativas também.” (SMITH, 1993, p. 10). A teoria do direito feminista vê o exercício do direito como completamente perpassado por julgamentos morais e políticos sobre o valor das mulheres e sobre como elas devem ser tratadas. Estes julgamentos não são compatíveis com a compreensão das mulheres sobre si mesmas, nem com as concepções liberais tradicionais de igualdade e equidade (moral e legal).

Embora a teoria do direito feminista gire em torno de uma série de questões e apresente uma diversidade de focos e abordagens, duas características são centrais. Primeiro, dado que a tradição jurídica anglo-americana é construída com base no liberalismo e nos seus princípios, a teoria do direito feminista tende a criticá-lo de alguma forma. A segunda característica é o objetivo de fazer com que o direito e os seus profissionais reconheçam que o direito, tal como construído atualmente, não reconhece ou responde às necessidades das mulheres e que ele deve ser alterado. Estas duas características podem ser vistas nos principais debates da teoria do direito feminista atual, que vão

desde questões da perspectiva apropriada para entender os problemas do direito à questões de teoria e prática jurídicas.

### 1. Respondendo ao Liberalismo: Questões de Perspectiva

Enquanto uma teoria crítica, a teoria do direito feminista responde à compreensão dominante atual do pensamento jurídico que é identificado, geralmente, com a tradição liberal anglo-americana (essa tradição é representada por autores como Hart (1961) e Dworkin (1977, 1986). Os dois maiores ramos dessa tradição são o positivismo jurídico, de um lado, e a teoria do direito natural, de outro. A teoria do direito feminista responde a estes dois ramos da tradição jurídica americana trazendo questões sobre seus pressupostos sobre o direito, incluindo:

- que o direito é propriamente objetivo e, portanto, deve recorrer a regras ou compreensões objetivas de algum nível;
- que o direito é propriamente imparcial, especialmente porque não deve ser contaminado por experiências particulares de nenhum de seus praticantes, em particular os(as) juízes(as);
- que a igualdade deve funcionar como uma noção formal e não substantiva, de modo que, aos olhos da lei, a diferença deve ser mostrada como “relevante” para ser admissível/visível;
- que o direito, quando funcionando adequadamente, deve ser seguro e que o objetivo do processo legislativo e da decisão judicial é conquistar segurança;
- que a justiça pode ser entendida como uma questão de procedimentos, de modo que seguir adequadamente os procedimentos pode ser entendido como suficiente para proporcionar justiça.

Cada uma dessas premissas, embora contestadas e debatidas, permaneceram como características significativas da tradição liberal da compreensão jurídica.

A teoria do direito feminista geralmente enquadra suas respostas ao pensamento jurídico tradicional em termos de se a crítica está ou não mantendo algum compromisso com a tradição ou com alguma característica particular dela. Essa divisão de respostas tem sido formulada de diversas formas, de acordo com as preocupações particulares enfatizadas. As duas formulações encontradas com maior frequência na teoria do direito feminista americana caracterizam a divisão como o *debate reformista/radical* (*reformist/radical debate*) ou como o *debate similaridade/diferença* (*sameness/difference debate*). Dentro do debate reformistas/radicais, as feministas reformistas argumentam que a tradição liberal já oferece muito do que pode ser moldado para servir às feministas e que, por isso, deve ser mantido por tudo que ela oferece. Estas feministas abordam a teoria do direito

olhando para o que é necessário ser alterado dentro do sistema já existente. Sua tarefa, portanto, é conseguir entrar nesse sistema e usar suas próprias ferramentas para construir um sistema jurídico que previna que as desigualdades do patriarcado afetem a justiça.

Aquelas que veem o sistema tradicional como insolvente ou tão problemático que não poderia ser remodelado são geralmente referidas como feministas transformistas ou radicais. Nessa abordagem, acredita-se que a corrupção da tradição jurídica pelo patriarcado está tão profundamente enraizada que não permitiria quaisquer ajustes significativos nos problemas que as mulheres enfrentam. As feministas que se valem dessa abordagem tendem a argumentar que o sistema jurídico, tanto suas partes quanto o todo, deve ser abandonado. Elas argumentam que os conceitos, as categorias e os processos jurídicos liberais devem ser rejeitados e devem ser substituídos por novos, livres dos vieses do sistema atual. Seu objetivo é construir a transformação necessária na teoria e na prática jurídicas e criar um novo sistema jurídico que possa fornecer uma justiça mais equitativa.

No debate similaridade/diferença, a preocupação central para as feministas é entender o papel da diferença e como as necessidades das mulheres devem ser expressas na lei. As feministas da igualdade argumentam que enfatizar as diferenças entre homens e mulheres enfraquece os dispositivos das mulheres de obter acesso aos direitos e proteções que os homens desfrutam. Sua preocupação é que é justamente a diferença das mulheres que tem sido utilizada para impedir que elas desfrutem de um *status* jurídico igual ao dos homens. Conseqüentemente, elas veem a diferença como um conceito que não deve ser enfatizado e procuram destacar os modos pelos quais as mulheres podem ser vistas da mesma forma que os homens, possuindo os mesmos direitos, proteções e privilégios.

As feministas da diferença argumentam que as diferenças (ao menos algumas) entre os homens e as mulheres, bem como outros tipos de diferença como raça, idade e orientação sexual, são significativas e devem ser levadas em consideração pelo direito para que a justiça e a equidade sejam alcançadas. Uma boa lei para os homens não pode simplesmente ser adotada para as mulheres, porque as mulheres não são, de fato, iguais aos homens. As mulheres têm necessidades diferentes, as quais requerem remédios legais diferentes. A lei deve ser feita para reconhecer diferenças que são relevantes para a vida, o *status* e as possibilidades das mulheres.

As duas caracterizações do debate sobre qual perspectiva é melhor para o entendimento dos problemas do direito compartilham algumas características em comum. A posição de similaridade é frequentemente considerada como passível de ajuste, pelo menos em algum grau, à posição reformista. As feministas da diferença são lidas com compartilhamentos com as feministas radicais. O paralelo entre as duas caracterizações é que ambas discutem quanto o sistema jurídico atual pode

e deve ser preservado e colocado a serviço das preocupações feministas — se é que pode ou deve. As duas caracterizações não são as mesmas, mas o paralelo importante entre elas permite alguma generalização sobre os modos pelos quais cada uma provavelmente responderá a questões teóricas e substantivas específicas. No entanto, embora as duas possam razoavelmente ser agrupadas para determinados fins, elas não devem ser confundidas.

A partir destas perspectivas, a teoria do direito feminista enfatiza dois tipos de questões: a teórica e a substantiva. Elas são, talvez especialmente para as feministas, profundamente conectadas e sobrepostas. Discussões sobre questões teóricas centrais na teoria do direito feminista são pontuadas pela elaboração das questões substantivas, com as quais ambas estão entrelaçadas.

## **2. Preocupações centrais: questões de teoria e prática**

Ao fazer perguntas teóricas, as feministas se preocupam em como entender o direito em si mesmo e a adequação de seu escopo, de sua legitimidade e de seu significado. Muitas dessas questões são as mesmas da teoria jurídica tradicional, porém são readequadas ao contexto do projeto feminista: qual é o fundamento moral adequado do direito, levando-se em consideração que qualquer resposta depende dos princípios morais da estrutura dominante da sociedade? Qual é o significado de Estado de Direito, levando-se em consideração que a obediência à lei tem sido uma parte importante da história da subjugação? Qual é o significado de igualdade, especialmente em um mundo diverso? Qual é o significado de dano, levando-se em consideração um mundo em que mulheres, não homens, são submetidas pelos homens a certos tipos de violência? Como pode a resolução de conflito ser correta e justamente alcançada, em especial quando nem todas as pessoas são capazes de entrar no processo de decisão em "pé de igualdade"? Qual é o significado de propriedade, e como as mulheres podem evitar serem categorizadas como propriedades? Dado que sua base tradicional é constituída por objetivos e estruturas patriarcais, o direito é o melhor e o mais apropriado meio de resolução de conflitos?

Embora as feministas tenham abordado todas estas questões e muitas outras, talvez uma que se destaca aos olhos de muitas feministas como a mais importante, englobando alguns aspectos de muitas das perguntas mencionadas acima: a de igualdade e direitos. Duas outras que podem ser consideradas próximas de serem centrais são os problemas de dano e dos processos de decisão jurídica.

### a. Igualdade e direitos

O direito opera em parte valendo-se de princípios orientadores abstratos, fora das especificidades dos casos que julga. Nesse nível abstrato, surgem questões teóricas para a teoria do direito feminista sobre igualdade e direitos, incluindo o seguinte: qual entendimento de igualdade irá tornar possível às mulheres terem controle sobre suas próprias vidas nas esferas pública e privada? Qual entendimento de igualdade fornecerá uma base adequada para o conceito de direitos, de modo que os direitos das mulheres possam proteger tanto sua liberdade individual quanto sua identidade enquanto mulheres?

Geralmente, a preocupação feminista com a igualdade envolve a alegação de que ela deve ser entendida não simplesmente como um conceito formal que funciona no sentido retórico e jurídico. A igualdade deve ser um conceito substantivo para que possa, realmente, fazer mudanças na estrutura de poder e nas posições de poder de homens e mulheres em geral. Embora a igualdade seja examinada em uma ampla variedade de aplicações específicas, a principal preocupação é o objetivo de torná-la significativa nas vidas das mulheres. Mas, para muitas feministas, as preocupações com a igualdade não podem ser avaliadas sem atender também aos direitos. Como a tradição liberal considera os direitos como a marca da igualdade, espera-se que seja em termos de direitos que nos consideremos iguais perante a lei. Além disso, o discurso dos direitos estruturou tanto o nosso entendimento de igualdade quanto nossas reivindicações a ela.

As análises de igualdade são, portanto, geralmente enquadradas por questões substantivas particulares. Por exemplo, grande parte da teoria do direito feminista, no que diz respeito à igualdade, enquadra-se em termos de preocupações sobre trabalho. Se as mulheres são iguais, então como isso será expresso nas leis e políticas do local de trabalho? Uma das questões-chave nesse campo tem sido como tratar a gravidez no local de trabalho: é justo que as mulheres tenham licença prolongada ou remunerada para a gravidez e para o parto? Sob quais circunstâncias ou limitações? As mulheres estão recebendo direitos "especiais" se tiverem tal direito? A luta por uma adequada compreensão da gravidez e do trabalho levanta questões a respeito do modo como as mulheres devem ser tratadas na lei: enquanto indivíduos ou enquanto uma classe. Como indivíduos, parece, até então, relativamente fácil para os locais de trabalho alegar que nem todos os funcionários possuem essa licença e, portanto, que as mulheres que não recebem estão sendo tratadas "igualmente". Uma estratégia feminista tem sido tentar revisar a lei de modo a reconhecer a diferença particular das mulheres enquanto uma classe. Herma Hill Kay, por exemplo, argumenta que a gravidez pode ser vista como um episódio que

afeta a capacidade das mulheres de aproveitar as oportunidades no local de trabalho e que as trabalhadoras grávidas devem ser protegidas contra a perda de oportunidades iguais durante o período de gravidez. (KAY, 1985).

Preocupações sobre a gravidez expressam questões fundamentais do debate entre similaridade (*sameness*) e diferença (*difference*). A posição da similaridade sugere que a diferença deve ser apagada o máximo possível, porque foi usada como uma justificativa para discriminações. Os proponentes da diferença argumentam que a gravidez envolve diferenças significantes, as quais devem ser vistas como um ponto crucial do entendimento jurídico. A igualdade significa que as mulheres devem desejar ser tratadas exatamente como os homens ou significa que desejam ser tratadas de forma diferente, porque suas diferenças são tais que o mesmo tratamento não pode proporcionar equidade?

Feministas que argumentam que a igualdade exige criar para as mulheres as mesmas oportunidades e direitos que atualmente estão disponíveis para os homens da classe dominante apresentam a abordagem reformista ou de similaridade. Abordagens baseadas em direitos e igualdade, que focam na individualidade das mulheres, enfatizando o que a igualdade, por meio do direito, fez pelos homens e exigindo, com isso, a demonstração de que mulheres são como homens e, assim, sejam tratadas como homens, tendem, portanto, a serem reformistas ou orientadas pela similaridade. Porque essas abordagens são vistas como exigindo que as mulheres se tornem o mais parecidas com os homens e que o direito trate as mulheres como os homens, elas são frequentemente chamadas de assimilacionistas.

Christine Littleton (LITTLETON, 1987) oferece um conjunto adicional de nomenclaturas de abordagens para se compreender a igualdade: [abordagens] simétrica (colocando em paralelo as abordagens reformistas e da similaridade) e assimétrica (colocando em paralelo as abordagens radical e da diferença). Essa classificação refere-se ao modo como as mulheres e os homens estão “localizados na sociedade” com relação a questões, normas e regras. Se um(a) pensador(a) vê homens e mulheres compartilhando uma mesma localização em relação a uma questão, então esse(a) pensador(a) possui uma abordagem simétrica; caso contrário, a abordagem é assimétrica. Littleton classifica as abordagens assimilacionistas como simétricas, junto com o que ela chama de abordagem andrógina. Tal abordagem argumenta que homens e mulheres têm muito em comum, mas a igualdade exigirá que as instituições sociais estabeleçam uma “média” entre ambos e apliquem esse padrão a todas as pessoas. Este modelo é discutido com menor frequência do que o modelo assimilacionista.

Há também as abordagens radicais e da diferença em relação à igualdade. O que ambas desejam é evitar ter que assumir tudo o que é questionável e/ou indesejável sobre (a construção da

sociedade) dos homens para serem consideradas iguais perante a lei. Assim, muitas abordagens radicais (embora nem todas – Mackinnon, abaixo, é exemplo de uma que não o é) enfatizam questões e problemas semelhantes aos das abordagens da diferença. Como reconhecer diferenças relevantes e quais tipos de diferença o direito deve ser responsivo é uma parte crucial na análise das feministas da igualdade. Ann Scales, por exemplo, argumenta que abordagens liberais/reformistas não fazem o suficiente para realmente mudar o que é necessário, porque o problema com relação à igualdade é um problema de entender como a dominação opera. Devemos aprender a ver como a igualdade está formalmente ligada à dominação através da estrutura liberal. Em sua visão, um certo tipo de desigualdade precisa ser reconhecido e trabalhado, em vez ignorado ou assimilado. (SCALES, 1986)

Outra abordagem radical/da diferença inclui os modelos especiais de direitos, acomodação, aceitação e empoderamento. (LITTLETON, 1987) O modelo de direitos especiais sugere que a justiça exige que reconheçamos que igualdade é facilmente entendida como “similar”, na qual homens e mulheres não são similares. Direitos devem ser baseados nas necessidades e se as mulheres têm necessidades que os homens não têm, isso não deveria limitar seus direitos. O modelo da acomodação afirma que as diferenças que não são fundamentais ou baseadas na biologia deveriam ser tratadas sob um modelo simétrico ou de assimilação. Porém, isso deixa aquelas diferenças que são fundamentais (como a capacidade de engravidar) como diferenças que devem ser reconhecidas na lei e acomodadas por ela.

A abordagem de Littleton é expressa de acordo com o modelo de aceitação. Este modelo argumenta que a diferença (de gênero) deve ser aceita e que o direito deve focar não propriamente nas diferenças, mas em suas consequências. Embora existam diferenças entre homens e mulheres, a igualdade deve funcionar para torná-las “sem custo” em relação umas às outras. A igualdade deve funcionar para impedir que as mulheres sejam penalizadas com base em suas diferenças. Assim, a igualdade deve exigir que instituamos licença remunerada para gravidez e parto e para que garanta o retorno das mulheres ao trabalho após esse período.

Modelos de empoderamento rejeitam a diferença como irrelevante e mudam o foco para níveis de empoderamento. A igualdade, então, é entendida como o que equilibra o poder de grupos e indivíduos e desmantela a capacidade de dominação de uns sobre outros. Essa teoria radical e assimétrica não se encaixa bem na categorização das posições feministas em termos de similaridade e diferença. O foco do modelo de empoderamento na dominação e nos modos pelos quais o poder é distribuído parecem representar um afastamento significativo do paralelo sugerido acima. Assim, algumas juristas feministas sugeriram que isso fosse entendido como uma abordagem separada. Judith Baer chama-o de modelo de dominação da teoria do direito feminista. Catherine MacKinnon é uma

conhecida acadêmica que mantém essa visão (MACKINNON, 1987). Em sua teorização sobre a pornografia, por exemplo, ela se concentra na questão de como o poder é usado na pornografia para manter uma estrutura de dominação que esconde a possibilidade de igualdade entre homens e mulheres.

As críticas feministas aos direitos, em geral, afirmam que eles foram distribuídos com base em noções de igualdade que excluem deliberadamente as necessidades das mulheres. Para que os direitos sejam realmente iguais, eles devem ser distribuídos de forma mais equitativa, informados pela experiência das mulheres e outras pessoas anteriormente excluídas. Ou, seguindo MacKinnon ou Patricia Williams (discutido abaixo), os direitos devem ser distribuídos com base em como eles empoderam aqueles a quem são concedidos. Acadêmicas feministas debatem a justificação para a compreensão dos direitos, enquanto também trabalham para criar um fundamento a partir do qual as mulheres possam reivindicar e exercer os direitos que serão significativos em suas vidas.

## **b. Compreendendo danos**

Talvez a questão mais difícil para a teoria do direito feminista em relação ao problema do dano seja uma questão de perspectiva: quem define e identifica o dano em casos específicos? Dado que o direito tem tradicionalmente operado desde uma perspectiva patriarcal, não é tão surpreendente que sua identificação de danos às mulheres tenha sido problemática. Um sistema patriarcal se beneficiará de um reconhecimento muito mesquinho dos danos contra as mulheres. A teoria do direito feminista, portanto, deve examinar a questão básica: o que é dano? Também deve se perguntar: o que *conta* como dano em nosso sistema jurídico e por quê? O que foi excluído das definições de dano que mulheres precisam incluir e como essas tendências podem ser superadas?

Três tipos de ações que causam danos [*harm-causing actions*], que são típica e sistematicamente direcionadas contra as mulheres, formam o pano de fundo da discussão sobre o que significa e o que conta como dano: estupro, assédio sexual e espancamento. Até recentemente (por exemplo, antes dos movimentos da reforma legislativa dos anos 70), algumas dessas ações não foram consideradas ofensas passíveis de aplicação da lei. Isso ocorreu em grande parte devido à tradicional compreensão das mulheres não como agentes independentes e autônomos, mas como propriedades que pertencem aos homens (portanto, questões sobre o significado de propriedade também são cruciais para entender o dano). A teoria do direito feminista desafiou esse estado de coisas. Como resultado, foram feitas alterações nas legislações referentes a cada uma das três categorias, embora a eficácia dessas mudanças seja amplamente contestada (ver, por exemplo, SCHULHOFER, 1998, para

uma excelente discussão desta lei). Ao menos, os trabalhos das feministas tornaram possível falar desses danos, fornecendo-lhes um vocabulário, aumentando a conscientização sobre eles e processando-os com mais frequência e com algum sucesso.

As discussões sobre estupro tentam responder muitas das questões que se aplicam aos três tipos de ações que causam danos. Casos dos três tipos dão origem a problemas semelhantes que impedem que as mulheres sejam tratadas com justiça: culpar a vítima; privilegiar o ponto de vista “do” agente, isto é, do agressor masculino; acusar o histórico sexual da mulher e ignorar o histórico sexual e violento do homem. Subjacente a todos esses problemas, há suposições sobre gênero e agência que incentivam o direito a colocar a responsabilidade dos seus próprios danos nas mulheres, e não nos homens que os causaram. Mulheres têm sido consideradas mentalmente instáveis ou ao menos de mente fraca, intrigantes e enganosas e com uma motivação imprópria para fazer tais alegações contra os homens. Por esses motivos, elas tendem a ser vistas como testemunhas não confiáveis. Por terem sido caracterizadas como sexualmente insaciáveis e indiscriminadas, tendem a ser vistas como merecedoras de qualquer dano que "provocam" aos homens. Suposições correspondentes sobre a superioridade racional dos homens incentiva a serem vistos como testemunhas confiáveis. Ao mesmo tempo, suposições sobre as necessidades sexuais naturais dos homens são tomadas como justificativas para suas práticas violentas contra as mulheres. A teoria do direito feminista tenta responder a estes problemas como padrões duplos e questões de igualdade e direitos.

Outras questões de dano requerem respostas diferentes. ções que causam danos tendem a ser definidas em termos de características externas e observáveis (níveis de força), de intenção da parte do agente (*mens rea*) e do consentimento de quem foi prejudicado (*harmed*). Conseqüentemente, o que está em questão é como o direito usa esses critérios para determinar quando o dano ocorreu e se deve ser justificado ou desculpado. O que a teoria do direito feminista descobriu é que as mulheres e os homens frequentemente diferem quanto ao entendimento desses critérios. Mas, desde que é um entendimento patriarcal que fundamenta o direito, o entendimento das mulheres tende a não receber uma escuta adequada.

Na discussão de Susan Estrich sobre estupro (ESTRICH, 1987, 1987a), ela argumenta que o critério da *mens rea* pode ser usado para criar tanto muita quanto pouca ênfase na intenção do autor. Nos dois casos, ela acredita que o foco nesse critério torna evidente a falta de compreensão e preocupação do direito pelos danos que as mulheres sofrem. O foco do direito é não punir severamente os homens, o que é alcançado à custa da não proteção das mulheres.

Além disso, Estrich argumenta que o critério da força é entendido desde uma perspectiva patriarcal: a força é vista como uma questão do que "meninos fazem no pátio da escola". Esse critério simboliza a força enquanto uma simples questão de seu uso físico direto ou o uso de instrumentos de violência, mas ignora os tipos que são mais frequentemente usados no estupro e em outros tipos de danos às mulheres, como a coerção psicológica. Se os tribunais esperam que as mulheres resistam à coerção física e psicológica do mesmo modo e no mesmo nível que os homens, então eles impõem uma expectativa não razoável na mulher "razoável" (*"reasonable" woman*).

Em relação ao consentimento, Estrich explica que os tribunais acreditam que se ele é dado, então o estupro (ou outros danos) não ocorre. Isso coloca a responsabilidade em quem foi prejudicado mostrar que, de fato, não consentiu. Mas os tribunais de caráter patriarcal têm sustentado que apenas a expressão mais forte e enfática de não consentimento funciona como evidência. Isso significa que, em muitos casos, as mulheres têm dito que "consentiram", apesar de terem sido fisicamente levadas pelos homens e expressado verbalmente o não consentimento (Schulhofer 1998). O não consentimento não é facilmente provado a menos que a mulher tenha sido severamente espancada ou a menos que uma arma expressiva o bastante (isto é, uma arma ou faca) tenha sido usada ou foi ameaçada de morte de uma forma que convença o tribunal. Portanto, o que o não consentimento significa para os tribunais é muito diferente do que as próprias mulheres têm dito sobre (o seu) consentimento.

Robin West (WEST, 1988) argumenta de modo semelhante, alegando que a educação social das mulheres não transmite os mesmos valores fundamentais que a educação dos homens. Ela especula que os homens valorizam a separação e a autonomia a ponto de lutar fisicamente e desesperadamente para mantê-las. Porém, uma vez que as mulheres valorizam mais a conexão e os relacionamentos, elas acham difícil responder à violência física com violência. A violência destrói conexões e relacionamentos, coisas que as mulheres são socialmente ensinadas a valorizar mais. Isso torna difícil para as mulheres responderem ao estupro e outros tipos de danos de modo a convencer os tribunais masculinos de que elas não consentiram. A definição e a identificação desses danos pelas mulheres são muito diferentes do que os tribunais até então construíram.

É difícil separar alguns pontos das abordagens reformistas ou da similaridade ou da radical e da diferença com relação ao dano. No entanto, geralmente aquelas abordagens que argumentam que as leis atuais podem ser alteradas para proteger adequadamente as mulheres têm visões reformistas ou da similaridade. Já as que argumentam que as definições atuais de dano não podem, simplesmente, ser revistas suficientemente, possuem uma visão radical ou da diferença. Assim, Estrich, que conclui que precisamos tratar o estupro como tratamos outros tipos de crimes que pressupõem o não

consentimento (roubo, por exemplo) pode ser considerada de visão reformista. Mary Lou Fellows e Bev Balos oferecem uma análise semelhante de como a percepção das mulheres sobre os prejuízos causados pelo estupro em encontros casuais pode ser respaldada pela lei atual. Isso pode ser conquistado com a aplicação do dever acrescido de cuidado que já existe na doutrina de direito comum do relacionamento confidencial (FELLOWS; BALOS 1991). O argumento de West, baseado no reconhecimento e na resposta às diferenças fundamentais entre homens e mulheres em relação aos danos, pode ser visto como da visão radical ou da diferença. A análise de MacKinnon sobre o assédio sexual, que se concentra na necessidade de as mulheres serem empoderadas para definir os prejuízos contra elas, representa uma visão dominante sobre danos.

### **c. O Processo de Adjudicação**

Muitas juristas feministas contestam os processos de adjudicação ao levantar questões sobre a neutralidade ou a imparcialidade que esses processos supõem incorporar. Acredita-se que a neutralidade opera no direito pelo menos de dois modos. Presume-se que ela seja construída nos processos do direito e que ela seja produzida por estes processos. A teoria do direito feminista contesta o primeiro conjunto de suposições ao levantar questões sobre o raciocínio jurídico. Ela também contesta o segundo ao questionar como uma lei criada e aplicada por pessoas parciais e tendenciosas pode ser, ela mesma, neutra. Assim, a teoria do direito feminista também questiona se a neutralidade é um objetivo possível ou apropriado do direito.

Como tradicionalmente entendida, a neutralidade no direito serve para, supostamente, proteger-nos de uma série de males. Ela protege de preconceitos pessoais, ao reiterar que juízes, advogados, operadores do direito, etc., [deveriam] nos tratar não como pessoas com características específicas, mas como sujeitos intercambiáveis. Nós devemos ser vistos apenas em relação a ações específicas e, nossas intenções, em relação a estas ações específicas. Espera-se que as autoridades não imponham seus preconceitos pessoais àqueles que vêm antes deles, e certos aspectos pessoais daqueles diante da lei não podem ser submetidos ao exame. Por exemplo, se um juiz, pessoalmente, acredita que as mulheres são patologicamente mentirosas, isso não deve influenciar sua interpretação do testemunho de nenhuma mulher em particular. De igual modo, a raça de uma pessoa não deve influenciar o entendimento de qualquer juiz sobre seu caso. A teoria do direito feminista contesta tais reivindicações de neutralidade.

A neutralidade no direito deve, também, proteger-nos contra preconceitos ideológicos. Ela o faz adotando uma perspectiva supostamente universal sobre um caso em vez de uma perspectiva

específica. Essa crença de que o direito e seus operadores podem ver e julgar a partir da "visão a partir de lugar nenhum" [*“view from nowhere”*] tem sido criticada pela teoria do direito feminista. As feministas alegam que essa completa objetividade parece não ser totalmente possível. Elas também argumentam que a alegação dessa neutralidade desvia a atenção do fato de que uma visão parcial — uma visão masculinista — está sendo apresentada como universal. A teoria do direito feminista, como a maioria das teorias feministas, rejeita a alegação de que o direito é uma prática neutra e, com isso, aponta os modos pelos quais o direito claramente não o é.

Um dos modos pelos quais o direito não é neutro é pelas pessoas que o operam. A teoria do direito feminista argumenta que, como não há algo como a “visão a partir de lugar nenhum”, todo entendimento possui uma perspectiva. Esta perspectiva influencia e fornece um campo interpretativo para quaisquer questões de fato que possam existir. Dado que o direito é feito, administrado e aplicado por pessoas e dado que as pessoas têm uma perspectiva, a lei deve refletir essas perspectivas ao menos em algum nível. As feministas tendem a concordar que, na medida em que uma prática ou uma pessoa desconhece sua própria perspectiva, essa perspectiva irá influenciar mais fortemente suas interpretações sobre o mundo. É quando tomamos consciência dos preconceitos que somos capazes, através de uma reflexão crítica, de reduzir sua influência e assim caminhar em direção a uma maior (embora não perfeita) objetividade.

Outra maneira pela qual o direito também não é neutro é em seu conteúdo. Uma vez que ele é feito por pessoas, e muitas não examinam criticamente seus próprios pontos de vista, seu conteúdo pode ser injusto ou discriminatório. Isso exigiria que as autoridades não agissem imparcialmente ou de maneira justa. Porém, mesmo se o direito fosse escrito por aqueles cujas perspectivas são relativamente objetivas, nosso sistema legislativo geralmente impõe compromissos sobre as leis. Alguns compromissos necessários para a aprovação de uma lei podem alterar ou enfraquecer seus objetivos, de modo a impedir seu funcionamento como esperado. Essas críticas mostram que o conteúdo do direito, afetado pelas contestações do nosso sistema legislativo, pode não ser neutro. Além disso, mostra que os processos do direito não garantem a neutralidade que se assume que ele tem.

Também se assume que a neutralidade é construída dentro de certos processos da lei e, em particular, dos processos de racionalidade judicial. O modelo tradicional de tomada de decisões judiciais se baseia na jurisprudência (*case law*), a qual usa precedentes e analogias para fornecer evidências e justificativas. A interpretação de estatutos em casos anteriores fornece precedentes ou regras. Os tribunais, então, tentam determinar como os fatos dos casos atuais exigem que uma regra ou outra seja implementada. Pensa-se que esse modo de tomar decisões seja neutro e que as

formalidades durante o devido processo legal que o apoiam reforçam essa neutralidade. Essa característica do direito, baseado em julgamentos passados para influenciar os atuais e futuros, também o torna peculiarmente resistente à mudança. Para a teoria do direito feminista, o uso de precedentes permite que o direito se isole contra as críticas de pessoas de fora, incluindo as mulheres.

O uso de precedentes tem sido contestado por críticas feministas e não feministas, incluindo o pragmatismo de Margaret Radin (RADIN, 1990) e o realismo jurídico de Jerome Frank (FRANK, 1963). A teoria do direito feminista responde ao uso de precedentes apontando as áreas com maior probabilidade de estarem sujeitas a entendimentos sexistas. Por exemplo, a jurisprudência que resultou de casos em que o autor e o réu são homens presumirá que as circunstâncias para esses homens são simplesmente as circunstâncias "normais". Leis sobre o local de trabalho têm sido frequentemente contestadas por críticas feministas por esse motivo. As leis assumem, baseadas em casos em que o local de trabalho foi ocupado principalmente por homens, que todos que trabalham compartilham as características dos homens. Essa suposição implica que os trabalhadores possuem o apoio de uma dona de casa em tempo integral, de modo que os encargos da vida doméstica e da educação dos(as) filhos(as) não devem afetar a capacidade de uma pessoa ser eficiente no local de trabalho. Mas, tais suposições atuam contra as mulheres, as quais geralmente estão dando tal apoio a alguém em vez de estarem recebendo-o.

As feministas reformistas e da similaridade argumentam que a jurisprudência não é um sistema ruim, mas que reformas são necessárias para enfatizar as realidades da vida das mulheres. As feministas radicais e da diferença são mais propensas a argumentar que a própria jurisprudência é um sistema muito arraigado ao patriarcado para ser mantido. Sua dependência aos precedentes a torna muito conservadora para um sistema de tomada de decisões ser adequadamente levado a serviço do feminismo.

### **3. Trajetórias**

Embora pareça que os debates entre as posições de similaridade/diferença e de reformistas/radicais possam criar um impasse para as feministas, algumas teóricas acreditam que alguma combinação das duas visões pode ser mais eficaz do que qualquer uma sozinha. Patricia Williams (WILLIAMS, 1991), por exemplo, acredita que direitos podem operar como ferramentas libertadoras poderosas para grupos tradicionalmente em desvantagem. No entanto, ela também acredita que, em uma sociedade racista, como a América contemporânea, a diferença deve ser reconhecida, porque cria desvantagem perante a lei. Desse modo, ela alega que algumas

características da tradição liberal, como os direitos, precisam ser mantidas pelo trabalho libertador que podem fazer. Não obstante, ela alega que a tradição liberal da igualdade formal é prejudicial para grupos historicamente marginalizados. Esse aspecto da lei precisa ser completamente transformado.

Como um exemplo dos modos pelos quais os direitos ainda são necessários pelos tradicionalmente desfavorecidos, ela examina a relação com os direitos que são usufruídos por um colega homem branco. O senso de seus direitos é tão arraigado que ele os vê como um estabelecimento de distância entre si e os outros e acredita que direitos devem ser minimizados. Em contraste, Williams expressa sua própria relação com os direitos que, por ser uma mulher negra, é muito mais tênue. A história da escravidão na América, sobre a qual os americanos negros foram literalmente propriedade dos brancos, torna difícil para negros e brancos imaginar os negros como empoderados por direitos do mesmo modo que os brancos.

Esse exemplo mostra como Williams une elementos importantes das posições reformista e radical e, ao mesmo tempo, inclui o elemento do empoderamento, que é visto nas posições de domínio. Ela alega que, para os negros e para qualquer grupo tradicionalmente desfavorecido, os direitos são uma parte significativa de um programa de avanço. A relação de uma pessoa com direitos depende de quem ela é e de como é empoderada por sua própria sociedade e legislação. Para aqueles cujos direitos já estão garantidos, o que pode ser necessário para a mudança social é desafiar o poder da retórica de direitos de um grupo. Mas, para aqueles cujos direitos nunca estiveram assegurados, esse não parece ser o melhor curso de ação. A sugestão de Williams é que reconheçamos que os direitos e a retórica de direitos funcionam de modo diferente em diferentes configurações e para diferentes pessoas. Mas essa é, então, uma resposta que se baseia na premissa [das abordagens] radicais e da diferença: de que a diferença deve de fato ser atendida, e não elidida. Para que os direitos sejam efetivados para pessoas historicamente marginalizadas, devemos primeiramente compreender que eles de fato não atuam para todas as pessoas da forma como atuam para aquelas para as quais foram criados.

Outra abordagem que une os dois lados do debate na teoria do direito feminista é oferecida por Judith Baer, cuja alegação é a de que a teoria do direito feminista até hoje não conseguiu reformar nem transformar o direito, porque as feministas de ambos os campos cometeram erros cruciais (BAER, 1999). O erro primário tem sido o de que a teoria do direito feminista tendeu a compreender mal a tradição que critica. Embora as juristas feministas reconheçam que a tradição liberal garantiu direitos aos homens, e não às mulheres, elas falharam em tornar explícita a correspondente assimetria de responsabilidade. As mulheres são responsáveis por si e pelos outros de maneiras que os homens não são. Por exemplo, espera-se que as mulheres sejam responsáveis pelas vidas dos filhos de

maneiras que os homens não são. Como notado acima, isso possui implicações em áreas como o direito do trabalho.

O segundo maior erro que Baer vê é que a teoria do direito feminista, junto com a maior parte do feminismo, tende a se concentrar quase exclusivamente nas mulheres. Isso levou a atenção feminista para longe dos homens e de instituições que o feminismo precisa estudar, criticar, contestar e mudar. Isso também criou uma série de debates dentro do feminismo que são a divisão e o esgotamento da energia feminista. Novamente, a solução é reconhecer quando as abordagens reformistas (da similaridade) e radical (da diferença) são eficazes, e usá-las apropriadamente. Baer argumenta que

as juristas feministas não precisam - de fato, não devemos - escolher entre leis que tratam homens e mulheres como iguais e leis que os tratam de modo diferente. Já sabemos que os dois tipos de lei podem ser sexistas. A nossa lei de direitos reprodutivos, que é neutra em termos de gênero, trata as mulheres pior que os homens, mas a legislação trabalhista "protetora" também. Por outro lado, tanto as leis neutras quanto as específicas de gênero podem promover a igualdade sexual. Uma legislação de valor comparável colocaria as mulheres em maior pé de igualdade com os homens. Portanto, teria políticas de ação afirmativa. As mulheres podem ter isso de ambas formas. A lei pode tratar homens e mulheres da mesma forma onde eles são iguais e diferentemente onde eles são diferentes. (BAER, 1999, p.55)

Baer critica tanto a teoria do direito feminista reformista quanto a radical. Ela conclui que nenhuma sozinha é suficiente, mas as duas, aplicadas apropriadamente, podem ser. Ela argumenta que o foco do feminismo nas mulheres encorajou uma incapacidade de pensar em uma escala universal. Isso deixa as feministas e a lei sob a teoria do direito feminista atoladas nas particularidades de casos e traços individuais. Para sair disso, ela sugere três tarefas para a teoria do direito feminista:

Primeiro, deve-se fazer o oposto do que a teoria convencional e as críticas feministas fizeram: postular direitos e questionar responsabilidades. Segundo, deve-se desenvolver análises que separem as situações das pessoas que as experimentam, para que possamos falar sobre vitimização das mulheres sem rotulá-las como vítimas. Finalmente, deve-se ir além das mulheres e começar a examinar os homens e as instituições. (BAER, 1999, 68)

Baer não sugere que o feminismo nem a teoria do direito feminista devem desistir dos estudos das mulheres e de suas situações. Em vez disso, sua sugestão é que este estudo, com um foco exclusivo, não é suficiente tanto para reformar quanto para a transformar. Como "as mulheres não criam nem sustentam sua posição na sociedade", as feministas precisam examinar quem as faz. A sugestão de Baer é que o que é necessário é uma descrição de "o que significa ser um ser humano, um homem ou uma mulher, que torne possível a igualdade" (BAER, 1999, 192). Os erros cometidos pela teoria do direito feminista impediram o desenvolvimento dessa descrição, que Baer acredita

poder ser o fundamento do que ela chama de pós-liberalismo feminista suficiente para a teoria do direito feminista.

### Referências bibliográficas e leituras adicionais

BAER, Judith. *Our lives before the law: constructing a feminist jurisprudence*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

CORNELL, Drucilla. *Beyond accommodation: ethical feminism, deconstruction and the law*. New York: Routledge, 1990.

DWORKIN, Andrea. *Intercourse*. New York: The Free Press, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ESTRICH, Susan. Rape. *Yale law journal*, v. 95, n. 6, 1987, p. 1087-1184.

\_\_\_\_\_. *Real rape*. Cambridge: Harvard University Press, 1987a.

FELLOWS, Mary.; BALOS, Beverly. Guilty of the crime of trust: nonstranger rape. *Minnesota Law Review*, v. 75, 1991, p. 599-618.

HART, Herbet. *The concept of law*. New York, Oxford University Press, 1961.

JEROME, Frank. *Law and the modern mind*. New York: Doubleday and Co, 1963.

KAY, Herma. Equality and difference: the case of pregnancy. *Berkeley Women's Law Journal*, v. 1, 1985, p. 1-37.

LITTLETON, Christine. Reconstructing sexual equality. *California Law Review*, v. 75, 1987, p. 1279-1337.

MACKINNON, Catherine. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MINOW, Martha. *Making all the difference: inclusion, exclusion and american law*. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

RADIN, Margaret. The pragmatist and the feminist. *Southern California Law Review*, v. 63, 1990, p. 1699-1726.

SCALES, Ann. 1986. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. *Yale Law Journal*, v. 95, p. 1373-1403.

SCHULHOFER, Stephen. *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SMITH, Patricia. *Feminist jurisprudence* (Ed.). New York: Oxford University Press, 1993.

TONG, Rosemarie. *Women, sex and the law*. Totowa, NJ: Rowman and Littlefield, 1984.

WEST, Robin. Jurisprudence and gender. *University of Chicago Law Review*, v. 55, 1988, p. 1-72.

WILLIAMS, Patricia. *The alchemy of race and rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.